

Inverno 2008

1. Lei do Orçamento do Estado para 2009
2. O Novo regime de fusões transfronteiriças, finalmente
3. Fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional
4. O debate processual penal: um teste à democracia
5. A livre concorrência e os abusos de exclusão
6. Domínio público: nova lei e novas perspectivas
7. A contratação laboral a termo no Código do Trabalho revisto



Este número da Momentum assume um significado especial, por ser o primeiro produzido a partir das novas instalações da Sérvulo & Associados, situadas no Chiado. Nesta publicação, dois dos seus artigos são dedicados às novidades decorrentes da Lei de Orçamento de Estado para 2009. De um lado, são percorridas as alterações ao Código do IRC provocadas pela adopção das normas internacionais de contabilidade (IAS/IFRS). De outro lado, ensaia-se um balanço sobre o recém-consagrado regime dos fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional.

Merece salientar ainda os comentários às alterações ao inquérito, tal como regulado pelo Código de Processo Penal, bem como à comunicação interpretativa da Comissão Europeia sobre abusos de posição dominante. O atraso na transposição da Directiva comunitária sobre fusões internacionais é também anotado, perspectivando-se as principais implicações decorrentes da futura incorporação deste diploma na nossa ordem jurídica interna.

Por fim, o envolvimento dos advogados da Sérvulo & Associados em projectos legislativos surge duplamente documentado. O nosso responsável pelo Departamento de Direito Laboral, membro da Comissão encarregada da revisão do Código do Trabalho, procede ao exame crítico das novas regras sobre contrato de trabalho a termo. É ainda objecto de atenção a proposta de lei sobre bens imóveis do domínio público, sendo aqui analisada por um dos membros da Comissão ministerial constituída para a sua preparação.

Num ambiente de continuada produção legislativa, em que as novidades normativas podem revelar exigências, desafios ou oportunidades, esta pretende ser mais uma ilustração da nossa experiência e reflexão.

Rui Medeiros
rm@servulo.com

LEI DO ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2009 – TRANSPOSIÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE CONTABILIDADE PARA O ÂMBITO DO IRC

A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (que aprovou a Lei do Orçamento do Estado para 2009), não tendo introduzido alterações profundas no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), prevê, não obstante, no seu artigo 74.º, diversas autorizações legislativas a concretizar em sede de IRC, de entre as quais pretendemos, no âmbito do presente artigo, destacar, somente, a vertida no seu n.º 1, quando determina que *“fica o Governo autorizado a alterar o Código do IRC e legislação complementar de forma a adaptar as respectivas regras às normas internacionais de contabilidade e aos normativos contabilísticos nacionais que visam adoptar essas normas”*.

Ora, a relevância da citada autorização legislativa resulta do contexto em que a mesma foi adoptada: o de, até ao presente momento, e em sede de IRC, a *recepção* de alterações aos normativos contabilísticos, conquanto fiscalmente relevantes – *i.e.*, susceptíveis de influir no apuramento do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC –, sempre ter sido operada de forma *automática* através da norma com natureza *remissiva* constante do artigo 17.º do Código do IRC. Com efeito, dispõe aquele preceito que, *“o lucro tributável das pessoas colectivas (...) é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade”*, devendo esta última encontrar-se, nos termos da alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, *“organizada de acordo com a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade”*. À luz do citado preceito, uma vez operada uma alteração no âmbito normativo contábil, tinha vindo a ser entendido que esta seria susceptível de produzir, *ope legis* – *i.e.*, sem necessidade de adaptação das normas fiscais respectivas e por via do enunciado mecanismo *remissivo* –, efeitos ao nível do apuramento do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC.

“(...) o legislador veio suscitar, novamente, a dúvida acerca da constitucionalidade do mecanismo remissivo vertido no artigo 17.º do Código do IRC”

De facto, mesmo perante a – ao que julgamos, evidente – *irregularidade* promovida por aquele método *remissivo*, decorrente da violação do princípio da legalidade fiscal nas suas duas dimensões normativas (a de reserva formal de lei e a de reserva material ou de tipicidade fiscal – lembre-se, a título de exemplo, o caso da Directriz Contabilística n.º 25, que veio *alargar* a qualificação fiscalmente relevante das operações de locação financeira), o certo é que, tanto o legislador fiscal, como o aplicador, sempre reiteraram o entendimento – tornando-o progressivamente pacífico – de que as alterações contabilísticas pertinentes para o apuramento do lucro tributável poderiam ser validamente acolhidas, no âmbito normativo tributário, mediante o enunciado mecanismo.

Com efeito, até à entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2009, nunca o legislador fiscal tinha sentido a «necessidade» de formalizar, mediante a formulação expressa de uma autorização legislativa, a recepção de alterações verificadas ao nível do registo contabilístico de determinados actos ou negócios jurídicos. Significa o anterior, assim, que, em face da evidenciada alteração de entendimento – ostensivamente plasmada na autorização legislativa vertida no n.º 1 do artigo 74.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009 –, o legislador veio suscitar, novamente, a dúvida acerca da constitucionalidade do mecanismo remissivo vertido no artigo 17.º do Código do IRC. Neste contexto, e segundo julgamos, a autorização legislativa constante do n.º 1 do artigo 74.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009, será suficiente – por entrar em manifesta contradição com o entendimento anteriormente perfilhado – para legitimar uma reacção do contribuinte contra actos tributários para cuja formação tenham concorrido normas contabilísticas que, não revestindo a forma de lei, tenham sido directamente convocadas por via do citado artigo 17.º do Código do IRC.

Miguel Clemente
mic@servulo.com

O NOVO REGIME DAS FUSÕES TRANSFRONTEIRIÇAS, FINALMENTE

Os mais atentos ao tema das sociedades comerciais têm decerto conhecimento do atraso do nosso país, no que diz respeito à transposição da Directiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa à fusão trans-fronteiriça das sociedades de responsabilidade limitada. Mesmo após a tão discutida reforma de 2006, o Código das Sociedades Comerciais deixou na sombra o regime das fusões em que participem uma ou mais sociedades com sede, administração central ou estabelecimento principal noutro país (neste caso, Estado membro da União Europeia) que não Portugal. Tendo sido largamente ultrapassado o prazo para a transposição da Directiva em causa (15 de Dezembro de 2007), e após a Comissão Europeia ter enviado aos Estados infractores pareceres fundamentados, com vista à regularização dos citados incumprimentos surge, finalmente, em Outubro passado, uma proposta de lei visando dar tradução, na ordem jurídica interna, às disposições da directiva em causa, entre outras (Proposta de Lei n.º 236/X, de 30 de Outubro de 2008). Entretanto, em Dezembro de 2008, a Comissão Europeia intentou, junto do Tribunal de Justiça, acção solicitando que seja declarado que o Estado Português, ao não aprovar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à directiva em causa, não dá cumprimento aos deveres que lhe incumbem por força daquela mesma directiva.

No caso particular de Portugal, tal atraso revela-se totalmente incompreensível. Na verdade, o nosso Código das Sociedades Comerciais, principalmente após a reforma levada a cabo em 2006, contempla já, para as fusões internas, boa parte das soluções que se prevê venham agora a ser consagradas para as fusões transfronteiriças.

O projecto de diploma em apreço determina, com efeito, que do projecto de fusão transfronteiriça constem, para além dos elementos que já se preconizam para as fusões internas (artigo 98.º do CSC), as regras para a transferência de acções ou de outros títulos representativos do capital social da sociedade resultante da fusão internacional; a data do encerramento das contas das sociedades intervenientes utilizadas para definir as condições da fusão transfronteiriça; as informações sobre os procedimentos de acordo com os quais são fixadas as disposições relativas à intervenção dos trabalhadores na definição dos respectivos direitos de participação na sociedade resultante da fusão (se for caso disso) e as prováveis repercussões da fusão no emprego.

“O atraso na transposição da Directiva
revela-se totalmente incompreensível”



“As verdadeiras inovações da proposta disciplina das fusões transfronteiriças incidem em aspectos laborais”



As primeiras exigências não constituem propriamente novidades. Tal como nenhuma inovação relevante se detecta na disciplina da fiscalização do projecto, bem como no regime da respectiva aprovação e em outros aspectos procedimentais: assim, no que diz respeito à publicidade a dar à fusão, protecção dos credores e de outros terceiros e às exigências de forma, aplicar-se-á, à participação em fusão transfronteiriça de sociedade com sede em Portugal, exactamente o regime que já se encontra previsto para as fusões internas, com excepção – esta sim novidade – da obrigatoriedade de obtenção de um certificado prévio à fusão em relação às sociedades com sede em Portugal (solução constante da directiva), que comprove o cumprimento dos actos e formalidades anteriores à fusão, devendo este certificado ser solicitado, após o registo do projecto de fusão, em qualquer Conservatória do Registo Comercial. Embora tal não resulte claro da proposta de lei, deverá entender-se que certificado semelhante (a emitir pela entidade competente do ou dos países no qual ou nos quais as sociedades participantes têm a sua sede) deverá ser apresentado aquando do pedido de registo de fusão transfronteiriça em Portugal, desde que a sociedade resultante da fusão tenha sede em Portugal.

As verdadeiras inovações da proposta disciplina das fusões transfronteiriças incidem em aspectos laborais, traduzindo-se, nomeadamente, na obrigatoriedade de inclusão, no projecto, das medidas que do mesmo resultarão para o emprego e na intervenção dos trabalhadores na definição dos direitos de participação na sociedade resultante da fusão. Este último aspecto, sendo também objecto da mesma proposta de lei, implica a adopção de um regime relativamente complexo para a fusão trans-fronteiriça, sobretudo quando envolva sociedades que se encontrem sujeitas a uma disciplina de participação dos trabalhadores mais exigente que o aplicável por força da lei portuguesa.

Sofia Carreiro
svc@servulo.com

FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PARA ARRENDAMENTO HABITACIONAL

Encontra-se já definido e entrou em vigor o enquadramento legislativo dos fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional (FIIAH), na sequência da publicação da Lei de Orçamento do Estado para 2009 e da Portaria n.º 1553-A/2008, de 31 de Dezembro, que neste ponto a veio complementar.

Os FIIAH recebem aplicação do regime geral dos fundos de investimento imobiliário, salvo algumas especialidades que importa conhecer. A regulamentação das SIIAH encontra-se ainda dependente da previsão de um regime para as sociedades de investimento imobiliário, na sequência do processo legislativo iniciado através da consulta pública conduzida pela CMVM em Março e Abril de 2008.

O regime agora consagrado prevê que os FIIAH e as SIIAH constituídos entre 1 de Janeiro de 2009 e 31 de Dezembro de 2013, bem como os imóveis por aqueles adquiridos durante esse período, possam beneficiar de um regime especial em sede fiscal. Para efeitos de aplicação do regime em análise, consideram-se FIIAH os fundos que reúnam as seguintes características:

- (i) Fundos fechados de subscrição particular ou de subscrição pública, devendo o respectivo valor do activo total atingir, após o primeiro ano de actividade, o montante mínimo de dez milhões de euros, sob pena de a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários poder revogar a autorização do FIIAH;
- (ii) Tratando-se de fundo de subscrição pública, deve ter a participação de, pelo menos, cem participantes, não podendo a respectiva participação individual exceder 20% do valor do activo total do fundo. No caso de incumprimento daquele limite, além da possibilidade da revogação da autorização do fundo, o direito à distribuição de rendimentos do FIIAH é imediata e automaticamente suspenso, no valor da participação que exceda o limite de participação individual;
- (iii) Pelo menos 75 % do activo total do FIIAH deve ser constituído por imóveis, situados em Portugal, destinados ao arrendamento para habitação permanente. Note-se que este limite percentual é aferido em relação à média dos valores verificados no final de cada um dos últimos seis meses, devendo verificar-se no prazo de dois anos a contar da data de constituição do FIIAH e de um ano a contar da data do aumento do capital, relativamente ao montante do aumento;

Uma das principais novidades introduzidas consiste na possibilidade de celebração de um contrato de arrendamento entre a entidade gestora do fundo e os mutuários de contratos de crédito à habitação que procedam à alienação do imóvel objecto do contrato a um FIIAH. Nestes casos, o arrendatário adquire um direito de opção de compra do imóvel ao fundo, susceptível de ser exercido até 31 de Dezembro de 2020.

O direito de opção de compra pode ser exercido a todo o tempo, desde que observado um período de antecedência mínima de 90 dias.

Contudo, o direito de opção de compra extingue-se caso o arrendatário não proceda ao pagamento da renda acordada, por um período superior a três meses.

De forma a incentivar a constituição de FIIAH é criado um regime fiscal mais favorável, assente nos seguintes benefícios fiscais:

(i) Isenção de IRC dos rendimentos obtidos por FIIAH constituídos regularmente entre 1 de Janeiro de 2009 e 31 de Dezembro de 2013, e que operem ao abrigo do direito português;

(ii) Isenção de IRC e de IRS dos rendimentos respeitantes a unidades de participação nos FIIAH, devendo, porém, ser excluído o saldo positivo entre as mais-valias e as menos-valias da alienação dessas unidades de participação;

(iii) Isenção de IMI dos prédios urbanos destinados ao arrendamento para habitação permanente, enquanto se mantiverem na carteira do FIIAH, bem como isenção de Imposto Municipal de Transacções no que toca às respectivas aquisições pelo fundo ou pelos arrendatários;

(iv) Dedução à colecta, em sede de IRS, das rendas pagas e isenção de IRS das mais-valias decorrentes da transmissão, nos casos em que ocorreu a conversão do direito de propriedade num direito de arrendamento;

(v) Isenção de imposto de selo dos actos praticados, desde que conexos com a transmissão dos prédios urbanos destinados a habitação permanente, seja no momento da constituição da situação arrendatícia, seja no da sua extinção por exercício do direito de compra;

(vi) Isenção de taxas de supervisão devidas pelas entidades gestoras de FIIAH quanto à gestão desses fundos.

Este regime fiscal vigorará até 31 de Dezembro de 2020, data a partir da qual é aplicável o regime geral dos fundos de investimento imobiliário. Acrescer, podem as entidades gestoras realizar transacções entre fundos de investimento imobiliário sob sua gestão com a finalidade exclusiva de integrar na carteira dos FIIAH imóveis para habitação permanente desde que o façam regularmente nos seis meses subsequentes à autorização do fundo e, no limite, até 31 de Dezembro de 2009.

Frise-se estar ainda prevista a constituição de uma comissão de acompanhamento para a verificação do regime legal e regulamentar aplicável à actividade dos FIIAH e para o controlo da observância dos princípios de bom governo.

“Assim configurado, o esquema pode revelar-se desinteressante para os participantes do fundo”

O elemento crítico deste regime situa-se no equilíbrio entre, de um lado, os interesses dos arrendatários, e, de outro lado, os interesses dos investidores no fundo.

Sucedem que o valor de recompra é calculado com base no valor de aquisição do imóvel pelo FIIAH, actualizado com base do índice de preços no consumidor. Além disso, o arrendatário que não pretenda exercer a opção de compra tem o direito de receber o valor correspondente a diferença entre o valor da alienação futura do imóvel a terceiros e o valor actualizado de aquisição desse imóvel pelo FIIAH, deduzido dos custos de colocação do imóvel, em condições normais de utilização, e de eventuais rendas vencidas e não pagas. São ainda deduzidas as rendas relativas ao período que medeia entre o momento de cessação antecipada do contrato e o momento de alienação do imóvel a terceiro, tendo como limite as rendas devidas até ao termo do contrato de arrendamento acordado entre as partes.

Desta forma, pode ser criado um encargo permanente para o fundo, que em última análise fica sujeito a uma *call option* do arrendatário. Assim configurado, o esquema pode revelar-se desinteressante para os participantes do fundo. Com efeito, em ambas as alternativas, e deixando de lado o recebimento das rendas, o fundo pode ficar a perder: se o imóvel valorizar, o adquirente tem incentivos para comprar o imóvel em boas condições e, ainda que não exerça a opção, beneficia da valorização ulterior do imóvel - descontados os custos de colocação e as rendas devidas pelo período decorrido até ser alienado o imóvel a terceiro. Se, ao invés, ocorrer uma depreciação profunda do imóvel, o adquirente não terá vantagem em exercer a *call option* e renunciará naturalmente ao direito de adquirir o imóvel.

A mitigar o exposto, deve referir-se que a isenção de mais-valias cessa quando o contrato de arrendamento termine ou quando não seja exercido o direito de opção de compra.

O DEBATE PROCESSUAL PENAL: UM TESTE À DEMOCRACIA



Pouco tempo depois das alterações ao Código de Processo Penal que entraram em vigor no dia 15 de Setembro de 2007, cresceu em intensidade e frequência a manifestação de descontentamento por parte do Ministério Público.

É que, entre várias alterações, umas mais semânticas (pretendendo apenas tornar mais claro o que o legislador já tinha posto na lei), outras mais estruturais, estão as dos artigos 86.º e 89.º, com incidência revolucionária na dinâmica do inquérito. Com efeito, em Agosto de 2007, e encurtando razões, o processo era público, na fase de julgamento, na instrução (no caso de esta ter sido requerida apenas pelo arguido e este, no requerimento, não tivesse declarado que se opunha à publicidade), mas já não no inquérito. Neste vigorava o segredo de justiça externo (para fora do processo, para os que não fossem sujeitos processuais) e o segredo de justiça interno. Ou seja, nem os arguidos poderiam ter acesso aos autos.

A razão é historicamente compreensível: há que inquirir antes de contraditar. Se não soubermos o que alguém poderá ter feito, não temos como debater com o mesmo se efectivamente fez algo de errado – neste caso, cometeu um crime – e porque é que o fez (se agia, por exemplo, em legítima defesa). A natureza humana é mesmo assim: nem todos os que cometem crimes os confessam.

E aqui entronca o drama do pós 15 de Setembro (de 2007). É que, desde então, o processo é, em regra, público, sob pena de nulidade. Todo o processo, incluindo o inquérito. Enquanto se investiga, lá estará o arguido a ver que problemas se levantam quanto a ele, que provas já há e que provas pode haver. E essa é a oportunidade que o “meliante” tem de sair impune, destruindo documentos, calando culpidades, sustendo actividade. Nessa lógica, concluirão alguns, o novo regime concede uma espécie de foral para “fartar vilanagem”. É que, mesmo nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, o arguido acabará sempre por ter acesso ao processo ao fim de 15 meses mais 3 (segundo alguma jurisprudência e os ora signatários) ou de 15 meses mais um período qualquer, desde que determinado previamente pelo juiz (que, à cautela, poderia sempre determinar 10 anos...). Ou seja, se vingar a jurisprudência que os signatários defendem, ao fim de um ano e meio, no máximo, lá irão os nossos clientes consultar os processos. É o que algumas vezes do Ministério Público anunciam como o fim da investigação da criminalidade organizada.

Isto seria de facto de uma enorme imprevidência por parte do legislador, se não se aceitasse que todas as pessoas se presumem inocentes, se não se reconhecesse que um processo penal é estigmatizante, retira crédito (podendo levar empresas à falência) e invade (muitas vezes por necessidade, é certo) a casa, o escritório, a vida do arguido, depredando-o, por vezes durante anos, de elementos essenciais à sua privacidade, à sua liberdade, à sua actividade profissional, à sua vida, em suma. Isto não é admissível ilimitadamente ou por longos períodos.

É preciso ter sempre presente que, quando se discute processo penal, discute-se democracia, discute-se a eterna tensão entre garantias – como a presunção de inocência – e a necessidade de dar segurança à comunidade.

O clamor da Casa Pia empurrou o legislador para o reforço das garantias dos arguidos; corremos neste momento o risco de continuar ao sabor do vento, agora sob o clamor do Furacão, empurrados para a diminuição das garantias e reforço da investigação. A verdade é que a questão é, em última análise, simples: se só há meios para gerir processos em 4, 5 ou mais anos, há uma escolha fundamental que tem de ser feita: (i) ou se poupam os meios, mantém-se a investigação e ignora-se o arguido; (ii) ou se poupam os meios, atrofia-se a investigação e protege-se o arguido; (iii) ou se investe em meios, reforça-se a investigação e protege-se o arguido.

As duas primeiras são fáceis, porque se bastam com a reforma do *Diário da República*. Simplesmente, a primeira assassina a democracia e a segunda deixa-a moribunda.

A última é a de que a democracia precisa, mudando a gestão, reconfigurando a investigação, investindo nos meios e protegendo arguidos, vítimas e comunidade, deixando sossegado o *Diário da República* tal como está após esse outro Setembro: o de 2007, o das contestadas por uns, mas por nós bem-vindas garantias.

A LIVRE CONCORRÊNCIA E OS ABUSOS DE EXCLUSÃO: A COMISSÃO PRONUNCIA-SE

Ao fim de meio século de vigência do artigo 82.º do Tratado da CE (ex-artigo 86.º), a Comissão publicou finalmente uma comunicação sobre as suas prioridades na aplicação da proibição de abusos de posição dominante com efeito de exclusão [COM(2008) 832, de 5.12.2008, ainda não disponível em língua portuguesa].

Esta comunicação culmina um processo de consulta pública iniciado em 2005, com o *draft discussion paper*, e tem uma importância fundamental para compreender o modo como a Comissão entende perseguir, no futuro e já no presente, as condutas abusivas das empresas em posição dominante.

A Comunicação deve ser ainda lida com mais atenção por parte das empresas que actuem em mercados sujeitos a vigilância da Autoridade da Concorrência ou da Comissão, como é o caso das empresas que actuem nos sectores dos combustíveis, das telecomunicações ou farmacêutico, para só mencionar alguns.

No que toca a condutas relativas aos preços, a Comissão anuncia que perseguirá comportamentos susceptíveis de prejudicar a concorrência por parte de concorrentes tão eficientes como as empresas em posição dominante. Como métrica, a Comissão assume a utilização dos critérios dos custos evitáveis médios e dos custos médios incrementais a longo prazo para averiguar dos níveis e prazos de cobertura dos custos pela empresa dominante.

Entre as condutas especificamente abordadas pela Comissão contam-se ainda (1) as *obrigações de compra exclusiva*, que, se podem envolver a compensação dos obrigados, podem ser prejudiciais para os consumidores finais, em alguns casos mesmo quando a obrigação é imposta por um período reduzido; (2) os “descontos de fidelidade” (*conditional rebates*), sejam retroactivos

“Pela primeira vez em 50 anos, a Comissão publica uma comunicação interpretativa sobre abusos de posição dominante”

sejam “incrementais”, i.e. aplicáveis apenas a compras acima de determinado volume; (3) as vendas “ligadas”, sobretudo quando os produtos ligados forem distintos, do ponto de vista da procura, e a ligação, forçosa (*tying*) ou voluntária (*bundling*), respectivamente, tiver um efeito de exclusão dos concorrentes no mercado, “alavancando” as vendas no mercado dominado e excluindo concorrentes no mercado não dominado (o *pure bundling* foi largamente discutido no conhecido caso *General Electric/Honeywell*); (4) as práticas predatórias; (5) o chamado *margin squeeze* (“compressão de margens”); ou (6) as *recusas de fornecimento*.

Quanto a estas últimas, a Comissão reconhece que, em geral, uma empresa, mesmo dominante, deve ser livre de escolher os seus co-contratantes. Mas, aliás no seguimento de comentários nossos anteriores (v. *Momentum*, n.os 1 e 2), a Comissão recorda que pode ser ilícita a recusa de fornecer clientes, actuais ou novos, a recusa de licenciamento de direitos de propriedade industrial ou intelectual, ou a recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial ou rede. Deve realçar-se que a recusa não tem de ser actual e que pode ser equiparada a recusa o adiamento indevido do fornecimento ou a imposição de condições desrazoáveis.

O enunciado não exaustivo de práticas abusivas e a relevância da dinâmica dos mercados deve levar as empresas a ter estas directrizes em atenção, tanto mais quanto as sanções para a violação desta norma, ou da sua equivalente em Portugal, pode conduzir a coima até 10% do volume de negócios global da empresa (ou grupo empresarial) no ano anterior, além de outras consequências, designadamente a responsabilização civil face aos que sofreram o dano concorrencial.

DOMÍNIO PÚBLICO: NOVA LEI E NOVAS PERSPECTIVAS



O Governo, através do Ministério das Finanças e da Administração Pública, apresentou e submeteu a discussão pública, no passado dia 27 de Outubro de 2008, uma proposta de lei que irá dotar a nossa ordem jurídica de um regime geral aplicável aos bens imóveis do domínio público do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais. Este regime geral, que se espera venha a ser aprovado e a entrar em vigor durante o primeiro semestre de 2009, não prejudica, porém, a vigência dos regimes relativos a áreas sectoriais do domínio público, só tendo aí aplicação na medida em que não contrarie as soluções especialmente consignadas.

A proposta de lei submetida a discussão pública teve como principal linha orientadora a procura de um equilíbrio entre a protecção dos bens dominiais, por um lado, e a assunção do domínio público como recurso económico colectivo, a explorar segundo critérios de racionalidade financeira e de boa gestão, por outro lado.

Com esse desiderato, sem deixar de acautelar devidamente a tutela do interesse público, a proposta de lei em causa visa introduzir no nosso ordenamento jurídico um conjunto de alterações que potenciam a contribuição da iniciativa particular para um mais efectivo e eficiente aproveitamento dos bens dominiais. Salientamos, a este respeito, quatro aspectos.

Assim, e em primeiro lugar, a proposta de lei deixa transparecer a intenção legislativa clara de conter o estatuto da dominialidade nos precisos limites das razões de interesse público que lhe subjazem. Tal intenção aflora em momentos diversos, designadamente: (i) na indispensabilidade dos bens para a satisfação de necessidades colectivas como pressuposto da própria integração no domínio público, (ii) na previsão de um dever de desafecção impendendo sobre a entidade titular do bem dominial, quando o bem deixe de desempenhar, de harmonia com a lei, a função de utilidade pública que justificou a sua dominialidade e (iii) mesmo na introdução, no nosso ordenamento jurídico, da figura da desafecção implícita, que se configura como verdadeira *prescrição* do estatuto da dominialidade, fundada no não aproveitamento do bem, durante um prazo determinado.

Em segundo lugar, a proposta de lei admite que a titularidade do domínio público militar ou cultural possa, em situações excepcionais e verificados determinados pressupostos, assentar não na propriedade pública, mas num conjunto de poderes de domínio que assegure às entidades públicas titulares a exclusividade do respectivo aproveitamento. Este conjunto de poderes de domínio e aproveitamento exclusivo não será, porém, incompatível com a propriedade privada dos bens integrados, por esta via, no domínio público militar ou cultural.

Em terceiro lugar, e no que se refere aos títulos de utilização privativa dos bens dominiais, a proposta de lei mantém a tradicional bipartição entre a licença e a concessão, sendo esta subdividida, por sua vez, em concessão de uso privativo e concessão de exploração. Todas estas formas de utilização privativa, bem como o próprio uso comum, encontram agora, pela primeira vez, uma regulação com carácter geral no nosso direito, o que comporta ganhos em termos de clareza e segurança jurídica e pode também potenciar um mais eficiente aproveitamento económico dos bens dominiais.

“A proposta de lei submetida a discussão pública (...) teve como principal linha orientadora a procura de um equilíbrio entre a protecção dos bens dominiais (...) e a assunção do domínio público como recurso económico colectivo, a explorar segundo critérios de racionalidade financeira e de boa gestão (...)”

Em quarto lugar, a própria atribuição destes títulos de utilização privativa é também objecto de regulação. Quanto à licença, e correspondendo-lhe usos de curta ou média duração, justifica-se a admissibilidade, como regra geral, do ajuste directo. Já no que se refere às concessões de uso privativo ou de exploração, a proposta de lei prevê um procedimento adjudicatório concorrencial sujeito ao Código dos Contratos Públicos, mas com adaptações importantes.

Entre essas adaptações contam-se (i) a faculdade de o particular interessado requerer a abertura de um procedimento adjudicatório, (ii) a possibilidade de recurso ao ajuste directo sempre que a concessão assente num modelo de negócio ou em tecnologia originais, cujo desenvolvimento seja relevante para o interesse público, (iii) a inclusão no procedimento, via de regra, de uma fase de negociações e (iv) a constituição, verificados determinados pressupostos, de um direito de preferência a favor do particular que tenha requerido a abertura do procedimento adjudicatório.

A terminar, formulam-se apenas os votos de que esta iniciativa legislativa, que vinte anos depois dá concretização ao artigo 84.º, n.º 2, da Constituição, possa, efectivamente, encontrar a *luz do dia* ainda na presente legislatura.

A CONTRATAÇÃO LABORAL A TERMO NO CÓDIGO DO TRABALHO REVISTO

É sabido que a legislação sobre contratação a termo é sistematicamente ignorada: na lei, o contrato de trabalho a termo surge como uma exceção, a que só é lícito recorrer para satisfazer necessidades temporárias de trabalho; na prática, essa é forma corrente de contratação – dados de 2007 mostram que 80% dos trabalhadores com menos de um mês de antiguidade são contratados a termo. Desde 1989 que a lei procura combater esta situação através da imposição de novas e mais rigorosas limitações à contratação a termo, com os resultados que se conhecem: a exceção da lei é a regra da prática. Este é um dos domínios que melhor ilustra uma das críticas que tem sido dirigida à legislação laboral (e não apenas à portuguesa): a lei tende a deixar de ser um critério de regulação dos mercados de trabalho, que encontraram formas de a ultrapassar, daí resultando uma acrescida segmentação, em que se protege a posição de quem conseguiu um emprego estável à custa de quem mais tarde chegou ao mercado.

A revisão do Código do Trabalho insiste neste caminho, como aliás não poderá deixar de fazer enquanto persistir a ideia de que a Constituição o impõe. Assim, à reafirmação das exigências de fundamentação do termo e das restrições à duração do vínculo por tempo determinado, acrescentam-se agora regras que visam combater o recurso a formas alternativas de contratação com o intuito de contornar certas restrições. Assim:

- A lei proíbe que se proceda a nova admissão a termo para ocupar um posto de trabalho que estava preenchido por um trabalhador contrato a termo, se o contrato deste tiver terminado por iniciativa do empregador. Esta proibição de encadeamento de contratos a termo vigora por um período equivalente a um terço da duração do anterior vínculo;
- Vigora também desde há muito uma limitação máxima de três anos para a duração da generalidade dos contratos a termo certo e respectivas renovações.

Estas limitações são agora agravadas nos seguintes moldes:

- A proibição de sucessão de contratos passa a incluir: o recurso a trabalho temporário e a contratos de prestação de serviço para a execução de tarefas correspondentes ao mesmo posto de trabalho, abrangendo a contratação pela mesma entidade e por qualquer outra sociedade que tenha uma relação de domínio ou de grupo com o anterior empregador;
- Estas formas de contratação alternativa, pelo empregador ou pelas entidades acima referidas, passam a ser consideradas na contagem do período máximo de duração do contrato a termo.

As novas limitações são compreensíveis na perspectiva que a lei tem reiteradamente assumido de combate à contratação laboral a termo. Mas não deixam de ser preocupantes, por duas razões: primeiro, porque a forma abrangente e pouco cuidada como estão redigidas suscita fundadas dúvidas quanto às situações que ficam abrangidas; segundo, porque revelam a insistência na promoção de um modelo (aliás constitucionalmente assumido e garantido) que tem como paradigma o contrato de trabalho por tempo indeterminado dotado de especiais garantias de estabilidade quando a realidade cada vez mais dele se afasta.

Pedro Furtado Martins
pfm@servulo.com

“As novas limitações à contratação laboral a termo são compreensíveis, mas não deixam de ser preocupantes.”

