



EDITORIAL

Outono 2008

1. A Revisão do Código de Trabalho
2. Crise financeira e short selling
3. Prestação de caução aos administradores
4. Indústria farmacêutica e comércio paralelo (III)
5. Da caducidade do direito à liquidação da tributação autónoma em sede de impostos sobre o rendimento
6. O novo regime das custas judiciais
7. Prorrogação de serviços públicos e concorrência
8. O contrato de locação financeira restitutiva

A palavra «crise» instalou-se, definitivamente, no nosso léxico diário. Não apenas por força da crise financeira em que, actualmente, nos encontramos mergulhados, mas porque a nossa época é, decididamente, uma época de «crises», sejam elas naturais ou sociais. Alude-se, inclusivamente, a uma crise global das sociedades contemporâneas, a qual seria, antes de mais e acima de tudo, de valores ou de modelos de referência.

As crises traduzem, sem dúvida, momentos de maior ou menor perturbação no nosso devir contínuo. Mas são também fases de intensa revisão crítica e de novas oportunidades. Afinal, elas são o ponto de convergência de factores críticos que nos interpelam e impelem à sua superação. Não por acaso, «crise» e «crítica» têm o mesmo radical etimológico.

Aquela que está em curso não escapa a essa fatalidade: gravemente perturbadora para muitos, ela oferece-nos a nós, juristas, uma indeclinável oportunidade de repensar conceitos, paradigmas de organização e governo das sociedades comerciais, sistemas de regulação e de supervisão, instrumentos negociais que dão corpo à actividade diária das empresas. É tempo de se fazerem balanços sobre o que falhou e de se desenharem os modelos da nossa convivência futura. Com a expectativa, sempre presente, de criarmos admiráveis mundos novos!

Fernando Ferreira Pinto
ffp@servulo.com

A REVISÃO DO CÓDIGO DO TRABALHO E O REGIME DOS DESPEDIMENTOS

A primeira leitura da proposta de revisão do Código do Trabalho e da respectiva regulamentação (Proposta de Lei n.º 216/X) pode dar a errada impressão de que se avizinha uma profunda modificação da legislação laboral. Tal resulta da circunstância de se alterar a redacção de quase todos, se não mesmo de todos, os artigos do Código, bem como da nova sistematização adoptada em algumas matérias. Porém, a nova redacção e arrumação dos textos legais, embora não seja inócuia, raramente conduz à adopção de soluções materiais diferentes das actuais. Não se trata, portanto, de uma reforma radical do Ordenamento ou sequer de uma revisão que afecte os traços essenciais que há mais de três décadas caracterizam a legislação de trabalho nacional. O que não impede que existam alterações materiais significativas, com relevantes implicações práticas.

A revisão do regime dos despedimentos é um bom exemplo dos diversos pontos que se acabam de referir. Assim:

- Altera-se a redacção de todas as normas que integram esse regime, a maioria das vezes sem que tal implique modificações substanciais;
- Contudo, algumas modificações que se pensariam apenas formais podem ter implicações materiais importantes. Por exemplo, a noção de despedimento colectivo (art. 358.º) é bem diferente da actual, pois exige que o encerramento parcial seja fundamentado em moldes idênticos às situações de redução de pessoal, introduzindo-se uma alteração substancial (que, aliás, nunca constou dos trabalhos preparatórios);
- Mantém-se o essencial do regime procedural dos despedimentos, mas há alterações relevantes, como sejam: a eliminação da instrução obrigatória na generalidade dos casos; prevêem-se prazos diferenciados de aviso prévio em função da antiguidade nos despedimentos por motivos atinentes ao empregador; também nestas modalidades de despedimento, reduzem-se alguns dos prazos dos respectivos procedimentos;
- A indemnização nos despedimentos por razões relacionadas com a empresa mantém o valor, mas afasta-se a presunção de aceitação do despedimento quando o trabalhador a receba;

“Algumas das medidas propostas para o regime do despedimento carecem de ulterior regulamentação, designadamente, no domínio do processo judicial”

– O regime do despedimento ilícito continua a assentar na invalidade do acto extintivo e na reintegração do trabalhador, mas reduz-se o prazo de impugnação judicial de um ano para 60 dias e prevê-se um regime diferente (com exclusão da reintegração e redução da indemnização a pagar pelo empregador) para os casos em que a ilicitude derive de meras irregularidades formais. A finalizar esta breve nota, cumpre realçar que algumas das medidas propostas para o regime do despedimento carecem de ulterior regulamentação, designadamente, no domínio do processo judicial, já que a redução do prazo para o trabalhador recorrer ao tribunal sempre foi associada a uma modificação profunda das regras adjetivas, que a proposta de lei não contempla. Por outro lado, algumas das novas soluções suscitam novas dúvidas, que se espera que sejam atempadamente clarificadas. Assim acontece com o novo regime do despedimento ilícito por vícios formais, em que falta esclarecer quando termina o contrato e alguns dos efeitos daí decorrentes.

Pedro Furtado Martins
pfm@servulo.com

CRISE FINANCEIRA E *SHORT SELLING* DE VALORES MOBILIÁRIOS

Embora determinada por uma constelação complexa de factores, a crise obrigou nomeadamente a acertos pontuais no regime da venda de valores mobiliários “curta” ou “a descoberto” (*short selling*), em termos que reclamam a devida atenção.

Como é sabido, em causa estão os casos em que o alienante não tem, ao tempo do negócio, titularidade sobre os valores alienados, recorrendo a empréstimos ou a outros negócios de cobertura para fazer face à liquidação dos valores a transferir. Esta prática é em alguns casos possível, dada a dilação temporal entre a data do negócio em mercado e a data de liquidação física e financeira. O esquema tornou-se muito frequente, nomeadamente em mercados dotados de maior volatilidade, tais como os mercados de *warrants* e de certificados. Alguns agentes de mercado sofisticados, como os fundos com alavancagem (130/30) ou os *hedge funds*, também contribuíram, em tempos recentes, para uma intensificação desta prática.

O tratamento normativo desta conduta tem variado ao longo do tempo. Desde o século XVIII que se conhecem intervenções legislativas a proibir ou a limitar o *short selling*. Em Portugal, à luz do Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, vigorava uma solução impeditiva do *short selling*, que resultava na imposição de bloqueio sobre os valores mobiliários abrangidos pela ordem de venda. Tal equivalia, em termos práticos, a uma proibição de alienação de valores mobiliários não detidos ao momento da transmissão da ordem. Impôs-se, mais tarde e progressivamente, a ideia de que o *short selling*, ao incrementar a liquidez, contribuía para a eficiência dos mercados e para uma formação de preços mais regular.

Em acolhimento destas ideias, o Código de 1999 consumou uma viragem ao paradigma do código anterior, em dois pontos essenciais. De um lado, tornou facultativo o bloqueio de valores mobiliários a alienar. De outro lado, o regime legal permite a aceitação de ordens ainda que o ordenador não faça prova da disponibilidade dos valores mobiliários a alienar.

Neste quadro, deve reconhecer-se que o regime actual repousa em larga medida no critério do intermediário financeiro como válvula de escape do sistema. Com efeito, se o cliente não fizer prova da disponibilidade dos valores mobiliários a alienar, pode haver recusa de execução da ordem. Além disso, o intermediário financeiro pode exigir o bloqueio, podendo a recusa de bloqueio neste caso igualmente fundar uma recusa da execução da ordem.

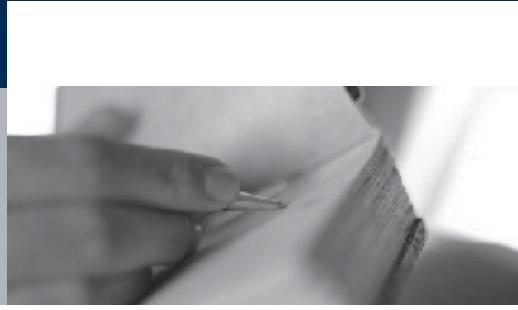
Paralelamente, ao regime comum sobre transmissão prévia à titularidade, a lei prevê normas especiais de permissão e de proibição. Uma solução especial é a previsão de alienação de valores ainda não emitidos e negociados em *grey market*. Em sentido contrário, há previsões legislativas proibitivas no regime dos fundos de investimento mobiliário e imobiliário.

Caso diferente é o da utilização do *short selling* acompanhado de expedientes utilizados para artificialmente baixar os preços dos instrumentos financeiros visados. Um exemplo é o da divulgação de rumores falsos sobre a sociedade visada, em paralelo à venda curta de acções por esta emitidas, para potenciar os ganhos decorrentes da expectável depreciação das cotações. Neste caso, pode estar em causa uma prática do crime de manipulação de mercado.

Por esse motivo é que, no contexto da presente crise financeira, se sucederam diversas intervenções a vedar práticas abusivas de vendas a descoberto, uma vez que aí estas práticas serviram de factor acelerador das perdas bolsistas. A CMVM não constituiu excepção, e além de obrigar a um reporte diário de operações de *short selling* e de interesses a descoberto relevantes sobre acções das instituições financeiras cotadas, emanou uma instrução dirigida a impor, aos intermediários membros de mercado, um dever de recusa de ordens de venda quando não esteja assegurada a disponibilidade dos valores no momento da emissão da ordem, relativamente a valores mobiliários emitidos por instituições financeiras. Como é próprio das soluções de emergência, é de esperar os efeitos desta Instrução cessem quando estiver ultrapassado o contexto excepcional que a ditou.

Paulo Câmara
pc@servulo.com

A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PELOS ADMINISTRADORES



Em conjunturas financeiras difíceis como as que presentemente atravessamos, os administradores estão cada vez mais expostos às consequências da respectiva gestão e os accionistas cada vez menos dispostos a prescindir de instrumentos que minoram o seu risco de investidor.

Um dos instrumentos que tem por escopo acautelar possíveis deveres de indemnização a cargo dos administradores perante a sociedade, credores sociais, accionistas e terceiros é o da prestação de caução (ou seguro) a favor daqueles.

Nos termos do Código das Sociedades Comerciais (artigo 396.º) os administradores das sociedades anónimas estão obrigados a, no prazo de 30 dias após a designação ou eleição e sob pena de termo do mandato, prestar caução (ou contrato de seguro) em que os beneficiários sejam os titulares de direito a indemnização no montante que seja definido pelos accionistas nos estatutos. De todo o modo, a caução não poderá ser inferior a (a) € 50.000,0 - para a generalidade das sociedades anónimas e (b) € 250.000,0 - para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para aquelas que, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: (i) total do balanço - € 100 000 000; (ii) total das vendas líquidas e outros proveitos - € 150 000 000; (iii) número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – 150 (ou seja, em termos de modelo de governação, as que correspondem ao denominado modelo latino reforçado).

Sucede que, conforme, aliás, tradição do nosso direito societário, excepto quanto às sociedades referidas na parte final do parágrafo anterior, quanto às demais pode haver dispensa de caução pelos accionistas ou pelo conselho geral de supervisão. E o facto é que, na prática – e apesar do reduzido montante da caução –, a maioria das sociedades opta por dispensar os administradores de caução.

“Na prática – e apesar do reduzido montante da caução –, a maioria das sociedades opta por dispensar os administradores de caução.”

Perante esta tendência, não pode esquecer-se que a caução / seguro destina-se a proteger os accionistas mas também a sociedade, credores sociais, accionistas e terceiros. Acresce que a caução / seguro representa também uma garantia para o próprio administrador que vê assim acautelada pelo menos uma parte da responsabilidade em que possa vir a incorrer. Mas a verdade é que a prática vai no sentido da dispensa da caução.

Nos casos raros em que não há dispensa de caução, a mesma tem que ser prestada, como assinalado, no prazo de 30 dias após a nomeação ou eleição e deve manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa.

A combinação para a falta de prestação da caução é a “cessação imediata de funções”. Mas este regime de cessação imediata de funções também levanta algumas dúvidas pois não é óbvio se a “cessação imediata de funções” configura um caso de caducidade – caso em que bastaria o decurso do prazo de 30 dias sem que fosse prestada caução para termo do mandato – ou uma causa de destituição dependente de deliberação accionista. Soma-se que, do ponto de vista prático, a solução também poderá resultar em incerteza jurídica, pois qualquer terceiro se basta, na verificação dos membros e poderes do conselho de administração, com a acta que demonstra a deliberação e/ou o registo comercial sendo certo que a verificação da acta não prejudica uma eventual falta de prestação de caução no prazo legal dos 30 dias e que o registo não controla uma eventual falta de prestação de caução que conduza a uma tal “cessação imediata de funções”.

A possibilidade de substituição da caução por contrato de seguro – que se afigura, *prima facie*, melhor para o administrador, pois não obriga à imobilização de montante de capital –, levou o legislador a clarificar que o custo do seguro não pode ser suportado pela sociedade, excepto na parte em que excede os montantes mínimos acima referidos. Acresce que, para a sociedade e seus credores a opção pelo seguro não é certamente a melhor, pois terão sempre que se sujeitar às exclusões da própria seguradora - por exemplo, a típica exclusão de actos praticados pelos administradores de forma dolosa.

INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E COMÉRCIO PARALELO DE MEDICAMENTOS (PARTE II)

A recusa de fornecimento de medicamentos por uma empresa em posição dominante com o objectivo de limitar a exportação paralela pode ser abusiva, mas não o será se a empresa recusar o fornecimento de «quantidades anormais» de produtos farmacêuticos, ou seja de «quantidades não proporcionais às vendidas anteriormente por esses mesmos grossistas para satisfazer as necessidades do mercado do referido Estado membro» (acórdão Sot. Lélos kai Sia EE. e O., de 16.9.2008, procs. C-468/06 et al.). É esta a mais recente última palavra do Tribunal de Justiça no litígio que corre perante os tribunais gregos entre a *GlaxoSmithKline* grega e distribuidores por grosso de medicamentos.

Recorde-se que o tema das importações paralelas é delicado e objecto de uma extensa e nem sempre coerente abordagem jurídica e económica. No passado, os importadores paralelos foram considerados heróis, por contribuírem para a interpenetração das economias dos Estados membros, potenciadora do mercado interno. Em consequência, o Tribunal de Justiça classificou como restritivas da concorrência quer a protecção territorial absoluta (Consten e Grundig, 1966) quer as restrições à exportação (Miller, 1977), dizendo-se mesmo que a partir daí ficou «adquirido que o comércio paralelo beneficia de uma certa protecção, [...] na medida em que favorece o desenvolvimento das trocas comerciais e o reforço da concorrência [...]», isto é, *nesta segunda perspectiva, na medida em que proporciona aos consumidores finais as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços [...]*. Assim, se se demonstrar que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve, em princípio, ser considerado como tendo por objecto restringir a concorrência é porque se pode presumir que priva os consumidores finais dessas vantagens.» (acórdão *GlaxoSmithKline c. Comissão*, de 27.9.2006, proc. T-168/01, n.º 121).

Contudo, no domínio dos medicamentos, a interferência estatal na livre fixação do preço e os regimes de comparticipação dos regimes de segurança social no preço dos medicamentos ao consumidor (v. Directiva 89/105/CEE), acoplado aos mecanismos de comercialização de matriz nacional (v. Directiva 2001/83/CE), têm levado a jurisprudência a considerar que, não sendo inteiramente livre a formação dos preços, em virtude dos condicionamentos estatais à sua fixação, estes devem ser considerados na avaliação sobre a licitude das restrições ao comércio paralelo, na medida em que tal é «um dos factores susceptíveis de criar oportunidades para o comércio paralelo».

É neste sentido que cumpre enfatizar a circunstância de o presente acórdão reconhecer como não abusivo que as empresas em posição dominante possam defender os seus legítimos interesses comerciais recusando «encomendas de quantidades anormais» ou «significativas», de «produtos destinados essencialmente às exportações paralelas» (Sot. Lélos kai Sia EE. e O., n.º 71), como alternativa legítima à ameaça à bomba atómica, qual seja a de se considerar que «a única possibilidade que resta a uma empresa farmacêutica em posição dominante seja não comercializar de todo os seus medicamentos num Estado membro em que os seus preços são fixados a um nível relativamente baixo» (n.º 68).

Finalmente, o acórdão é igualmente relevante ao salientar a obrigação de «serviço público» que impende sobre os distribuidores por grosso, de «garantir o fornecimento adequado e contínuo do mercado geográfico relevante, de forma a garantir a satisfação das necessidades dos doentes», evitando a «escassez de medicamentos», recordando incumbir às autoridades nacionais (v. INFARMED, I.P.) a regulamentação do artigo 81.º da Directiva 2001/83/CE (na redacção actual – v., entre nós, art. 100.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto), nos termos do qual este Instituto definirá «por regulamento, as quantidades mínimas ou os critérios de determinação das quantidades mínimas de medicamentos que devem ser mantidas permanentemente pelos distribuidores que operam no território nacional, para garantia de continuidade do fornecimento e do acesso aos medicamentos por parte dos doentes».

Fazendo convergir concorrência e regulação, mais facilmente se criam condições para que os «fabricantes, importadores, distribuidores por grosso» possam cumprir a obrigação legal «de fornecer, dispensar ou vender os medicamentos que lhes sejam solicitados» de acordo com «o princípio da continuidade do serviço à comunidade» (idem, art. 6.º, n.os 1 e 2).

Miguel Gorjão-Henriques
mgh@servulo.com

“Não é abusiva a recusa de fornecimento de quantidades anormais de medicamentos por empresa dominante, mesmo que tal tenha por objectivo limitar as exportações paralelas.”

DA CADUCIDADE DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO AUTÓNOMA EM SEDE DE IMPOSTOS SOBRE O RENDIMENTO



O direito de liquidar os impostos – de tornar certa, líquida e exigível a obrigação de imposto – caduca, em regra, no prazo de quatro anos a contar da data da verificação do facto tributário ou do termo do ano em que se verificou o facto tributário, consoante se tratem de factos de formação instantânea ou sucessiva (cf. artigo 45.º, n.ºs 1 e 4, da Lei Geral Tributária).

A correcta identificação do momento em que se inicia a contagem do referido prazo de caducidade do direito à liquidação do imposto depende, portanto, da prévia qualificação do facto tributário subjacente.

Atendendo ao elemento temporal do facto tributário, serão de formação *instantânea* os factos que, por serem constituídos por um único “acontecimento” ou “circunstância”, se constituem e extinguem no mesmo momento. Exemplificadamente, o *acto* ou *documento* e a *aquisição* de um prédio, sujeitos, respectivamente, a Imposto do Selo e a IMT, assumem-se como factos de formação *instantânea*. Pelo contrário, serão de formação *sucessiva* os factos tributários que, por consistirem num conjunto de “acontecimentos” que se vão sucedendo num período de tempo previamente delimitado, se completam em momento necessariamente posterior ao do início da sua formação. Paradigmaticamente, o *lucro tributável* sujeito a IRC, constituindo – simplificadamente - o resultado algébrico dos acréscimos (ganhos, proveitos e variações patrimoniais positivas) e dos decréscimos (perdas, custos e variações patrimoniais negativas) patrimoniais verificados desde o início até ao final do período tributário – que é de um ano -, enquadrar-se no conceito de facto tributário de formação *sucessiva*.

A referida classificação dicotómica dos factos tributários em factos de formação *instantânea* e *sucessiva*, necessária à identificação do *dies a quo* do prazo de caducidade do direito à liquidação dos impostos, permitiu já que a jurisprudência e a doutrina administrativa (cf. Circular n.º 12/2004, de 11 de Junho) qualificassem – e bem – os factos tributários sujeitos a IRS e a IRC, através de retenção na fonte a título definitivo (v.g. a colocação à disposição de lucros distribuídos a não residentes), como factos de formação instantânea. Contudo, a tal reconhecimento seguiu-se a inevitável alteração da redacção do n.º 4 do artigo 45.º da Lei Geral Tributária (cf. n.º 1 do artigo 40.º da Lei n.º 55/2004, de 30 de Dezembro – Lei do OE para 2005), que promoveu a alteração do termo inicial do prazo de caducidade do direito à liquidação do IRC incidente sobre tais factos de formação instantânea, localizando-o no primeiro dia do ano civil seguinte ao da sua verificação.

Sucede, porém, que a par dos factos sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, existem outros, igualmente sujeitos a IRS e a IRC, que revestem a natureza de factos tributários de formação *instantânea* e que não se enquadram na indicada excepção introduzida no n.º 4 do artigo 45.º da LGT em termos de contagem do prazo de caducidade do direito à liquidação dos impostos. Referimo-nos, genericamente, às *despesas* e aos *encargos* sujeitos a tributação autónoma. *Tais despesas e encargos* constituem, conforme resulta do que antecede, factos tributários de formação *instantânea*; factos formados por um único “acontecimento” (a *despesa* ou o *encargo*). Com efeito, independentemente do momento em que é relevada para efeitos declarativos e de tributação, é a despesa não documentada, consubstanciada numa saída de caixa num determinado momento – por hipótese, o dia 12 de Abril de 2003 – que está, automática e *autonomamente*, sujeita a IRC, à taxa de 50%.

Significa isto, na hipótese em estudo, que o prazo de caducidade do direito à liquidação do IRC incidente, a título de tributação autónoma, sobre essa despesa verificada no dia 12 de Abril 2003, terminaria no dia 13 de Abril de 2007. Consequentemente, se

a Administração tributária viesse a praticar um acto de liquidação adicional de IRC relativamente ao lucro tributável do exercício de 2003 e a essa despesa sujeita a tributação autónoma, realizada no dia 12 de Abril de 2003, notificando-o ao contribuinte no início do mês de Dezembro de 2007, o mesmo seria, na parte correspondente ao imposto liquidado a título de tributação autónoma, ilegal por caducidade do direito à liquidação.



O NOVO REGIME DAS CUSTAS JUDICIAIS

No dia 5 de Janeiro de 2009 entra em vigor o Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 43/2008, de 27 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 181/2008, de 28 de Agosto, que aprova o Regulamento das Custas Processuais, procedendo à revogação do Código das Custas Judiciais e a alterações, entre outros, ao Código de Processo Civil, ao Código de Processo Penal e ao Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Foi intenção do legislador, não só unificar e simplificar a legislação dispersa existente nesta matéria, fixando um regime procedural comum para as custas devidas em qualquer tipo de processo judicial, administrativo ou fiscal, como também promover o descongestionamento e a celeridade dos tribunais.

Em consonância com o referido objectivo de descongestionamento, o diploma em causa consagra incentivos para recurso aos meios alternativos de resolução de litígios.

Por outro lado, o legislador pretendeu, igualmente, implementar medidas penalizadoras da litigância considerada excessiva ou desnecessária.

Com efeito, denota-se nas alterações aprovadas uma penalização clara da litigância, com aplicação de uma taxa de justiça especial, para as pessoas colectivas comerciais que tenham um determinado volume de acções, ou, por exemplo, com a criação da “taxa sancionatória excepcional” a aplicar por decisão do juiz, quando este entenda que certo acto processual é manifestamente improcedente ou dilatório.

Uma e outra suscitam graves problemas de conformidade constitucional, a primeira porquanto restringe o direito de acesso aos tribunais e, consequentemente, o direito de acção, e a segunda porque resulta na aplicação de uma sanção – dependente, em grande medida, do uso de um poder discricionário por parte do Juiz – sem contraditório prévio. Causa, por isso, perplexidade que o presente diploma não tenha sido objecto de controlo prévio de constitucionalidade.

Acresce que este tipo de regras se pode tornar demasiado penalizador quando transposto para o domínio do processo penal. Assim, por exemplo, com o diploma em causa, passa a consagrarse a responsabilidade do assistente e do denunciante pelo pagamento das custas nos casos em que, relativamente ao primeiro, venha a ser rejeitada, total ou parcialmente, a acusação que houver deduzido, e, quanto ao segundo, quando se mostre que denunciou de má fé ou com negligência grave.

Neste domínio, prevê-se agora, também, a possibilidade de as taxas de justiça autoliquidadas pela constituição de assistente e pela abertura da instrução poderem vir a ser corrigidas, tendo em conta o desfecho do processo e a concreta utilidade da actividade processual desenvolvida ou promovida pelo assistente.

A tendência penalizadora assinalada reflectiu-se, ainda, em diversas medidas de agravamento da tributação processual.

Este agravamento verifica-se, em particular, no âmbito das custas administrativas e fiscais, onde, para além da eliminação de várias isenções e reduções das taxas, se supriu a não contabilização do excesso, para efeitos de cálculo da taxa de justiça, nos processos e recursos cujo valor seja superior a €250.000,00.

Na mesma linha, destaca-se a possibilidade geral de correcção da taxa de justiça nos processos “especialmente complexos”. Em sentido inverso, são, no entanto, previstas medidas pontuais que contribuem para a atenuação do efeito penalizador referido, nomeadamente, (i) a inclusão, até certo limite, dos honorários do mandatário e respectivas despesas nas custas de parte do litigante vencido e (ii) a circunscrição da responsabilidade do arguido por custas aos casos de condenação em 1.ª instância e decaimento total do recurso.

Por fim, chama-se a atenção para a vigência, desde 1 de Setembro, das disposições respeitantes à entrega electrónica das peças processuais, a qual implica uma redução da taxa de justiça entre 25% a 75%.

PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA



Um tema que recentemente tem cobrado actualidade e interesse é o da extensão do prazo de contratos de concessão de serviços públicos. Em rigor, a questão que, no essencial, se coloca é a de saber se tais prorrogações serão legítimas, atendendo a que, por seu intermédio, se parece estar a subtrair à concorrência do mercado, no prazo previsto, a atribuição de benefícios económicos que a ela por regra devem estar submetidos. Dito de outro modo, para empregar as sugestivas palavras de um autor brasileiro, está em causa apurar se tais prorrogações envolvem ou não uma efectiva "*burla ao princípio da licitação*", isto ao impedirem terceiros da possibilidade de demonstrar, eventualmente, que prestariam o serviço público em condições mais favoráveis para o interesse público.

A resposta à questão colocada não pode ser uma e a mesma para todas as situações.

Naturalmente, que, nada tendo sido previsto nesse sentido nas normas que regularam o procedimento e no contrato e, por outro lado, não tendo ocorrido qualquer alteração anormal das circunstâncias, as partes não poderão, no termo daquele (ou em momento próximo), estender sem mais a sua vigência. Doutra forma, poderia haver um sacrifício não admissível de princípios basilares do sistema europeu e nacional da contratação pública – concorrência, transparência e não discriminação.

Conforme referido pela Comissão Europeia, nestes casos, a extensão, sem mais, da concessão, deve ser equiparada à celebração de uma nova concessão e, por conseguinte, deve conformar-se com os ditames que flúem dos princípios travejadores do direito comunitário primário da contratação pública.

Pelo contrário, se, no clausulado contratual, se previr expressamente a possibilidade de prolongar a duração do acordo e se, por outro lado, a celebração da concessão tiver sido precedida de um genuíno procedimento concorrencial, será admissível, em princípio, determinar esse prolongamento. No quadro dos pressupostos enunciados, com efeito, nenhum interesse material ligado à tutela da igualdade na concorrência e da transparência parece ser injustificadamente derrogado. Claro que, em definitivo, tudo dependerá daquilo que tiver sido concretamente previsto – uma extensão por um (ou sucessivos) período idêntico ao inicial poderá suscitar mais dúvidas do que um prolongamento de duração inferior; será também importante atender à margem de autonomia conferida ao concedente para prorrogar o acordo.

Um outro grupo de casos é o que tem que ver com a extensão do contrato decidida no decurso da respectiva vigência à margem de qualquer previsão expressa nesse sentido, mas justificada pela efectiva verificação de uma alteração anormal de circunstâncias. Se, comprovadamente, razões económicas imperiosas e, bem assim, a necessidade de desenvolvimento do serviço público segundo níveis de qualidade normativamente pré-definidos exigirem a realização de um novo plano de investimentos, a Administração concedente deve poder, fundamentadamente, e dentro dos limites gerais decorrentes do regime de modificação dos contratos administrativos, ordenar tal realização, sob pena de graves danos para a exploração do serviço público concedido e para o interesse público. Em contrapartida, como preço a pagar pela derrogação do princípio da estabilidade dos contratos, a Administração ficará constituída no dever de assegurar, a favor do seu co-contratante, a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão. Naturalmente, a modificação do vínculo poderá ser também formalizada por contrato, sendo até a via bilateral mais consentânea com uma concepção "paritária" das relações contratuais jurídicas administrativas que hoje tende a afirmar-se. Várias alternativas se perfilam para o concedente efectivar o reequilíbrio económico-financeiro do contrato, desde a atribuição ao concessionário de uma compensação directa, ao aumento das tarifas a cobrar dos utentes, à extensão do prazo do contrato – numa lógica de proporcionalidade – pelo período que se revele adequado à amortização e remuneração, em condições de normalidade de exploração, do investimento adicional (cfr., neste sentido, o disposto no n.º 1 do artigo 410º do Código dos

Contratos Públicos), até, enfim, a uma qualquer combinação destas várias modalidades. A terceira alternativa referida (prorrogação do prazo) será, muitas vezes, a preferível, seja porque as administrações não podem, por razões orçamentais, pagar directamente os novos encargos, seja porque os aumentos de tarifa necessários poderiam, pura e simplesmente, pela sua dimensão, tornar ineficiente e anti-competitivo o serviço público explorado.

Neste contexto, será portanto legítimo afirmar que a prorrogação do prazo não determina uma perpetuação sem substância do contrato de concessão, nem tão-pouco envolve qualquer “ajuste directo encapotado”, sendo antes justificada pela necessidade de prosseguir adequadamente o interesse público.

Lino Torgal
lt@servulo.com

ANA FILIPA MORAIS ANTUNES PUBLICA OBRA SOBRE O CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

A locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*) é uma modalidade de locação financeira, nos termos da qual o proprietário de um bem o vende a outrem que lho cede, de imediato, em locação, conferindo ao agora locatário a possibilidade de o readquirir, no termo da locação. Apesar de não consagrado expressamente no direito português, a importância do *sale and lease-back* é inquestionável, tendo já justificado a intervenção dos nossos Tribunais (cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Outubro de 1999, processo n.º 99B635 e da Relação de Lisboa, de 18 de Março de 1999, processo n.º 0007752, ambos in <http://www.dgsi.pt>).

Em “*O contrato de locação financeira restitutiva – Do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*”, editado recentemente pela Universidade Católica Editora, Ana Filipa Moraes Antunes procurou esclarecer, à luz da doutrina e da jurisprudência nacionais, bem como do exemplo de experiências jurídicas estrangeiras, algumas das dúvidas suscitadas em torno deste contrato.

Poderá o *sale and lease-back* ser admitido no direito português? Consistirá o *sale and lease-back* num contrato com função de garantia e numa garantia atípica de cumprimento das obrigações? Deverá o *sale and lease-back* ser reconduzido ao esquema da alienação em garantia? Ofenderá o *sale and lease-back* a proibição do pacto comissório, consagrada, entre nós, no artigo 694.º do Código Civil?

A discussão em torno da admissibilidade do *sale and lease-back* é plenamente actual, assente a perspectiva de que, a par do financiamento, este contrato permitirá prosseguir fins de garantia, podendo assumir-se como uma alternativa – mais eficiente e célere – às garantias típicas das obrigações.

Neste estudo, elaborado na fase escolar do Curso de Mestrado e Doutoramento em Direito Privado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, procurou a Autora responder à questão da admissibilidade, no ordenamento jurídico nacional, de garantias indirectas e, bem assim, clarificar se a locação financeira *restitutiva* consubstanciará uma garantia de cumprimento das obrigações.



A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos.

O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de uma relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados