

A concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras pessoas colectivas públicas – I (*)

Breve estudo sobre o regime da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro

I. Introdução

Os projectos económicos requerem um prévio recurso ao crédito sempre que o sujeito empreendedor não disponha de reservas monetárias suficientes para a aquisição dos factores produtivos dos quais dependa o sucesso desse projecto¹. Por sua vez, a concessão de crédito envolve naturalmente sempre o risco para as instituições financeiras de que o tomador de crédito não cumpra as obrigações contratualmente assumidas. Enquanto agentes económicos cujo comportamento é pautado pela aversão ao risco e pela prossecução da maximização do lucro, estas instituições exigem comumente, como condição da concessão de crédito, a apresentação pelo tomador de crédito de garantias especiais do cumprimento das obrigações que assume: deste modo protegem-se contra a eventualidade da insolvência do devedor, assim como da futura ausência de colaboração deste para o cumprimento². Através destas garantias especiais, as instituições financeiras vêem a sua posição reforçada face aos restantes credores do sujeito seja pela afectação de determinados bens do credor ou de terceiro ao pagamento preferencial de determinadas dívidas (garantias reais), seja pela sujeição de um património de outra pessoa à possibilidade de execução em caso de não cumprimento pelo devedor da obrigação garantida; são estas últimas – as garantias pessoais – que relevam para o escopo deste trabalho.

(*) O texto agora publicado foi inicialmente preparado como suporte do exame oral da cadeira de Direito Financeiro e Fiscal (ano lectivo de 2006/2007), na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira, tendo sido sujeito a posteriores alterações. Os artigos mencionados sem indicação do respectivo diploma pertencem à Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro.

¹ Sobre o sistema financeiro em geral, de uma perspectiva económica, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, II Coimbra, 2004, pp. 1391 ss.

² Falando de uma protecção contra uma futura “*Zahlungsunfähigkeit*” ou de uma “*Zahlungsunwilligkeit*”, HANS JÜRGEN LWOWSKI/HELMUT MERKEL, *Kreditsicherheiten*, Berlin, 2003, p. 15

Mas, se a figura das garantias pessoais remonta já à antiguidade³, originariamente e durante séculos, estas apenas eram concedidas por sujeitos privados, sendo que – como salienta ERNST-ALBRECHT CONRAD – apenas na primeira metade do século XX, com o alargamento das funções económicas do Estado e o surgimento da “*Leistungsverwaltung*”, passariam a integrar o instrumentário da política económica e financeira⁴. A concessão de garantias pelo Estado e por outras entidades públicas é, portanto, como diz EDUARDO PAZ FERREIRA, “um instrumento típico das finanças intervencionistas”⁵, tal como aliás são as restantes medidas de fomento económico⁶.

A concessão de garantias pessoais, quando comparada com outras medidas de fomento económico, nomeadamente com a concessão imediata de empréstimos ou de subvenções, apresenta vantagens financeiras para o Estado, antes de mais por não implicar necessária e imediatamente qualquer despesa pública, constituindo apenas uma despesa potencial

³ JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, 1995, p. 754, refere a existência da figura da fiança nos direitos egípcio, cuneiforme, grego e romano (surgindo a *fideiussio* no fim da República – ver também MAX KASER, *Direito Romano Privado*, Lisboa, 1999, pp. 311 ss. e PAOLO FREZZA, *Le Garanzie delle Obbligazioni*, I, Padova, 1962).

⁴ ERNST-ALBRECHT CONRAD, *Bürgschaften und Garantien als Mittel der Wirtschaftspolitik*, Berlin, 1967, p. 13.

⁵ EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval do Estado*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Raúl Ventura, Lisboa, 2003, p. 1028. Aliás, as sucessivas legislações sobre a prestação de garantias pessoais pelo Estado, espelham com clareza as concepções políticas quanto ao mercado e à intervenção do Estado na economia vigentes em cada momento histórico. Esta evolução legislativa é abordada com extensão por JORGE COSTA SANTOS, *Garantias Pessoais do Estado*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, II suplemento, Lisboa, *sem data*, pp. 350-352. No actual contexto da actual economia social de mercado, há que lembrar, como faz ROLF STOBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Stuttgart, 1989, p. 682, que “*Sozialstaat heißt nicht nur Daseinvorsorge, sondern auch Zukunftvorsorge durch planende und fördernde Gestaltung des Wirtschaftslebens*”.

⁶ É pacífica a qualificação da concessão de garantias pessoais – pelo menos quando destas sejam beneficiários sujeitos privados (Cfr. ROLF STOBER, *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1992, pp. 205 ss) – como medida de fomento económico. Cfr. entre tantos, EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval ...*, pp. 1001ss, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et alli*, *Direito Económico*, Coimbra, 2004, pp. 233 ss, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, II, Lisboa, 1979, pp. 542 ss.

(“*potentielle Ausgabe*”⁷) ou eventual (“*Eventualausgabe*”⁸), apenas se tornando numa despesa efectiva – acompanhada, por virtude da sub-rogação, do surgimento de um crédito equivalente – no caso de o Estado ser chamado a assumir o cumprimento. Assim, estas apresentam-se como uma solução de compromisso entre as necessidades de controlar a despesa pública e de fomento da economia nacional⁹. A esta vantagem cumula-se a possibilidade de transferir para os credores das obrigações garantidas – as instituições de crédito – as actividades de preparação e supervisão da concessão de crédito, com as vantagens económico-administrativas inerentes de beneficiar da especialização técnica daqueles, dispensando o recurso a meios técnicos dos serviços do Estado e diminuindo destarte os *transaction costs*¹⁰.

Todavia, se é certo que a opção pela concessão de garantias pessoais enquanto meio de estimular determinados comportamentos económicos apresenta as referidas vantagens para o Estado face a outras medidas de fomento, isso não significa naturalmente que ela seja isenta de riscos e completamente indolor para a pessoa colectiva pública que a concede; através da assunção da garantia, dá-se uma “deslocação do risco” de insolvência (do beneficiário da garantia) das instituições financeiras privadas para o Estado¹¹. Deste modo, a concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras entidades públicas é sujeita a um regime cauteloso, traçado pela Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, a qual será objecto do cerne deste trabalho. Contudo, a análise do regime legal da concessão de garantias pessoais não pode deixar de ser precedida da abordagem de algumas questões referentes a normas de valor supra-legal, nomeadamente constitucionais e jus-comunitárias, que condicionam igualmente a concessão destas garantias.

⁷ ERNST-ALBRECHT CONRAD, *Bürgschaften und Garantien ...*, p. 51.

⁸ NORBERT ANDEL, *Finanzwissenschaft*, Tübingen, 1998, p. 23.

⁹ ERNST-ALBRECHT CONRAD, *Bürgschaften und Garantien ...*, pp. 50 ss, falando de “*Bürgschaften als Mittel des finanzpolitischen Kompromisses*”. Também, KLAUS HOPT/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht*, in Wertpapier Mitteilungen (17-18), 1996, p. 754.

¹⁰ Salientando este aspecto, MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot*, Baden-Baden, 2002, p. 25.

¹¹ Falando de uma “*Risikovorlagerung*”, NORBERT ANDEL, *Finanzwissenschaft ...*, p. 23. Também MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften ...*, p. 23.

II.1 O regime constitucional

À semelhança do que sucede na generalidade das Leis Fundamentais de Estados democráticos, a Constituição da República Portuguesa consagra hoje no seu art. 161.º al. i) a exigência de intervenção parlamentar em matéria de endividamento público. A par de uma autorização do órgão parlamentar para a concessão ou contracção de empréstimos, assim como para a realização de outras operações de crédito que não sejam de dívida flutuante, na referida alínea encontra-se *in fine* a referência à “concessão de avales”. Contudo, ao contrário do regime estatuído, por exemplo, pelo art. 115 n.º 1 da Constituição alemã¹², a qual, no concernente à intervenção do *Bundestag*, sujeita a um regime unitário toda a contracção de dívida pública, a Constituição portuguesa vem estabelecer um regime menos rígido para a concessão de avales do que aquele previsto para a contracção de dívida pública principal; enquanto este exige uma autorização individualizada da Assembleia da República, a intervenção parlamentar exigida pela Constituição na concessão de avales cinge-se ao estabelecimento de um *plafond* anual¹³.

Quanto à determinação do conteúdo normativo decorrente do enunciado em questão, há que focar antes de mais o âmbito de aplicação da norma dele decorrente. Olhando à teleologia objectiva da regra em questão – a qual se apresenta como concretização do princípio de que todos os actos de que resulte a vinculação voluntária do Estado como devedor sejam, de algum modo, autorizados pelo órgão parlamentar¹⁴ – conclui-se que a norma em questão se refere não só ao aval cambiário, mas a todas as formas de garantias pessoais concedidas pelo Estado. Esta é, aliás, uma afirmação absolutamente pacífica entre a doutrina: veja-se a

¹² “Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbar Ermächtigung durch Bundesgesetz. [...]”

¹³ Isto pese embora os efeitos para as contas públicas sejam potencialmente os mesmos, dada a possibilidade de o Estado ser chamado ao cumprimento das obrigações garantidas. Crítico *de jure condendo* quanto a esta solução, EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado*, Coimbra, 1995, pp. 161-163.

¹⁴ Veja-se, EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública* ..., pp. 136 ss.

título de exemplo, o que escrevem SOUSA FRANCO¹⁵, RAÚL VENTURA¹⁶, EDUARDO PAZ FERREIRA¹⁷, JORGE COSTA SANTOS¹⁸ ou MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES¹⁹. E, em rigor, não se está aqui sequer perante um resultado de *interpretação extensiva*, mas ainda perante um caso da chamada *interpretação declarativa lata*, uma vez que este resultado não transgride o significado semântico que as palavras do enunciado normativo têm na língua correspondente ao ordenamento jurídico em questão: à palavra “aval” atribui-se na língua portuguesa, tanto o significado correspondente a uma concreta espécie de garantia pessoal de obrigações cartulares, mas também um outro, correspondente ao género das garantias pessoais. Curioso é aliás notar que esta situação de polissemia não se verifica apenas na língua portuguesa: Veja-se, a este respeito, HANS-PETER IPSEN, quando este se refere às “*Bürgschaften*”, não apenas como figura contida no §765 BGB e seguintes, mas como “*Gewährleistungen aller Art*”²⁰, JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, que fala de “*avales del estado*” como sinónimo de “*garantía del Estado*”²¹ ou, MARÍA DEL CARMEN BOLLO AROCENA que fala da utilização do “*vocabulo «aval» [...] en su acepción vulgar de «garantía»*”²². O valor estabelecido pela Assembleia da República servirá portanto de limite à concessão de todas as espécies de garantias pessoais e não apenas à concessão de avales cambiários. E a determinação deste limite deverá ser feita por acto que revista a forma de lei (art. 166.º n.º 3 CRP), sendo que a prática tem sido a da inserção deste na Lei do Orçamento de Estado²³.

¹⁵ ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Direito Financeiro* ..., II, p. 142.

¹⁶ RAÚL VENTURA, *O Aval do Estado – Vencimento da Obrigação do Estado Avalista*, in *Revista da Banca* (4), 1987, p. 69.

¹⁷ EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública* ..., p. 136.

¹⁸ JORGE COSTA SANTOS, *O Aval* ..., pp. 66 ss.

¹⁹ MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, *Garantias Pessoais* ..., p. 146.

²⁰ H.P. IPSEN, *Handbuch des Staatsrechts* (ed: Isensee/Kirchhoff), Heidelberg, 2006, p. 370.

²¹ JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, *Curso de derecho financiero español*, Madrid, 2006, p. 152.

²² MARÍA DEL CARMEN BOLLO AROCENA, *Los Avales del Tesoro Público desde una Perspectiva Jurídica*, Madrid, 1988, p. 49.

²³ Aliás, implicando potencialmente a concessão de uma garantia pessoal uma despesa – ainda que não efectiva –, por imposição do princípio da plenitude orçamental (art.

O conjunto das normas constitucionais possivelmente relevantes para o regime da concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outros entes públicos não se resume, naturalmente, àquelas que atribuem à Assembleia da República competência para o estabelecimento de *plafonds* anuais para a concessão de garantias pessoais e às normas que regulam a produção do acto que pelo qual esse limite é fixado. Sendo a decisão quanto à concessão em concreto de garantias a operações de crédito tomada por órgãos da Administração Pública, os quais na sua actuação estão “subordinados à Constituição e à lei” (art. 266.º n.º 2 CRP), outras normas constitucionais não poderão ser excluídas na análise do regime jurídico da concessão de garantias pessoais pelo Estado, uma vez que delimitam a discricionariedade dos órgãos competentes para essa concessão. Entre elas podem salientar-se – longe de quaisquer pretensões de exaustividade, aliás porque, dada a extensão das suas previsões normativas, em abstracto, (quase) qualquer princípio constitucional pode convergir com a norma de legalidade procedimental²⁴ – o princípio da igualdade (art. 13.º CRP, e aliás enunciativamente repetido no art. 1.º n.º 2 da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro) ou – discutivelmente – princípios

105.º n.º 1 e 3 CRP e art. 5.º n.º 1 da Lei de Enquadramento Orçamental), para que a despesa se possa efectivar, terá sempre de haver cabimento orçamental. A elaboração do Orçamento deverá, de todo o modo, ter em conta as obrigações assumidas previamente pelo Estado enquanto garante, como parece decorrer – ou seja, abrangendo tanto as obrigações decorrentes de contrato, como aquelas decorrentes de negócio jurídico unilateral –, do art. 105.º n.º 2 CRP.

Ainda quanto a questões orçamentais, há que realçar a relação entre as obrigações do Estado enquanto garante e o cumprimento dos imperativos legais e constitucionais de equilíbrio orçamental. Ainda que implicando apenas uma despesa potencial – ou seja, apenas implicará efectivamente uma despesa se o Estado for chamado ao cumprimento – a existência de dívida pública garantida contará para o cálculo relativo ao cumprimento do imperativo de equilíbrio orçamental formal, tal como consagrado no art. 105.º n.º 4 CRP. Já para a aferição do respeito pelo imperativo de equilíbrio orçamental segundo o critério do activo de tesouraria mitigado, contido no art. 23.º n.º 1 LEO, a posição do Estado enquanto garante de obrigações de outros sujeitos será irrelevante, uma vez que o seu eventual cumprimento significará uma despesa não efectiva – devido ao desencadeamento do fenómeno sub-rogatório pelo cumprimento da obrigação pelo Estado-garante –, não relevando por isso a uma efectiva diminuição do património da tesouraria.

²⁴ Sobre as normas convergentes da discricionariedade instrutória, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 327 ss.

como o da liberdade sindical ou o da liberdade de imprensa, havendo vozes que sustentam diminuição da margem de discricionariedade na concessão de garantias a sindicatos²⁵ ou empresas ligadas à comunicação social²⁶.

II.2. O regime de Direito Comunitário

Ainda no domínio das prescrições supra-legais, encontram-se as estabelecidas pelas normas de Direito Comunitário, vigentes no ordenamento português por via do art. 8.º n.º 4 CRP. Entre estas, e para além das questões que se levantam a respeito dos critérios de convergência da União Económica e Monetária – as quais não serão aqui abordadas²⁷ – relevam as resultantes dos artigos relativos aos auxílios de Estado (arts. 87.º CE e seguintes).

É pacífico entre a doutrina²⁸ e aceite pelo Tribunal de Justiça²⁹ que a concessão de garantias pessoais é apta a preencher a previsão da norma

²⁵ EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval ...*, pp. 1018 ss.

²⁶ RICHARD FLESSA, *Bürgschaften des Staates und der Kreditgarantiengemeinschaft*, Frankfurt am Main, 1989, p. 36.

²⁷ Veja-se, contudo, o relatório de ISABEL MARQUES DA SILVA, *Perspectiva Comunitária*, in Regime Jurídico das Garantias Pessoais do Estado (Relatório do Ministério das Finanças), Lisboa, 1997, p. 51, enquadrado nos relatórios do grupo de trabalho constituído pelo despacho do Ministro das Finanças n.º 447/96-XIII de 8 de Outubro de 1996, e que resultariam no projecto da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro.

²⁸ Cfr. MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften ...*, pp. 40 ss, CAMILLO VON PALOMBINI – *Staatsbürgschaften und Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 2000, pp. 25 ss, PETER NIGGEMANN, *Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilferecht*, München, 2001, pp. 135 ss. KLAUS HOPT/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Die Rückforderung ...*, pp. 755 ss, ERNST STEINDORFF, *Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften*, in *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1/97), 1997, p. 7, ULRICH SOLTÉSZ, *Gemeinschaftsrechtswidrige Staatsbürgschaften – Geht die Bank leer aus?*, in *Wertpapier Mitteilungen* (46), Frankfurt-am-Main, 2005, pp. 2265 ss, CRISTOPH LINDINGER, *Vernichtung von Banksicherheiten durch EU-Beihilfeverbot?*, in *Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen* (3/96), 1996, pp. 169 ss, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et alli*, *Direito Económico ...*, pp. 389 ss.

²⁹ Cfr. Ac. 27-6-2000, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Portuguesa*, Proc. C-404/97. Acessível em <http://www.eurlex.eu>.

constante do art. 87.º CE 1º parágrafo. Na medida em que estas sejam concedidas pelos Estados ou provenham de recursos estatais – como sucede com as garantias concedidas com base na Lei n.º 112/97 (cfr. art. 1.º n.º 1) –, sempre que estas resultarem num favorecimento de determinado sujeito e isso falseie (ou ameace falsear) a concorrência, então a garantia será considerada incompatível com o mercado comum. De facto, para que se preencha o pressuposto da existência de um favorecimento a determinada empresa, não é necessário que ocorra uma transferência de recursos da parte do Estado para o beneficiário³⁰, mas apenas que para este resultem benefícios económicos específicos, sem que a eles corresponda uma contrapartida adequada de acordo com os parâmetros do mercado³¹. Com a concessão da garantia pelo Estado, abre-se para o beneficiário a possibilidade da conclusão da operação financeira, *maxime* da operação de crédito, a qual não existiria, não fosse a intervenção do Estado (cfr. art. 9.º n.º 1 al. d))³², sendo que a taxa de garantia praticada é manifestamente inferior aos prémios praticados pelas entidades privadas que concedem estas garantias no mercado³³, pelo que este pressuposto

³⁰ *Idem*. Na doutrina, desenvolvidamente, PETER NIGGEMANN, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 155 ss.

³¹ O critério de aferição é aqui o do investidor privado: não haverá auxílio quando a garantia tivesse sido concedida ao beneficiário, pelo mesmo prémio, por uma entidade privada movida por motivações económicas. A este respeito MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 56-58, fala do “*Privatinvestorprinzip*”

³² Contudo, como é salientado pela doutrina, a mera prática do acto que vincula o Estado como garante não consubstancia só por si uma vantagem económica para o beneficiário. Esta apenas ocorre com a conclusão do contrato celebrado com a instituição de crédito e com o surgimento dos respectivos direitos na esfera jurídica do beneficiário. Neste sentido, PETER NIGGEMANN, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 183-184 e CRISTOPH LINDINGER, p. 172. Este último afirma mesmo que “deste modo, terminologicamente não se deveria dizer que é ‘a garantia’ que consubstancia um auxílio”.

³³ A quantificação do auxílio quando não existe efectivamente uma transferência de recursos da parte do Estado para o beneficiário pode levantar dificuldades. Nos casos de concessão de garantias, a Comissão e a doutrina jus-comunitarista têm avançado critérios diferentes consoante a existência da garantia estatal torne possível ao beneficiário o acesso ao crédito a uma taxa de juro inferior àquela praticada no mercado ou seja pressuposto da realização, de todo, da operação de crédito. Como foi dito em texto, a Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro apenas permite a concessão de garantias nestas últimas situações (art. 9.º n.º 1 al. d)): o auxílio será, nestes casos, quantificado de acordo com

se encontra preenchido. Verificando-se ainda cumulativamente os pressupostos da afectação do comércio intracomunitário e do falseamento da concorrência, a concessão de determinada garantia pelo Estado será considerada incompatível com o mercado comum³⁴. Sendo a norma proibitiva em questão, naturalmente, de qualidade injuntiva e fazendo as normas de Direito Comunitário parte do ordenamento jurídico português (e, portanto, da “lei” referida no art. 294.º CC), a consequência desta violação será a nulidade do acto de concessão da garantia³⁵.

III.1 O regime legal – a Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro; o seu âmbito de aplicação

A disciplina legal geral da concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras entidades públicas encontra-se hoje contida na Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, a qual veio revogar a há já muito obsoleta Lei n.º 1/73, elaborada ainda sob a vigência da Constituição de 1933 e cuja constitucionalidade superveniente era em muitos pontos duvidosa³⁶.

a seguinte fórmula: *auxílio = (montante garantido x risco de cobertura) – prémio pago pela garantia*. Cfr. PETER NIGGEMANN, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 188-189 e MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 62 ss.

³⁴ Para o desenvolvimento da questão, MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 80 ss, CAMILLO VON PALOMBINI, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 40 ss.

³⁵ No ordenamento jurídico alemão, onde a questão da consequência atribuída às garantias contrárias ao Direito Comunitário tem sido colocada com frequência, o *Bundesgerichtshof* tem adoptado esta tese, sendo jurisprudência constante a aplicação do §134 BGB a estas situações. A posição tem sido todavia “mal digerida” (ULRICH SOLTÉSZ, *Gemeinschaftswidrige* ..., p. 2265) pela doutrina, a qual tem ensaiado soluções alternativas. Entre os críticos da posição do BGH contam-se KLAUS HOPT/HANS-JOACHIM MESTMÄCKER, *Die Rückforderung* ..., pp. 760 ss, CAMILLO VON PALOMBINI, *Staatsbürgschaften* ..., pp. 89 ss ou ULRICH SOLTÉSZ, *Gemeinschaftswidrige* ..., pp. 2266 ss. No sentido defendido em texto pronunciam-se CRISTOPH LINDINGER, *Vernichtung von Banksicherheiten* ..., pp. 171 ss e ERNST STEINDORFF, *Nichtigkeitsrisiko* ..., pp. 7 ss. Sobre a invalidade dos actos da Administração contrários ao art. 87.º CE em geral, FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 531 ss.

³⁶ Desenvolvidamente, EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval* ..., pp. 1012 ss e JORGE COSTA SANTOS, *O Aval* ..., pp. 41 ss.

Antes de mais, cabe determinar o âmbito de aplicação subjectivo desta lei, ou seja, quais os sujeitos cuja assunção de obrigações como garante esta vem regular. De acordo com o artigo 1.º, a Lei n.º 112/97 aplicar-se-ia a todas as pessoas colectivas públicas; contudo, o art. 4.º vem colocar fora do seu âmbito de aplicação as entidades que gozem de independência orçamental, ou seja – segundo o art. 105.º n.º 1 CRP – as entidades públicas empresariais, assim como as associações públicas³⁷ e outras pessoas colectivas públicas que se inserem na administração autónoma do Estado, nomeadamente as autarquias locais e as regiões autónomas³⁸, ficando, por igualdade de razão, também excluídas as pessoas colectivas públicas da Administração Indirecta das regiões autónomas ou das autarquias locais. De fora ficam naturalmente também as pessoas colectivas privadas participadas pelo Estado, as quais se regerão quanto à concessão de garantias pelo regime geral de direito privado. Conclui-se portanto que o âmbito de aplicação da Lei n.º 112/97 se reconduz ao Estado e aos institutos públicos³⁹.

³⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *A Constituição da República Anotada*, I, Coimbra, 2007, pp. 1105-1106.

³⁸ Tanto a Região Autónoma dos Açores, como a Região Autónoma da Madeira possuem regimes sobre a concessão de garantias pessoais próprios, contidos, respectivamente nos Decretos Legislativos Regionais n.ºs 23/87/A e 18/2003/M, sendo que este último segue de muito perto o regime da Lei n.º 112/97.

³⁹ Note-se no entanto, que as garantias concedidas ao abrigo deste diploma não esgotam o universo das situações em que o Estado se constitui garante de obrigações, a este respeito há que apontar a existência do *Sistema de Garantia do Estado a Empréstimos Bancários* (SGEEB), constante do Decreto-Lei n.º 127/96 de 10 de Agosto, o qual prevê a concessão de garantias a sociedades comerciais ou cooperativas (art. 2.º n.º 1), que estejam em situação financeira difícil (art. 1.º n.º 1), não sendo contudo estas dificuldades impeditivas da sua viabilidade económica (art. 2.º n.º 1), com “o objectivo de promover a consolidação financeira e a reestruturação” daquelas (art. 1.º n.º 2). Trata-se contudo de um regime especial, que apenas habilita o Estado a conceder estas garantias perante pressupostos muito restritos, a um universo de sujeitos também muito restritos. Também a Lei n.º 4/2006, à qual se aplica subsidiariamente o regime da Lei n.º 112/97, vem permitir a concessão de garantias pessoais relativas ao cumprimento de obrigações assumidas pelos países destinatários da cooperação portuguesa (art. 1.º da Lei n.º 4/2006). Se se sustentar – como faz ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, 2006, pp. 645 ss – a qualificação do seguro de crédito como garantia pessoal (contra, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção ...*, p. 76 nt (291)), há ainda que referir a este propósito os Decretos-Lei n.º 273/86, de 4 de Setembro e n.º 183/88, de 24 de Maio, os quais habilitam

III.2 As operações a garantir

O recorte do universo das operações cuja realização pode ser assegurada através da concessão de garantias pessoais pelo Estado e pelas restantes pessoas colectivas públicas não sujeitas a autonomia patrimonial ao abrigo da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro é feito pelo conjunto das normas constantes dos seus artigos 6.º, 8.º e 9.º. A este propósito, cumpre em primeiro lugar, assinalar o alargamento deste mesmo universo, quando comparado com aquele que resultava do antigo regime jurídico do aval do Estado nomeadamente naquilo que concerne às modalidades de operações financeiras que poderiam beneficiar da concessão de garantias pessoais pelo Estado: enquanto a Base II da Lei n.º 1/73 previa apenas a prestação de aval a operações de financiamento, o que era entendido como o conjunto das operações pelas quais “uma entidade concede a outra a utilização de determinadas quantias em dinheiro, quer sob a forma de mútuo quer sob a de abertura de crédito”⁴⁰, de acordo com o art. 6.º do diploma hodiernamente vigente, as garantias pessoais concedidas pelo Estado “destinam-se a assegurar a realização de operações de crédito ou de outras operações financeiras”. Passa assim, por exemplo, a ser permitida ao Estado a prestação de contragarantias a garantias prestadas às empresas pelas instituições de crédito⁴¹. De seguida, a norma constante do referido artigo delimita o conjunto das operações financeiras merecedoras de garantia do Estado consoante os beneficiários daquelas: estes devem ser entidades públicas, empresas nacionais ou outras empresas que legalmente gozem de igualdade de tratamento.

A locução “entidades públicas” não oferece, à primeira vista, dificuldades, sendo sinónima de “pessoas colectivas públicas”⁴². Através da

o Estado a agir neste domínio como entidade seguradora; sobre a questão, com grande desenvolvimento, JORGE COSTA SANTOS, *Garantias ...*, pp. 352 ss nt. (9) e 357-358.

⁴⁰ ANTÓNIO PEDRO DE SÁ ALVES SAMEIRO, *Perspectiva das Instituições de Crédito*, in *Regime Jurídico das Garantias Pessoais do Estado*, Lisboa, 1997, p. 80.

⁴¹ Em bom rigor, ao contrário do que a epígrafe deste artigo (“operações a garantir”) indicia, não são as operações que são garantidas, mas sim o pagamento de uma letra ou as obrigações decorrentes dos negócios jurídicos resultantes dessas operações.

⁴² Apesar da “aparente simplicidade” da classificação das pessoas colectivas em públicas ou privadas, o critério que a ela deve presidir está longe de ser consensual; Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, pp. 538 ss.

referência às “empresas”, o legislador, não se embaraçando com uma técnica jurídica precisa, demarca as operações susceptíveis de serem apoiadas através da concessão de uma garantia por referência a qualidades dos beneficiários relativas à sua actuação na vida económica⁴³: será empresa o “conjunto unitário de factores pessoais, materiais e imateriais, agregados por referência a um sujeito jurídico autónomo e ordenados com vista à prossecução continuada de determinado fim económico”⁴⁴. Quanto às operações de que os beneficiários não sejam entidades públicas, acresce o requisito de que as empresas sejam nacionais ou que legalmente gozem de igualdade de tratamento face a estes. Releva aqui o princípio de Direito Comunitário da não-discriminação em razão da nacionalidade (art. 12.º CE): beneficiária das operações financeiras garantidas pode ser portanto qualquer empresa nacional de um Estado Membro da União Europeia.

Os requisitos estabelecidos pela Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro para a concessão de garantias pessoais pelo Estado não se cingem apenas aos referentes aos beneficiários das operações. A norma constante do art. 8.º vem estabelecer como requisito o de que os projectos, para cujo financiamento as operações garantidas contribuem, tenham um “manifesto interesse para a economia nacional”⁴⁵. Trata-se este, como é notório, de um conceito com um elevadíssimo grau de indeterminação semântica, que remete para valorações a efectuar pelo intérprete-aplicador, nomeadamente, pelo Ministro das Finanças. Entre dois pólos de imposição e de proibição correspondentes à zona de certeza positiva e à zona de certeza negativa do conceito “manifesto interesse para a economia nacional”, o Ministro das Finanças gozará de um poder discricionário no preenchimento do conceito; o art. 15.º n.º 2 prescreve a fundamentação “de

⁴³ Sobre este conceito-quadro, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, Coimbra, 2007, pp. 251 ss.

⁴⁴ WOLFGANG FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, Band I, München, 1983, p. 584. Cfr. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, Lisboa, 1986, p. 234, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1997, p. 516, e *Manual de Direito Comercial ...*, pp. 251 ss.

Os conceitos de entidade pública e de empresa interseccionam-se: para o comprovar basta lembrar as entidades públicas empresariais ou as entidades empresariais locais.

⁴⁵ Tal como o faz, aliás, o art. 1.º n.º 2, do qual consta que “a concessão de garantias pessoais [...] fundamenta-se em manifesto interesse para a economia nacional”.

forma explícita, do conceito de «interesse para a economia nacional» subjacente [...]”, sob pena de invalidade do acto⁴⁶.

Por sua vez, o art. 9.º vem estabelecer condições perante as quais o Ministro das Finanças pode autorizar ou aprovar – consoante se trate de garantia pessoal concedida pelo Estado ou por uma outra entidade pública sujeita a regime do diploma em questão – a concessão da garantia. Para que a concessão da garantia possa ser autorizada ou aprovada, para além do preenchimento dos requisitos acima mencionados, terão de se verificar os seguintes pressupostos, os quais se articulam cumulativamente:

- a) O Estado deve ter participação na empresa ou interesse no empreendimento, projecto ou operação financeira que justifique a concessão da garantia.
- b) Existir um projecto concreto de investimento ou um estudo especificado da operação a garantir, bem como uma programação financeira rigorosa.
- c) Apresentar o beneficiário da garantia características económicas, financeiras e organizacionais que ofereçam segurança suficiente para fazer face às responsabilidades que pretende assumir.
- d) A concessão de garantia se mostre imprescindível para a realização da operação de crédito ou financeira, designadamente por inexistência ou insuficiência de outras garantias.

⁴⁶ A doutrina administrativista maioritária vê ainda a “margem de livre apreciação” (“*Beurteilungsspielraum*”) e a discricionariedade (a “*Rechtsfolgeermessen*”) como fenómenos qualitativamente diferentes. Contudo – como mostra MATTHIAS HERDEGEN, *Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich*, in *Juristenzeitung* (46/13), 1991, pp.747-751 – em ambas existe “uma concretização de normas abertas” e uma “intervenção [da Administração] traduzida numa ponderação valorativa” – acrescente-se: logo, *volitiva* –, pois, nos enunciados normativos com “conceitos indeterminados”, “onde a norma, do ponto de vista do estado do conhecimento científico, não seja totalmente apreensível, ela deixa espaço para uma actuação valorativa da Administração, ali onde o conhecimento não seja já empiricamente certo”. HERDEGEN reconduz assim ambas as figuras a um conceito amplo de “liberdade de conformação administrativa” (“*administrativer Gestaltungsfreiheit*”). Próximo, DAVID DUARTE, *A Norma de legalidade ...*, pp. 499 ss, fala de “discricionariedade proveniente das indefinições na determinação do Direito”. Isto, pelo menos, quanto aos “conceitos indeterminados de tipo normativo”, como são os referidos em texto: cfr., entre tantos, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, 2001, pp. 210 ss.

É clara a continuidade face à Lei n.º 1/73.

Quanto aos requisitos contidos na alínea a), é de notar a sua proximidade com o estabelecido pelo art. 8.º. Aliás esta disposição é, face ao disposto no art. 8.º, normativamente inócua⁴⁷. Já a alínea b) – a única que se apresenta como inovadora face ao regime anteriormente vigente –, vem evitar a prestação de garantias em branco, as quais implicam para o Estado a assunção de um risco indefinido, destinando-se ainda a possibilitar aos órgãos competentes a apropriada avaliação da necessidade e oportunidade da prestação da garantia. Manifestação de um vector de imposição da contenção dos riscos inerentes à concessão de garantias pessoais é também a norma constante da alínea c); esta, vem fazer com que apenas sejam legalmente concedidas garantias relativamente às quais as possibilidades de o Estado ser chamado ao cumprimento, aumentando assim os níveis de despesa pública, são baixas por o próprio beneficiário da operação de crédito se apresentar como apto ao cumprimento das obrigações que assume. Isto vale tanto para as garantias concedidas em favor de sujeitos privados como de entes públicos⁴⁸. De todo modo, o direito comparado mostra que esta solução, como aliás seria presumível,

⁴⁷ A norma constante do art. 9.º n.º 1 al. a) exige que (a) a empresa beneficiária da operação seja participada pelo Estado, que (b) o Estado tenha interesse no empreendimento ou que (c) o Estado tenha interesse na operação financeira, sendo que a observância dos requisitos constantes das alíneas do art. 9.º n.º 1 se cumulam com os restantes requisitos decorrentes de outras disposições do mesmo diploma, nomeadamente do art. 8.º, o qual exige, como foi visto, que o empreendimento financiado pela operação garantida seja “de manifesto interesse para a economia nacional”. Assumindo que o “manifesto interesse para a economia nacional” (art. 8.º) é condição suficiente do interesse do Estado no empreendimento (art. 9.º n.º 1 al. a), segunda parte), duas situações são logicamente possíveis: ou o empreendimento em questão reveste “interesse para a economia nacional” e então preenche um dos pressupostos, disjuntivamente articulados entre si, da norma constante do art. 9.º n.º 1 al. a) – nomeadamente o pressuposto (b) –, ou então o empreendimento em questão não preenche o requisito do “interesse para a economia nacional”, e nesse caso, ainda que os pressupostos (a) ou (c) da referida norma se encontrem preenchidos, o acto de autorização do Ministro das Finanças incorrerá no vício de violação de lei.

⁴⁸ Diferentemente do que resultava da Base II n.º 2 da Lei n.º 1/73: se sob uma Constituição que espelhava uma visão marcada pelo desfavor quanto à iniciativa privada, como era a Constituição de 1933, essa distinção se poderia justificar, o mesmo já não se pode dizer no atinente à actual Constituição, onde essa premissa claramente não se verifica.

está longe de ser original⁴⁹. O mesmo sucede, por fim, com a norma constante da alínea d), a qual estabelece como requisito que a concessão da garantia seja imprescindível à realização da operação em questão⁵⁰. E sendo esta regra uma concretização do princípio da proporcionalidade, nomeadamente na sua vertente de necessidade, parece ser de entender que as exigências de indispensabilidade da garantia para o atingir do objectivo visado – ou seja, o fomento de empreendimentos de interesse para a economia nacional, (art. 1.º n.º 2 e art. 8.º) – não se cingem ao *an* da sua concessão, manifestando-se também relativamente ao seu *quantum*; como sintetiza RICHARD FLESSA, “as fianças e outras garantias apenas podem ser concedidas, *quando e na medida* em que estas sejam necessárias ao alcance do fim fomentado”⁵¹: daí que grande parte das garantias pessoais prestadas pelo Estado sejam concedidas apenas quanto a uma percentagem do montante da dívida assumida pelo beneficiário.

Para além da verificação de *todos* estes requisitos estabelecidos pelas alíneas do seu n.º 1, o art. 9.º reclama ainda a verificação de *uma das* condições previstas no seu n.º 2. Todavia, dada a vastidão de situações subsumíveis à alínea d) (“concessão de auxílio financeiro extraordinário”), a rigidez do art. 9.º n.º 2 acaba por ser aparente.

A discricionariedade conferida aos órgãos do Estado e de outras pessoas colectivas públicas competentes para a autorização (ou aprovação) e para a concessão de garantias pessoais é, assim, desde logo limitada pelas normas constantes dos artigos que se acabam de referir.

IV. As duas vertentes do regime jurídico da concessão de garantias pessoais pelo Estado e outras entidades públicas – A “teoria dos dois níveis”

À semelhança do que a doutrina jus-financeira faz quando aborda o regime da dívida pública principal – com o qual, o regime de concessão

⁴⁹ Veja-se MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften* ..., p. 32 e a legislação aí citada.

⁵⁰ A doutrina alemã, refere-se – talvez com não total correcção do ponto de vista técnico-jurídico – à norma equivalente a esta no ordenamento jurídico correspondente, como “*Subsidiaritätsprinzip*”. Cfr. RICHARD FLESSA, *Bürgschaften* ..., p. 54.

⁵¹ *Idem*... Itálicos acrescentados.

de garantias pessoais geradoras de dívida pública garantida, como é compreensível, apresenta um claro paralelo –, perante o qual identifica uma zona de regulação da relação jurídica de empréstimo e uma outra que disciplina a tramitação procedimental tendente à formação da decisão dos competentes órgãos administrativos quanto à prática dos actos que colocam o Estado como sujeito passivo daquela relação⁵², também no regime da concessão de garantias pessoais pelo Estado são claramente identificáveis estas duas zonas. Esta afirmação é aliás frequente entre a doutrina relativa à Lei n.º 1/73, cujo regime, no que a este ponto diz respeito, não apresenta significativas diferenças com o hodiernamente vigente⁵³.

A descrição que acaba de ser feita remete evidentemente para a chamada “teoria dos dois níveis” (“Zweistufentheorie”), elaborada em inícios da década de 1950’s por HANS-PETER IPSEN a propósito da atribuição de subvenções pelo Estado aos particulares; ideia central desta teoria é a de que na concessão de subvenções, assim como noutros processos análogos, a actuação da Administração Pública seria dividida em dois momentos, aos quais corresponderiam dois regimes jurídicos diferenciados: um procedimento administrativo tendente à prática de um “Begründungsakt”, e portanto submetida a regras de Direito Público, e outro no qual a Administração celebraria um negócio jurídico que concretizaria aquele acto (“Erfüllungsgeschäft”), sendo que neste segundo nível a actuação da Administração seria submetida apenas ao Direito Privado⁵⁴. Contudo, ainda que o modelo de IPSEN seja de tentadora aplicação ao tema da concessão de garantias pessoais por pessoas colectivas públicas⁵⁵, há

⁵² Existe aqui portanto um paralelo com a disciplina dos empréstimos públicos, na qual a doutrina reconhece pacificamente o regime do processo de emissão dos empréstimos e por outro o regime da relação jurídica de empréstimo, vide ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Lisboa, 1990, pp. 321 ss e EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública ...*, pp. 135 ss.

⁵³ Por todos, JORGE COSTA SANTOS, *O Aval ...*, pp. 13 ss. e autores aí citados.

⁵⁴ Sobre a “teoria dos dois níveis”, veja-se SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 390 nt. (99) e 502 nt. (329) e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado*, Coimbra, 1999, pp. 109 ss.

⁵⁵ Fazendo expressa referência à teoria dos dois níveis, MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften ...*, pp.29-30, CAMILLO VON PALOMBINI, *Staatsbürgschaften ...*, p. 89, MATHIAS

que notar que essa recondução peca por inexacta. A própria “Zweistufentheorie” é hoje vista pela doutrina administrativista como incapaz de fornecer um modelo apto ao enquadramento da actuação da Administração Pública com recurso a instrumentos típicos do Direito Privado: sobejamente apontadas são as dificuldades na delimitação daquilo que deve pertencer a cada um dos degraus – com as decorrentes diferenças na vinculação dos órgãos da Administração –, a necessidade imposta por este modelo de por vezes ficcionar a prática actos administrativos “implícitos”, como “veículo de imputação de vinculações jurídico-públicas”⁵⁶ à actuação da Administração no âmbito do Direito Privado e a desnecessidade daquela ficção para evitar um “vácuo de protecção jurídica” (“Rechtsschutzvakuum”)⁵⁷, pois a actuação de direito privado da Administração Pública se subsume, por si só, à generalidade das normas de direito administrativo, como aliás indica o art. 2.º n.º 5 CPA⁵⁸. Para além do mais, o “desmembramento” (“Zerstückelung”)⁵⁹ da actuação da Administração Pública na concessão de garantias pessoais (assim como noutras situações), sujeitando às normas de Direito Público o nível procedimental e considerando por sua vez o plano das relações jurídicas criadas pela concessão, sem mais, como um regime de Direito Privado afigura-se como impreciso: vejam-se as normas constantes do art. 20.º da Lei n.º 112/97 das quais resultam relações jurídicas entre Estado e beneficiário, nas quais aquele aparece numa posição de autoridade. Assim, a teoria dos dois níveis – “mais fruto de uma pensamento pragmático do que de uma elaboração dogmática racional”⁶⁰, nas palavras de BETHGE – encontra-se ultrapassada pela moderna ciência do Direito Administrativo. Não é portanto conveniente nela basear a análise do regime jurídico das garantias pessoais do Estado. Todavia, e independentemente do

HABERSACK, *Münchener Kommentar*, Band 5, München, 2004, p. 950, e JORGE COSTA SANTOS, *O Aval ...*, pp. 14-15 e *Garantias ...*, pp. 366 ss.

⁵⁶ HERBERT BETHGE, *Abschied von der Zweistufentheorie*, in *Juristische Rundschau*, 1972, p. 141.

⁵⁷ HERBERT BETHGE, *Abschied ...*, p. 142.

⁵⁸ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga ...*, pp. 167 ss e PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2003, pp. 793 ss.

⁵⁹ DIRK EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin, 1984, p. 187.

⁶⁰ HERBERT BETHGE, *Abschied ...*, p. 144.

mérito científico da “*Zweistufentheorie*” parece claro que a Lei n.º 112/97 compreende “duas zonas ou vertentes, bem diferenciadas, quanto ao seu objecto”⁶¹: a das normas que regulam o procedimento administrativo tendente à formação da decisão quanto à concessão de garantias pessoais e a das que modelam as relações obrigacionais – geradas pela concessão de uma garantia, na sequência de uma decisão favorável – entre garante e devedor e credor das obrigações originárias, pelo que é vantajoso expô-las separadamente⁶².

V. O procedimento administrativo de decisão quanto à concessão de garantias pessoais

As normas que compõem este primeiro “nível” do regime jurídico das garantias pessoais do Estado reconduzem-se – pelo menos *grosso modo* – ao capítulo IV da Lei n.º 112/97⁶³; estas vêm disciplinar o procedimento administrativo tendente à concessão de aval, estabelecendo para este algumas especialidades relativamente ao regime geral constante do CPA. Apenas essas, e não tudo aquilo quanto ao qual se aplique o regime geral do CPA, serão aqui abordadas. Note-se ainda que, o regime procedimental que a Lei n.º 112/97 traça não é em absoluto unitário, exigindo o seu art. 3.º pontuais adaptações ao regime dela constante, quando o sujeito ao qual for requerida a concessão da garantia se inserir na administração estadual indirecta.

⁶¹ JORGE COSTA SANTOS, *O Aval ...*, p. 14.

⁶² A sistematização do texto que se segue é assim apenas motivada por comodidade expositiva e não por considerações de ordem científica.

⁶³ Pese embora a denominação do capítulo IV (“Do processo de concessão e execução das garantias pessoais”) não existe uma identificação perfeita entre o conjunto de normas constantes da Lei n.º 112/97 que regulam o procedimento administrativo tendente à concessão de uma garantia pessoal pelo Estado e as normas constantes dos artigos que se inserem neste capítulo. Veja-se, por exemplo, a norma constante do art. 18.º, a qual não diz respeito à tramitação procedimental, mas sim à extinção – nomeadamente por caducidade – das obrigações assumidas pelo Estado através da concessão da garantia pessoal. Diz portanto já respeito ao regime obrigacional, ao “segundo dos níveis”.

V.1 A iniciativa

Tal como qualquer outro, o procedimento administrativo de concessão de garantia pessoal pelo Estado tem o seu primeiro momento na fase de iniciativa. Enquanto, de acordo com a regra geral do art. 54.º CPA os procedimentos administrativos se podem iniciar oficiosamente ou por iniciativa do particular, o art. 13.º da Lei n.º 112/97 vem estabelecer que no procedimento de concessão de garantias pessoais pelo Estado está excluída a iniciativa pública, apenas podendo o impulso procedimental provir de pedido da entidade beneficiária da operação financeira. Diz o art. 13.º que o pedido deve ser dirigido ao Ministro das Finanças: assim se compreende, uma vez que este é o órgão competente para a autorização – acto necessariamente *prévio* à concessão da garantia, competência do Director Geral do Tesouro. Contudo isto vale apenas para os procedimentos destinados à formação da vontade do Estado quanto à concessão de garantias por este sujeito público. Parece ser esta um daqueles aspectos do regime perante os quais é preciso fazer “as necessárias adaptações” (art. 3.º) quando se tratar de um procedimento tendente à formação da vontade de qualquer outro ente público sujeito a este diploma. Nestes últimos casos, é apenas exigida a aprovação – necessariamente posterior à concessão – do Ministro das Finanças e não a sua autorização. Sendo a iniciativa o acto jurídico pelo qual se inicia o procedimento administrativo este deve ser dirigido ao órgão que, de acordo com o regime legal, primeiro deve entrar em contacto com o requerimento, tomando uma decisão. Se no caso das garantias pessoais concedidas pelo Estado esse órgão é o Ministro das Finanças – como decorre do art. 13.º – no caso de o requerido garante potencial ser uma outra pessoa colectiva pública, o requerimento deve ser dirigido ao seu órgão competente.

O pedido de concessão de garantia deverá ser acompanhado dos elementos enunciados no n.º 2 do art. 13.º, cuja consideração permite aferir o risco que a eventual concessão da garantia implica para a pessoa requerida, a conformidade do projecto financiado com o interesse da economia nacional, e a verificação dos demais pressupostos de concessão da garantia. No caso de os elementos referidos no art. 13.º n.º 2 serem insuficientes para a avaliação do risco da garantia a conceder, mais elementos instrutórios poderão ser solicitados (art. 13.º n.º 4).

Por fim, há que salientar que, quando a operação garantida seja uma operação de crédito bancário, a elaboração dos elementos referidos no art. 13.º n.º 2 será feita em conjunto pelo beneficiário da garantia e pela entidade bancária (art. 13.º n.º 3), beneficiando-se assim da experiência profissional da instituição de crédito na reunião dos elementos necessários.

V.2. Instrução e preparação da decisão

a) O parecer do Ministro responsável pelo sector de actividade

O pedido que dá início ao procedimento administrativo de concessão da garantia será, de acordo com o art. 14.º da Lei n.º 112/97, “submetido a parecer dos Ministros responsáveis pelo sector da actividade da entidade beneficiária”. Este parecer, no qual o Ministro se pronuncia sobre a inserção da operação a garantir na política económica do Governo e a apreciação do papel da empresa no conjunto do sector e sobre as medidas de política económica previstas pelo Ministério, as quais tenham reflexos sobre a situação da empresa, permitem ao órgão competente para decidir a verificação do pressuposto da concessão referente à verificação de um “manifesto interesse para a economia nacional” (art. 8.º). Trata-se de um parecer obrigatório, mas não vinculativo, o qual deve ser emitido no prazo de 15 dias (art. 14.º n.º 2), sendo que o Ministro das Finanças não pode dar seguimento ao procedimento sem o ter recebido. Ao contrário do que sucede no art. 99.º n.º 3 CPA trata-se aqui de uma *formalidade essencial*. Embora não haja qualquer imposição legal neste sentido, a prática tem sido a de ouvir o parecer do Instituto de Gestão do Crédito Público quanto às condições das operações financeiras para cuja viabilidade é requerida a concessão da garantia (art. 6.º n.º 1 al. m) Decreto-Lei n.º 160/96 de 4 de Setembro, alterado pelos Decretos-Leis 28/98 de 11 de Fevereiro, 2/99 de 4 de Janeiro e 455/99 de 5 de Novembro). O resultado deste parecer não é vinculativo.

b) A intervenção do Ministro das Finanças; a autorização ministerial às garantias concedidas pelo Estado pessoa-colectiva

O art. 15.º impõe a intervenção do Ministro das Finanças, por despacho, no procedimento de concessão de garantia pessoal. Também aqui há que estabelecer uma distinção consoante o sujeito público requerido, sendo que a intervenção ministerial aparecerá de modo e em momento diferente consoante o sujeito requerido seja o Estado ou outra pessoa colectiva pública sujeita à disciplina da Lei n.º 112/97. Enquanto para os primeiros destes casos o art. 15.º n.º 1 exige a *autorização* do Ministro das Finanças, o art. 3.º estatui *in fine* que a “concessão de garantias a favor de terceiros por parte dos fundos e serviços autónomos e dos institutos públicos [...] só será válida mediante despacho de *aprovação* do Ministro das Finanças [...]”. Não deve isto provocar hesitação na interpretação do texto legal. Autorização e aprovação são actos administrativos com conteúdos diferentes e praticados em momentos procedimentais diferentes: enquanto a autorização é um *acto primário permissivo*⁶⁴, necessariamente prévio à prática do acto cuja prática é autorizada, a aprovação é um *acto sobre um acto* – sobre o acto *aprovado* –, ou seja, num *acto secundário*, o qual pressupõe a prévia existência de um acto a aprovar. Assim, uma vez que apenas nas situações em que a intervenção do Ministro das Finanças se traduz na prática de um acto de autorização aquela é prévia à decisão final, apenas essas serão abordadas neste momento; voltar-se-á contudo mais à frente – num momento sistematicamente mais adequado – a tocar na questão da intervenção do Ministro das Finanças nos procedimentos administrativos tendentes à concessão de uma garantia pessoal por institutos públicos.

Como acaba de ser mencionado, o art. 15.º sujeita a concessão da garantia pelo Director-Geral do Tesouro (art. 17.º) à autorização pelo Ministro das Finanças. Trata-se aqui de um acto primário permissivo, “*mediante o qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício [...] de uma competência preexistente*”⁶⁵: a competência do director-geral do Tesouro é atribuída pela lei e não pelo acto de autorização, contudo o exercício dessa competência está condicionado pela necessi-

⁶⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso ...*, II, p. 256.

⁶⁵ *Idem...*

dade de obter a autorização. E aqui, ao contrário do que se verá no ponto seguinte, entre o Ministro das Finanças e o Director-Geral do Tesouro, existe uma relação de hierarquia.

Por estas razões, se o Director-Geral do Tesouro exercer a sua competência de concessão de garantias pessoais sem a autorização do Ministro das Finanças prevista no art. 15.º, o acto será contrário ao Direito e portanto inválido.

O despacho pelo qual o Ministro conceda a autorização em questão deverá ser claramente fundamentado quanto aos motivos de facto e de direito que levaram à sua concessão, exigindo-se que o Ministro justifique o conceito de “interesse para a economia nacional” que orientou a sua decisão (art. 15.º n.º 2). O mesmo valerá naturalmente para aqueles casos em que o despacho seja de indeferimento, casos em que devem ser notificados ao sujeito solicitante (art. 15.º n.º 3). Ao despacho que conceda a autorização para a concessão da garantia pessoal ao Director-Geral do Tesouro deve ser anexada a minuta do contrato do qual emerge a obrigação a garantir, o plano de reembolso do capital minutado e do pagamento dos juros, assim como outros elementos com relevância para o procedimento referidos no art. 16.º n.º 2, *in fine*.

V.3. A fase de decisão

A decisão quanto à concessão da garantia pessoal pelo Estado é, de acordo com o art. 17.º, da competência do Director-Geral do Tesouro. Quanto à concessão de garantias pessoais pelos restantes sujeitos por ela abrangidos, a Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro não contém, como de resto seria expectável, qualquer norma de competência em sentido próprio. As normas que habilitem determinados órgãos à prática de actos que tenham como efeito a responsabilização do património da pessoa colectiva pública a que pertencem pelo pagamento de dívidas de terceiros (cumulativamente ao próprio património destes) deverão encontrar-se noutros diplomas, nomeadamente nos estatutos de cada pessoa colectiva; apenas, como é óbvio, aquelas pessoas colectivas a cujo um órgão das quais seja atribuída uma semelhante competência poderão conceder garantias pessoais.

Trata-se este naturalmente – e lembre-se que o acto de autorização é um acto *permissivo* e não *impositivo* – de um poder discricionário:

assim será pelo menos no domínio material da norma de competência que não seja interseccionado por normas de conduta proibitivas ou impositivas. Entre estas destacam-se naturalmente as já abordadas⁶⁶ normas contidas na própria Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, que vêm delimitar as operações susceptíveis de serem garantidas pelo Estado, as quais, ao proibirem a concessão de garantias pessoais que não reúnam determinadas características, restringem obviamente o espaço de discricionariedade da decisão do Director-Geral do Tesouro.

Para além destas normas, o art. 1.º n.º 2 estatui que a concessão de garantias pessoais pelo Estado faz-se “*com respeito pelo princípio da igualdade [e] pelas regras de concorrência nacionais e comunitárias*”, consagrando assim uma proposta que já havia sido feita a propósito do regime jurídico do controlo das subvenções⁶⁷. Importante é contudo realçar que o respeito por estas normas se imporia, como é natural, mesmo na ausência deste enunciado, uma vez que as situações de concessão de garantia se subsumem às previsões normativas quer do princípio da igualdade, quer das regras constantes do art. 13.º da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho e do art. 87.º CE.

O princípio da igualdade estatui, como é lugar comum dizer, “o igual tratamento daquilo que é igual e o desigual tratamento daquilo que é desigual”, o que aqui significa uma imposição *prima facie* de que pedidos “iguais” de concessão de garantias tenham uma resposta no mesmo sentido. Contudo, sendo que não existem duas situações idênticas em todas as suas propriedades, “é óbvio que o princípio da igualdade não requer uma igualdade de todas as propriedades naturais e de todas as condições fácticas”⁶⁸ para a imposição do tratamento igual de duas situações: assim, o princípio da igualdade impõe apenas uma “igualdade criterial relativa a igualdades de facto parciais”⁶⁹, sendo portanto necessário determinar *critérios de comparação* – ou de *avaliação* (“*Bewertungskriterium*”, na

⁶⁶ *Supra* pp. 163 ss.

⁶⁷ EDUARDO PAZ FERREIRA, *Controlo das subvenções financeiras e dos benefícios fiscais ...*, p. 81.

⁶⁸ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1996, p. 360.

⁶⁹ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, p. 363. No mesmo sentido GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, pp. 426-427 e DAVID DUARTE, *A norma de legalidade...*, pp. 641 ss.

terminologia de ALEXY) – adequados, tendo em conta o tratamento relativamente ao qual a igualdade se afere. Os *termini comparationis* parecem ser aqui o grau de necessidade da concessão da garantia para a obtenção do financiamento pelo beneficiário requerente, o nível de risco implicado pela concessão da garantia pessoal (a solvência moral e patrimonial do requerente) e o benefício para a economia nacional do empreendimento para cujo financiamento a garantia é requerida, tendo em conta a política económica do Governo. Concedendo o Director-Geral uma garantia a uma operação com determinadas propriedades, autovincula-se a decidir favoravelmente quando confrontado com pedidos subsequentes de concessão de garantia com semelhantes propriedades. Contudo, dada a natureza principiológica da norma de igualdade, esta autovinculação dá-se apenas *prima facie*, podendo ser contrabalançada por princípios de sinal contrário. Daqui resulta portanto que a auto-vinculação da Administração por estatuição do princípio da igualdade – e conseqüente restrição do âmbito de discricionariedade dos órgãos competentes para a concessão das garantias – não ocorrerá “*come what may*”⁷⁰, e muito menos opera *ad aeternum*, apenas produzindo efeitos “enquanto não surgir nenhuma razão suficiente para o tratamento desigual das situações de facto sujeitas a apreciação”⁷¹.

O art. 1.º n.º 2 da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro exige ainda que a concessão de garantias pessoais pelos Estados e por outras entidades públicas sujeitas ao seu regime se faça “com respeito [...] pelas regras de concorrência nacionais e comunitárias”. A questão das regras comunitárias já foi acima abordada, pelo que neste momento apenas se tratará das questões relativas ao direito nacional da concorrência, nomeadamente à Lei n.º 18/2003; contudo, sendo o regime dos auxílios de Estado manifestamente semelhante ao constante do direito comunitário⁷² apenas farei uma breve referência a este regime. O art. 13.º da Lei n.º 18/2003 vem

⁷⁰ RONALD DWORKIN, *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. 35.

⁷¹ WALTER SCHMIDT, *Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften*, in *Juristische Schulung*, 1971, p. 184.

⁷² Realçando que a estrutura do regime jurídico da concorrência contido na Lei n.º 18/2003 “corresponde, uma vez mais, no essencial à do Direito Comunitário”, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et alli*, *Direito ...*, p. 328.

estabelecer no seu n.º 1 que “os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”. Trata-se aqui, portanto, de uma norma de conduta de valor hierárquico legal e sentido deontico de proibição, cuja violação por qualquer acto praticado pela Administração terá como natural consequência a invalidade deste (art. 124.º CPA ou art. 294.º CC, consoante se trata de acto administrativo ou negócio jurídico de direito privado). A concessão de garantias é também aqui vista como um auxílio e susceptível de afectar a concorrência uma vez que coloca um sujeito – cujo cumprimento de uma obrigação contraída perante um potencial co-contratante será garantido pelo Estado – numa situação de vantagem sobre outros, em relação aos quais o potencial co-contratante não tem nenhuma garantia especial, implicando por conseguinte, um falseamento da livre interacção das forças do mercado.

Para além do que acaba de ser dito, é evidente que nem só as normas que se retiram da própria Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro são susceptíveis de constituir limites à discricionariedade dos órgãos das pessoas colectivas públicas a ela sujeitos na concessão de garantias pessoais. RICHARD FLESSA refere a este propósito o princípio da liberdade de imprensa (retirado, na Constituição alemã, do Art. 5, par. 1, segunda parte⁷³, o qual encontra um preceito equivalente art. 38.º CRP): segundo o autor, este princípio vem apertar os limites da discricionariedade na concessão de todas as ajudas financeiras a empresas de comunicação social, pois “uma imprensa independente, livre de influências estatais pressupõe também a sua independência económica face ao Estado”⁷⁴, apenas sendo portanto admissível a concessão de garantias pessoais a estes sujeitos quando isso contribua para “obter uma efectiva liberdade de imprensa e para evitar uma monopolização das opiniões através do apoio a pequenas e médias empresas de comunicação social”⁷⁵. Análoga a esta é a argu-

⁷³ “Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.”

⁷⁴ RICHARD FLESSA, *Bürgschaften ...*, p. 36.

⁷⁵ *Idem*.

mentação que se encontra no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 8 de Maio de 1997⁷⁶, o qual na apreciação da legalidade do Despacho n.º 112/97-XVIII de 7 de Março de 1997 do Ministro das Finanças, vem invocar o art. 55.º n.º 4 CRP, relativo à liberdade sindical – e também ao art. 6.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 215-B/75 de 30 de Abril – para vir a concluir pela ilegalidade do despacho apreciado, o qual autorizava a concessão de garantia pessoal às obrigações assumidas pela UGT no âmbito de um contrato de financiamento bancário. Em parecer contrário ao mencionado parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, EDUARDO PAZ FERREIRA vem defender que “no que respeita ao financiamento das associações sindicais pelo Estado, o que será necessário garantir é que o funcionamento não esteja associado a qualquer forma de controlo ou favorecimento de uma associação sindical em detrimento de outras, e que não implique a sujeição prática da acção sindical a directivas transmitidas pelo poder político”⁷⁷ e defendendo até – num sentido que parece próximo à ressalva feita por FLESSA a propósito da admissibilidade pontual da concessão de ajudas financeiras a empresas de comunicação social – que “a circunstância de se incluírem, entre as tarefas fundamentais do Estado (artigo 9.º da Constituição), a de garantir os direitos e liberdades fundamentais, entre os quais figura a liberdade sindical, pode levar mesmo a entender que o Estado, em determinadas circunstâncias, deva assegurar o financiamento dessas organizações”⁷⁸, nomeadamente naqueles casos em que “a existência de sindicatos ou a possibilidade da sua actuação com um mínimo de efectividade seja seriamente posta em causa pela ausência de meios financeiros”⁷⁹. Assim, parece ser admissível que em determinadas circunstâncias estes princípios – como aliás, qualquer princípio constitucional que no caso concreto se apresente como conflituante com a permissão de concessão de garantias pessoais contida no art. 17.º da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro – venham estabelecer limites à discricionariedade dos órgãos competentes para o efeito.

⁷⁶ Disponível online em <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁷ EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval* ..., pp. 1023-1024.

⁷⁸ EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval* ..., p. 1023.

⁷⁹ *Idem*.

De resto, em tudo o que não for proibido ou imposto por outras normas jurídicas, serão considerações de mérito e de oportunidade a determinar a concessão ou não da garantia pessoal por parte do Estado e de outros sujeitos públicas submetidos ao regime da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro⁸⁰.

V.4. *A fase complementar; a aprovação do Ministro das Finanças dos actos de concessão de garantias pessoais praticados pelas entidades referidas no art. 3.º*

Como salienta FREITAS DO AMARAL, o procedimento administrativo não termina, muitas das vezes, com a decisão do órgão competente: à fase da decisão segue-se a fase complementar, na qual “são praticados certos actos e formalidades posteriores à decisão final do procedimento”⁸¹. É o caso do procedimento administrativo destinado à decisão do Director Geral – ou do órgão competente do instituto público requerido – quanto à concessão da garantia. Para além da notificação das decisões aos interessados⁸² e da sujeição dos actos ao visto do Tribunal de Contas⁸³, é aqui

⁸⁰ Salientando – face ao direito alemão – a amplitude da discricionariedade no acto de concessão das garantias, RICHARD FLESSA, *Bürgschaften* ..., p. 35.

⁸¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso* ..., II, pp. 325-326.

⁸² De acordo com o art. 15.º n.º 3 as decisões negativas do Ministro das Finanças quanto à prática do acto de autorização devem ser notificadas aos solicitantes. Também o art. 17.º n.º 4 impõe que “o acto de concessão de garantia deve ser comunicado por escrito pela Direcção-Geral do Tesouro à entidade beneficiária e ao credor”.

⁸³ Tempos houve em que a concessão de garantias pessoais pelo Estado se encontrava em parte subtraída à fiscalização prévia do Tribunal de Contas: apenas se o “aval” constasse de contrato autónomo este seria sujeito a visto prévio, o que levou a críticas de *iure condendo* por parte de alguma doutrina (Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública* ..., p. 239). Hoje esta situação já não se verifica: O art. 6.º n.º 1 al. c) atribui ao Tribunal de Contas competência para “fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou presentativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos”, o que parece abranger a concessão de garantias pessoais por parte do Estado e dos institutos públicos (art. 2.º n.º 1 *ex vi* art. 5.º n.º 1 b) da Lei do Tribunal de Contas – da Lei n.º 98/97, alterada pela Lei n. 48/2006). Assim, o Tribunal de Contas deverá proceder a um controlo da legalidade administrativa e financeira (art. 44.º n.º 1 e n.º 2) e do respeito

que se enquadra a prática do acto de aprovação do Ministro das Finanças dos actos de órgãos de institutos públicos que decidem favoravelmente quanto à concessão de garantias.

Por estatuição da norma constante do art. 3.º, a concessão de garantias pessoais por parte dos fundos e serviços autónomos e institutos públicos está sujeita a despacho de aprovação do Ministro das Finanças. Estamos aqui perante um típico exercício do poder de tutela administrativa, ou seja, perante um poder “de intervenção de uma pessoa colectiva [o Estado] na gestão de outra pessoa colectiva [o instituto público], a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação”⁸⁴, nomeadamente, seguindo FREITAS DO AMARAL na sua distinção de modalidades de exercício dos poderes tutelares, de *tutela integrativa*. A aprovação será, portanto, um acto pelo qual o Ministro das Finanças exprime a sua concordância⁸⁵ com a decisão tomada pelo órgão de outra pessoa colectiva pública. Enquanto o acto de autorização, referido no ponto anterior, tem como objecto o exercício de uma competência por um órgão, o acto de aprovação tem como objecto outro acto administrativo, o acto aprovado, sendo que este não pode produzir efeitos jurídicos sem a prática daquele. Esta é, aliás, a grande diferença entre o regime da concessão de garantias pelo Estado e por outras pessoas colectivas públicas que se insiram no âmbito de aplicação da Lei n.º 112/97: enquanto a intervenção do

pelos limites fixados anualmente pela Assembleia da República referidos no art. 161.º al. h) CRP. Poder-se-ia questionar se face ao art. 83.º LTContas, são susceptíveis de declaração de conformidade os actos ou contratos pelos quais se concedem garantias pessoais: deste artigo consta, no seu n.º 2, que “são passíveis de declaração de conformidade as obrigações gerais da dívida fundada e os contratos e outros instrumentos de que resulte dívida pública”. O enunciado referido não distingue entre dívida pública principal e dívida pública garantida, parecendo ser de responder afirmativamente à questão de saber se aqui se subsumem os actos geradores de dívida pública garantida. Aliás, mesmo que se não considerasse que os actos pelos quais são concedidas garantias pessoais pelo Estado ou por institutos públicos se subsumem ao art. 83.º n.º 2 da Lei do Tribunal de Contas, parece-me inelutável afirmar que “as razões justificativas da regulamentação” do art. 83.º n.º 2 procedem relativamente àqueles, pelo que se deveria aplicar a mesma norma por analogia. Não havendo visto, o Estado ou Instituto Público não poderá ser chamado a responder nos termos da garantia (art. 45.º da Lei do Tribunal de Contas).

⁸⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2005, p. 701.

⁸⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso ...*, II, p. 266.

Ministro das Finanças – através da prática de um acto de autorização – é no primeiro caso *condição de validade*, do acto no qual termina o procedimento administrativo conducente à formação da vontade estadual de concessão de uma garantia pessoal, no segundo caso, a intervenção do Ministro das Finanças – através de um acto de aprovação – é mera *condição de eficácia*⁸⁶, consubstanciando, portanto, uma situação de eficácia diferida do acto previamente praticado pelo Director-Geral. Note-se ainda que, desempenhando o acto de aprovação a função de sucedâneo da autorização concedida pelo Ministro das Finanças naqueles casos em a pessoa colectiva pública a quem a garantia é requerida é o Estado, todas aquelas normas que se aplicam a este acto primário, aplicam-se igualmente ao despacho de autorização. Ou seja, para além das normas que estabelecem requisitos da concessão de garantias (arts. 6.º, 8.º e 9.º), aplicam-se – *ex vi* art. 3.º – aqui os arts. 15.º e 16.º, como aliás, as correspondentes epígrafes indicam.

No enunciado do art. 3.º lê-se que a concessão de garantias pessoais por institutos públicos “só será *válida* mediante despacho de aprovação do Ministro das Finanças”. Não deve isto provocar equívocos: o conceito de validade aqui usado – enquanto conceito jurídico-positivo – não corresponde efectivamente ao conceito técnico-jurídico de “validade”. Quando, ao falar dos desvalores dos actos jurídicos se fala de “invalidade” faz-se referência a uma determinada relação entre actos jurídicos *lato sensu* e naturalmente não há nenhuma necessária correspondência entre esse significado e o significado que é atribuído à mesma palavra quando usada num determinado enunciado normativo⁸⁷. Numa palavra,

⁸⁶ A prática de um acto que depois não vem a ser aprovado é portanto completamente lícita, por oposição à prática de um acto não autorizado: isto terá óbvias consequências, por exemplo, a nível disciplinar. Para além do mais, *no regime geral*, enquanto o acto ao qual falta autorização é anulável (art. 135º CPA), o acto ao que falta a aprovação é perfeitamente conforme ao Direito, não estando contido em condições de produzir efeitos. Assim, enquanto o acto que carece de autorização, embora sendo inválido, é apto a produzir (precariedade) efeitos jurídicos, tornando-se inimpugnável decorrido o respectivo prazo legal (arts. 136º e 141º CPA), o acto carecido de aprovação não é apto à produção de qualquer efeito jurídico: isto não se verifica todavia no âmbito do diploma em questão devido ao art. 2º n.º 1.

⁸⁷ EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 1-3.

não é por o legislador usar as palavras “[...] e só será válida mediante despacho de aprovação do Ministro das Finanças [...]”, que na tipologia dos desvalores dos actos jurídicos o acto de concessão de uma garantia pessoal por um instituto público não aprovado pelo Ministro das Finanças será inserido no grupo dos actos inválidos.

Como diz RICCARDO GUASTINI, “*The core of the juristic uses of «invalid» can be captured as follows: Whithin a legal system a rule is said to be invalid each and every time either (a) it was not produced in accordance with the meta-rules which govern the productions of rules in the system, or (b) it is inconsistent with a «superior» (higher-ranked) rule belonging to the same system*”⁸⁸, sendo patente que nenhuma das situações referidas se verifica no caso do acto de concessão não aprovado pelo Ministro das Finanças; o conceito (o conceito *técnico-jurídico*, leia-se) pressupõe uma desconformidade com um acto jurídico (*lato sensu*, ou seja, compreendem-se aqui também actos normativos) de hierarquia superior, e é certo que essa aqui não se verifica.

É todavia certo que o conteúdo normativo do art. 3.º é o de não permitir a produção de efeitos – ou seja, a vinculação obrigacional da pessoa colectiva menor – ao acto de concessão de garantia não aprovado pelo Ministro: tratar-se-á aqui portanto de *ineficácia* – a prática do acto de aprovação não tem a ver com “a observância de todas as normas – formais e substanciais que disciplinam a sua criação e circunscrevem

Tal como, recorrendo ao próprio exemplo de BUCHER, o conceito de “direito (subjectivo)” adoptado pela doutrina (portanto, o conceito técnico-jurídico) não coincide necessariamente com o significado que se atribui à palavra “direito” na interpretação do art. 2 ZGB (equivalente ao art. 334.º CC) ou do §823 BGB (equivalente ao art. 483.º CC) – isto é, com os diversos conceitos jurídico-positivos de “direito”. Nestas situações, tratar-se-á de determinar o significado normativo do enunciado de que consta a palavra através de recurso às regras gerais de interpretação, enquanto naquele se trata de descobrir a “*normative Struktur des Sachverhalts*”. Cfr. EUGEN BUCHER, *Das subjektive ...*, p. 2.

⁸⁸ RICCARDO GUASTINI, *Invalidity*, in *Ratio Juris* (7), Oxford, 1994, pp. 212 ss. O autor usa um conceito amplo de invalidade, englobando neste a inexistência (RICCARDO GUASTINI, *Invalidity ...*, pp. 222-223). Escusado será dizer que apesar de se falar aqui da produção de regras, o mesmo vale para a produção de actos (performativos) não-normativos.

conteúdo possível [do acto]”⁸⁹, sendo antes algo “dependente de circunstâncias *extrínsecas*” a este⁹⁰.

(A conclusão deste artigo será publicada no próximo número)

⁸⁹ RICCARDO GUASTINI, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, 1998, pp.131-132.

⁹⁰ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, 2007, p. 39, delimitando deste modo a eficácia da validade, a qual consistiria numa “aptidão *intrínseca* para a produção de efeitos”.