

REVISTA

DO

TRIBUNAL DE CONTAS

FICHA TÉCNICA

Director: *Presidente do Tribunal de Contas,*
Guilherme d'Oliveira Martins

Conselho de Redacção:

Helena Ferreira Lopes, Conselheira da 1ª Secção

Carlos Moreno, Conselheiro da 2ª Secção

Carlos Morais Antunes, Conselheiro da 3ª Secção

António Cluny, Procurador-Geral Adjunto

Coordenação:

Director-Geral do Tribunal de Contas,

José F. F. Tavares

e Auditora-Coordenadora do DCP,

Eleonora Pais de Almeida

Composição e Paginação:

Isabel Trigo

Apoio Técnico:

Departamento de Consultadoria e Planeamento

Propriedade: *Tribunal de Contas* (www.tcontas.pt)

Direcção, Redacção e Administração: *Sede do Tribunal de Contas,*

Av. Barbosa du Bocage, n.º 61 – 1069-045 Lisboa

Administração: *Conselho Administrativo do Cofre do Tribunal de Contas*

Distribuição e assinaturas: *Av. Barbosa du Bocage, n.º 61 – 1069-045 Lisboa*

Impressão: Tipografia Peres

N.º 49 – Janeiro a Junho de 2008

Tiragem: 1500 exemplares

ISSN: 0871 3065

Depósito Legal: 93097/95



OS ARTIGOS PUBLICADOS NA «REVISTA DO
TRIBUNAL DE CONTAS», EM QUAISQUER
MATÉRIAS, SÃO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE
DA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES.

SUMÁRIO

ESTATUTO EDITORIAL

DOCTRINA

<i>Tribunal de Contas como Instância dinamizadora do princípio republicano (V Assembleia Geral das OISC da CPLP).....</i>	23
José Joaquim Gomes Canotilho	
<i>Política de concorrência e gestão pública na União Europeia</i>	41
Eduardo R. Lopes Rodrigues	
<i>A utilização de novos instrumentos financeiros pelas Autarquias Locais e outras entidades públicas</i>	83
João Parente, Carlos Correia e Paulo Nogueira da Costa.	

DOCUMENTOS

Palavras proferidas pelo Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas, no acto de posse do Vice-Presidente, Conselheiro Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes.	137
Discurso do Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas no acto da sua posse.....	145
Intervenção de Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República na Sessão de abertura das V Jornadas EUROSAI/OLACEFS	151

Intervenção do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas de Portugal no VII Congresso EUROSAI.	157
--	-----

V ASSEMBLEIA GERAL DA OISC DA CPLP — Declaração do Porto.	163
--	-----

CRÓNICA DA JURISPRUDÊNCIA

ÍNDICE DE TEMAS	175
-----------------------	-----

1ª SECÇÃO CONTROLO PRÉVIO	187
------------------------------------	-----

2ª SECÇÃO CONTROLO SUCESSIVO.....	211
--------------------------------------	-----

3ª SECÇÃO RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS.....	217
---	-----

SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES.....	223
---------------------------------	-----

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA.....	227
---------------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS com relevância para a actividade do Tribunal de Contas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão nº 346/2008, de 25 de Junho de 2008 — Pedido de apreciação e de declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas da Lei do Orçamento sobre estabilidade orçamental / audição dos órgãos próprios de Governo das Regiões Autónomas / Legitimidade do requerente.	235
--	-----

NOTÍCIAS

Relações Comunitárias e Internacionais do Tribunal de Contas Português — Janeiro a Junho de 2008	265
--	-----

ESTATUTO EDITORIAL

O Tribunal de Contas integra-se numa linha de continuidade de diversas instituições do Estado que, desde os anos finais do Século XIII prosseguiram, com estatutos naturalmente diferentes, uma função central de fiscalização financeira.

O sistema de fiscalização das Finanças Públicas português é influenciado por um princípio que, vindo do Direito Romano e tendo expressão tanto do Direito Privado como no Direito Público desde há muito, não deixa de poder documentar-se também em outras experiências jurídicas, algumas bem mais antigas: *quem administra bens alheios presta contas*.

Ora, bom exemplo de bens alheios são os bens públicos que, por serem da comunidade (ou de instituições nascidas da sua auto-organização) não são individualmente de ninguém que zele pela sua integridade e pela fidelidade e transparência da respectiva gestão.

Surge, assim, a *obrigação de prestar contas* como dever dos que administram, a qualquer título, dinheiros ou outros activos públicos.

Como forma apurada de tomar essas contas, com independência, imparcialidade e isenção, surge a jurisdição de Contas, elemento central de um sistema de finanças públicas que pode estender-se a poderes mais amplos.

Tal jurisdição é exercida pelo Tribunal de Contas que, na linha de continuidade acima referida, é afirmado pela Constituição da República de 1976, como um Tribunal supremo integrado no poder judicial, afirmando-se, assim, como órgão supremo de auditoria e de controlo financeiro do Estado de Direito democrático⁽¹⁾.

É neste contexto que se insere a *Revista do Tribunal de Contas*, como um espaço para reflexão, estudo, investigação e informação nos domínios do Direito Financeiro e das Finanças Públicas e, bem assim, do controlo financeiro externo e independente.

Sem perder de vista o cunho científico, bem patente na secção de Doutrina, ocupa especial relevo nos seus objectivos a preocupação de proporcionar utilidade prática a todos os que, de algum modo, têm de lidar com o Direito Financeiro e as Finanças Públicas e o seu controlo, traduzida na divulgação da actividade do Tribunal.

A Revista assume, a partir deste número, um novo formato, passando a integrar uma crónica de jurisprudência seleccionada, considerando que a

⁽¹⁾ Mais informação institucional sobre o Tribunal de Contas e a sua actividade pode ser obtida através do seu *website*: www.tcontas.pt

maior parte da jurisprudência do Tribunal se encontra disponível na Internet.

Também a partir deste número, o conteúdo da Revista passa a estar disponível em CD-ROM, distribuído conjuntamente com a publicação a todos os seus assinantes, o qual também englobará o texto completo da jurisprudência selecionada.

A Revista rege-se pelo seu *Regulamento* — instrumento de carácter normativo (baseado no artigo 2º do Decreto-Lei nº 290/82, de 26 de Julho) da competência do Presidente do Tribunal de Contas, que é, também, por inerência, seu Director — Despacho nº 20/08 – GP, de 6 de Maio de 2008.

Assim, continuando a adoptar uma periodicidade, em regra, semestral, a Revista apresenta um conteúdo típico estruturado nos seguintes capítulos ou secções:

— **Doutrina**

— **Documentos**

- Internos
- De Instituições congéneres
- De Organizações internacionais

— **Crónica da Jurisprudência**

- Do Plenário Geral
- Da 1ª Secção (Controlo Prévio e Controlo concomitante)
- Da 2ª Secção (Controlo sucessivo)
- Da 3ª Secção (Efectivação de responsabilidades financeiras)
- Da Secção Regional dos Açores
- Da Secção Regional da Madeira

— **Jurisprudência de outros Tribunais com relevância para a actividade do Tribunal de Contas**

— **Pareceres da Procuradoria Geral da República com relevância para a actividade do Tribunal de Contas**

— **História e Cultura (com autonomização do Arquivo Histórico)**

— **Notícias**

— **CD-Rom**

O Director

A handwritten signature in black ink, reading 'Guilherme d'Oliveira Martins'. The signature is written in a cursive style with a long horizontal flourish at the end.

(Guilherme d'Oliveira Martins)

Despacho n.º 20/08—GP

Regulamento da *Revista do Tribunal de Contas*

O Regulamento da *Revista do Tribunal de Contas* (abreviadamente designada *Revista*), foi aprovado pelo Despacho DP n.º 197/88, de 23 de Dezembro, que, por sua vez foi objecto de alterações através dos Despachos DP n.º 33/94, de 20 de Abril, 33/95, de 22 de Março, 72/98, de 23 de Julho, 82/01, de 15 de Novembro e de 3/06, de 2 de Fevereiro.

Entretanto, justificando-se a introdução de mais algumas alterações ao citado Regulamento mercê dos ajustamentos institucionais decorrentes do Estatuto dos Serviços de Apoio do Tribunal de Contas e seus Regulamentos, e sendo de boa técnica a unificação das fontes normativas sobre uma mesma matéria, opta-se, a um tempo, por introduzir as alterações consideradas pertinentes e juntar num só texto o regulamento relativo à *Revista*.

Assim:

Ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 290/82, de 26 de Julho, aprovo o seguinte Regulamento da *Revista do Tribunal de Contas*:

Artigo 1.º
(Finalidades da *Revista*)

A *Revista do Tribunal de Contas* visa apoiar e dar a conhecer a actividade do Tribunal de Contas, mediante a publicação de jurisprudência, estudos, pareceres, informações e documentos sobre matérias inseridas no âmbito das suas atribuições.

Artigo 2.º
(Propriedade e administração)

A *Revista* é propriedade do Cofre do Tribunal de Contas e a sua administração compete ao Conselho Administrativo do Cofre.

Artigo 3º
(Direcção)

1. A Direcção da *Revista* cabe ao Presidente do Tribunal de Contas.
2. Compete ao Director da *Revista*:
 - a) Definir a sua linha de orientação;
 - b) Planificar, previamente, os temas a tratar em cada número;
 - c) Seleccionar os textos referidos no artigo 5º a publicar em cada número;
 - d) Estabelecer contactos e endereçar convites a pessoas de reconhecida competência, que queiram colaborar na *Revista*;
 - e) Decidir sobre as publicações que podem ser objecto de permuta, de distribuição gratuita ou de assinatura mais favorável.
 - f) Fixar a remuneração dos Colaboradores da *Revista*.
3. No exercício da sua competência, o Director da *Revista* é coadjuvado por um Conselho de Redacção de 4 membros por si designados, com um mandato trienal, renovável.
4. Compete ao Director-Geral, com o apoio técnico do Departamento de Consultadoria e Planeamento, propor e submeter previamente à aprovação do Director a organização e o conteúdo de cada número da *Revista*.
5. O apoio técnico atinente à montagem e edição da *Revista* incumbe ao Departamento de Consultadoria e Planeamento, sendo o apoio administrativo prestado pelo Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial, nos termos definidos pelo Director-Geral, com o acordo do Presidente do Tribunal.

Artigo 4º
(Regime financeiro)

As despesas e receitas originadas pela publicação e comercialização da *Revista* são, respectivamente, suportadas e arrecadadas pelo Cofre do Tribunal de Contas.

Artigo 5º
(Estrutura)

Salvo determinação em contrário do seu Director, a estrutura da *Revista* é composta pelas seguintes Secções:

- **Doutrina**
- **Documentos**
 - Internos
 - De Instituições congéneres
 - De Organizações internacionais
- **Crónica da Jurisprudência**
 - Do Plenário Geral
 - Da 1ª Secção (Controlo Prévio e Controlo concomitante)
 - Da 2ª Secção (Controlo sucessivo)
 - Da 3ª Secção (Efectivação de responsabilidades financeiras)
 - Da Secção Regional dos Açores
 - Da Secção Regional da Madeira
- **Jurisprudência de outros Tribunais com relevância para a actividade do Tribunal de Contas**
- **Pareceres da Procuradoria Geral da República com relevância para a actividade do Tribunal de Contas**
- **História e Cultura (com autonomização do Arquivo Histórico)**
- **Notícias**
- **CD-Rom**

Artigo 6º
(Fornecimento de jurisprudência)

A fim de garantir a existência dos documentos a incluir na Crónica de Jurisprudência a que se refere o artigo anterior, a Secretaria deve enviar ao Departamento de Consultadoria e Planeamento (DCP), por correio electrónico ou outro meio equivalente:

- a) As versões electrónicas de todos os acórdãos e/ou sentenças proferidos pelas 1ª e 3ª Secções e Plenário Geral, logo após o trânsito em julgado das mesmas;
- b) As versões electrónicas de todos os relatórios de auditoria, logo após a notificações dos mesmos aos respectivos destinatários, salvo deliberação contrária à respectiva publicação.

Artigo 7º
(Periodicidade)

A *Revista do Tribunal de Contas* é publicada semestralmente.

Artigo 8º
(Preparação dos trabalhos para tipografia)

Os trabalhos a incluir na *Revista* devem ser objecto de processamento informático de texto e enviados à tipografia em suporte electrónico. Os autores dos trabalhos garantirão previamente a prova do conteúdo do referido suporte electrónico.

Artigo 9º
(Revogação e vigência)

- 1. É revogado o Despacho DP nº 3/06, de 2 de Fevereiro.
- 2. O presente Despacho entra imediatamente em vigor.

Lisboa, 6 de Maio de 2008.

O Presidente do Tribunal de Contas



(Guilherme d' Oliveira Martins)

**TRIBUNAL DE CONTAS
COMO INSTÂNCIA DINAMIZADORA
DO PRINCÍPIO REPUBLICANO¹**

José Joaquim Gomes Canotilho²

¹ Intervenção na V Assembleia Geral das OISC da CPLP, Porto, 8 Maio de 2008.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

§§ 1.

Aprofundamento do princípio republicano

Já lá vão larguíssimos anos em que eu estudei finanças públicas durante o magistério do saudoso Mestre José Joaquim Teixeira Ribeiro. E já lá vão também largos anos em que eu, por ocasião da feitura do livro de homenagem a este nosso Mestre, ousei abordar alguns problemas teóricos e dogmáticos da lei do orçamento na teoria da lei. De então para cá, só de uma forma assistemática e tópica tenho visitado a literatura especializada de direito financeiro e finanças públicas. Dito isto, compreende-se a minha timidez ao falar do Tribunal de Contas perante uma plateia de especialistas nestas matérias.

Dois motivos fundamentais justificam, porém, a minha presença aqui. O primeiro é o da cadeia ininterrupta de solidariedades pessoais que obriga a transmutar em gesto de amizade os pedidos de partilha dialógica em torno dos problemas de República. O segundo, estreitamente associado ao primeiro, é o de aproveitar estes momentos reflexivos em volta do Tribunal de Contas para proceder a uma revisão urgente da jurisdição financeira no quadro de uma Teoria do Estado e da Constituição. Mais concretamente, a nossa incursão pelos terrenos das finanças públicas e do controlo das contas públicas servirá para realçar a importante e renovada função dos Tribunais de Contas no aprofundamento do princípio republicano. Quem hoje estuda os “momentos maquiavélicos” da República depara-se logo com a tarefa incontornável de dar centralidade a várias dimensões constitutivas do princípio republicano: (i) o princípio da responsabilidade(s) financeira; (ii) o princípio da transparência na utilização e gestão dos valores públicos; (iii) o princípio do controlo da boa administração no âmbito do erário público; (iiii) o princípio da justiça intergeracional na partilha dos recursos públicos; (iiiii) o princípio da unidade da República garantidor de autonomia financeira aos entes territoriais autónomos com respeito da coesão económica e territorial, da solidariedade interterritorial e dos vínculos comunitários europeus. Estes serão também os princípios norteadores deste trabalho. Esta análise subsequente inspira-se naturalmente nos contributos financeiros e juspublicísticos da última década.

§§ 2.

As transformações das finanças públicas

A primeira nota a salientar tem em conta a adaptação dos Tribunais de Contas às profundas transformações das finanças públicas. A articulação entre Estado e finanças públicas, entre “boa política” e “boa finança” é bem conhecida no âmbito do direito financeiro, mas faz figura de grande ausente em muitas das construções da teoria política. Em 1830, o barão Louis lembrava esta profunda conexão entre “performance” (como se dirá hoje) política e “performance” financeira: “faites-nous de bonne politique, je vous ferai de bonne finance”¹. Hoje como ontem, o cultor do direito público, ao confrontar-se com a indissociabilidade da “boa finança” e da “boa política”, só pode pisar um caminho seguro se conhecer as transformações das finanças públicas no contexto do Estado de direito democrático-constitucional.

As “palavras-chave” reconduzem-se, na excelente síntese de Luc Saïdj² a globalidade, plurianualidade, responsabilidade.

Globalidade, em primeiro lugar, porque só uma visão do conjunto das finanças públicas pode demonstrar a saúde e o mal-estar do Estado financeiro. Logicamente, isso implica a aglomeração das finanças do Estado, das regiões autónomas, das restantes colectividades territoriais, da segurança social, dos institutos públicos, das associações públicas, das empresas públicas, das sociedades com capitais públicos. Entende-se e bem que só esta visão global dos multiusos e multifunções dos dinheiros públicos está em condições de alicerçar a fé pública sobre a legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas e da respectiva gestão financeira. A globalidade é, pois, pressuposto do *princípio da sinceridade* das contas públicas e da verdadeira situação financeira do Estado.

A *plurianualidade*, em segundo lugar. A questão básica que se coloca a este respeito é, como todos sabemos, a indispensabilidade de instrumentos plurianuais de gestão pública em que se inclua a preparação, discussão e votação de programas plurianuais e respectiva articulação com a discussão e aprovação do orçamento anual. Além da harmonização dos tempos e estratégias económicas com as políticas financeiras, a plurianualidade permitirá um *controlo contínuo* sobre o desenvolvimento das previsões e execuções orçamentais. E compreender-se-á que só este *controlo contínuo*

¹ Cfr. Ph. Séguin, “La Cour, Vigie des finances publiques”, *Revue Française de Finances Publiques*, n.100 (Novembre, 2007), p. 224.

² Cfr. Luc Saïdj, “Breves réflexions sur quelques mot-clefs de finances publiques pour le futur”, *Revue Française Finances Publiques*, cit., p.43.

assente na plurianualidade estará em condições de acolher um reforço do controlo político, a par de uma fiscalização financeira, da cadeia de bondades e maldades dos vários programas votados. Tem sido a análise dos programas orçamentais plurianuais notificados à Comissão Europeia que permite aos Tribunais de Contas e à própria Comissão verificar a constante “décalage” entre programas construídos com base em taxas de crescimento superestimado ao mesmo tempo que os objectivos eram sistematicamente ultrapassados neutralizando a finalidade da plurianualidade programática e da sua repercussão nas escolhas orçamentais duradouras.

Responsabilidade, em terceiro lugar. Este conceito é hoje um dos conceitos centrais de todo o ordenamento jurídico. Aqui está certamente em causa a efectivação de responsabilidades por infracções financeiras mediante processos de julgamento de contas, de responsabilidades financeiras em sentido estrito, de fixação de débito e de multa. No campo em que nos estamos a colocar torna-se claro que os dois conceitos centrais – *responsabilidade* e *controlo* – estão hoje intimamente ligados. O controlo de contas deve pautar-se por novos padrões de aferimento das contas e alargar o objecto do controlo.

As mudanças verificadas na evolução das finanças públicas têm refracções inevitáveis no entendimento do papel dos Tribunais de Contas. Basta olhar para o que se passa em alguns ordenamentos culturalmente próximos do nosso. Na Itália, numa notável obra colectiva sobre os valores e princípios do regime republicano³, o Tribunal de Contas é elevado a “órgão independente ao serviço do Estado-comunidade”⁴ que assegura e garante os valores do regime republicano. Na França, no nº 100 da *Revue Française de Finances Publiques*, dedicado ao bicentenário de *La Cour des Comptes*, encontram-se importantes referências ao papel actual deste Tribunal: “La Cour vigie des finances publiques”, “La Cour gardienne de la bonne finance”⁵, “La Cour, aiguillon de la bonne politique”. Na Alemanha, os autores referem mesmo a “predestinação” dos tribunais de contas – mesmo, como é o caso da Alemanha, de tribunais sem jurisdição – para a

³ Referimo-nos à obra dirigida por Silvano Labriola, *Valori e Principi del Regime Repubblicano*, 4 volumes, Vol.3, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁴ Cfr. Staderini, “La Corte dei conti”, in Silvano Labriola, *Valori e Principi del Regime Repubblicano*, cit., p.341.

⁵ Cfr. Philippe Seguin, “La cour, vigie des finances publiques”, in *Revue Française de Finances Publiques*, nº 100 (2007), p.226.

fiscalização das decisões financeiras sob o ponto de vista dos princípios da economicidade, eficácia e eficiência⁶.

As referências que acabamos de referir sugerem já a razão da escolha do título do nosso trabalho: os Tribunais de Contas estão em boa posição para se aprofundarem os valores ínsitos no princípio republicano. Talvez não seja despendendo recordar a primeira Constituição republicana – a Constituição de 1911 – para compreender o rasto financeiro deste princípio. Aí se consideravam como crimes de responsabilidade os “actos do Poder Executivo e seus agentes que atentarem” contra a probidade da administração, “contra a má guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos”, “contra as leis orçamentais votadas pelo Congresso” (art.55/6, 7, 8)⁷ em infracção da Constituição.

Se as transformações das finanças públicas foram profundas, o mesmo acontece com a concepção do Estado. E tal como não é possível abordar a transformação da juridicidade estatal sem uma visão de conjunto das transformações das finanças públicas, também se revelará um exercício acríptico a análise do controlo financeiro sem o estudo concomitante das transformações do próprio Estado. A isso dedicamos as reflexões subsequentes.

⁶ Cfr., por ex., Gröpl, “Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staalichen Handelns”, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Vol. V, 13ª ed., Cf. Müller, Heidelberg, 2007, p. 1260.

⁷ No Comentário à Constituição Política da República Portuguesa, Coimbra, 1913, p.561, Marnoco e Souza esclarece que “os crimes de responsabilidade foram importados quase textualmente do art. 54 da Constituição do Brasil”. A Lei brasileira de 8/1/1892, que regulamentou esses crimes, considera crime contra a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos e contra as leis orçamentais, n.1. Dissipar ou gerir mal os bens da União, ordenando despesas não autorizadas por lei ou contra a forma ou antes do tempo determinado por lei, excedendo ou transpondo ilegalmente as verbas do orçamento, abrindo créditos sem as formalidades em que as leis a facultam, contraindo empréstimo, emitindo apólices, ou efectuando outras operações de crédito sem autorização do poder legislativo, alienando imóveis nacionais ou empenhando rendas públicas sem a mesma autorização, apropriando-se, consumindo-se, extraviando ou consentindo ou concorrendo para que outrem se aproprie, consuma ou extravie dinheiros ou valores pertencentes à Fazenda Pública, negligenciando os meios ao seu alcance para a conservação dos bens móveis e imóveis e arrecadação dos impostos e rendas da nação”.

Existe um conceito na literatura juspublicista que está fazendo o seu teste de publicidade crítica. Referimo-nos ao conceito de Estado garantidor (*Gewährleistungsstaat*). Uma leitura das várias obras dedicadas ao tema permitirá focalizar o contexto da entrada desta nova categoria jurídico-constitucional na elaboração doutrinária do direito público (e também direito financeiro).

Em primeiro lugar, e como o próprio nome indica, pretende ser, pelo menos, um novo vocábulo adjectivante do Estado. Pretende-se assinalar a mudança estrutural no cumprimento das *tarefas públicas* por parte das entidades públicas.

Em segundo lugar, o conceito aparece associado às chamadas *reformas da administração* no âmbito dos serviços públicos de interesse geral.

Em terceiro lugar, nota-se a proximidade da lógica política de garantia com a problemática da *governance*. Como é sabido, este conceito é agora erguida a ponte conceitual inter e transdisciplinar de quase todos os esquemas referenciais do direito, da economia e das finanças. De um modo nem sempre explícito, o Estado-garantidor é convocado para registar a evolução do problema do governo da socialidade, pois, por um lado, ele configura-se como Estado “desconstrutor” de serviços encarregados do fornecimento de prestações existenciais do cidadão, e, por outro lado, responsabiliza-se, em jeito de “Estado fiador” e “controlador”, pela prestação de “serviços de interesse geral” a cargo de entidades privadas.

As informações anteriores permitem já intuir que o novo quadro conceitual se situa na linha da teorização do *enabling state*, onde ganha um papel incontornável o mercado e os *contratos* de agentes privados com a administração. Ao fim e ao cabo, talvez seja correcto dizer que encarado o conceito num plano metodológico-funcional se trata de uma *estratégia* política, jurídica, económica e financeira destinada a alicerçar um *processo de aprendizagem* dos poderes públicos no contexto mais vasto da *liberalização* e da *globalização*. E embora nem sempre se proceda à desocultação estratégico-ideológica de tal conceito não é arriscado afirmar a sua proximidade à “terceira via” – a via da renovação da social-democracia – celebrizada pela obra de Anthony Giddens.⁸

Com todas as motivações acabadas de assinalar parece-nos que se trata de um conceito carregado de *política* e bem centrado na essencialidade

⁸ Referimo-nos, como é óbvio, à obra *The third way. The renewal of social democracy*. Cambridge, 1998.

do *político*. Carregado de política e de ambiguidades, acrescenta-se. Precisamente por isso, temos que fazer contas e julgar as suas incertezas jurídicas e conceptuais. O primeiro tópico a problematizar é este: o que é afinal garantir? Se se trata de “garantir” pergunta-se: quem ou o que é que é garantido? Garantir implica que se assuma a responsabilidade da garantia dada: o Estado é, afinal, responsável de quê?

A primeira ambiguidade do conceito reside na sua instável localização entre a *facticidade* e a *validade*. Corre o risco de se transformar numa “terra de ninguém jurídica” se não recortarmos com rigor a sua dimensão normativa. Pelo título de muitos dos trabalhos dedicados ao tema é fácil verificar que o Estado-garantidor é, desde logo, um conceito descritivo das transformações do Estado. O Estado deixa de afivelar a máscara e o músculo de *Estado-produtor* para se confinar ao papel de *Estado regulador*. O Estado garante serviços e prestações mas não os produz directamente. O Estado declina a responsabilidade pela prossecução activa de *tarefas* estaduais assumindo apenas a responsabilidade pela efectivação das mesmas através de outras estruturas, a maior parte das vezes privadas. Numa palavra, o conceito de Estado-garantidor é um conceito descritivo da oposição entre *providing state* e *enabling state*.⁹

A segunda ambiguidade é esta: o Estado-garantidor parece ter alma de Estado social e corpo de empresa privada. Pretende-se ainda garantir a *socialidade*, ou seja, os cuidados sociais essenciais (*Daseinsvorsorge*), desde a saúde, as telecomunicações, energia, transportes, água – mas confia a serviços privados ou de gestão privada a prossecução directa desses serviços. Isto explica a razão de alguma literatura assinalar a conexão profunda entre a reforma dos “serviços públicos essenciais” e o “Estado-garantidor”¹⁰. Bem vistas as coisas, o “Estado-garantidor” não pode deixar de ser um “Estado activador”, pois se ele pretende manter a responsabilidade da garantia aos cidadãos (hoje utentes) dos “cuidados existenciais”, deve, ao mesmo tempo, apoiar activamente a economia e a saúde económica das empresas encarregadas de produzir os serviços e os bens indispensáveis à efectivação da socialidade¹¹.

⁹ Cfr. por exemplo, Gunnar Folke Schuppert, “Von produzierenden zum Gewährleistenden Staat”, in König/Benz Org., *Privatisierung und staatliche Regulierung – Bahn, Post, Telekommunikation Rundfunk*, 1997; Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*, 2004.

¹⁰ Veja-se, por exemplo, Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004; Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*, 2004.

¹¹ Cfr. especialmente Wolfram Lamping/Henning Schridde/Sefan Plass/Bernhardt Blanke, *Der Aktivierende Staat Positionen, Begriffe, Strategien*, 2002.

A terceira ambiguidade é esta: “garantir” e “activar” pode reconduzir-se apenas a uma operação de “charme” destinada a sugerir que, por um lado, o Estado-garantidor é ainda um *Estado social* e, conseqüentemente, que é uma tarefa pública social garantir a capacidade de prestação das empresas produtoras de serviços de interesse geral. E o “charme” desta operação é tanto maior quanto se insinua tratar-se de uma fórmula garantidora de uma situação de *win-win* entre Estado e sujeitos privados¹². Acontece, porém, que estas duas garantias prestadas pelo Estado – garantidor da socialidade e garantia do equilíbrio económico-financeiro das empresas prestadoras de serviços de interesse geral - podem não suportar uma equação económico-financeira de *win-win*. E a prova disso são os “custos de transacção” e os chamados “investimentos encalhados” (*stranded investments*) que não raro justificam repercussões dos custos nos preços dos serviços (através de aumento de tarifas) ou através de compensações orçamentais jurídico-contratualmente garantidas pelo Estado.

A quarta ambiguidade consiste na *imputação da responsabilidade*. Onde se escreve “Estado-garantidor” deve também escrever-se: “Estado responsável” pela efectivação de serviços de interesse geral e “Estado responsável” pela sustentabilidade económico-financeira das “empresas parceiras” pela produção desses serviços. Na qualidade de “garantidor”, “activador” e “regulador” é sempre o mesmo sujeito - o Estado – a assumir as duas responsabilidades.

É bom de ver que aos fluxos de *win-win* entre o Estado e as empresas estão subjacentes políticas financeiras cuja *transparência* terá de ser julgada e controlada pelas entidades a quem a Constituição confia a fiscalização política, auditorial e jurisdicional da legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas e da boa gestão financeira.

¹² Cfr. a recente exposição de H. Butzer, “Sicherstellungsauftrag”, in Isensee/Kirchhoff, *Handbuch des Staatsrechts*, 3ªed., vol.IV, 2007, p. 196.

§§ 4.
*O Tribunal de Contas como fiscal da
“responsabilidade garantística” do Estado*

As últimas considerações explicam o desenvolvimento desta nossa intervenção. Como se viu, a lógica do Estado garantidor aponta para a *imputação da responsabilidade dos resultados* ao mesmo sujeito. O Tribunal de Contas não poderá deixar de estar envolvido no julgamento desta responsabilidade pelos resultados na sua dimensão económico-financeira pública. Expliquemos o nosso entendimento. A *atractividade* do Estado garantidor reside¹³ na combinação de duas racionalidades (muitas vezes consideradas incompatíveis): racionalidade do sector privado da economia e racionalidade do sector público. A deslocação de tarefas do sector público para o sector privado encontra justificações de vária ordem: sobrecarga do estado, demasiadas exigências às finanças do Estado, acréscimo de burocracia, acentuação dos défices de execução, incremento de défices de informação e de conhecimento. Por sua vez, os desafios lançados pelo sector privado assentam basicamente no Know-How técnico de muitos agentes privados, na disponibilidade de capitais privados, na capacidade de inovação, na flexibilidade de prestadores privados em relação aos utentes. A associação destas duas racionalidades possibilitaria a construção de um “modelo social europeu” assente na lógica do “Estado-garantidor”.

A estruturação da responsabilidade do Estado-garantidor pressupõe um largo espectro de relações de cooperação entre o Estado e o sector privado. Através de vários instrumentos jurídicos, recorta-se a concretização do interesse público ou do interesse geral através da contribuição de privados. Esta associação público-privada não implica, porém, a divisão de responsabilidade quanto aos resultados. Os atores privados prosseguem interesses económicos segundo a lógica da concorrência do mercado e, embora a prossecução destes interesses esteja condicionada pela dimensão garantística-estadual da socialidade, não é de supor o sacrifício da racionalidade económico-privada à efectivação dos interesses públicos. Se isto é assim, justifica-se também que a “responsabilidade garantidora” do Estado robusteça a capacidade de direcção do Estado quer quanto aos resultados da prestação de serviços quer quanto à mobilização de valores públicos económico-financeiros. No plano da organização *da administração do Estado-garantidor* isto implica, desde logo, que se trate de uma *boa administração* (Cfr. Art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Euro-

¹³ Cfr. o recente trabalho de Friederich Schoch, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, N2WR, 3/2008, p.242.

peia) quanto às formas de actuação, ao procedimento de escolha e qualificação dos parceiros privados, quanto à observância dos preceitos protectores de terceiros (concorrentes privados, utentes), quanto à disponibilidade de instrumentos de informação e de controlo (tutela, fiscalização, publicidade, informação), quanto aos mecanismos de avaliação de capacidade dos operadores privados, quanto à consideração de alternativas e de opções efectivas por parte do Estado, incluindo o regresso ao sector público de serviços confiados a empresas concessionadas (ou outras).

A “boa administração” do Estado garantidor aponta também para o melhor cumprimento das tarefas públicas em termos de rentabilidade, efectividade e eficiência dos serviços. Não é este o lugar adequado – e para tal faltar-nos-ia mesmo competência – para discutir e analisar os novos instrumentos de “management” da administração e finanças públicas no contexto do Estado garantidor. Uma nota é, porém, de realçar. Esses modernos instrumentos – orientação de *output*, orçamentação global, orçamento de resultados, controlo de execução – estão na base da própria evolução dos controlos por parte dos Tribunais de Contas.

A doutrina constitucional mais recente acentua justamente a ideia de que o problema das contas do Estado é um problema jurídico, desde logo porque se trata de uma *competência* jurídico-constitucionalmente definida. Se o controlo é competência, ele é, também, materialmente, uma *ideia de direito*¹⁴. Desde os seus começos, os órgãos de controlo das contas, através da fiscalização prévia da legalidade, e, posteriormente, através dos controlos *a posteriori*, cumpriam a tarefa de assegurar transparência às operações de receitas e despesas públicas, e de efectivar as responsabilidades financeiras, combatendo o esbanjamento de recursos públicos, os desfalques das receitas e a corrupção.

Mas o controlo financeiro não transporta apenas materialmente a ideia de direito. Ele é também uma dimensão constitutiva da democracia¹⁵. Numa democracia parlamentar, o órgão representativo continua a desempenhar a função incontornável de primeiro controlador financeiro do Estado. A competência reclamada por uma separação e interdependência de poderes funcionalmente adequada reclama também adequação e capacidade para assegurar justeza nas decisões. Desde cedo se descobriu, porém, que, no âmbito do controlo financeiro, era necessário criar um órgão de fiscalização externo ao parlamento dotado de uma estrutura orgânica funcionalmente ajustada que exercesse as funções de fiscalização – correcção

¹⁴ Cfr. U. Hufeld, “Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages”, in Isensee/ Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3ª ed., vol. III, 2007, p. 912.

¹⁵ Cfr. U. Hufeld, “Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages”, cit, p. 914.

formal, rigor contabilístico, completude das contas – sem prejudicar a competência constitucionalmente atribuída ao órgão representativo e ao governo (através do seu ministro das finanças). A *autoritas* da instituição legitimava-se através da *verdade* do controlo¹⁶. Esta legitimação explica hoje o contínuo alargamento do seu campo de competência: segurança social, finanças regionais, finanças locais, autoridades administrativas independentes, empresas. As leis disciplinadoras da organização e processo dos tribunais de contas indiciam bem o alargamento da sua competência de controlo financeiro. Basta referir as associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão; as empresas públicas, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial pelo Estado, por outras entidades públicas ou por ambos em associação; as sociedades constituídas nos termos da lei comercial em que se associam capitais públicos e privados, desde que a parte pública detenha de forma directa a maioria do capital social, as empresas concessionárias de gestão de empresas públicas, as fundações de direito privado que recebam um carácter de regularizar fundos do orçamento do Estado ou das autarquias locais (cfr. Lei 98/97, de 26.08, artº 2º/2).

A simples exemplificação do campo evolutivo do controlo demonstra bem as formas de “coprodução da estatalidade” assinalada por alguns autores. A privatização da *governance*, a hibridização da *governance* com o crescente relevo das “*Public-Private Partnership*” obrigam naturalmente à adaptação do controlo à invenção do novo Estado, sobretudo na qualidade de “Estado-accionista” e de Estado Regulador¹⁷. Note-se que este Estado é também o “regulador de sectores nos quais intervêm empresas públicas, concedendo-lhes por vezes direito de utilização do seu domínio público, condicionador, em alguns casos, das actividades por elas exercidas; exerce sobre elas uma tutela autorizando tarefas e investimentos, enquadrando a política salarial, fixando objectivos em matéria social, de ambiente e do ordenamento do território. Os diferentes papéis do Estado e a respectiva articulação de forma a assegurar a coerência das políticas públicas legitimam o Tribunal de Contas assinalar a ausência de estratégia e as contradições não resolvidas e que pesam sobre a boa gestão dos recursos. E aqui vem entroncar uma das funções mais questionadas do Tribunal de Contas. Ao exercer a fiscalização ele dispõe de uma inequívoca mais valia que é a

¹⁶ Assim, U. Hufeld, “Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages”, cit. p. 914.

¹⁷ Vide, precisamente, Claire Bazy-Malaurie, “Le contrôle a posteriori est-il adapté aux auditions de la renouation institutionnelle?”, in *Revue Française de Administration Publique*, 124 (2002), p. 633 segs.

de ter acesso ao conjunto da cadeia: controlo das empresas, das fundações, controlo das agências de participação do Estado, controlo dos ministérios da tutela¹⁸. Para quem tiver dúvidas sobre o verdadeiro alcance da apreciação da *boa gestão financeira* terá aqui o campo de experimentação de controlo nos seus vários aspectos: regularidade, economia, eficiência e eficácia.

A evolução do controlo assumirá também outros desenvolvimentos em sede de *controlo da constitucionalidade*. Este ponto não tem suscitado grande aprofundamento dogmático nem à doutrina constitucional nem à doutrina jusfinanceira. Não deixa de ser mesmo estranho que, cabendo também no Tribunal a “guarda constitucional dos dinheiros públicos” e sendo ele inequivocamente um Tribunal com jurisdição nos termos da Constituição da República, não haja casos significativos de incidentes de inconstitucionalidade perante este órgão jurisdicional. A própria lei do Tribunal movimenta-se em torno da “legalidade” e da “regularidade” financeira guardando significativo silêncio quanto às competências do Tribunal em sede de controlo concreto. Quais as justificações para esta autocontenção da “jurisdição de contas”? Cremos que várias razões podem ser aqui invocadas. A primeira é a da permanente observância da competência primária dos órgãos políticos – do Parlamento e do governo. A segunda é a de que os modelos que poderiam ter influenciado o sistema português não ofereciam (e não oferecem) enquadramentos jurídico-constitucionais para o alicerçamento do controlo da constitucionalidade. Na França, falta um esquema congruente de fiscalização da constitucionalidade. Na Alemanha, o Tribunal de Contas ainda hoje é um Tribunal sem jurisdição.

O direito comparado oferece já algumas indicações quanto ao problema em análise. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Itália reconheceu já a legitimidade da *Corte dei Conti* para levantar questões de constitucionalidade¹⁹. Nada impede que o Tribunal suscite no exercício do controlo preventivo ou sucessivo um incidente de inconstitucionalidade relativo a normas que ponham em causa a sua competência constitucional como Tribunal de competência especial. E também não vemos obstáculos que os juízes que julgam as responsabilidades financeiras exerçam as competências de controlo da inconstitucionalidade reconhecida a todos os tribunais pela Constituição da República. Subsiste, de qualquer modo, o problema da distinção entre controlo financeiro e controlo jurídico. A norma-

¹⁸ Cfr. Claire Bazy-Malaurie, “Le contrôle a posteriori est-il adapté aux auditions de la renouveau institutionnelle?”, in *Revue Française de Administration Publique*, 124 (2002), p. 636.

¹⁹ Cfr. Staderini, “La Corte dei Conti”, cit., p.343.

tivização dos princípios económico-financeiros da rentabilidade, eficiência e eficácia converte-os – mesmo que com a natureza de conceitos jurídicos indeterminados – em conceitos jurídicos. Mas a diferença, em sede de parâmetro de controlo não deixa de ser relevante: a medida do controlo jurídico continua a ser constituída pelas normas reguladoras da actividade enquanto a medida aferidora da regularidade das operações económico-financeiras é constituída por princípios económico-financeiros. No campo de um contencioso judicial subjectivo a diferença material de controlos também é relevante. No caso de se violarem normas jurídicas protectoras de direitos subjectivos dos particulares estes podem desencadear os mecanismos de acesso aos tribunais. Já é discutido, porém, se os princípios da sustentabilidade, eficácia e eficiência não serão apenas princípios consagrados para defesa exclusiva do interesse público carecendo aqui os particulares de uma posição jurídico-material judicialmente accionável.

Como resulta destas considerações, continuam a existir grandes insuficiências dogmáticas e doutrinárias quanto ao problema da normatividade e da justiciabilidade da constituição financeira e do direito financeiro em geral. E uma representativa doutrina não deixa mesmo de defender a tese da *justiciabilidade* diminuída do direito financeiro²⁰. Subjacentes às teses da justiciabilidade diminuída do direito financeiro estão também as propostas metódicas da especificidade de interpretação das normas de direito financeiro. Isto constituirá, como é bom de ver, matéria para numerosos trabalhos de índole académica. Deixaremos registada a nossa posição.

Em primeiro lugar, a compressão da normatividade jurídica do direito financeiro tendo em conta a especificidade dos princípios económico-financeiros conduziria, em toda a sua radicalidade, à “blindagem judicial” de toda a constituição económica. O que se exige é, sim, a filtração normativa dos princípios económico-financeiros²¹.

Em segundo lugar, as teses defensoras da justiciabilidade reduzida confundem, muitas vezes, o controlo jurídico e o controlo político das decisões financeiras. É claro que a apreciação política dos valores da rentabilidade, eficácia e eficiência cabe constitucionalmente ao legislador não pertencendo ao Tribunal de Contas reintroduzir, a pretexto da boa interpretação dos princípios económico-financeiros, a problemática da contenção judicial em face das *political-questions*. Mas não é disso que se trata. Em causa está apenas a interpretação e aplicação judicial de princípios económico-financeiros depois de positivamente filtrados.

²⁰ Cfr. As referências de Rainer Prokisch, *Justiziabilität der Finanzverfassung*, 1993,p.5 segs.

²¹ Cfr. Martin Morok, “Vom Reiz und von Nutzen, von der Schwierigkeiten und der Gefahren der ökonomischer Theorie für das öffentliche Recht”, in cfr. Engel/M.Morlok (org.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998,p. 25.

Acresce que, em boa medida, os Tribunais de Contas, mesmo com funções jurisdicionais, como é o caso do Tribunal de Contas português, continuam a ser “cavaleiros sem espada”, pois não lhes é reconhecido poder cassatório legitimador da anulação de actos oriundos do poder executivo ou do poder legislativo. Isto justifica a acentuação da relevância de informação, publicidade e das tomadas de posição dos Tribunais de Contas quanto à correcção económico-financeira das opções políticas. De qualquer modo, parece-nos fundamental acentuar algumas das indicações já atrás abordadas. Os novos conceitos da economia financeira apontam decididamente para novos padrões de controlo. Como pôs em relevo um especialista alemão de direito financeiro²², os instrumentos de direcção financeira e consequente responsabilidade a ela ligada têm impacto inevitável em sede de controlo. Ninguém compreenderia que o Tribunal de Contas não interpretasse esta nova articulação de responsabilidade e controlo de forma a encontrar novas medidas e padrões de controlo e a alargar ajustadamente o objecto de controlo. Mais concretamente, seria estranho que o Tribunal não colocasse a centralidade fiscalizadora e julgadora na realização ou cumprimento de todo o programa em vez de se limitar à apreciação de simples actos de execução. De igual modo, estaria em desconformidade com o velho princípio da responsabilidade constitucional pelo mau emprego dos dinheiros (valores) públicos se o ponto decisivo fosse apenas a legalidade formal, segundo as ideias tradicionais da regularidade das contas, em vez de tomar a sério as dimensões de rentabilidade, eficácia e eficiência no emprego desses mesmos dinheiros. Seria funcionalmente perturbador que, fazendo parte do Tribunal de Contas juízes economistas, estes não pudessem fazer uma interpretação em conformidade com a constituição das novas medidas de direcção e de controlo, assinalando as deficiências na organização e desenvolvimento dos programas financeiros, na realização dos investimentos, na correcção finalística dos gastos, na minimização financeira e jurídica dos riscos de emprego de valores públicos. Na aceitação concreta do emprego dos dinheiros pela publicidade crítica. É tempo de os *outputs* e os *outcomes* das operacionalizações se transformarem em parâmetros indicadores da bondade ou da maldade da condução económica e financeira da República. O princípio republicano está aberto a novos conteúdos.

²² Cfr. Peter Eichhorn, “Innovative Konzepte für Prüfung und Organisation von Rechnungshöfen, in V. Müller (org.), *Haushaltsreform und Finanzkontrolle*, 1997, p. 56 segs.

§§ 5.

Não é possível extinguir o Tribunal de Contas

A cumplicidade profunda dos Tribunais de Contas com o aprofundamento do princípio republicano permite-nos defender que, no contexto actual, dos Estados de Direito democráticos já não é possível reduzir estes tribunais a simples instâncias de dissuasão politicamente remetidas para a categoria de órgãos auxiliares.

Costuma referir-se na literatura jusfinanceira sobre os Tribunais de Contas que ele era uma das instituições que poderiam ser extintas desde que não se desse conta²³. Insinua-se, assim, uma ideia, ainda hoje correcta – o papel dissuasor do Tribunal de Contas – mas completamente redutora quanto às verdadeiras dimensões contemporâneas deste órgão judicial de fiscalização. A nova *governance* publico-financeira aponta mesmo para a sua centralidade dentro das próprias transformações do Estado. E não deixa de ser esclarecedor que o Tribunal se encontre entre *Cila* e *Caribdis* no exercício da função de controlo das contas públicas. Alertam uns para os perigos de dissolução do princípio da legalidade quando o Tribunal de Contas se aventura a controlar os controladores em vez de controlar as contas²⁴. Salientam outros que a “nova *governance* financeira pública” aliada ao aparecimento de novas formas de “co-produção da estatalidade²⁵ implica necessariamente um sistema actualizado de fiscalização que tenha em conta a cultura de *performance* e de eficácia de gestão, e esteja consciente das implicações politico-democráticas²⁶ da sua magistratura financeira.

Estes dois tópicos alertam, porém, para a dificuldade de um constitucionalista captar com rigor os novos desafios dos Tribunais de Contas. Parece evidente a insuficiência de uma dogmática jurídico-constitucional cega à profunda reorganização do sistema financeiro público a que se vem assistindo nas últimas décadas. Mas não é menos verdade que, estando aqui

²³ Recentemente, a fórmula foi lembrada por Bernard Cieutat, “Les évolutions recentes de la Cour des Comptes”, *Revue Française de Finances Publiques*, número especial (100), 2001, p.239: “il serait possible de supprimer la cour des comptes, à condition qu’on ne le sache pas”.

²⁴ Cfr. as sugestivas considerações de F. Merusi, *Santieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 161 segs.

²⁵ Veja-se o recente trabalho de Gunnar Folke Schuppert “War ist und Wozu Governance?”, *Die Verwaltung*, nº 40, (4/2007); p. 505.

²⁶ Pode ler-se esta ideia no editorial do nº100, de *Revue Française de Finances Publiques*, nº 100, cit. p. 2, de autoria de Michel Bonvier “Inventer une nouvelle gouvernance financière publique: fonder l’État du XXI siècle”.

em causa a “invenção de um novo tipo de Estado”, a fiscalização financeira deve tomar consciência dos momentos estruturantes da nova formatação da estatalidade. As novas funções do chamado “Estado garantidor” (*Gewahrleistungsstaat*) ou do “Estado-acionista” (*État actionnaire*) convocam problemas político-constitucionais e jurídico-financeiros carecidos de uma análise integrada onde o Tribunal de Contas desempenha um relevantíssimo papel.

**POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA E GESTÃO PÚBLICA
NA UNIÃO EUROPEIA**

*Eduardo R. Lopes Rodrigues*¹

¹ Professor associado com agregação de Políticas de Regulação, de Concorrência e Projectos Públicos na UTL, Doutorado em Ciências Sociais (UTL); Mestrado em Estudos Europeus (UCP); Pós graduado em Economia (UCP); Engenheiro Químico (UP e UTL)

I. INTRODUÇÃO

1.1 OBJECTO

1. O presente artigo visa apresentar uma sinopse das múltiplas interfaces entre a Política de Concorrência, tal como é concebida e praticada na UE (“*enforcing*”) e, os consagrados bons princípios da Gestão Pública, tal como são compreendidos, assimilados e praticados pelas instituições mais relevantes dos Países mais desenvolvidos.

Pretende-se demonstrar que existe uma identidade de objectivos estruturantes entre uma determinada Política Pública de Concorrência, neste texto qualificada pelo adjectivo “*inclusiva*”, e, os melhores Princípios Directores da boa Gestão Pública, sobretudo no espaço da União Económica e Monetária (UEM/Europa).

2. O texto está organizado do seguinte modo: Numa primeira secção autonomizam-se sumariamente os elementos diferenciadores do paradigma da *concorrência inclusiva* e segue-se uma digressão pelos princípios directores da Política Comunitária de Concorrência, contextualizada no projecto civilizacional da União Europeia. Depois procede-se a uma análise das suas consequências nos Estados e nas Empresas. Por fim, ensaiam-se algumas conclusões.

1.2. METODOLOGIA

3. Sendo já hoje relativamente consensual na doutrina especializada, que existe um largo espectro de Políticas de Concorrência, que se diferenciam, entre si, por um conjunto de indicadores, onde avultam os protagonistas, sejam eles autores ou destinatários, os conteúdos substantivos, as metodologias de relacionamento entre soberanias estaduais, as regras adjectivas do direito sancionatório de cada País, as metodologias de envolvimento dos “*stake holders*” económicos, sociais, culturais e políticos, e, ainda as medidas correctivas, há que escolher a Política de

Concorrência que melhor se adapte a uma determinada “*Geografia Concorrencial*”¹.

4. Em Portugal, o espectro de escolhas possíveis está desde logo circunscrito pela nossa adesão à União Europeia, e, à UEM, uma vez que, como se sabe, a adesão implica a aceitação do *acquis* nesta matéria, e, este é muito coercivo², embora não esgote as opções possíveis.

Na verdade ainda existe uma larga margem de manobra (aliás ampliada pelo Tratado de Lisboa), e, como tal, parece que a melhor metodologia será a de, partindo dessas restrições exógenas, procurar conhecer bem as suas dinâmicas e fazer a melhor síntese possível com as características da economia e da sociedade portuguesas, e, nomeadamente com as regras de direito contra ordenacional vigentes, uma vez que são elas o veículo através do qual se podem envolver não só os destinatários específicos das medidas substantivas de política, mas também a sociedade em geral.

Ora, em bom rigor, este esforço de análise, de compreensão, de adaptação, e, de inovação é igualmente próprio da boa GESTÃO PÚBLICA.

5. Neste quadro, a metodologia usada vai privilegiar uma análise reflexiva sobre,
 - (1) As características estruturais da *concorrência inclusiva*
 - (2) A Política Comunitária de Concorrência
 - (3) Aqueles protagonistas que assumem o estatuto de destinatários da Política de Concorrência,
 - (4) As principais estratégias que eles usam, e, que são subsumíveis ao conceito estrito de Política de Concorrência, tal como é entendido pelas Autoridades de Concorrência, e, pelos próprios Tribunais, e, que em última análise, é o que decorre do Tratado de Roma, que instituiu a CEE. (1957)

¹ Este conceito permite caracterizar um determinado espaço geopolítico através de um conjunto de parâmetros que valorizam os ilícitos concorrenciais, a influência do poder político, a ressonância societal das estratégias dos principais *stake holders*, etc. Para efeito deste artigo as *geografias concorrenciais* em presença confluem no espaço da União Europeia

² Se dúvidas existissem quanto à realidade da coercibilidade do *acquis* em matéria de Política de Concorrência, basta pensar que no Tratado de Lisboa, como aliás, no anterior Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa, integrava o conjunto muito restrito das designadas competências exclusivas da União.

II O PARADIGMA DE CONCORRÊNCIA INCLUSIVA

6. Este paradigma desenvolve-se sobretudo a partir de três vectores:
 - A- Promover a rivalidade empresarial em detrimento de situações de monopólio, na base do argumento de que quanto mais disseminados são os *mercados concorrenciais*³, mais eficiente é a utilização dos recursos existentes (aliás, sempre escassos). Assim, este objectivo encontra uma ampla ressonância nos melhores princípios da boa Gestão Pública, em qualquer época e, em qualquer geografia, uma vez que, esta trata primacialmente dos recursos gerados a partir dos contribuintes, e, estes são sempre escassos, e muito valiosos.
 - B- Promover uma actuação do Estado e, de outras entidades de direito público, ou de direito privado, mas actuando por razões de direito público, no sentido de não ocorrerem *distorções de concorrência*, da mais diversa ordem, evitando sobretudo aquelas que têm maior impacto no mercado, e, na liberdade de concorrência⁴, enquanto valor e princípio de ordem pública.
 - C- Actuar em estreita sintonia com a Política Comunitária de Concorrência, não só por que a isso nos obriga o nosso estatuto de membro da União Europeia, mas também porque a própria Política Comunitária de Concorrência é aquela que melhor serve os interesses do Desenvolvimento Sustentável do País, tendo em conta as realidades contemporâneas da *geografia concorrencial*. Em particular, cumpre sublinhar a capacidade de saber aproveitar a aplicação do Princípio de Coesão Económica, Social e Territorial.

³ Aqui este conceito corresponde genericamente àquele que é permitido nos ordenamentos jurídicos de Portugal e da União Europeia, ou seja aqueles em que o Poder de mercado é contido dentro de limites compagináveis com a pauta axiológica de liberdade e de democracia económica que enforma os respectivos sistemas jurídicos. Cfr. CRP.art.81, que estabelece que uma das incumbências fundamentais do Estado é justamente o estabelecimento de uma *concorrência equilibrada* entre empresas.

⁴ Sobre esta matéria ver, RODRIGUES, E.R.L., “*Política de Concorrência focada na competitividade e na confiança dos cidadãos*”, in Revista do Ministério Público, PGR, Jan-Mar, 2008

7. Assim sendo, numa primeira análise o paradigma de *concorrência inclusiva* identifica-se, sobretudo depois do Acto Único (1987), com a dinâmica do paradigma de concorrência prevalecente na União Europeia. Mas este, como, aliás, é frequente em muitos domínios de actividade, representa apenas um “mínimo” comum a todos os Estados Membros. Depois, cada Estado Membro, dentro da lógica da subsidiariedade pode ir bem mais longe. E é isso justamente o que se pretende com este paradigma para Portugal: acrescentar às funcionalidades próprias da construção europeia, um leque de valências que vão consolidando na sociedade e na economia portuguesas uma cidadania mais exigente em termos de:

- a) Aprofundar a democracia económica, alargando as possibilidades efectivas de escolha e de participação dos cidadãos portugueses; o que por sua vez, impulsiona a sociedade para a respectiva fronteira de possibilidades de produção. Na realidade, este paradigma promove a apresentação à sociedade, de uma oferta competitiva em termos de preço, de qualidade e de prazo, sendo que, aqui, o termo “qualidade” está muito para além do estabelecido em qualquer norma, e vai ao encontro das melhores expectativas dos consumidores. Isto implica o desenvolvimento e a expansão da *liberdade económica, social e cultural*, (num sentido muito próximo do conceito de liberdade negativa de Isaiah BERLIN), dando grande visibilidade ao isomorfismo ontológico entre concorrência e liberdade. Neste contexto, importa recordar que a liberdade económica⁵ constitui hoje, um factor de primordial importância para assegurar o desenvolvimento das sociedades⁶.

⁵ Curiosamente, vamos encontrar a presença do reconhecimento teórico desta correlação, em autores portugueses algo esquecidos:

1. Frederico Francisco Stuart de la de la Figanère e MOURÃO, nascido em Nova Iorque (2 de Outubro de 1827), quando defende que “*o princípio da liberdade (...) abrange o da livre concorrência*” (1854:27).

2. José da Silva LISBOA, (1756-1835), que em 1804, defendeu entre nós, as ideias de Adam SMITH, envolvendo-se uma polémica com outros autores, e, consagrou expressamente, a “*imperiosa e irresistível lei da concorrência dos compradores e vendedores*, como um dos sete princípios fundamentais da Economia Política.

⁶ Existem hoje, instituições especializadas que desenvolveram metodologias econométricas para o cálculo de índices de liberdade económica, sendo usual a referência ao *Cato Institute* e a *The Heritage Foundation*.

Existem análises circunstanciadas destes índices em:

• Jr. G. O’DRISCOLL, “Index of Economic Freedom”, New York, The Heritage Foundation and Dow Jones and Co, 1993.

- b) Favorecer a pluralidade de pertenças, a identidades plurais⁷ e a redes de diversos perímetros e de conteúdos diferenciados.
- c) Fortalecer a resiliência das comunidades nacionais aos ventos corrosivos das globalizações hegemónicas, por força das diversas pressões de natureza económica e financeiras frequentemente desreguladas. Isto pressupõe uma atitude pró activa de aprendizagem e de educação ao longo da vida⁸, indo ao encontro do desafio de “*aprendizagem da respiração*” enunciado por Carlos ZORRINHO (2001;90) como uma condição de sobrevivência.⁹ Em consonância com a prossecução deste objectivo, é preciso ir procurar elementos da cadeia de valor a diferentes partes do mundo, e, fazer o seu “*matching*”. Assim sendo, um determinado produto ou serviço, terá origens geograficamente muito diversificadas.
- d) Favorecer a existência de limites ao Poder de qualquer centralização política em nome da igualdade, situação que é muito disseminada nas geografias reais, e que no plano da filosofia política corresponde à conhecida falácia de ROUSSEAU, desmistificada entre outros, por TOCQUEVILLE.¹⁰

• Abel MATEUS, “Economia Portuguesa”, 3.^a ed. Revista e aumentada, ed. Verbo, Lisboa, 2006.

⁷ Cfr MARTINS, Guilherme d’Oliveira “*Portugal, Identidade e Diferença*”, ed. Gradiva, Lisboa, 2007

⁸ A este propósito, cfr. sobretudo:

• Jacques DELORS e cols. “*Educação: um Tesouro a descobrir*”, relatório da Comissão Internacional para a Educação do séc. XXI., ed. UNESCO, Paris, 2001.

⁹ Carlos ZORRINHO, no seu “Ordem, caos e utopia” ob. cit. Apresenta o conceito de “Aprendizagem da respiração” como uma via segura para um *a posteriori* humanizante: “*No turbilhão da mudança somos presa fácil da nossa própria instabilidade e sedentos do equilíbrio, vítimas da manipulação de quem promete o paraíso de soluções mágicas e duradouras.*

Chegou o tempo de assumir a mudança como um estado normal e a adaptabilidade como uma característica e uma capacidade tão natural como o acto de respirar para sobreviver”.

¹⁰Cfr. Alexis de TOCQUEVILLE, “*De la Démocratie en Amérique*”, tradução portuguesa de Carlos de Oliveira, com prefácio de João Carlos ESPADA, ed. Principia, Cascais, 2001.

Desse prefácio, transcreve-se o seguinte excerto: “*TOCQUEVILLE, (...) conclui que a era da igualdade gera duas tendências, aparentemente contraditórias, mas, que em última análise, acabam por se alimentar mutuamente. A primeira é de cariz individualista e derruba toda a autoridade exterior a cada indivíduo, (...) [a segunda] alimenta a centralização e a uniformização*”.

Neste contexto, João Carlos ESPADA refere-se à “falácia de ROUSSEAU”, (2001:15), como sendo precisamente, um dos factores que, segundo TOCQUEVILLE, conduz à centralização e à uniformização, “*porque o Governo é agora de todos, e, não apenas de*

A este propósito, é oportuno referir que muitos dos autores que escrevem sobre a primeira Lei de Concorrência¹¹, que já resistiu à corrosão de um século (Sherman Act, nos EUA, adoptada pelo Congresso, em 1890), atribuem esta proeza precisamente, ao facto de ela possuir uma idiosincrasia que a liga à filosofia política do governo limitado.

Na realidade, a ideia de *concorrência inclusiva*, pressupõe a existência de um Governo que se auto limite na sua vocação para intervir, com uma função discriminante e enviezante, na economia.

- e) Promove o desenvolvimento sustentável, entendido, na confluência das suas três vertentes que se têm vindo a afirmar e a autonomizar deste o célebre Relatório BRUNDTLAND (1971), e que como se sabe, desaguam no crescimento económico, na protecção ambiental, e, na inclusão social, através de instituições eficientes e credíveis¹².

A existência de *mercados concorrenciais* é cada vez mais reconhecida como uma condição essencial para que os Países em vias de desenvolvimento possam, efectivamente, beneficiar da liberalização do comércio internacional¹³ (OCDE, 2006), e, também para criar nas sociedades uma capacidade efectiva de resiliência aos

alguns, o Homem democrático vai imaginar que todo o Poder que conceder ao Governo, pertence-lhe ainda a si próprio, como pregou ROUSSEAU, esse “notável e maníaco profeta do despotismo igualitário”. (2001:14).

Esta falácia foi brilhantemente detectada no plano puramente conceptual por diversos autores como, por exemplo, Benjamim CONSTANT, John Stuart MILL e Isaiah BERLIN. De tudo isto, decorre um manifesto imperativo de estabelecer limites rigorosos ao Poder do Governo.

¹¹ Esta interpretação não é, todavia, consensual entre os diferentes autores, como se pode cfr., por exemplo, em:

- E. Thomas SULLIVAN, “*The Political Economy of the Sherman Act, the First one Hundred Years*”. Oxford University Press, 1991.
- G. STIGLER, “*Wealth and Possible Liberty*”, J. Legal Stud. 213 (1978).

Em todo o caso, mesmo nas leituras alternativas que enfatizam a sua conectividade à defesa das PME's contra grandes “*trusts*”, também se está a pugnar por uma legitimação do Poder Económico, que de uma forma ou de outra, ir-se-ia replicar também na limitação do poder político.

¹² Em particular a OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico, a UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento, e, o FMI – Fundo Monetário Internacional.

¹³ OCDE, “*The impact of pró-competitive Reforms on Trade in developing countries*”, Paris, 4 Set. 2006.

choques de mutação de emprego, desemprego, excesso de capacidade de oferta, quebra de procura, etc.

Na realidade, a disseminação numa dada sociedade do paradigma de *concorrência inclusiva* favorece a difusão de matrizes sociais de comportamentos, eles próprios, indutores do Desenvolvimento. Na verdade, quando as pessoas demonstram preferências em sacrificar determinados consumos correntes, em nome de investimentos produtivos, a que se seguirá então, mais consumo, tudo isto numa lógica de criação global de riqueza, estão a adoptar comportamentos que a prazo, se revelam fecundos e inovadores em termos de dinâmicas geradoras de mais Valor para a sociedade.

Estabelece-se assim, um círculo de interacção virtuosa positiva entre a *concorrência inclusiva*, o comportamento dos consumidores e o desenvolvimento.

Este círculo é virtuoso porque, pela sua dinâmica favorece também o aparecimento de empreendedores, o que, como é reconhecido, constitui o caminho mais seguro e directo para a produção e acumulação de riqueza.

Neste enquadramento, os consumidores, tendencialmente, ficam conscientes de que as suas escolhas envolvem um elevado grau de incerteza e adaptam as suas decisões em função do risco que estão disponíveis para suportar.

É neste sentido que, a moderna teoria económica do desenvolvimento reconhece a importância dos *mercados concorrenciais* nestes processos,¹⁴ sublinhando que a existência de mercados estrutu-

¹⁴ De uma forma geral, a teoria económica mais contemporânea, defende que as estratégias que falseiam a concorrência (através, por exemplo, de cartelização ou de monopolização), atrasam o desenvolvimento da economia.

Sublinhe-se, antes de mais, a diferença profunda entre “crescimento” (i.e. simples expansão das quantidades) e “desenvolvimento” (i.e. sobretudo, ampliação da capacidade de escolher).

Estas diferenças estão presentes ao longo do debate de especialistas diversos. A este propósito, cfr. por ex.:

• Joseph SCHUMPETER

— 1911, “*Teoria do Desenvolvimento Económico. Inquérito sobre o lucro, capital, crédito, juro e ciclo económico*”, (“*Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung*”). Primeira edição em 1921, revista em 1926, e, traduzido em inglês em 1934, Harvard Economic Studies, vol. XLVI, tendo tido posteriormente, sucessivas reimpressões.

rados por uma concorrência não falseada, sem barreiras à mobilidade dos cidadãos e das empresas, dando grande relevo ao empreendedorismo e à destruição criadora (SCHUMPETER) é uma poderosa alavanca do desenvolvimento.

Acresce ainda que a *Concorrência Inclusiva* ao incluir uma categoria de Auxílios de Estado que visam anular as falhas do Estado, exerce uma função de catalisador positivo das iniciativas inovadoras das empresas.

8. É preciso não esquecer que os mercados concorrenciais são entidades frágeis¹⁵, que quando entregues a si próprios degeneram perante novos sistemas de colusão e de dominância, com ou sem efeitos de rede, o que só por si, reforça a necessidade de uma Política de Concorrência atenta eficiente e eficaz.

As exigências da construção de um Mercado Interno, sem fronteiras no seu interior, envolvendo 27 Países, em que mais de uma dezena vem de economias planificadas de direcção centralizada, isto é, com uma fortíssima intervenção do Estado, mostram bem que se trata de uma realidade em progresso iterativo¹⁶ enfrentando a própria dinâmica de internacio-

— 1939, “*Business Cycles*”, abridjed edition, 1964, reedição 1989, Porcupine Press, Filadélfia

— 1942, “*Capitalism, Socialism and Democracy*”, George Allen and Unwin, 5.ª ed., 1981, London.

• Stephen L. PARENTE and Edward C. PRESCOTT, “*Monopoly Rights: A Barrier to Riches*”, in the American Economic Review, vol. 89, Dez. 1999, pp 1216-1233.

¹⁵ Ver um artigo do Director Geral de Concorrência Philip LOWE, “*Commission’s enforcement record in 2006*”, in Competition Policy Newsletter, 2007, nº1, que é bem elucidativo sobre este ponto.

¹⁶ Esta relevância é generalizadamente reconhecida pela melhor doutrina, como se ilustra seguidamente:

- “From its inception EC competition policy has essentially been geared to the speeding-up of single market integration.(...)Market integration, therefore, remains a key factor in EC competition policy (...) (BAEL & BELLIS,2005:21)
- “(...) The interpretation of articles 81 to 89 is strongly influenced by the need to attain the general objectives of the Treaty(...)The list of activities of the Community chosen to realize the aims of the EC Treaty includes article3(1)g,” a system ensuring that competition in the internal market is not distorted”(BELLAMY & CHILD,2001:15)
- “(...)Competition Law plays a hugely important part in the overriding Goal of achieving single market integration(...) The accession of ten New Member States on 1 May 2004 means that the single market imperative will continue to have an

nalização das economias com estratégias empresariais de dimensão transnacional.

9. Tudo isto é reconhecido num actualíssimo relatório da Comissão, preparado especificamente para o Conselho Europeu da Primavera, em 21.2.2007, intitulado “*Um Mercado Único para os Cidadãos*”¹⁷.

Estas externalidades positivas da concorrência entre economias são reconhecidas também no domínio da reflexão sobre a União Económica e Monetária. Neste sentido, não é manifestamente por acaso, que um dos “pais” mais ortodoxos da Política Monetária, tal como decorre do Tratado de Maastricht, como é o Professor PADOA-SHIOPPA, escreva sobre as virtualidades do “*sweet commerce*” e, da concorrência que lhe está associada.¹⁸

Numa perspectiva algo premonitória, é oportuno citar o já referido, Frederico MOURÃO, que na sua obra “*A Guerra e o Comércio Livre*”, (1854:4), escreveu o seguinte: “*Sendo possível acabar com a guerra no mundo, estabelecendo a paz universal, o meio não consiste em aumentar os terríveis efeitos das armas de destruição, mas sim e unicamente em conciliar e ligar, de tal modo, os interesses materiais das diferentes nações, que eles apresentem uma barreira impenetrável contra quaisquer ambições.*”

Aqui reside a fonte dos Poderes substanciais que os Estados atribuíram à Comissão Europeia, tal como são reconhecidos por um diplomata britânico, que foi durante 6 anos, Representante Permanente do Reino Unido, Sir Michael Butler (1986:66): “*The Commission has been given important powers... for the very good reason that otherwise there would be a grave risk of the governments and industries in member states colluding to gain an unfair advantage*”¹⁹

influential role in competition law enforcement for many years to come”(WHISH,2001:21)

¹⁷ COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM (2007) 60 final, de 21.2.2007.

¹⁸ PADOA-SCHIOPPA, Tommaso, “*The Euro and its Central Bank: Getting United after the Union*”, 2004, Cambridge MIT Press.

¹⁹ Sir Michael BUTLER, “*Europe, more than a Continent*”, Heinemann, London, 1986

É justamente esta opção pela interdependência económica que conduz à criação de condições favoráveis a um futuro colectivo de Paz e de Prosperidade.

10. Mas para além desta exigência de cidadania democrática subsiste uma racionalidade ligada ao imperativo de construir uma economia de mercado, como é reconhecido generalizadamente pela doutrina.²⁰

Este paradigma de concorrência é claramente um “*Bem Público*” no que isto significa de diferença substantiva da liberdade contratual entre as partes.

Como sublinhou, recentemente, o Juiz John D. COOKE²¹ “... *the enforcement of articles 81 and 82 is primarily a concern of the public good. The Commission and NCA’s enforce the rules in the public interest of maintaining the equilibrium of competition and the efficiency of the market. The objective is to protect competition rather than the interests of competitors as such*”.

Este pensamento do Juiz John COOKE é muito importante e oportuno, justamente nos tempos que correm em que aparecem, em certos quadrantes, abordagens políticas que esquecem ou ignoram este carácter de “*bem público*” que é suposto a Política de Concorrência promover.

11. Assim sendo, verifica-se que é a própria lógica dos bons princípios da mais exigente Gestão da *res publica* que conduz a uma Política de Concorrência que promova um certo *paradigma de concorrência*²², con-

²⁰ Cfr., SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S. “*The law of anti trust an integrated handbook*”, ed. West Group, 2000, University of California, School of Law onde se pode ler que “...*sempre que o Poder Económico é exercido numa dada sociedade de forma opressiva, são as forças sociais que reclamam respostas que se situam no domínio da política de concorrência*”

²¹ Juiz do Tribunal de Primeira Instância. Relator do caso Microsoft “*Administration Regulation versus Private Enforcement*”. II Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência., Lisboa, 15 de Nov. 2007.

²² O Mundo das economias e das sociedades reais tem sido tecido através da coexistência de vários *paradigmas de concorrência*, que são gerados a partir das regras constitucionais de organização económica definidas pelo poder político. Este conceito tem um desenvolvimento mais elaborado na tese de doutoramento do autor (Cfr. *Políticas Públicas de promoção da concorrência*, ed. ISCSP, Lisboa, 2008, que contudo é completamente exterior a este artigo)

substanciado na proliferação de abundantes e eficientes *mercados concorrenciais*, justamente porque são a melhor solução para garantir o bom uso dos recursos públicos, e, ainda porque constituem o espaço onde a liberdade económica materializada na capacidade de escolha dos cidadãos, consumidores ou investidores, pode ser uma realidade tangível.

Como se sabe, mesmo um conceito amplo de Gestão Pública²³, que englobe uma taxonomia alargada de instituições de direito público e de direito privado, embora endogenize os princípios de eficiência da gestão privada, deve ser mais ambicioso no sentido de garantir uma cidadania de excelência a toda a população, compaginável com os recursos, sempre escassos, de que dispõe.

Isto implica, para além do mais, conseguir, no terreno, conciliar o respeito integral dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, reconhecidos constitucionalmente, num Estado de Direito contemporâneo, com as metodologias de boa gestão e, da eficiência e da eficácia.

III.A POLÍTICA de CONCORRÊNCIA na UNIÃO EUROPEIA

3.1 FILOSOFIA POLÍTICA de BASE

12. Desde os Tratados Fundacionais²⁴, que o sistema das Comunidades e posteriormente da União Europeia²⁵ tem vindo a ser organizado através da dinâmica de um paradigma que ficou registado pela expressão “con-

²³ Cfr TAVARES, José F.F. “ *A ponderação de interesses na gestão pública versus gestão privada*”, in MOZZICAFREDO, JU: GOMES, J.S. e BATISTA, J.(orgs) “*Interesse Público, Estado e Administração*” Celta Editora, 2007

²⁴ Paris, 1951, Comunidade Económica do Carvão e do Aço
Roma, 1957, Comunidade Económica Europeia

²⁵ Numa obra já clássica, mas recente, de professores norte americanos escreve-se:
“*In a period of little over four decades, the European Community (...) has achieved extraordinary results in economic and legal integration. The Community’s architects sought to create on the historically fragmented continent of Europe, an integrated economic market that would afford enterprise the benefits of harmonization and economies of scale, while bringing to the population as a whole a higher standard of living (...) European integration also had a more purely political dimension. (...)*”
G. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY, and E.M. FOX, “*Cases and Materials on European Union Law*” ed. West Group, 2ª ed., 2002

corrência não falseada”²⁶. O Tratado de Roma (1957) aprofunda as inovações ocorridas com o Tratado de Paris (1951), a começar desde logo pela sua vigência ilimitada no tempo, estatuída no seu art. 240.º, e reforça a instituição de um Regime de Concorrência que perpassa por todos os sectores da economia, colocando-o ao serviço da construção do Mercado Comum através da eliminação das barreiras de origem estadual ou empresarial à mobilidade dos factores de produção, qualquer que seja a sua natureza.

A singularidade da Política Comunitária de Concorrência decorre, antes de mais da própria singularidade do Sistema das Comunidades Europeias e da União Europeia, sobre o qual existe hoje uma vastíssima doutrina estabilizada em termos de ciência política, e, que manifestamente extravasa o âmbito deste artigo.

13. Cumpre, no entanto, sublinhar a leitura que tem vindo a fazer História, sobretudo desde os primeiros acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, adiante referidos, e que se podem sintetizar do seguinte modo:

«A Política de Concorrência deve ser vista num contexto mais global. No que concerne à da Comunidade, ela deve primeiramente contribuir para o seu grande objectivo, que é o de assegurar o progresso económico e social e a aproximação dos povos da Europa. [...] Para evitar que os sucessos da integração dos mercados não sejam postos em causa por comportamentos proteccionistas de origem privada ou pública, o artigo 3.º, f), instaura um regime de concorrência não falseada cujas aplicações múltiplas se encontram precisadas numa série de disposições do Tratado. [...] » Manfred CASPARI (1988)

14. Neste contexto, no âmbito do presente artigo parece apenas oportuno individualizar os elementos inovadores da Política Comunitária de Concorrência, e que decorrem, sobretudo, do facto de ela ser, antes de mais, uma política verdadeiramente instrumental do desenvolvimento

²⁶ As referências na literatura a este paradigma são imensas, e não param de crescer com os estudos académicos e políticos da mais diversa ordem. Uma das metáforas que captam a sua capacidade de ir harmonizando as tensões hegemónicas de alguns Estados soberanos é de Miguel POIARES MADURO in *“Razão e Paixão na Construção da Europa”*, segundo a qual a Política de Concorrência na União Europeia tem sido a **“Razão que regula as Paixões nacionais”**.

eficiente do mercado interno, (e, do próprio projecto de construção europeia, na sua globalidade) já que, sem ela, de nada valiam os acordos entre Estados para procederem ao desmantelamento das barreiras aduaneiras (direitos, “plafonds”, medidas de efeito equivalente a restrições aduaneira e entraves técnicos)²⁷ justamente porque e, em seu lugar, quer as empresas quer os Estados teriam capacidade de, rapidamente, erigir outras barreiras, bem mais eficazes que fragmentariam o mercado comum e constituiriam assim os insuportáveis custos da não Europa.²⁸

15. Assim sendo a Política Comunitária de Concorrência envolve os seguintes protagonistas, muito embora com estatutos bem diferenciados:

- Os Estados,²⁹ enquanto entidades soberanas, e enquanto agentes públicos geradores das mais diversas *distorções de concorrência*.
- Os cidadãos³⁰ enquanto sujeitos de direitos e deveres quer no relacionamento entre si, quer no relacionamento com os próprios Estados.
- Os agentes económicos empresariais, enquanto autores de um leque bem tipificado,³¹ mas reduzido, de *restrições de concorrência*,³² basicamente aquelas que são subsumíveis aos comandos jurídicos que (1) proíbem a concertação a colusão e a cartelização³³; (2) autorizam em circunstâncias excepcionais, claramente tipificadas nos Tratados e no direito derivado, as formas de cooperação empresarial que são susceptíveis de beneficiar de um balan-

²⁷ Esta realidade é unânime reconhecida na doutrina especializada. Ver, por exemplo:

- BELLAMY & CHILD, “*European Community Law of Competition*”, 5th Ed, Sweet & Maxwell, London, 2006
- MEGRET, J. , “*Concurrence*”, Institut d’Études Européennes, Bruxelles, 1997

²⁸ Referência ao famoso estudo de uma equipa dirigida pelo Professor Paolo CECCHINI, sob a égide do Presidente Jacques DELORS e o Vice presidente Lorde COCKFIELD.

²⁹ O conceito de “Estado” é aqui utilizado numa acepção abrangente, englobando toda a galeria de instituições de direito público e privado que exerçam funções de autoridade, de natureza política, e administrativa.

³⁰ Existe já hoje uma abundante jurisprudência que consagra a existência do efeito directo horizontal e vertical do direito comunitário em geral, e do direito de concorrência em particular.

³¹ Como é uma exigência natural e bem compreensível de todo o direito sancionatório sendo que, em Portugal o direito aplicável é o contra ordenacional.

³² Alguma doutrina estabelece a fronteira entre estes conceitos justamente através da natureza pública ou privada dos seus autores.

³³ Artigos nºs 81,nº1 do Tratado CE e 4º da Leinº18/2003, de 11 de Junho

ço económico positivo³⁴, (3) proíbem, sem qualquer hipótese formal de derrogação, as estratégias que consubstanciam práticas individuais e/ou colectivas de abuso de posição dominante,³⁵ e, finalmente (4) materializam o controlo prévio das operações de concentração de empresas³⁶.

16. Tudo isto, porque, na verdade, os Estados Membros transferiram para a Comissão Europeia:

- Competência para dirigir aos Estados Membros directivas e decisões que enquadrem de forma impositiva o processo de liberalização de alguns sectores da economia, onde predominem empresas públicas ou empresas a quem os Estados atribuíram direitos especiais ou exclusivos. (Cfr. artigo 86º do Tratado de Roma, 1957, ainda hoje em vigor)
- Competência para autorizar as intervenções na Economia que sejam subsumíveis ao conceito de Auxílio de Estado, o que constitui um campo vastíssimo, justamente porque este conceito é, ele próprio, possuidor de enormíssimas plasticidade e versatilidade. (Cfr. art.º 87.º do Tratado de Roma, 1957, ainda hoje em vigor)
- Competência para sancionar directamente, empresas sediadas no seu território, ou, mesmo sediadas em Países Terceiros, desde que os efeitos da sua acção se fizessem sentir no espaço comunitário. (Cfr. artigos 81 º e 82º ainda hoje em vigor)

17. A Adopção deste paradigma de políticas públicas materializou-se, pois, numa transferência de competências políticas, próximas do exercício de soberania, consubstanciadas através de uma nova Ordem Jurídica autónoma, estruturada a partir dos Princípios de legalidade, de atribuição de competências, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da aplicação directa e do efeito directo.

Esta transferência limitada de soberania tem sido confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de forma constante, e sistemática, des-

³⁴ Artigos nºs 81,nº3 do Tratado CE, e, 5º da Lei nº18/2003, de 11de Junho.

³⁵ Artigos nºs 82 do Tratado CE, e, 6º da Lei nº18/2003,de 11 de Junho.

³⁶ Reg. (CE) nº139/2004 do Conselho e do Parlamento Europeu, de 20 de Janeiro, e artigo nº12 da Lei nº18/2003,de 11 de Junho.

de o famoso acórdão Costa/ENEL (1964) e tem sido reconhecida pela doutrina especializada.³⁷

18. Importa contudo sublinhar, tal como o faz o Tribunal de Justiça, que a montante desta decisão estão os Estados Soberanos.

Foram eles que assinaram e ratificaram os Tratados

Foram eles que atribuíram a uma instituição supraestadual – a Comissão Europeia, competência para assegurar o desenvolvimento de uma Quinta Liberdade Estrutural de todo o processo da Construção Europeia, a par das restantes Quatro (que são obrigatoriamente referidas nos livros introdutórios das questões europeias: Mercadorias, Serviços, Capitais e Pessoas) ou seja a liberdade de concorrência.

O próprio Tribunal de Justiça veio acentuar a natureza *sui generis* do Regime Comunitário de Concorrência, quando equipara a Liberdade de Concorrência a uma das Liberdades Estruturais de Comunidade no Acórdão de 7/2/1985³⁸,

“... il est à rappeler que les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence (...) constituent des principes généraux du droit communautaire dont la cour assure le respect.”

19. Verifica-se, pois, que o design dos fundamentais da Política Comunitária de Concorrência foi um momento sem paralelo comparável em qualquer outra *geografia concorrencial*.

Tratou-se de uma Inovação Disruptiva em termos de integração económica com incidências políticas nas Relações entre Estados Soberanos, no quadro de um exercício concreto, de uma verdadeira *real politik*, através da qual foram confirmados e reforçados os poderes de uma Ins-

³⁷ Esta transferência de soberania é qualificada por algumas correntes doutrinárias de natureza jurídica como decorrente de um Princípio Constitucional da União Europeia, precisamente o Princípio da Integração. Cfr. FAUSTO de QUADROS, Dissertação de Doutoramento, 1984, e também “Direito da União Europeia”, Almedina, 2004.
e, MARTINS, Ana M.GUERRA, “Curso de direito constitucional da União Europeia”, Almedina, 2004

³⁸ Acórdão ÓLEOS USADOS, Processo n.º 240/83, Col.1985, p.547. O Tribunal de Justiça responde a questões prejudiciais sobre a interpretação correcta de uma Directiva do Conselho sobre a eliminação de ÓLEOS USADOS (75/439 de 16 de Junho de 1975).

tituição Política de natureza supra estadual, em matéria de Política de Concorrência.

A Política Comunitária de Concorrência foi-se, por conseguinte, desenvolvendo como uma política “doméstica” dos Estados Membros, ao mesmo tempo que lhe é reconhecido o estatuto de primeira política supra estadual por alguns autores, Thomas CRISTIANSEN³⁹, (2001:102).

20. Na verdade, o paradigma de “*concorrência não falseada*” perpassa por todos os artigos do Tratado, enformando um *high level playing field* onde Empresas e Estados são chamados a intervir de acordo com regras substantivas rigorosas, e a sua dinâmica pragmática tem vindo a traduzir a incessante procura por uma filosofia política que tenha capacidade efectiva de resolver os problemas da Europa.

Diversos e de origem variada são os próprios comissários (enquanto *enforcers* máximos) que reconhecem esta característica estrutural da Política de Concorrência na CE, inicialmente, e depois na própria União Europeia e nos seus Alargamentos.

Basta citar o primeiro Comissário, **Hans van der GROEBEN**⁴⁰ (1957) e a actual, **Neelie KROES**⁴¹ (2008). Todos afirmam em discursos vários, e mais importante do que isso, têm vindo a propôr ao Colégio de Comissários actos de política e actos de iniciativas legislativas a aprovar ulteriormente pelo Conselho (já que nesta matéria não existe co-decisão com o Parlamento Europeu) com as ambições já referidas.

³⁹ Cfr CHRISTIANSEN, T., “*The European Commission: administration in turbulent times*”, Routledge, London, 2001

⁴⁰ **Hans VON DER GROEBEN**, Membro do Comité Spaak, que redigiu o “draft” do capítulo sobre Regras de Concorrência, do Tratado de Roma, 1956), e Primeiro Comissário responsável pela Política de Concorrência, num discurso perante o Parlamento Europeu, a 19.10.1961.

“... No Tratado, a Concorrência não é considerada como um fim em si. Mas, é um meio adequado e prático ... para satisfazer os objectivos contidos no nosso Tratado e que são: uma expansão mais rápida, uma melhor utilização das forças produtivas e uma integração rápida das nossas economias.”

⁴¹ **Neelie KROES**, Comissária actual responsável pela Política de Concorrência, no discurso de avaliação da Política de Concorrência, proferido nas celebrações dos 50 anos do Tratado de Roma:

“... O Mundo mudou dramaticamente nas últimas décadas. A Europa tem vindo a ser construída como um modelo único de integração na base da partilha de tradições, de instituições e de valores (...). A Política de Concorrência teve e vai continuar a ter um papel determinante na construção da Europa. ... ! ”

21. Por outro lado, cumpre assinalar que, este paradigma tem vindo a vencer a corrosão do tempo, tendo resistido às Conferências Intergovernamentais (CIGs) que conduziram à aprovação do Acto Único Europeu (1985), do Tratado de Maastricht (1991), de Amesterdão (1996), e, de Nice (2000).

Resistiu igualmente aos sucessivos Actos de Adesão relativos aos diversos alargamentos já realizados, tendo-se inclusivamente afirmado com um dos critérios indispensáveis para que um qualquer País terceiro pudesse aspirar a possuir o estatuto de Candidato⁴² e, conseqüentemente, iniciar as negociações visando a adesão ulterior.

22. Ainda neste sentido, destaca-se o alargamento ocorrido a 1 de Maio de 2004, com economias anteriormente reguladas pelos Princípios de Direcção Central que tiveram de realizar a trajectória para uma paradigma de concorrência intrínseco às economias de mercado. Tudo isto quando conjugado com a persistência de alguns protagonistas em reedificar novas fronteiras invisíveis do Mercado dito Comum, faz com que o objectivo da Integração Económica esteja sempre presente⁴³.

Todos os Países candidatos à Adesão tiveram de proceder a importantes reformas legislativas e institucionais em termos da sua Política Interna de Concorrência e da respectiva sintonia com a Política Comunitária.

É por isso que, em mais de 50 anos (1951-2006), os designados macro objectivos da Política Comunitária de Concorrência variaram muito

⁴² CFr. Criterios de Copenhague (1993) subsequentes ao Conselho Europeu que reuniu nesta cidade, curiosamente no ano de entrada em vigôr do Tratado de Maastricht, e, que viria a permitir o grande alargamento a Oriente, a 1 de Maio de 2004, precisamente no dia em que também se operou a revolução copernicana no direito comunitário de concorrência aplicável às empresas, com a entrada em vigor do Reg.(CE) nº1/2003, a que se faz uma referência muito detalhada em RODRIGUES, E.R.L. “*O essencial da Política de Concorrência*”, ed. INA, 2005

⁴³ Para uma análise detalhada do impacte da Política de Concorrência na preparação do último alargamento da União Europeia, ver:

- “*Competition and Economic Integration in Europe*”, ed. Saul Estrin and Peter Holmes, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 1998.
- Tihamer TOOTH, “*Enforcement of EC competition rules since 1 May 2004 by the Hungarian Competition Office*”, in Conferência internacional IBA/CE, Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice, Brussels, 9 -11 March 2005.

pouco, ou mesmo, não terão tido nenhuma variação substantiva⁴⁴, uma vez que a Construção Europeia, e a integração/fusão das Economias dos E.M.s é sempre um ideal recorrente.

De qualquer modo, com relativa frequência aparecem “retrocessos” e assiste-se ao renascer das fronteiras de mercados domésticos, o que tem exigido a intervenção da Comissão Europeia. A dialéctica entre o “intergovernamental” e o “supranacional” ou “supraestadual”, para ser mais rigoroso, é um processo permanente e recorrente, e, esta é, porventura a razão substantiva mais consistente explicativa da resiliência da Política Comunitária de Concorrência ao longo das últimas décadas.

23. A Política de Concorrência na Europa Comunitária só veio a assumir a dimensão e o pleno significado, que de facto assumiu, por força da geografia de fragmentação que prevalecia na época e, perante as rivalidades históricas sempre presentes na vida da Europa, tal como tem sido registado por muitos observadores, sociólogos, historiadores e cientistas políticos.

Na verdade, como é reconhecido por muitos autores, por exemplo, SOULIER (1994:20):

“A unidade da Europa é uma ideia, não uma realidade. A Europa nunca esteve unida, em nenhuma época do passado. A realidade da Europa é feita sobretudo de múltiplas divisões de diversas naturezas (...)”.

Também o filósofo Friedrich SCHLEGEL havia sublinhado esta realidade, *“Europa ist eine Idee”*,⁴⁵ (1807:135) para enfatizar a tensão dialéctica entre a “germanidade” e a “romanidade.”⁴⁶

24. À medida que os anos da Construção Europeia têm vindo a correr, e, a integração económica foi ficando cada vez mais consolidada, verificase que os objectivos da Política Comunitária de Concorrência foram

⁴⁴ Todavia, hoje a situação é diferente, justamente porque o Dia do Alargamento (1.5.2004) foi também o Dia da Maior Reforma de Política de Concorrência no Plano Processual, com a entrada em vigor de um novo Regulamento que, entre outras inovações descentralizou nas Autoridades Nacionais, a competência para aplicar a Política Comunitária de Concorrência.

⁴⁵ Friedrich SCHLEGEL, *“Zur Oesterreichen Eeschicht”*, I, 1807, ed. E. Behler, vol.XX, p.135.

⁴⁶ Manuel J. do Carmo FERREIRA, *“A Europa, tomada de posição”*, in *Poiética do Mundo*, Lisboa, ed. Colibri, 2001, pp301.

progressivamente absorvendo, de forma crescente, outros vectores ligados à eficiência dos mercados, à competitividade, à inovação, e ao bom funcionamento do Mercado Interno e, da UEM.

A Política de Concorrência foi-se assim tornando intrinsecamente associada à estrutura do paradigma de civilização da Europa Comunitária.⁴⁷

Isto é, também, visível no próprio Tratado de Maastricht, que criou a União Europeia, e introduz uma nova formulação daquele princípio, tornando-o ontologicamente ligado à dinâmica natural de uma Economia de Mercado.

25. Ainda recentemente, o Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 9 de Setembro de 2003⁴⁸, já referido reafirma uma jurisprudência constante em que afirma, expressamente, a prevalência da dinâmica da economia de mercado, na Construção Europeia:

“... desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o Tratado CE prevê expressamente que, no âmbito da sua política económica, a acção dos EMs deve respeitar o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.”

26. Aquela filosofia de Concorrência manifesta-se também nas suas ligações à promoção de uma Competitividade Internacional das empresas ancoradas na Europa, com externalidades positivas no domínio do emprego.

Desde os primeiros anos, que o artigo 81.º(3), por exemplo, foi utilizado pela Comissão Europeia, como uma clara bateria de instrumentos de Política Industrial, criando condições para a atractividade do Investimento (qualquer que fosse a sua nacionalidade de origem) estruturante.

Em paralelo foi-se assistindo ao fortalecimento das conectividades múltiplas entre Política de Concorrência e a Política de Defesa dos

⁴⁷ António Simões RODRIGUES, “Um manual de história da Europa. A construção de uma utopia?”, in Estudos do Sec. XX, nº 2 – 20002:213-229.

⁴⁸ Acórdão do TJCE, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)* de 9/9/2003, Processo C – 198/01.

Consumidores, nomeadamente a partir Comissário Mário MONTI (2003)⁴⁹.

27. Todavia no actual Tratado de Lisboa, presentemente na continuação dos processos de ratificação, existe um ligeira alteração formal, mas que se pode revelar portadora de importantes alterações substantivas, tudo dependendo da praxis que as instituições nacionais, comunitárias, e, *maxime* o Tribunal de Justiça vierem a assumir.

De qualquer modo estas alterações, tanto quanto é possível prever a esta distância, em nada afectam as conclusões principais deste artigo, e, como tal, não lhes faremos qualquer referência, até porque as mesmas foram já objecto de dois artigos, cuja publicação deve ocorrer nos próximos meses.⁵⁰

28. O suporte jurídico para aquela abrangência material reside na conjugação dos artigos 3.º, n.º 1 g) com os artigos 4.º e 5.º, depois com os artigos 81.º a 94.º do Tratado CE, em termos das normas de aplicação, e, finalmente com o artigo 98.º do Tratado CE, em termos de uma formulação de âmbito geral.

De facto, os artigos 4.º e 98.º não podiam ser mais claros quanto à opção por economia de mercado, como objectivo orientador das políticas económicas seguidas não só pela Comunidade, enquanto tal, mas também pelos próprios Estados Membros.

Trata-se pois de uma opção política de base, claramente uma espécie de “metapolítica” que enforma toda a arquitectura da construção europeia.

⁴⁹ Uma concretização desta orientação política teve lugar na Reunião Conjunta de Directores Gerais de Concorrência e de Defesa do Consumidor, que ocorreu em Bruxelas, em Outubro 2003.

⁵⁰ RODRIGUES, E.R.Lopes

- “A nova estrutura do Tratado de Lisboa e a Política de concorrência na União Europeia”, in Temas de Integração, revista da Universidade de Coimbra, 2008, previsional
- “O Tratado de Lisboa e a sua influência na Política de Concorrência em geral, e, na vertente aplicável aos Auxílios de Estado” in Livro de homenagem ao Professor Doutor Paulo de PITTA e CUNHA, Coimbra Editora, 2008, previsional

Assim sendo, em rigôr, a Política de Concorrência é verdadeiramente aplicável a todas as actividades económicas, mesmo aquelas que os próprios Estados Membros conduzem, no exercício da sua função accionista.

3.2 OS PROTAGONISTAS enquanto DESTINATÁRIOS da POLÍTICA de CONCORRENCIA

29. Conforme já se referiu, um dos elementos de maior singularidade da Política de Concorrência na União Europeia face ao espectro alargado que hoje circula por todo o mundo⁵¹ reside na presença do Estado *qua tale* Entidade Soberana e integrando os mesmos elementos substantivos que foram adoptados em 1957.

Na verdade, a Política Comunitária de Concorrência engloba uma área dirigida aos Estados Membros⁵² e outra dirigida às empresas, sendo que, numa e noutra, existem normas que se têm mantido invariantes, que visam fundamentalmente a integração dos mercados, e o exercício pleno da liberdade de escolha em termos económicos.

Logo desde sua génese a Política Comunitária de Concorrência⁵³ seguiu um percurso de clivagem radical com a geografia das sociedades e das economias para onde se destinava.

⁵¹ International Competition Network

⁵² Este estatuto dos Estados Membros, enquanto destinatários da Política Comunitária de Concorrência verifica-se também no facto de os Tratados conferirem às instituições comunitárias poderes sancionatórios sobre determinadas políticas dos Estados.

A este propósito, existem ainda poucas obras de referência, cumprindo referir as seguintes:

- Maria José Rangel de MESQUITA, “*O poder sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros*”, Lisboa, Almedina, 2006
- Philippe MANNIN, “*Droit Constitutionnel de l’Union Européenne*”, Paris, Pedone, 2004.
- Fernando Pereira RICARDO, “*A Aplicação dos art. 85º e/ou 86º do TCE e o Poder Normativo dos Estados*” in Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrals, ed. FDUL, Coimbra Editora, 2000.

⁵³ Para a análise da Política Comunitária de Concorrência, nos primeiros anos da Construção Europeia, cfr., por exemplo:

- David GERBER, “*Law and Competition in the Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*”, Oxford University Press, 1998, especialmente, pp. 334 e seguintes.

Para verificar que foi exactamente assim, basta pensar, por exemplo, que:

- onde imperavam os cartéis⁵⁴, estes passaram a ser proibidos;
- onde reinavam as fronteiras visíveis e invisíveis à mobilidade dos factores, muitas delas de origem estadual, estas passaram a ser desmanteladas;
- onde prevalecia a segmentação dos mercados nacionais, passou a favorecer-se a emergência das importações paralelas⁵⁵ que conferiam visibilidade a um mercado transnacional.

30. Uma das normas centrais que está a montante destas transformações é a proibição legal de acordos, decisões de associação de empresas e práticas concertadas de fixação de preços.

A Lei da Concorrência, Lei n.º 18/2003, e o Tratado que institui a Comunidade Europeia proíbem que empresas ou associações de empresas acordem entre si a fixação de preços (directa ou indirectamente), margens de comercialização e/ou outras condições de transacção, prevendo pesadas sanções para a respectiva infracção.⁵⁶

• J.A. VAN DAMME, *“La Politique de la Concurrence dans la CEE”*, éditions UGA, Bruxelles, 1980, especialmente, pp. 37 e seguintes.

⁵⁴ Na Alemanha de Hitler, por exemplo, os cartéis eram não só legais, como objecto de um registo público.

⁵⁵ Sobre a importância das importações paralelas não só no quadro geral da construção europeia, mas também no horizonte preciso da política comunitária, existe na doutrina um debate recente, sobre a justa “fronteira”.

Cfr., por ex.:

- Thomas HAYS, *“Parallel Importation under European Union Law”*, in Thomson, Sweet & Maxwell, London 2004.
- Laurence IDOT, *“Commerce parallel du médicaments et spécificité du marché pharmaceutique”*, in Europe- Actualité du Droit Communautaire, n.º11 – Nov. 2006

⁵⁶ Esta estratégia proibida é sancionada nos termos do Art 43.º da lei n.º 18/2003 nos seguintes termos:

Art.º 43.º

1. Constitui contra ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no último ano:
 - a) a violação do disposto nos artigos 4.º, 6.º (...)
2. No caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido.

31. A razão de ser da proibição reside no facto de a fixação de preços entre empresas ou por uma associação de empresas, configura uma forma séria e das mais graves restrições de concorrência, pela limitação de autonomia das empresas e pelos efeitos negativos que provoca nos consumidores e nas outras empresas concorrentes.

Note-se que a legislação proíbe acordos entre empresas ou de associações de empresas para fixação de preços, mínimos ou máximos, que se traduzem na adopção de uma tabela comum de preços.

A legislação não proíbe que cada empresa tenha o seu próprio preço, cuja determinação deve resultar do livre jogo de mercado.

São várias as razões para a proibição de preços mínimos:

- (i) limitam a autonomia das empresas;
- (ii) impedem os operadores de praticarem preços mais baratos e, desta forma, de fazerem concorrência entre si;
- (iii) privam os consumidores da possibilidade adquirirem um bem ou um serviço ao melhor preço;
- (iv) reforçam artificialmente os obstáculos ao acesso de novos concorrentes, que ficam impedidos de competir pela via do preço.

32. Do mesmo modo, encontram-se várias justificações para a proibição de fixação de preços máximos:

- (i) ao fixar-se um preço máximo incentiva-se o alinhamento de preços, pelo que, na prática, o preço máximo pode tornar-se na regra do mercado, sobretudo se acrescer a possibilidade de controlos e sanções;
- (ii) a fixação de preços máximos restringe a concorrência na medida em que permite a uma empresa prever, com grande segurança, o preço máximo praticado pelos seus concorrentes;
- (iii) a fixação de preços máximos é um desincentivo à inovação, porquanto limita a iniciativa de oferecer o bem ou serviço, com qualidade superior.

3.2.1 Os ESTADOS

33. Conforme já se referiu a ordem jurídica da União Europeia foi sendo elaborada através de vários princípios directores estruturantes, entre os

quais avulta o princípio da integração⁵⁷ como a nova centralidade dinâmica do relacionamento entre Estados e entre Povos para construir um novo paradigma civilizacional baseado num pauta axiológica disruptivamente inovadora em termos das relações internacionais. É este princípio da integração que está na base da assunção da Política de Concorrência como via instrumental de resolução de conflitos económicos entre Estados, que como se sabe, a História revelou ter sido frequentemente a antecâmara de conflitos bélicos.

34. O alcance efectivo do artigo 3.º, n.º1 g) é consolidado pelo antigo artigo 5.º do Tratado de Roma (1957), actual artigo 10.º do Tratado de Nice, enquanto disposição de âmbito geral, que determina aos Estados Membros que:

- tomem todas as medidas capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado ou resultantes de actos de instituições da Comunidade;
- facilitem à Comunidade o cumprimento da sua missão;
- se abstenham de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado.

35. Trata-se simplesmente de um Princípio de Cooperação Leal entre duas categorias de *Centros/Teias de Poder Político em reconfiguração*.⁵⁸

⁵⁷ Sobre o Princípio da Integração ver, por exemplo, FAUSTO de QUADROS que qualifica este princípio como corolário do princípio de Integração, e da emergência de uma ordem supranacional. No seu recente “Direito da União Europeia” (2004), escreve: “*Este princípio consta desde sempre dos Tratados, concretamente, do artigo 10º (ex artigo 5º) CE. Ele consagra a obrigação de lealdade, ou fidelidade, ou boa-fé, comunitária (a “Gemeinschaftstreue”, análoga à que vigora nos Estados federais como “Bundestreue”). (...) O princípio da lealdade comunitária assume uma importância vital na definição das relações entre a União e as Comunidades, por um lado, e os Estados membros, por outro. Ele impõe uma obrigação negativa e uma dupla obrigação positiva. A obrigação negativa exprime-se pelo parágrafo 2 do citado artigo 10º, quando este proíbe que os Estados membros “ponham em perigo” a realização dos objectivos do Tratado. A dupla obrigação positiva desdobra-se numa obrigação de resultado (obrigação para os Estados de “tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das Instituições da Comunidade” – par.1, 1ª parte, do mesmo artigo) e numa obrigação de meios (os Estados devem “facilitar” à Comunidade o “cumprimento da sua missão” – par.1, 2ª parte, do mesmo artigo 10º, CE)*”.

⁵⁸ Este conceito engloba uma panóplia alargada de entidades que exercem o Poder Político, tais como os Estados e algumas Organizações Internacionais, e que estão sujeitas a proces-

A União e os Estados Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente, no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados Fundacionais.

Este princípio é um dos alicerces de toda a Construção Europeia, na justa medida em que envolve o Estado enquanto tal, i.e., engloba todas as suas Instituições, Chefias de Estado, Parlamentos, Governos, Tribunais, Autoridades Regionais e Locais, e, ainda quaisquer entidades que sejam instituições com capacidade de administração activa por razões de ordem pública, como por exemplo os Reguladores Sectoriais e, as Autoridades de Concorrência.

Deste princípio extraem-se importantes consequências práticas quanto a deveres destas Instituições que se podem distribuir pelas seguintes categorias de obrigações:

- aplicar a legislação comunitária;
- actuar de forma suplementar à acção comunitária, sempre que necessário;
- evitar conflitos ou interferências com instituições comunitárias;
- informar a Comissão do necessário para ela realizar a sua Missão;
- consultar a Comissão⁵⁹ no caso de dúvidas sobre qualquer ponto.

36. Entre a abundante Jurisprudência⁶⁰ existente sobre esta matéria destacam-se dois acórdãos do TJCE, que a seguir vão ser explicitados com algum detalhe:

...sos de metamorfose contínua, por força quer de razões endógenas quer sobretudo de factores exógenos.

⁵⁹ Cfr., por exemplo:

- V. JOLIET (Juiz do Tribunal de Justiça) “*National anti-competitive legislation and community Law*”. (1988) Fordham Corp. L. Inst., Barry Hawk, (Ed).
- NEERGAARD, “*Competition and Consequences. The tensions between European Competition Law and anti-competitive measures by the member states*” (Copenhagem, 1998).
- J.T. LANG, “*The core of the constitutional law of the community*”, article 5 EC, in *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, ed. Gormley (1997).
- WAINWRIGHT and BOUQUET, “*State Intervention and Action in EC Competition Law*”, in 2003 Fordham Corp. Law Inst

⁶⁰ Entre outros, poderão destacar-se os Acórdãos proferidos nos seguintes Processos:

- Processo 13/77, GB-Inno v. Atb, (1977) ECR 2115.
- Processo C-267786, Van Rycke v. ASPA (1988) ECR 4769.
- Processo C-2/91 – Meng (1993) Col. – 5751
- Processo C-245/91 – Ohra (1993) Col. 5851.
- Processo C-185/91 – Reiff (1993) Col. – 5801.

- a) No Processo que opôs a Comissão e a Itália⁶¹, o TJCE por Acórdão de 18 de Junho de 1998, deliberou que:

“Se é verdade que o artigo 85.º do Tratado,⁶² considerado isoladamente, diz apenas respeito ao comportamento das empresas e não a medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-Membros, não é menos certo que este artigo, conjugado com o artigo 5.º do Tratado, impõe aos Estados-Membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.”

Se se reflectir bem sobre estas últimas linhas, tem-se a ideia do enorme campo de trabalho que se perspectiva à nossa frente, no sentido de avaliar as medidas de natureza legislativa ou regulamentos adoptados pelos Estados, que estão feridos na sua bondade jurídica, justamente por induzirem nas empresas, estratégias concorrenciais colusivas (i.e. concertação e cartelização).

- b) Num outro processo apresentado pelo “*Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio*” sobre uma decisão da Autoridade de Concorrência de Itália (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) relativa a um agrupamento de empresas produtoras de fósforos patrocinado pelo Estado Italiano (Consorzio Industrie Fiammiferi, CIF), o Tribunal de Justiça por Acórdão de 9 de Setembro de 2003, deliberou:

“1) Perante comportamentos de empresas contrários ao artigo 81.º, n.º 1, CE, que sejam impostos ou favorecidos por uma legislação nacional que legitima ou reforça os seus efeitos, mais especialmente no que respeita à fixação dos preços e à repartição do mercado, uma Autoridade Nacional da Concorrência que tem, por missão, designadamente, assegurar o respeito do artigo 81.º CE:

- *tem a obrigação de deixar de aplicar essa legislação nacional;*
- *não pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados, quando estes lhes tenham sido impostos por essa legislação nacional;*
- *pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos posteriores à decisão de deixar de aplicar essa legislação nacio-*

⁶¹ Processo C-35/96, Comissão v. Itália (CNSD) [1998] ECR, I – 3851.

⁶² Trata-se do actual artigo 81.º do Tratado

- nal, uma vez que esta decisão se tenha tornado definitiva a seu respeito;*
- *pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados quando estes tenham sido apenas facilitados ou encorajados por essa legislação nacional, sem deixar de ter em devida conta as especificidades do quadro normativo em que as empresas actuaram”*

Nunca é demais sublinhar a importância deste Acórdão para as Autoridades Nacionais de Concorrência e, para as empresas de um dado Estado-Membro, que se julgam protegidas por determinadas medidas ou disposições legislativas contrárias aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE⁶³.

Em boa verdade, o elemento substancialmente inovador deste Acórdão não reside em sancionar as medidas legislativas nacionais que prejudicam o efeito útil das normas comunitárias de concorrência.

A inovação jurisprudencial reside na clareza das obrigações que o Tribunal de Justiça atribui às Autoridades Nacionais de Concorrência e, nos Poderes que lhe confere.

Esta obrigação de não aplicar a legislação nacional impende, também, por força do Primado do Direito Comunitário, sobre todos os órgãos do Estado incluindo os Tribunais nacionais⁶⁴.

Este Acórdão reveste-se, pois, de uma importância iniludível na questão de consolidar os fundamentos jurídicos da acção das Autoridades Nacionais que são chamadas a aplicar uma Política credível de Concorrência.

37. Todavia, as áreas onde é maior a visibilidade da subordinação dos Estados à Política Comunitária de Concorrência são as relativas aos Auxílios de Estado, e, as obrigações de liberalização de determinados sectores de

⁶³ Este Acórdão surge na linha dos Poderes-Obrigações-Competências que outros Acórdãos tinham já atribuído aos Tribunais Nacionais, no sentido de se não aplicar disposições nacionais que sejam contrárias ao Direito Comunitário. Por exemplo:

- COSTA/ENEL, de 15.Jul.1964, Processo 6/64, Col. Esp. Portuguesa, 1962-64, p. 549;
- SIMMENTHAL, de 9.Mar.1978, Processo 106/77, Rec. 1978-8, p.1811.

⁶⁴ Cfr. também Acórdão FRATELLI COSTANZO, de 22 de Junho de 1998, Processo 103/88.

intervenção do Estado, quando este actua dentro do paradigma de Estado Empresário.

38. No que concerne aos Auxílios de Estado⁶⁵ importa referir que o comando normativo que se mantém inalterado desde 1957 é o artigo nº87 do Tratado CE, que basicamente estabelece que:
- São proibidas todas as intervenções selectivas dos Estados nas economias que favoreçam determinadas empresas, sectores e regiões e ameacem falsear a concorrência e afectem o comércio entre os Estados Membros

 - Os Governos para realizar quaisquer intervenções deste tipo carecem de fazer uma de duas realidades:
 1. Pedir autorização à Comissão, segundo os termos regulamentares
 2. Beneficiar dos designados Regulamentos de Isenção por Categoria

Qualquer ajuda concedida fora deste enquadramento é ilegal e, como tal a sanção é a recuperação desses mesmos auxílios.⁶⁶

39. Associada à problemática dos Auxílios de Estado está todo um extenso conjunto de questões relativas aos Serviços de Interesse Económico Geral (SIEGs), aos montantes de indemnização compensatória, e, às parcerias público privadas, cuja análise aprofundada tornaria este artigo excessivamente longo.⁶⁷

40. Sobre a temática da liberalização dos sectores importa sublinhar que os Estados quando monopolizam, por via jurídica determinados sectores (p.ex., telecomunicações, energia, água, etc.) estão a praticar provavelmente a maior das distorções da concorrência.

⁶⁵ Face à extensão do artigo, faz-se apenas uma referência muito sumária a esta matéria, que pode ser consultada em RODRIGUES, E.R.L. “*O Essencial da Política da Concorrência*”, ed. INA, 2005.

⁶⁶ Sobre esta matéria existem referências sistemáticas nos Relatórios Anuais da Comissão Europeia.

⁶⁷ Sobre esta matéria ver um artigo recente do autor publicado na Revista Portuguesa de Management (2008), “O Paradigma Político da União Europeia e os Serviços de Interesse Económico Geral – um Desafio à criatividade concorrencial dos Estados”.

Por isso, o legislador de Messina conferiu poderes à Comissão (que o TJCE viria a reconhecer) para obrigar os Estados a procederem à respectiva liberalização. Foi o que sucedeu pela aplicação do artigo 86.º do Tratado no final dos anos 80, e ainda hoje tem vindo a prosseguir através das políticas de regulação sectorial. Significa isto que, em bom rigôr, as Políticas de Regulação Sectorial, que hoje tanta expressão adquiriram, têm na sua génese a aplicação de uma norma da Política de Concorrência.⁶⁸

3.2.2 OS AGENTES ECONÓMICOS EMPRESARIAIS

41. Perante a racionalidade básica da Política Comunitária de Concorrência consubstanciada na sua vocação ontológica para o aprofundamento do mercado interno, fácil é compreender que o conceito de empresa enquanto destinatário dessa mesma política não poderia resultar da aplicação dos códigos de sociedades comerciais de cada País, uma vez que, por essa via, se estariam a reintroduzir, pelo menos potencialmente, escapatórias à aplicação uniforme do Direito Comunitário de Concorrência, emergentes precisamente das reais e/ou alegadas especificidades de cada direito comercial de cada País.

42. Assim sendo, para efeitos de aplicação da Política Comunitária de Concorrência, o conceito de agente económico empresarial, ou mais abreviadamente, o conceito de empresa, conduz-nos a toda a organização, que seja um sujeito jurídico, no sentido de ter a capacidade de assumir direitos e deveres, e, que exerça uma actividade económica no mercado.

Neste quadro, entidades como, por exemplo, os profissionais liberais, as empresas públicas, os serviços públicos empresarializados, as Universidades, os Hospitais, as Ordens profissionais são alguns dos elementos mais emblemáticos de uma galeria quase inesgotável de empresas ou seja de entidades que estão subordinadas aos comandos jurídicos específicos da Política Comunitária de Concorrência.

Ora, em muitos Países, algumas destas entidades não só exercem funções públicas delegadas, e, em certo sentido fazem parte também da

⁶⁸ É importante sublinhar que em diversos Acórdãos o Tribunal de Primeira Instância da UE já reconheceu esta realidade.

Administração Pública, como inclusivamente têm determinados Poderes de Autoridade.

43. Os destinatários da Política de Concorrência são os agentes económicos empresariais, independentemente do seu estatuto jurídico. Isto significa, entre outras coisas, que os profissionais liberais são equiparados a empresas e as respectivas associações profissionais (ordens) a associações de empresas. Vasta jurisprudência comunitária suporta este conceito de empresa.⁶⁹

Dito de outro modo, para efeito de aplicação da legislação da concorrência, um profissional liberal é equiparado a “empresa” e uma ordem profissional a uma “associação de empresas” sempre que actue em representação dos seus membros, determinando regras ou comportamentos no quadro da sua actividade económica (ex. fixação de tabelas de honorários).

Vários acórdãos e decisões condenatórias, nacionais⁷⁰ e comunitárias⁷¹, foram já proferidos neste âmbito. Este é o entendimento, existente há 20 anos, relativamente à aplicação das regras comunitárias e nacionais da concorrência às profissões liberais.⁷²

⁶⁹ Ver Comunicação da Comissão — Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais COM (2004) 83 final, de 9 de Fevereiro de 2004. Disponível em versão não confidencial em:

http://europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/final_communication_pt.pdf

⁷⁰ Decisão do Conselho da Concorrência, de 16 de Novembro de 2000, no âmbito do Processo 2/2000 — Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, D.R. n.º 200, Série II, Suplemento, de 29.08.2001.

⁷¹ Acórdãos: Hofner e Elser (processo n.º C-41/90); Wouters (processo n.º C-309/99); CNSD (processo n.º T513/93); Pavlov (processo n.º C 180/98); Decisão 93/438/CEE, de 30 de Junho; Decisão 95/188/CE, de 30 de Janeiro. Ver ainda: Decisão da Comissão, de 24 de Junho de 2004, no âmbito do Processo COM/38.549 - PO/Barème d'honoraires de l'Ordre des Architects belges disponível em:

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38549/fr.pdf>

⁷² Refira-se, em especial, o Parecer n.º 3/85, de 11 de Dezembro, do Conselho da Concorrência. D.R. n.º 226, Série II, 3.º Suplemento, de 1.10.1986

44. A título meramente exemplificativo pode referir-se a decisão da Autoridade da Concorrência relativa à fixação de honorários por parte de uma Ordem profissional (Ordem dos Médicos Veterinários).⁷³

É a primeira decisão da Autoridade da Concorrência por infração das regras da concorrência previstas no Tratado que institui a Comunidade Europeia, ao abrigo do novo regime descentralizado de aplicação das regras da Concorrência Comunitárias, aprovado pelo Regulamento 1/2003.⁷⁴

A Autoridade da Concorrência condenou a Ordem dos Médicos Veterinários ao pagamento de uma coima de €75.935.00 (setenta e cinco mil, novecentos e trinta e cinco euros), por ter dado como provada a imposição de preços mínimos para os serviços de veterinária.

O processo teve origem numa queixa sustentada por uma circular da Ordem dos Médicos Veterinários que visava definir os honorários mínimos, e a sua imposição obrigatória, aos médicos veterinários.

IV. AS ESTRATÉGIAS SUBSUMÍVEIS À POLÍTICA de CONCORRÊNCIA

45. Em sentido estrito, do lado das empresas, apenas são subsumíveis à Política Comunitária de Concorrência as estratégias que consubstan-

⁷³ Entre os elementos relevantes do processo cumpre referir: O art.44º do referido Código acrescenta que “constitui presunção de concorrência desleal, e como tal considerada ilícita, a prestação de serviços gratuitos ou a cobrança de honorários manifestamente inferiores aos previstos pelas tabelas, usos ou regras aplicáveis.

O art. 28.º do Código Deontológico determina que “[o] desvio ou tentativa de desvio de clientela é interdito a todos os médicos-veterinários devendo estes abster-se da prática de qualquer acto de concorrência desleal com prejuízo para os colegas”, constituindo atitudes reprováveis, nos termos do n.º 2 alínea a) do mesmo artigo, “o estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários.”

Assim, segundo o artigo 72.º do Código Deontológico, o médico veterinário em regime liberal que praticar avenças e honorários inferiores aos valores mínimos previstos nas tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato, incorre em infração disciplinar que poderá ser sancionada com multa até 10 vezes o salário mínimo nacional e suspensão até dez anos.

⁷⁴ Jornal Oficial L1 de 4.01.2003, p1.

ciam de forma directa ou indirecta restrições *de concorrência*, que afetem o comércio entre os Estados Membros.

A aplicação do referido paradigma *concorrência não falseada*, a estas estratégias realiza-se através da confluência de dois domínios de actuação⁷⁵, cujos efeitos se reforçam mutuamente:

- Domínio autónomo (singular)
- Domínios de complemento (plural)

46. Estes dois domínios distintos traduzem-se em conteúdos plurais não só da Política Comunitária de Concorrência⁷⁶ mas, também, homoteticamente nos da Política Nacional:

O domínio autónomo caracteriza-se por ser aquele para o qual estão vocacionadas as Regras de Concorrência em sentido estrito, ou seja, aquelas que, segundo o legislador de Messina, englobam os artigos 81.º a 89.º do Tratado, ou seja, em linguagem corrente, o “*anti-trust*”, mais os “serviços de interesse económico geral”, o controlo prévio da “concentrações” e os “auxílios de Estado”.

Os domínios complementares congregam todas as Normas do Tratado que, de uma forma ou de outra, procuram reduzir, ou eliminar as Distorções de Concorrência induzidas pelas Políticas Públicas dos Estados e da própria União.

Por isso, estes Domínios de Complemento são cada vez mais reconhecidos e tratados ao longo dos Relatórios Anuais da Comissão Europeia sobre Política de Concorrência⁷⁷.

⁷⁵ O primeiro destes domínios tem fronteiras claramente expressas no Tratado. Na versão Nice (2000) do Tratado que institui a Comunidade Europeia e que, no fundo é idêntica à versão original de Roma (1957), este domínio autónomo é designado como “Regras de Concorrência”, que constituem o capítulo I do Título VI da parte II (As Políticas da Comunidade). Na formulação do novo Tratado que estabelece uma Constituição (Roma, 2004) trata-se do capítulo I (Mercado Interno) integrado na Parte III (Políticas e Acções Internas). Por sua vez, os designados domínios de complemento, têm fronteiras difusas, espraiando-se por todo o Tratado.

⁷⁶ Pode ver-se uma análise convergente com esta, por exemplo em Jacques DELORS, no seu “*Programa de Trabalho da Comissão para 1987*”, apresentado ao Parlamento Europeu a 18.2.1987, e em J.L. CADIEUX et C. ROUAM, “*La politica de competencia, una piedra angular de la construccion europea*”, ICE, Nov-Dez, 1985.

O critério que permite delimitar as jurisdições comunitárias e nacional de aplicação desta Política é, conforme já se referiu, basicamente o da afectação do comércio entre os Estados Membros.

A confluência destas duas categorias de Domínios pretende aprofundar e desenvolver um high level playing field, em que todos os protagonistas do processo concorrencial possam ter uma liberdade efectiva de concorrer, o que se traduz, à partida, em possibilidades equitativas de jogar os diferentes desafios concorrenciais, sem quaisquer barreiras intransponíveis quer estas sejam de origem estadual ou empresarial.

47. Dada a natureza deste artigo vamos detalhar um pouco mais o designado *Domínio Autónomo*⁷⁸. Ele está basicamente centrado nas *restrições de concorrência*, que são provocadas por:

- estratégias empresariais de cooperação e/ou concertação, ou de abuso de posição dominante, e /ou
- serviços de interesse económico geral, e /ou
- intervenções do Estado na Economia, com particular destaque para os Auxílios de Estado

Congrega os seguintes campos:

1. Aplicáveis a agentes privados:

1.1 Cooperação balizada por um balanço económico positivo⁷⁹ (art.º 81.º, nº3);

1.2 Concertação entre empresas (art.º 81.º, nº1);

1.3 Abuso de posição dominante (art.º 82.º);

⁷⁷ Cfr., por exemplo, Relatório Anual sobre Política de Concorrência da Comissão Europeia, 1996 e segs.

⁷⁸ A base jurídica deste domínio é a seguinte:

- Ao nível da UE: (artigos 81.º a 89.º do Tratado CE);
- Ao âmbito de Portugal: (artigos 4.º a 13.º da Lei n.º 18/2003).

⁷⁹ As estratégias empresariais caracterizadas por um balanço económico positivo são extraordinariamente importantes, como é bem demonstrado por “Joint-ventures” como é o caso da Auto-Europa.

A sua análise detalhada conduziria contudo a um artigo excessivamente longo.

1.4 Dumping intracomunitário (art.º 91.º)⁸⁰, de aplicação cada vez mais residual, circunscrito às situações em que existem restrições quantitativas ao comércio entre os E.M.s, o que só é aceitável dentro dos períodos de transição dos alargamentos.

1.5 Controlo das operações de concentração de empresas (art.º 82.º e o artigo das lacunas, i.e, 235.º na versão de 1957 (actual 308.º) e regulamento específico)

2. Aplicáveis a agentes públicos (e/ou concessionados);

2.1 Paridade de tratamento a conceder às empresas públicas e privadas (n.º 1 do art. 86.º);

2.2 Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG), Serviços de Interesse Geral (n.º 3 do art.º 86.º) e admissibilidade em certas condições, de monopólios fiscais (n.º 2 do art.º 86.º e art.º 16.º, introduzido pelo Tratado de Amsterdão)⁸¹;

2.3 Auxílios de Estado e Medidas de Auxílio (arts. º 87.º a 89.º).

48. Não sendo exequível no âmbito deste artigo analisar em detalhe todas estas estratégias vamos apenas referir uma das mais danosas, ou seja o cartel⁸² em concursos públicos.

⁸⁰ Cfr. análise detalhada sobre a inserção do *dumping* intracomunitário no 1º Relatório da Comissão sobre Política de Concorrência (1972).

⁸¹ A análise contemporânea da Política de Concorrência a estes Serviços é toda ela enformada pelo artigo 16º do Tratado de Amsterdão e, bem assim, pela função tradicional do artigo 86º do Tratado de Roma, enquanto elemento de charneira entre as obrigações que o Tratado impõe aos Estados e aquelas impostas às Empresas.

⁸² “*Cartéis são acordos de concertação entre empresas, que combinam entre si preços ou margens, repartem mercados geográficos ou outra forma de segmentação, limitam a produção em dado mercado, o investimento, ou acordam outras formas de coordenação do seu comportamento que acabam por se reflectir numa redução da quantidade ou qualidade dos bens e serviços oferecidos no mercado e numa subida do preço. Os cartéis podem ser explícitos, quando assumem uma forma organizada, geralmente secreta para fugir à lei, produzindo em geral evidência escrita, electrónica ou oral que respeita às decisões conjuntas e controlo dos prevaricadores do acordo. Também podem ser de coligação tácita” quando, embora as empresas não comunicando directamente, se comportam como se estivessem coligadas*

“ www.autoridadedaconcorrenca.pt/vIrnages/Discurso_Juizes.pdf

49. Em 2005, a Autoridade da Concorrência condenou cinco empresas farmacêuticas (Abbott, Bayer, Johnson & Johnson, Menarini e Roche), no âmbito de dois processos conhecidos, respectivamente, por “Cartel em concurso público de fornecimento de tiras-reagentes do Centro Hospitalar de Coimbra⁸³”, tendo condenado as arguidas numa coima superior a três milhões de euros, e “Cartel em 36 concursos públicos de 22 hospitais portugueses⁸⁴”, tendo sido aplicada às mesmas empresas uma coima total de cerca de 16 milhões de euros. Os factos dados como provados pela AdC reportavam-se ao período entre 2001 e 2004.

No âmbito do primeiro processo (Cartel em concurso público do Centro Hospitalar de Coimbra) as empresas arguidas impugnaram judicialmente a decisão da Autoridade tendo, porém, a Roche desistido da sua impugnação e procedido ao pagamento da coima a que tinha sido condenada.

Relativamente ao segundo processo (Cartel em 36 concursos públicos, de 22 hospitais) das cinco empresas em causa, apenas três - a Abbott, a Bayer e a Menarini - impugnaram judicialmente a decisão da Autoridade. As empresas Johnson & Johnson e Roche, conformadas com a decisão, procederam ao pagamento das coimas a que foram condenadas.

50. Em sede de recurso, os dois processos foram objecto de uma decisão de apensação (isto é, apreciação em conjunto) e, em Abril de 2007, o Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) decidiu ordenar a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de serem repetidos alguns actos processuais.

Uma vez devolvidos os processos à AdC e tendo em conta que o Tribunal não proferiu qualquer juízo negativo quanto aos factos dados como provados, nem quanto à legalidade dos meios de prova e nem quanto ao procedimento efectuado, a Autoridade procedeu à notificação da nova decisão às arguidas, depois de lhes ter dado oportunidade para o exercício do direito de defesa por escrito.

51. Parece útil ser um pouco mais explícito sobre a gravidade dos factos e o dano económico estimado

⁸³ http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/comunicadol_2005.pdf

⁸⁴ http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/comunicado10_2005.pdf

Dos factos dados como provados pela AdC, resulta claro que as empresas arguidas se reuniram regularmente no âmbito de associações de indústria e trocavam entre si informações sobre preços do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue praticados no âmbito dos concursos hospitalares. De facto, as arguidas concertaram-se em numerosas ocasiões, desde 2001 até 2004, para a fixação dos preços por elas a apresentar em propostas: de fornecimento do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue (tiras reagentes) no âmbito dos concursos hospitalares. Essas concertações⁸⁵ tinham como objectivo a subida dos preços.

52. As infracções imputadas às arguidas, reiteradamente praticadas, foram efectivamente aptas a prejudicar gravemente, quando não a eliminar, a concorrência no mercado do fornecimento de Reagente de Determinação de Glicose no Sangue no segmento hospitalar.

Estas restrições à concorrência, designadamente as de tipo horizontal, são qualificadas como as mais gravosas a nível nacional e internacional⁸⁶.

Por outro lado, das infracções cometidas resultou para as arguidas um ganho ilícito e um dano para todos os contribuintes, com o directo e necessário prejuízo do erário público e conseqüente redução ou privação da sua afectação a outros fins.

53. A AdC tomou uma nova decisão,⁸⁷ em 2008, em que, e tendo em conta a apensação dos dois processos referidos, foi decidido aplicar as seguintes coimas:

⁸⁵ Como se sabe nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 4º da Lei n.º 18/2003:

“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, *qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:*

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;

⁸⁶ Veja-se, a este respeito e por exemplo, a Recomendação do Conselho de Ministros da OCDE de 25 de Março de 1998 (C(98)35/Final), que qualifica tais práticas de restrições horizontais de fixação de preços como “*hard-core*”.

⁸⁷ Ver comunicado nº1/2008 da AdC.

- a) À Abbott Laboratórios, pela prática de 27 infracções, uma coima no valor de €7.000.000,00 (sete milhões de euros);
- b) À Bayer, pela prática de 25 infracções, uma coima no valor de €2.997.000,00 (dois milhões, novecentos e noventa e sete mil euros).
- c) À Menarini Diagnósticos, pela prática de 23 infracções, uma coima no valor de €2.812.022,22 (dois milhões oitocentos e doze mil, vinte e dois euros e vinte e dois cêntimos).
- d) À Johnson & Johnson, pela prática de 1 uma infração, uma coima, no valor de €658.413,22 (seiscentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e treze euros e vinte e dois cêntimos).

54. Uma outra decisão da AdC relativo a um cartel em concurso público, diz respeito ao fornecimento de meios aéreos de combate aos incêndios florestais.⁸⁸

O Serviço Nacional de Bombeiros e Protecção Civil, à semelhança de anos anteriores, lançou um concurso público internacional, em 2005, para a “aquisição de serviços de 6 (seis) helicópteros pesados e serviços associados e/ou conexos, tais como serviços de pilotagem, tripulação e manutenção de tais aeronaves, para a satisfação de fins no combate a incêndios florestais”.

Nos anos anteriores, a Aeronorte e a Helisul foram as duas únicas concorrentes. Em 2005, porém, as empresas decidiram apresentar-se em consórcio, com uma única proposta. Essa proposta resultou num preço cerca de 93% mais elevado do que o apresentado pela empresa vencedora do concurso no ano anterior (a Aeronorte).

Na sequência desse aumento de preço, o concurso veio a ser anulado por decisão governamental, o que forçou as Autoridades a proceder à reformulação da estratégia de combate a incêndios florestais para o ano de 2005, através da abertura de dois novos procedimentos concursais, relativos a outras tipologias de meios aéreos.

No âmbito do inquérito, a AdC identificou e obteve prova sobre o acordo celebrado entre as arguidas através do qual diminuíram para um único o número de concorrentes no concurso e fixaram os preços dos produtos e serviços a fornecer no âmbito do Concurso Público Internacional n.º 3/2005, com objecto e o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

⁸⁸ Ver comunicado n.º19/2007 AdC.

O acordo celebrado entre a Aeronorte e a Helisul permitiu, ainda, às arguidas fixar as restantes condições comerciais, induzindo a alta artificial dos preços. Além disso, o acordo visou limitar e repartir as fontes de abastecimento e de fornecimento dos produtos e serviços em questão, em violação do disposto no n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

Em consequência, o Conselho da Autoridade da Concorrência⁸⁹ deliberou condenar as empresas ao pagamento de uma coima total de cerca de 310 mil euros (€179.933,38 à arguida Aeronorte e €128.539,77 à arguida Helisul).

V. CONCLUSÕES

55. Para além dos resultados que foram ficando sedimentados ao longo do texto, parece oportuno sistematizar aqui alguns pontos:

- a) O paradigma de CONCORRÊNCIA INCLUSIVA enquanto horizonte das boas e eficientes POLÍTICAS de CONCORRÊNCIA, ambiciona promover a existência extensiva de MERCADOS CONCORRENCIAIS ou seja aqueles em que as restrições (dos agentes económicos privados) e as distorções (dos agentes económicos públicos) de concorrência, estejam minimizadas, de forma a favorecer as máximas possibilidades de exercício da liberdade económica.
- b) O elemento central desta nova “*Ordem Publica*” e que se reflecte em normas portadoras das características basilares do direito comunitário (autonomia, integração primado, efeito directo, etc.) reside na defesa da liberdade económica, enquanto expressão de cidadania.

Como salientou recentemente a comissária Neelie KROES,⁹⁰ “*Competition Policy (...) embodies a simple but healthy principle of our market economies – the basic idea of freedom*”.

⁸⁹ Como todas as decisões da AdC, esta é também susceptível de recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa. Apenas se torna definitiva se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59º do RGCO e do artº 50º da Lei nº 18/2003.

⁹⁰ KROES, Neelie, “*The Law and Economics of State Aid Control—A Commission Perspective*”, Discurso proferido em Berlim, a 8 de Outubro de 2007, disponível na Página electrónica da Comissão Europeia.

De facto, sem liberdade do exercício de concorrência, não existe liberdade de iniciativa Económica, e, como tal, é a própria existência da Democracia ⁹¹ *qua tale*, que fica posta em causa.

c) Isto implica aprofundar a qualidade da economia de mercado, reduzindo as falhas respectivas sem gerar falhas de Estado e mobilizando as energias criativas e inovadoras da sociedade civil, o que, no seu conjunto, significa, correlativamente otimizar a excelência da democracia.

d) Toda esta Política é instrumental dos objectivos gerais de desenvolvimento sustentável do País, e das condições necessárias ao crescimento económico e ao emprego de qualidade, e, em particular da consolidação do mercado interno e do funcionamento eficiente da União Económica e Monetária.

Na verdade, toda a praxis decisória da Comissão Europeia bem como toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância confirma esta instrumentalidade fazendo da Política de Concorrência um importante Factor de Integração Positiva.

Assim sendo, o paradigma de Concorrência Não Falseada deve ser perspectivado com um meio e não como um fim em si mesmo, de forma a revelar uma ontologia instrumental.

Mas é também instrumental dos objectivos de cidadania e de desenvolvimento que estão expressos na Constituição da República Portuguesa

Os Estados devem-se abster, nas suas Políticas Públicas, explícitas ou implícitas, de praticar actos ou de induzirem comportamentos, que de uma forma directa ou indirecta, obstaculizem a prossecução

⁹¹A este propósito, se dúvidas persistissem, elas seriam facilmente dissipáveis pela asserção que o Supremo Tribunal dos EUA fez, em 1958, a propósito da primeira lei federal de concorrência.

“O Sherman Act representa uma carta global da liberdade económica, visando preservar, como regra de lei, uma concorrência livre e sem entraves. Baseia-se no princípio fundamental de que a livre interacção das forças concorrenciais terá por consequência a melhor repartição dos nossos recursos económicos, os preços mais baixos, a melhor qualidade, e o maior progresso material, desenvolvendo um ambiente que permita preservar as nossas instituições democráticas, políticas e sociais” caso Northern Pacific vs. United States ,356 US,4(1958)

Alguns anos depois, em 1933, o mesmo Tribunal viria a dizer que

“O Sherman Act foi concebido como uma carta compreensiva de liberdade económica vocacionada para preservar a concorrência free and unfettered como uma regra de lei” caso Appalachian Coals Inc v. United States,288 US 344(1933)

dos objectivos do Tratado, em termos da Política Comunitária de Concorrência. Em paralelo devem ter a capacidade e a sabedoria de autorizar os Auxílios de Estado de natureza competitiva para alavancar as iniciativas de desenvolvimento sustentável.

- e) As empresas, por sua vez, devem envolver-se em estratégias de rivalidade competitiva, de acordo com a boa interpretação da Lei Portuguesa da Concorrência e das normas correlativas do Tratado que institui a CE.

Devem igualmente ter a capacidade de aproveitar os espaços de cooperação empresarial que, por força da existência de um balanço económico positivo, são autorizados através de aplicação das normas especificamente plasmadas no referido Tratado, a saber, o nº3 do artigo 81, e, no artigo 5º da lei nº18/2003 de 11 de Junho.

Lisboa, 3 de Julho de 2008

**A UTILIZAÇÃO DE NOVOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS
PELAS AUTARQUIAS LOCAIS
E OUTRAS ENTIDADES PÚBLICAS**

*João Parente¹
Carlos Correia²
Paulo Nogueira da Costa³*

¹ Consultor do Tribunal de Contas (DCP – Departamento de Consultadoria e Planeamento)

² Jurista do Tribunal de Contas (DCP – Departamento de Consultadoria e Planeamento)

³ Jurista do Tribunal de Contas (DCP – Departamento de Consultadoria e Planeamento)

INDICE

INTRODUÇÃO

I. CONSTITUIÇÃO DE FUNDOS IMOBILIÁRIOS

1. Os fundos de investimento (imobiliário)
2. O que é um património autónomo?
3. Outros elementos sobre os FII
4. Podem os FII ser veículos de financiamento municipais?
5. Podem os Municípios constituir fundos de investimento imobiliário?
6. Um caso concreto de constituição de FII no âmbito da “nova gestão pública”
7. Considerações sobre o caso concreto referido em 6

PARTE I – ANEXO

DECISÃO DO EUROSTAT Nº 15/02, DE 31 DE JANEIRO DE 2002: TRATAMENTO DA TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS DO GOVERNO PARA UMA EMPRESA ESTATAL DA ÁUSTRIA

II. CRIAÇÃO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS PÚBLICOS (PERSPECTIVAS SOBRE AS PARCELIAS PÚBLICO-PRIVADAS)

INTRODUÇÃO

1. Traços caracterizadores
2. As Parcerias Público-Privadas (No contexto da actividade autárquica)
3. A posição do Eurostat no caso das parcerias público-privadas

PARTE II – ANEXO

A METODOLOGIA DEFINIDA PELO EUROSTAT

III. UMA REFLEXÃO METODOLÓGICA

1. O princípio da prevalência da substância sobre a forma
 - 1.1. Enquadramento
 - 1.2. Fraude à lei e prevalência da substância sobre a forma no Direito fiscal
 - 1.3. A prevalência da substância sobre a forma no Direito financeiro público – sua relevância para a actividade do Tribunal de Contas

INTRODUÇÃO

O presente Parecer é elaborado na sequência de deliberação do Plenário da 1ª Secção do Tribunal de Contas, constante da Acta n.º 02/08, de 22 de Janeiro, e Despacho da Senhora Auditora-Coordenadora do DCP exarado sobre a mesma.

Nos termos da referida deliberação, o Parecer tem “por objecto as novas fórmulas de financiamento autárquico e a sua repercussão no endividamento, tendo em especial atenção os casos relativos à constituição de fundos imobiliários e a criação de sociedades anónimas para a concretização de investimentos públicos.”

Trata-se de uma matéria que surge no contexto da necessidade de limitação do endividamento público¹, tendo em conta as competências do Tribunal de Contas nesta matéria.

Como é referido na Nota Informativa elaborada no DCP em 6 de Fevereiro de 2008, a “nova gestão pública” tem conduzido à diversificação das formas de organização da Administração bem como dos instrumentos a que a mesma recorre (designadamente, no que se refere a contratos de natureza financeira celebrados por Autarquias Locais), pelo que a análise e estudo desta matéria deve revestir uma natureza sistemática e continuada, de forma a habilitar o Tribunal de Contas no seu processo de tomada de decisão.

Neste sentido, apresentam-se algumas considerações sobre Fundos de Investimento Imobiliário (Parte I) e sobre a temática das parcerias público-privadas (Parte II), destacando os seus traços fundamentais e enquadramento jurídico.

Tentando focalizar mais particularmente o recurso a estas figuras enquanto “novas formas” de financiamento e gestão pela Administração Local, considerou-se importante ter em especial atenção a problemática do endividamento e as suas implicações na área do controlo do Tribunal de Contas.

Observe-se que, sobre esta matéria, assumem particular relevo – além da legislação relevante, naturalmente – os princípios definidos pelo Organismo de Estatística da União Europeia (Eurostat), ao qual compete a tomada de decisões, bem como a adopção dos respectivos critérios, relativamente à

¹ Considerando, designadamente, o contexto da participação de Portugal na 3ª Fase da União Económica e Monetária.

avaliação da sustentabilidade das finanças públicas dos Estados Membros da União Europeia.

Como parte conclusiva deste Parecer, entendeu-se ser incontornável uma reflexão metodológica (Parte III) em que se procura destacar, designadamente, a relevância para a actividade do Tribunal de Contas do princípio da prevalência da substância sobre a forma e do instituto da fraude à lei (partindo da respectiva aplicação no domínio do Direito Fiscal). Sendo previsível a superveniência de outras formas e modalidades de financiamento e gestão pela Administração Local, observe-se que esta reflexão foi orientada no sentido de conter a necessária adaptabilidade.

I. CONSTITUIÇÃO DE FUNDOS IMOBILIÁRIOS

1. Os fundos de investimento (imobiliário)

A figura dos fundos de investimento foi pela primeira vez regulamentada em Portugal em 1965 através do Decreto-Lei n.º 46342, de 20 de Maio de 1965. Com a nacionalização do sector bancário, em 1975, e a consequente interrupção da actividade do mercado de capitais, as unidades dos fundos existentes foram transformados em dívida pública. Foi já em 1986 com as condições de estabilidade político-social e de clarificação dos mecanismos financeiros da economia que a actividade da indústria de fundos de investimento em Portugal foi reiniciada, através do Decreto-Lei 134/85, de 2 de Maio, que actualizou o regime jurídico dos fundos de investimento mobiliário, dando origem ao fundo Invest². No ano seguinte surgiram mais quatro fundos e desde então esta actividade ganhou uma importância crescente no nosso país.

Nos últimos anos a indústria dos fundos tem vindo a ter um desenvolvimento muito acelerado, quer em termos de volume dos activos sob gestão, quer em número de fundos constituídos. Para este crescimento têm contribuído também, ultimamente, os municípios através da constituição de *fundos de investimento imobiliário*.

Os FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (FII) surgiram pela primeira vez em 1985, com o DL 246/85 de 12 de Julho, que seguiu de perto a dis-

² O património deste fundo de investimento mobiliário aberto era essencialmente constituído por valores mobiliários e ascendia a um valor global de 51 milhões de euros. *In* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 13, Abril 2002.

ciplina traçada para os fundos de investimento mobiliários, com as especificidades resultantes dos diferentes valores que compõem os fundos.

Definia-se neste diploma a noção e objecto dos fundos de investimento imobiliário do seguinte modo:

«os fundos de investimento imobiliário são conjuntos de valores pertencentes a uma pluralidade de pessoas, singulares ou colectivas, em que cada participante será titular de quotas-partes dos valores que os integrem; têm como fim principal a constituição de uma carteira diversificada de valores imobiliários, definidos no próprio diploma, permitindo a divisão dos riscos e a rentabilidade das aplicações.»

Foi já em 1988 que surgiram os **fundos fechados**, através do Decreto-Lei 229-C/88, de 4 de Julho. O capital a investir na aquisição de valores, mobiliários ou imobiliários, podia ser agora fixado no acto de constituição dos mesmos fundos.

O regime dos FII foi revisto em 95 pelo Decreto-Lei 294/95, de 17 de Novembro, que os harmonizou com as soluções adoptadas para os fundos mobiliários que tinham sido alterados pelo DL 276/94, de 2 de Novembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/611/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985 que, por sua vez, reformulou o regime jurídico dos fundos de investimento mobiliário constituídos em Portugal.

As alterações introduzidas tiveram em vista, por um lado, o reforço da defesa dos investidores, como foi o caso de um enquadramento mais rigoroso das operações vedadas, proibidas e condicionadas bem como o aumento das exigências de prestação de informação e, por outro, a adopção de um regime mais flexível no que respeita ao funcionamento dos fundos, como a possibilidade do reembolso periódico das unidades de participação dos fundos abertos, embora a ocorrer numa base anual.

Este diploma trouxe uma definição de FII que é praticamente a que subsiste hoje:

«instituições de investimento colectivo que têm por fim o investimento de capitais recebidos do público em carteiras diversificadas de valores fundamentalmente imobiliários, segundo um princípio de divisão de riscos.»

E ainda que *«os fundos de investimento constituem patrimónios autónomos, pertencentes, no regime especial de comunhão regulado no diploma, a uma*

pluralidade de pessoas singulares ou colectivas e que não respondem pelas dívidas próprias dos participantes ou das entidades que asseguram a sua gestão.»

O regime actual foi instituído pelo Decreto-Lei 60/2002, de 20 de Março, com as alterações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei 252/2003, de 17 de Outubro, pelo Decreto-Lei 13/2005, de 7 de Janeiro, que o republicou, e ainda pelo Decreto-Lei 357-A/2007, de 31 de Outubro.

Este diploma veio restringir o âmbito da sua aplicação às questões essenciais do regime deixando para a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) o respectivo desenvolvimento por via regulamentar³. Diferenciou as exigências a aplicar aos fundos abertos e fechados e, dentro destes, aos fundos objecto de subscrição pública e particular – individualizando-se mesmo os “fundos fechados de subscrição particular”, reservados a investidores institucionais e, na grande maioria dos casos, tendo na realidade um número limitado de investidores ligados entre si e ou à entidade gestora, ficando sujeitos a um número mais limitado de regras. Veio ainda admitir explicitamente o desenvolvimento de projectos de construção de imóveis estabelecendo, no entanto, limites precisos para os investimentos nesta área, os quais são consideravelmente mais baixos no caso dos fundos abertos. Conferiu ainda uma maior abertura relativamente às situações jurídicas no âmbito das quais os imóveis podem ser integrados no património dos fundos, bem como às modalidades contratuais que, para além do arrendamento, podem ser utilizadas na sua administração.

Também no que diz respeito às transacções do fundo com entidades ligadas à entidade gestora, em vez de uma proibição absoluta, a aquisição de imóveis pelo fundo passa a estar sujeita a autorização da CMVM – até aqui aplicável à alienação e arrendamento – não podendo todavia ser autorizada uma transacção por preço menos favorável do que o resultante da avaliação de peritos avaliadores.

Por sua vez, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 13/2005, de 7 de Janeiro, vieram permitir aos fundos imobiliários nacionais o investimento em participações de sociedades imobiliárias, salvaguardadas as condições de transparência e de adequado funcionamento dessas sociedades, designadamente em matéria de objecto de actividade, composição do respectivo património e prestação de informação.

³ É o caso dos Regulamentos CMVM n.º 8/2002, que densifica o regime do DL 60/2002; e o n.º 2/2005 relativa à contabilidade dos fundos de investimento imobiliário.

Este diploma procedeu também a uma maior flexibilidade em matérias como a promoção imobiliária, a constituição de fundos de investimento imobiliário que revistam especial natureza ou ainda a relativa a fundos imobiliários constituídos exclusivamente por investidores institucionais ou por um número muito reduzido de participantes.

A noção de fundos de investimento imobiliários no actual regime, tomando em linha de conta as alterações supra enumeradas, é no essencial, como dissemos, a que já tinha sido consagrada no regime anterior do DL 294/95, registamos as alterações a *bold*.

Dispõe agora o art. 2.º do actual regime:

*«Os fundos de investimento imobiliário... são instituições de investimento colectivo cujo **único objectivo** consiste no investimento, nos termos previstos no presente diploma e na respectiva regulamentação, dos capitais obtidos junto dos investidores e cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos.»*

Estabelece ainda que, *«os fundos de investimento constituem patrimónios autónomos, pertencentes, no regime especial de comunhão regulado no presente diploma, a uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas designadas «participantes» ... que não respondem, **em caso algum**, pelas dívidas destes ou das entidades que, nos termos da lei, asseguram a sua gestão.»*

Portanto, numa perspectiva formal, nos termos da legislação nacional em vigor, os FII consubstanciam patrimónios autónomos, pertencentes no regime especial de comunhão regulada pelo seu regime jurídico, a uma pluralidade de participantes, administrados por uma entidade gestora e divididos em partes de características idênticas (com excepção dos fundos mistos em que existem duas categorias distintas) denominadas unidades de participação (“UP”).

A administração do património é exercida por uma entidade gestora de fundos de investimento imobiliário, ou por uma entidade gestora de fundos de investimento mobiliário, em determinadas condições (art. 6.º), em contrapartida de uma comissão. Para além desta, participam ainda no processo uma outra entidade depositária a quem são confiados os valores mobiliários que constituem património do fundo de investimento e ainda uma outra comercializadora (em geral instituições de crédito). Aplicam-se primor-

dialmente em bens imóveis de raiz ou em valores mobiliários de sociedades cujo objectivo seja a transacção, mediação, desenvolvimento ou exploração imobiliária.

Os fundos de investimento podem ser **abertos**, **fechados** ou **mistos**, sendo que os primeiros têm unidades de participação em número variável, os segundos em número fixo, e os mistos quando existem duas categorias de unidades de participação, uma em número fixo e a outra em número variável.

Os fundos de investimento imobiliários podem ainda ser de subscrição pública ou particular, (nos termos dos arts. 109.º e 110.º CMVM) sendo que se considera pública a oferta de subscrição dirigida a pelo menos 100 pessoas (art. 42.º).

A primeira diferença entre FII abertos e fechados respeita ao número de UP's sendo que, no primeiro caso, esse número varia consoante vão acontecendo as subscrições e os resgates, enquanto, no segundo, o número de UP é fixo não podendo os participantes, em princípio, proceder ao respectivo resgate, sendo esta operação apenas possível em determinadas condições.

A este propósito importa referir que o legislador estabeleceu uma diferenciação nos limites e rácios de composição de carteiras, verificando-se um menor nível de exigência no tocante aos FII fechados. Esta situação é ainda mais notória no regime específico dos **FII fechados de subscrição particular (FFSP)**, que não se destinam a serem colocados junto do público, e cujos participantes se encontram, tendencialmente pelo menos, relacionados quer entre si quer com a entidade gestora e ficando sujeitos a um número de regras que configuram uma certa flexibilização quando comparadas com as normas que incidem sobre os restantes tipos de FII⁴ – como é o caso das não aplicação de normas que proíbem às sociedades gestoras efectuarem transacções entre diferentes fundos de investimento que administrem, ou que fazem depender de autorização da CMVM, a requerimento da sociedade gestora, a aquisição e alienação de imóveis à sociedade gestora ou, grosso modo, a entidades que directa ou indirectamente, total ou parcialmente, a controlem; das que remetem para os limites e condições estabelecidos em regulamento da CMVM a possibilidade de arrendamento ou outras formas de exploração onerosa de imóveis do fundo de investimento a essas entidades, sempre que obtenham o acordo de um mínimo de 75%

⁴ Parece-nos que os municípios têm recorrido essencialmente a esta figura.

dos participantes, relativamente a cada operação. (arts. 46.º/3/c) e 28.º/3 e 6); e ainda no caso dos fundos em que os subscritores são em número inferior a cinco (ou exclusivamente participantes institucionais), em que não lhes são aplicados os limites de composição do património, nomeadamente, os limites ao endividamento, estabelecidos para os FII fechados, que não pode ultrapassar 33% do activo total do fundo de investimento, art. 42.º, n.º 2, al. a).

Contrariamente, no caso do regime jurídico dos FII abertos, tal como o dos FII fechados de subscrição pública, por se destinarem à colocação junto do público, são alvo de uma maior preocupação de protecção por parte das autoridades de supervisão. Integram um conjunto de regras mais exigentes, quer em termos de composição do património, nomeadamente quanto ao cumprimento de alguns limites e rácios prudenciais, quer quanto à concretização de determinadas operações, designadamente em situações potencialmente geradoras de conflitos de interesses. Para além disso, têm também maiores exigências de informação ao público e à CMVM, como é o caso da necessidade de elaborar e manter actualizado um prospecto informativo e a obrigatoriedade de elaborar um relatório de gestão e contas semestrais, regras que não se aplicam aos FFSP.⁵

⁵ Vejamos algumas das regras e limites diferenciadores desses regimes. No caso dos fundos abertos: (art. 38.º)

- O desenvolvimento de projectos de construção não pode representar, no seu conjunto, mais de 25% do activo total do fundo de investimento;
- As participações em sociedades imobiliárias não podem representar mais de 25% do activo total do fundo de investimento;
- O endividamento não pode representar mais de 25% do activo total do fundo de investimento, etc.

No caso dos fundos de investimento imobiliário fechados:

- No caso dos fundos de subscrição pública aplica-se o regime dos fundos abertos com algumas particularidades: os projectos de construção não pode representar, no seu conjunto, agora mais de 50% do activo total do fundo, salvo se tais projectos se destinarem à reabilitação de imóveis, caso em que o limite é de 60%.
- O endividamento pode ir agora até aos 33% do activo total do fundo de investimento.

No caso dos fundos fechados de subscrição particular as principais diferenças foram expostas no texto, art. 48.º do diploma em análise.

Relativamente aos fundos de investimento mistos, à composição do seu património é aplicável o disposto quanto aos fundos de investimento abertos, com as devidas especificidades, sendo-lhes contudo vedada a possibilidade de recorrerem ao endividamento. (art. 55.º). Estes fundos caracterizam-se por dispor de uma parte de capital fixa, à semelhança dos FII fechados, e de outra variável, a que correspondem duas categorias distintas de UP, e que permite conjugar num único FII duas componentes típicas associadas aos fundos abertos e aos fechados.

Neste tipo de FII as duas categorias de UP distinguem-se, essencialmente, por as UP representativas da componente fixa, que não poderá ser inferior à componente variável, incorpo-

Vimos portanto as características essenciais dos FII e também que são instituições de investimento colectivo cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos constituindo um património autónomo.

2. O que é um património autónomo?

Como ensina MANUEL DE ANDRADE, o critério reconhecedor do património autónomo não é *o da especial destinação* atribuída ao conjunto patrimonial, nem sequer a administração separada desse agregado patrimonial. Tal critério deverá antes encontrar-se na responsabilidade *por dívidas*.⁶

E ainda que «A qualificação de património autónomo pressupõe que uma dada massa patrimonial só é sensível a certas dívidas não o sendo às outras dívidas do respectivo titular, e que, por outro lado, o património principal ou geral deste último permanece estranho e insensível àquela primeira classe de obrigações.» E as dívidas próprias de um património autónomo são, naturalmente, as que estejam «relacionadas com a finalidade *ou afectação* especial em vista da qual ele foi autonomizado (unificado, erigido a universalidade)».

rarem as variações que ocorrem nos respectivos patrimónios, ou seja, os respectivos titulares assumem, assim, o risco associado ao desempenho do FII relevante.

Estas UP representativas da componente fixa conferem aos respectivos detentores o direito a participarem nas assembleias de participantes e à partilha do respectivo património líquido em caso de liquidação do FII relevante.

Diversamente, as UP representativas da componente variável apenas conferem direito (i) à distribuição prioritária de uma quota-parte dos resultados do FII, (ii) ao resgate das UP e (iii) ao reembolso prioritário do seu valor em caso de liquidação do FII.

A supervisão e regulamentação dos FII compete à CMVM cabendo ao fundo elaborar, publicar e enviar-lhe as suas contas de acordo com as normas emitidas por aquela, através de relatórios e contas sobre os quais recai relatório de um auditor registado junto da CMVM, devendo este comunicar os factos de que tenha conhecimento no exercício das suas funções susceptíveis de constituírem infracção às normas legais e regulamentares que regulam o exercício da actividade dos fundos de investimento.

Um dos aspectos importantes é o facto de o diploma deixar para o regulamento de gestão, que cada sociedade tem de elaborar e manter actualizado, relativamente a cada fundo de investimento, os direitos e obrigações dos participantes, da sociedade gestora e do depositário, a política de investimentos do fundo e as condições da sua liquidação, a política de distribuição dos resultados, de forma a permitir verificar se se trata de um fundo de investimento de capitalização ou de um fundo de investimento com distribuição, total ou parcial, dos resultados; a possibilidade de endividamento etc., conferindo-se assim grande margem de manobra para a auto-regulação.

⁶ Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I, p. 127 ss.

Também FERRARA, citado pelo Autor, refere a propósito «dentro do património da pessoa podem surgir por vezes núcleos patrimoniais com plena autonomia e independência. A pessoa é titular de várias massas patrimoniais, cada uma delas tendo tratamento e sorte jurídica próprios, e assim nasce a figura do património separado, isto é, de um património juridicamente *distinto* do restante património da pessoa, capaz de relações próprias e de próprias dívidas e insensível às flutuações e alternativas que atingem o património que lhe está ao lado ou em cujo seio ele vive. O património separado é um *centro autónomo* que não tem outra relação com o património que lhe está vizinho afora o liame extrínseco de ter o mesmo sujeito.

(...)

Mas o património autónomo não é uma pessoa jurídica, porque, se a autonomia é uma consequência da personalidade, a autonomia, pelo contrário, não pressupõe sempre um sujeito distinto».

O património autónomo será portanto «o conjunto patrimonial a que a ordem jurídica dá um tratamento especial, distinto do restante património do titular, sob o ponto de vista da responsabilidade por dívidas.

Para que exista uma autonomia absoluta ou integral importará que «o núcleo patrimonial em questão só responda e *responda só ele* por certas dívidas, sendo necessário que ocorram ambos os requisitos.

Ora o que fica dito está em perfeita consonância com o disposto no n.º 2 do art. 2.º do diploma em questão, quando refere «*constituem patrimónios autónomos, ... que não respondem pelas dívidas próprias dos participantes ou das entidades que asseguram a sua gestão.*»

3. Outros elementos sobre os FII

Os FII têm sido considerados recentemente como um instrumento financeiro que oferece vantagens.

Citado por um canal de notícias⁷, em 9 de Janeiro de 2008 um responsável governamental, por ocasião de um Seminário, declarava:

- O sector dos FII tem demonstrado um crescimento constante nos últimos anos em Portugal, passando dos 40 fundos registados em

⁷ Canal de Notícias Casa Sapo, 9 de Janeiro de 2008, referindo-se a Carlos Costa Pina.

2000 na CMVM, para os 198 em actividade, em Novembro de 2007.

- Os Fundos de Investimento Imobiliário são uma alternativa para aplicações em bens imobiliários. É um instrumento de poupança, com a vantagem de ser acompanhada e gerida por profissionais especializados no mercado de capitais e imobiliário.
- Os investimentos dos FII são também diversificados, o que diminui o risco específico de cada activo imobiliário.
- A detenção de unidades de participação confere maior flexibilidade e liquidez ao investidor, caso este opte por alienar as suas unidades de participação antes da conclusão da construção do imóvel, algo que seria difícil caso o investidor detivesse directamente o imóvel.

Também a legislação sobre a matéria tem considerado que os FII assumem um papel primordial na canalização da poupança⁸.

Observe-se ainda que o Orçamento do Estado para 2008⁹ inclui normas em que a constituição deste tipo de fundos é apoiada, no âmbito do *Regime Extraordinário de Apoio à Reabilitação Urbana*¹⁰, que regula a concessão de incentivos fiscais às acções de reabilitação de imóveis.

De notar que o artigo 6.º deste Regime isenta de IRC os rendimentos de qualquer natureza obtidos por fundos de investimento imobiliário que operem de acordo com a legislação nacional, desde que se constituam entre 1 de Janeiro de 2008 e 31 de Dezembro de 2012 e pelo menos 75% dos seus activos sejam bens imóveis sujeitos a acções de reabilitação realizadas nas áreas de reabilitação urbana.

Porém, a matéria específica tratada neste Parecer (endividamento municipal) oferece várias perspectivas de análise que passamos a abordar.

⁸ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 60/2002 de 20 de Março (Aprova o Regime Jurídico dos FII).

⁹ Aprovado pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro.

¹⁰ Artigo 82.º da Lei n.º 67-A/2007.

4. Podem os FII ser veículos de financiamento municipais?

Os fundos podem realizar as seguintes actividades/operações: Arts. 26.º e 27.º do RJFII:

- Aquisição de imóveis para revenda; para arrendamento ou outras formas de exploração onerosa.
- Aquisição de outros direitos sobre imóveis, nos termos de regulamento CMVM, para exploração económica.
- Podem desenvolver projectos de construção e de reabilitação de imóveis tendo em vista a venda ou exploração onerosa, *embora com os limites definidos para cada tipo de fundo de investimento*, podendo a CMVM definir, por regulamento, os termos e condições em que esta actividade pode ser desenvolvida.
- Podem ainda adquirir imóveis cuja contraprestação seja diferida no tempo, considerando-se, no entanto, este tipo de operações para efeitos da determinação dos *limites de endividamento definidos no diploma*.

Estão por outro lado vedadas as seguintes operações ao fundo de investimento:

- Onerar por qualquer forma os seus valores, **excepto para a obtenção de financiamento**, *dentro dos limites estabelecidos no diploma*.
- Conceder crédito, incluindo a prestação de garantias.

Atendendo às actividades que um FII pode desenvolver poderemos considerar que, em tese, existem muitas possibilidades destes constituírem, directa ou indirectamente, veículos de financiamento municipal.

Pois, apesar de: (a) os FII serem patrimónios autónomos; (b) a sua criação estar condicionada a autorização da CMVM, que aprecia, no âmbito da análise do respectivo processo, toda a documentação relevante inerente ao FII a constituir, e concretamente os projectos de regulamento de gestão, de prospecto (excepto no caso dos FII fechados de subscrição particular), de contrato a celebrar com o depositário e, se for caso disso, com as entidades colocadoras ou outras subcontratadas; (c) bem como da sua gestão ser assegurada por uma sociedade gestora, independente, cujo objecto é exclusivamente a administração destes instrumentos de investimento colectivo, em conformidade com o previsto na política de investimentos estabelecida

no respectivo regulamento de gestão; (d) sendo a esta entidade que compete vender, subscrever e trocar quaisquer imóveis e valores mobiliários, salvo as restrições impostas pela lei e ou pelo regulamento de gestão do FII, e bem assim praticar todos os demais actos e operações inerentes à sua direcção e desenvolvimento¹¹. Todavia a criação dos fundos e a sua gestão pela entidade gestora é feita em representação e no interesse exclusivo dos participantes.

Contudo, atendendo ao enquadramento dos FII e à diferença de regime aplicável aos diferentes tipos de fundos, quanto aos limites de rácios, à composição de carteiras, aos participantes, aos relativos à prevenção de conflitos de interesses, é sempre necessário saber os contornos da constituição do fundo em concreto e das operações realizadas ou a realizar.

Como vimos já, a lei apenas estabelece a regulação geral destas figuras remetendo para o regulamento de gestão a concretização de muitas das opções e políticas a levar a cabo pelo fundo, ou seja, pela entidade gestora que actua no interesse dos participantes.

Em tese, e pelo que ficou dito, atendendo à noção e características dos fundos de investimento imobiliários, como formas de captação de investimento de um determinado número de participantes, particulares ou colectivos, institucionais ou não, com vista ao investimento, mediante uma distribuição do riscos, nos termos estabelecidos para a gestão e execução da sua política de investimentos, poderemos estar perante um veículo de financiamento autárquico, contudo podemos não estar.

¹¹ Note-se que é ainda a outra entidade, o depositário de um FII, que compete, entre outras funções, receber em depósito os valores mobiliários integrantes do correspondente património, exercer uma função de vigilância relativamente ao cumprimento da lei e do respectivo regulamento de gestão, pagar aos participantes as suas quotas-partes dos resultados do FII relevante e garantir o reembolso aos participantes quando estes solicitem o resgate de UP. Existindo actualmente uma tendência para o alargamento das tarefas desempenhadas pelo depositário, nomeadamente assegurando determinadas funções que historicamente vinham cabendo às entidades gestoras, designadamente, o cálculo do valor da UP, a contabilidade dos FII e o envio às autoridades de supervisão e fiscalização de informação obrigatória ou que seja por aquela requisitada. Ainda neste domínio refira-se que as relações entre a entidade gestora e o depositário são regidas por contrato escrito, respondendo ambos solidariamente perante os titulares das UP pelo cumprimento das obrigações assumidas nos termos da lei e dos regulamentos de gestão dos FII.

Já em concreto é necessário averiguar que tipo de fundo o Município constituiu. E, nesta sede poderemos apenas problematizar a questão.

- É necessário saber: quem são os subscritores – é só o município, é o município juntamente com entes que estão sob o seu domínio, e apenas com capitais e bens do município?

Se sim parece difícil considerar que se trata de um financiamento, pelo contrário, em tese, estaremos perante um meio de administração mais eficiente do seu património.

- Mas por outro lado, se houver subscrições/ou capitais privados, de alguma forma?
- E/ou se o fundo constituiu um empréstimo?

Aqui já poderemos estar perante uma situação em que o fundo pode servir de veículo de financiamento indirecto do município, que realiza as suas operações através do fundo. E perante o princípio da substância sobre a forma insito no SEC 95 para onde remete as normas de endividamento municipal, inscritas na Lei de Finanças Locais, contribuir para o endividamento Municipal.

A diferença para o tradicional recurso ao endividamento será que aqui o Município pagará à entidade bancária o capital mais os juros correspondentes nos termos contratados, e ali, no caso da constituição do fundo com recurso a capitais/bens privados, pagará as comissões e o rendimento nos termos contratados aos subscritores ou ainda na altura da liquidação do fundo ou do resgate das participações.

Todavia, no segundo caso, do empréstimo ser contraído pelo fundo, terão de ser pagos também, naturalmente, a amortização do capital e os juros só que tal será feito pelo património autónomo. Pelo que aqui estaremos perante uma nova situação - que é quem vai pagar efectivamente a amortização e os juros decorrentes da dívida? Isso dependerá, mais uma vez, do tipo de fundo instituído e dos seus participantes. Serão estes, nomeadamente, o Município directamente, ou através de alienação de Património que constitui entradas do Município no Fundo, que pagarão os encargos com o empréstimo? Por outro lado, poderemos estar perante uma situação em que o empréstimo se pague a si próprio, através de receita gerada pelo investimento realizado ou pelo património, sem encargos para os participantes.

5. Podem os Municípios constituir fundos de investimento imobiliário?

Chegados aqui, com uma melhor percepção dos FII, estamos em melhores condições de responder a esta questão.

O princípio da autonomia local das autarquias requer, entre outras coisas, que estas «disponham de *meios financeiros suficientes* (para o desempenho das atribuições de que são constitucional ou legalmente incumbidas) e *autónomos* (a fim de o exercício de competências e atribuições não ficar dependente dos meios financeiros do poder central, como comparticipações, subsídios, etc.) e que gozem de autonomia na gestão desses meios (*autonomia financeira*)»¹²

Nesse sentido a Lei 2/2007, de 15 de Janeiro, que aprovou a lei de finanças locais, estabelece:

«Art. 3.º - Princípio da autonomia financeira dos municípios e das freguesias

1 — Os municípios e as freguesias têm património e finanças próprios, cuja gestão compete aos respectivos órgãos.

2 — A autonomia financeira dos municípios e das freguesias assenta, designadamente, nos seguintes poderes dos seus órgãos:

f) **Gerir o seu próprio património, bem como aquele que lhes seja afecto.»**

Também no art. 10.º - receitas municipais: refere-se que constituem receitas dos municípios,

al. g) o **rendimento** dos bens próprios, móveis ou imóveis, por eles administrados, dados em concessão **ou cedidos para exploração**;

E al. j) o produto da **alienação de bens próprios**, móveis ou imóveis;

E, ainda na Lei 169/99, de 18 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei 5-A/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos

¹² J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Ed. Revista, Coimbra Editora, 1993, pág. 904.

municípios e das freguesias, estabelece no n.º 2 do seu art. 53.º que são «competências da assembleia municipal, sob proposta da câmara».

al. i) Autorizar a câmara municipal a **adquirir, alienar ou onerar bens imóveis** de valor superior a 1000 vezes o índice 100 das carreiras do regime geral do sistema remuneratório da função pública, fixando as respectivas condições gerais, podendo determinar, nomeadamente, a via da hasta pública, ...

e no art. 64.º que são competências da câmara no âmbito da organização e funcionamento dos seus serviços e no da gestão corrente:

al. f) **Adquirir e alienar ou onerar bens imóveis** de valor até 1000 vezes o índice 100 das carreiras do regime geral do sistema remuneratório da função pública.

Na al. g), deste artigo, permite-se alienar bens imóveis de valor superior ao da alínea f), independentemente de autorização do órgão deliberativo, desde que a alienação decorra da execução das opções do plano e a respectiva deliberação seja aprovada por maioria de dois terços dos membros em efectividade de funções, mas apenas através de hasta pública.

E no n.º 7, al. b) do mesmo artigo, **administrar o domínio público municipal**, nos termos da lei.¹³

¹³ Neste particular, o Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que reforma o regime do património imobiliário público estabelece no seu art. 14.º que os imóveis do domínio público são as classificados pela Constituição ou por lei, individualmente ou mediante a identificação por tipos.

Estabelece ainda o referido diploma, à falta de melhor definição, a noção de administração de bens imóveis, no seu art. 52.º:

1 — A administração de bens imóveis compreende a sua conservação, valorização e rendibilidade, tendo em vista a prossecução do interesse público e a racionalização dos recursos disponíveis, de acordo com o princípio da boa administração.

2 — Constituem, designadamente, formas de administração dos imóveis:

a) A cedência de utilização;
b) O arrendamento;
c) A constituição do direito de superfície.

Os particulares podem adquirir direitos de uso privativo do domínio público por licença ou concessão e exploração. Portanto, através de acto ou contrato administrativo podem ser transferidos para particulares, durante um período determinado de tempo e mediante o pagamento de taxas, poderes exclusivos de fruição, ou de gestão e de exploração de bens do domínio público (arts. 27.º a 30.º).

As autarquias têm, portanto, património próprio, isto é, «gozam de capacidade para adquirir e fruir de bens, móveis ou imóveis (autonomia patrimonial). Este património tanto pode incluir bens sujeitos ao domínio privado como ao domínio público (bens do domínio público das autarquias).» E têm ainda competência para gerir e administrar esse património, artigos 17.º, 34.º, 53.º e 64.º da LAL.

Por outro lado, os activos que podem integrar um fundo de investimento imobiliário, bem como o modo em que podem fazer, nos termos do artigo 25.º do DL 60/2002, são os seguintes:

«O activo de um fundo de investimento imobiliário pode ser constituído por **imóveis e liquidez**...

2 — Os imóveis podem integrar o activo de um fundo de investimento **em direito de propriedade, de superfície**, ou através de **outros direitos com conteúdo equivalente**...»

Portanto, os órgãos municipais, e especialmente a assembleia municipal, pode autorizar a constituição de qualquer destes direitos sobre os imóveis da propriedade do Município, especialmente os da propriedade privada.

Parece-nos assim que o município nos termos quer da CRP, da LAL, e ainda da Lei de Finanças Locais, como vimos, pode constituir Fundos de Investimento Imobiliário, através de entradas em liquidez, ou em espécie, onerando os seus imóveis.

6. Um caso concreto de constituição de FII no âmbito da “nova gestão pública”

A já referida Nota Informativa do DCP de 6 de Fevereiro de 2008 inclui em dois anexos a descrição de casos conhecidos de FII (e também de parcerias público-privadas).

Tomamos como exemplo o caso concreto de um Fundo Especial de Investimento Imobiliário Fechado (adiante designado por “Fundo”), para tecer algumas considerações sobre alguns aspectos financeiros de que o mesmo se reveste.

Parece pois que no que diz respeito aos poderes a exercer pelos municípios relativamente ao seu património de domínio público, apenas lhe compete o poder de administrar, nos termos anteriormente referidos.

De acordo com elementos constantes do sítio da CMVM¹⁴, este Fundo foi constituído como fundo especial de investimento imobiliário fechado de subscrição particular e de distribuição parcial.

A constituição do Fundo foi autorizada pela CMVM em 20 de Dezembro de 2007, com uma duração inicial de 10 anos.

O Fundo tem um único participante à data de 28 de Dezembro de 2007, que é um município; sendo que os investidores a que o Fundo se dirige são exactamente esse município e outras entidades, públicas ou privadas, com ele relacionadas.

Com base noutros dados específicos recolhidos no sítio da Internet da CMVM¹⁵, e no sentido de clarificar a natureza dos montantes relacionados com a operação financeira referida, elaborámos o seguinte esquema analítico, em jeito de balanço:

(valores em Euros)

ACTIVO	PASSIVO
Prédio urbano.....12.600.000,00	Empréstimos obtidos.....7.500.000,00
Depósitos à Ordem.....399.671,00	Outros valores a regularizar... <u>37.867,37</u>
Outros valores a regularizar..... <u>1.646,10</u>	Total do Passivo7.537.867,37
Total do Activo.....13.001.317,10	Valor líquido global do Fundo <u>5.463.449,73</u>
	V.l.g. do Fundo e Passivo....13.001.317,10

O capital inicial do Fundo é de 5.500.000 Euros, representado por 5.500 unidades de participação com o valor unitário de 1.000 Euros.

O activo imobilizado *prédio urbano* encontra-se referido na “composição discriminada da Carteira de Activos” do Fundo, sendo o valor do imóvel (e respectivo preço de aquisição): 12.600.000 Euros.

Foi obtido um empréstimo bancário o valor global de 7.500.000 Euros; considerando este passivo e outros valores (Depósitos à Ordem no montante de 399.671 Euros e outros valores a regularizar, activos e passivos, com

¹⁴ Regulamento de Gestão do referido Fundo.

¹⁵ Composição discriminada da Carteira de Activos.

os montantes indicados no esquema analítico acima apresentado), o valor líquido global do Fundo é de 5.463.449,73 Euros.

Sendo único participante um município, conclui-se que este é o detentor das unidades de participação, no valor de 5.500.000 Euros. No entanto, como utilizou como contrapartida o prédio urbano, procedeu a um desinvestimento imobiliário no valor de 12.600.000 Euros, pelo que se afigura que a diferença entre este valor e o das unidades de participação lhe foi paga pelo Fundo com recurso ao referido empréstimo bancário.

Ou seja, em termos de operações financeiras, relativamente ao município em causa, verificou-se uma alteração de classificação de activos: de Imobiliário Corpóreo (12.600.000 Euros) a Participações Financeiras (5.500.000 Euros) e Disponibilidades (7.100.000 Euros).

De notar que a referida participação financeira se refere ao Fundo (cujo único participante é o município), que, embora possua um activo de 12.600.000 Euros, possui também um passivo de 7.500.000 Euros (valor do empréstimo bancário contraído pelo Fundo).

7. Considerações sobre o caso concreto referido em 6.

Observa-se que as operações realizadas no âmbito dos sistemas financeiros, através das instituições, instrumentos e mecanismos que os caracterizam, têm por objectivo canalizar os excedentes financeiros dos agentes económicos superavitários (os aforradores, ou seja, os agentes com capacidade de financiamento) para os agentes económicos deficitários (os investidores, ou seja, os agentes com necessidade de financiamento). Os especialistas consideram mesmo que os sistemas financeiros proporcionam o sistema circulatório (o chamado *fluxo de fundos*) fundamental aos objectivos de optimização da aplicação de recursos.

Ora, no enquadramento dado por esta perspectiva (e por contraste com ela), são de destacar, no caso concreto referido, os seguintes elementos:

- O município é o único participante no FII;
- O pagamento das unidades de participação foi efectuado em espécie, pelo município, por entrega do património imobiliário referido;

- O FII contraiu um empréstimo, através do qual foi efectuado o pagamento ao município de parte do seu património (transferido para o FII).

Ou seja, o que se verifica neste caso é uma operação através da qual o município obtém liquidez no valor de 7.100.000 Euros e unidades de participação do FII no valor de 5.500.000 Euros (por contrapartida com a constituição do FII, ao qual entrega o património imobiliário). Deste modo, o município utilizou o seu património com vista à obtenção de outro tipo de activos financeiros (as unidades de participação no FII e valores de maior liquidez); por outro lado, o Fundo (cujo único participante é o município) recorreu a um empréstimo bancário de 7.500.000 Euros.

Observe-se que uma operação deste tipo pode configurar uma gestão eficiente do património do município em causa, assente num projecto de utilização do património imobiliário, dependendo da rendibilidade que vier a ser obtida (por exemplo, com base na exploração de actividades turísticas). Afigura-se, porém, que essa é uma avaliação impossível de efectuar em controlo prévio, mas apenas em sede de controlo concomitante e sucessivo.

No que se refere ao enquadramento de casos desta natureza no âmbito das competências do Tribunal de Contas, apresentam-se seguidamente algumas considerações.

Incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas

Relativamente à incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas sobre uma operação do tipo acabada de referir, observa-se o disposto no artigo 46.º da LOPTC, em especial a alínea b) do n.º 1 e o n.º 2:

“1 – Estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º:

a) ...

b) Os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei;

c) ...

2 – Para efeitos das alíneas b) e c) do número anterior, consideram-se contratos os acordos, protocolos ou outros instru-

mentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais¹⁶”

A verdade é que, no caso referido, o município adquiriu unidades de participação do Fundo no valor de 5.500.000 Euros, tendo efectuado o pagamento mediante parte do valor do prédio urbano; a diferença entre este valor e o valor global do imóvel (diferença esta no montante de 7.100.000 Euros, já que o valor do património imobiliário é de 12.600.000 Euros) pode ser considerada uma venda ao Fundo, cujo pagamento por este foi financiado pelo empréstimo contraído.

Deste modo, considera-se que um caso com os contornos da situação descrita se inscreve no âmbito da aplicação das normas acima referidas.

A problemática do endividamento autárquico e as suas implicações na área do controlo do Tribunal de Contas

Neste ponto, incluímos entre as principais fontes informativas (além, naturalmente, da legislação nacional relevante) os esclarecimentos da Comissão Europeia/Eurostat, já que os critérios aplicados na avaliação da sustentabilidade das finanças públicas dos Estados Membros da União Europeia (que podem conduzir à abertura – e encerramento... – de um Procedimento sobre Défices Excessivos) são precisamente aqueles que se encontram definidos no âmbito do Sistema Europeu de Contas (SEC95), da responsabilidade do Organismo de Estatística da União Europeia.

Destacáramos o *conceito de endividamento líquido municipal*, apresentado no n.º 1 do artigo 36.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro¹⁷ (que tomamos, aliás, como um pressuposto a todas as considerações apresentadas neste Parecer):

“1 – O montante de endividamento líquido municipal, compatível com o conceito de necessidade de financiamento do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC95), é equivalente à diferença entre a soma dos passivos, qualquer que seja a sua forma, incluindo nomeadamente os empréstimos contraídos, os contratos de locação financeira e as dívidas a fornecedores, e a soma dos activos, nomeadamente o saldo de

¹⁶ Redacção introduzida pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

¹⁷ Aprova a Lei das Finanças Locais, revogando a Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto.

caixa, os depósitos em instituições financeiras, as aplicações de tesouraria e os créditos sobre terceiros.

2 – Para efeitos de cálculo do limite de endividamento líquido e do limite de empréstimos contraídos, o conceito de endividamento líquido total de cada município inclui:

a) O endividamento líquido e os empréstimos das associações de municípios, proporcional à participação do município no seu capital social;

b) O endividamento líquido e os empréstimos das entidades que integram o sector empresarial local, proporcional à participação do município no seu capital social, em caso de incumprimento das regras de equilíbrio de contas previstas no regime jurídico do sector empresarial local.”¹⁸

Observe-se que foi esta a posição assumida acerca do endividamento autárquico no Parecer n.º 1/06-DCP, de 9/5/2006¹⁹, em que, basicamente, se afirmava, com apoio na posição do Ministério das Finanças (DGO):

*“...enquadrando o problema na perspectiva do SEC 95, afigura-se que a preocupação essencial só poderá ser a limitação da capacidade dos municípios em gerar **défi**ce”²⁰,*

sendo de notar que, no SEC 95, *défi*ce público, para efeitos do procedimento relativo aos défices excessivos, é definido como a “necessidade líquida de financiamento das administrações públicas”²¹ (onde se incluem as Autarquias Locais).

No sentido de contrastar esta operação com uma outra também referente à área do património imobiliário, realizada noutro Estado-Membro da UE e

¹⁸ Considere-se ainda o disposto nos artigos 31.º e 32.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro (Aprova o regime jurídico do sector empresarial local, revogando a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto)..

¹⁹ Processo 23/06-DCP.

²⁰ Citação de um documento do Ministério das Finanças: Informação da Direcção-Geral do Orçamento n.º 35/DG (Assunto: Endividamento municipal – OE 2003), de 2002/10/07, pontos 2 e 3. Esta Informação mereceu Despacho ministerial favorável.

²¹ Idem, ponto 3. Cf. também o n.º 3 do Anexo ao Regulamento (CE) n.º 2558/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro de 2001, que altera o Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho no que diz respeito à reclassificação dos pagamentos ao abrigo de acordos de *swap* e de contratos de garantia de taxas (JOCE n.º L 344, de 28.12.2001).

apreciada pelo Eurostat em 2002, apresenta-se em Anexo à Parte I do presente Parecer uma descrição deste caso e a respectiva Decisão do Eurostat.

PARTE I – ANEXO

Decisão do Eurostat n.º 15/2002, de 31 de Janeiro de 2002: Tratamento da transferência de imóveis do Governo para uma empresa estatal na Áustria

O Governo Federal austríaco empreendeu a reorganização da gestão do seu património imobiliário e transferiu a maior parte dos seus edifícios (principalmente escolas, universidades e instalações de departamentos ministeriais) para uma nova empresa imobiliária, de capitais totalmente públicos.

A empresa financiou a transferência dos edifícios através da emissão de títulos e contracção de empréstimos.

A maior parte dos edifícios transferidos para a empresa foram posteriormente alugados aos departamentos estatais que ocupavam já previamente estes edifícios, através de contratos individuais baseados em estimativas de mercado.

A empresa continua a empregar todos os funcionários públicos que previamente tinham a seu cargo a gestão da manutenção dos edifícios, tendo os funcionários mantido o seu estatuto.

A transferência do património imobiliário para a empresa foi organizada mediante pagamentos ao Estado com valores estimados em 4 fases.

Esta transferência levantou três questões, do ponto de vista das contas do Estado: (i) se a empresa é uma unidade institucional no seu próprio direito ou uma unidade subordinada ao governo; (ii) se a empresa deveria ser classificada no sector das Administrações Públicas ou no sector “sociedades não financeiras”; (iii) se a transferência de propriedade do governo para a empresa deve ser considerada como uma “venda de propriedade” (melhorando o défice) ou como “outras alterações em volume de activos financeiros/alterações de classificação e estrutura” (neutral para a avaliação do défice).

Decisão do Eurostat

A decisão do Eurostat foi a seguinte:

- A empresa é uma unidade institucional no seu próprio direito.

A empresa tem contas de acordo com as regras normais das sociedades e cumpre obrigações legais requeridas para todas as empresas.

Embora a empresa seja 100% estatal, o grau de controlo pelo governo sobre a empresa não parece ir para além daquilo que é indicado no SEC95 relativamente às unidades institucionais, isto é, fixar a estratégia geral da unidade sem influenciar a gestão corrente.

- A empresa deve ser classificada no sector das “sociedades não-financeiras”

Embora para certos activos patrimoniais imobiliários não exista correntemente mercado na Áustria (escolas, universidades, etc.), as rendas parecem ter sido determinadas de acordo com métodos de avaliação baseados no mercado.

As rendas cobrem consideravelmente mais de 50% dos custos de produção. Assim, a empresa, de acordo com o SEC95, pode ser considerada como um produtor de mercado pela sua própria actividade, que é o arrendamento de imóveis, e deve ser classificada no sector das empresas não financeiras.

Entende-se que estas características são claramente expressas no enquadramento legal da empresa.

- A transferência de propriedade do governo para a empresa deve ser registada sob “outras alterações em volume de activos financeiros”/“alterações de classificação e estrutura” (Códigos do SEC K10/K12)

Tal como mencionado na lei, o objectivo da transferência é o de aperfeiçoar a gestão pública do imobiliário através da racionalização da utilização dos edifícios, tal como a redução de custos de gestão. Além disso, devido à dimensão da transacção, não foi possível organizar uma venda de mercado

normal do imobiliário no mercado austríaco. Adicionalmente, o Estado austríaco queria manter indirectamente a posse do património transferido através da empresa estatal. Por estas razões, a transferência de propriedade foi estipulada bilateralmente entre o Estado austríaco e a empresa.

Tendo em conta estes aspectos, a transferência não deve ser tratada como uma venda de mercado de uma propriedade imobiliária no sentido do SEC95.

Consequências da decisão

A decisão tomada pelo Eurostat implica que:

- A dívida da empresa não deve ser considerada como parte da dívida do governo;
- A transferência de activos para a empresa não tem impacto no endividamento líquido/crédito líquido do governo (geral).

Neste contexto, as autoridades austríacas estas transacções não foram consideradas no quadro da notificação oficial de Procedimento sobre Défices Excessivos de 28 de Fevereiro de 2002.

II. CRIAÇÃO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS PÚBLICOS (PERSPECTIVAS SOBRE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS)

INTRODUÇÃO

Sempre se verificaram formas de relação contratual entre o Estado e entidades privadas; no entanto, relativamente aos modelos de contratação com privados, que se observam actualmente, sob a forma das PPP, existem especificidades próprias.

O recurso às PPP surge no contexto das restrições orçamentais do sector público, que colocou também com mais acuidade a necessidade de racionalização da actividade pública, em termos de optimização dos recursos provenientes em larga escala da receita fiscal (e portanto com origem no pagamento de impostos efectuado pelos cidadãos com vista ao financiamento das actividades do sector público).

Passou a entender-se que os serviços públicos poderiam tirar proveito da tradicional melhor capacidade de gestão do sector privado, no sentido de beneficiar o sector público com o “know-how” tecnológico, operativo e de gestão, as economias de escala, a eficiência e flexibilidade de organização próprios do sector privado.

Deste modo, o Estado e outros entes públicos passaram a desenvolver modelos alternativos e experiências inovadoras de relacionamento com entidades privadas no sentido do aprovisionamento de bens públicos, encontrando-se actualmente já consagrado o estabelecimento de formas de contratação duradouras entre os dois sectores, em regime de parceria público-privada.

1. Traços caracterizadores

Definição e caracterização

Em Portugal, a legislação nacional sobre a matéria define como parceria público-privada “*o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvi-*

*mento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*²².”

O envolvimento do sector privado em PPP corresponde habitualmente à sua intervenção aos níveis da concepção, do financiamento, da construção, da operacionalização/exploração e da manutenção.

Uma parceria público-privada é normalmente identificada pelas seguintes características:

- Corresponde a um enfoque no longo prazo (por vezes décadas);
- Pressupõe o alcance de determinados resultados;
- Destina-se à satisfação de necessidades colectivas, estipuladas pelo sector público;
- A actividade em questão é financiada total ou parcialmente pelo sector privado;
- A exploração é assegurada pelo menos parcialmente pelo agente privado, que assim assume parte substancial ou a totalidade do risco envolvido.

A problemática da transferência de risco

A transferência de risco é um aspecto particularmente importante numa PPP. Muitos riscos podem ser transferidos, de uma forma mais ou menos eficiente: risco de projecto e de construção; risco de derrapagens temporais e financeiras; risco de integração; risco de procura; risco de exploração; risco financeiro.

No entanto, *nem sempre a transferência de risco numa PPP se verifica de forma bem nítida*, pelo que um *cuidado básico* que o Estado deve ter, na concepção de uma PPP, é o de *serem claramente estabelecidos no contrato os termos exactos em que esta deve ser concretizada*.

Embora as PPP possam não envolver custos iniciais para o sector público, ou estes possam ser num momento inicial pouco significativos, não se pode negar o envolvimento financeiro do Estado que, de diferentes maneiras, pode ser induzido pelo recurso a este tipo de associação com a iniciativa privada.

²² Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, artigo 2.º, n.º 1.

É de destacar que *os riscos do Estado assumidos com os contratos de PPP decorrem das cláusulas contratuais de reposição do equilíbrio financeiro*. Estas cláusulas mencionam as *situações passíveis de compensações pelo Estado* (por ex., défices de tráfego numa infraestrutura de transportes relativamente ao previsto), sendo com base neste clausulado que as concessionárias apresentam as suas reservas de direito quanto à necessidade de *reposição do equilíbrio financeiro* dos respectivos contratos.

O equilíbrio financeiro baseia-se em previsões macro e microeconómicas constantes do denominado *modelo Caso Base*, que faz parte integrante dos respectivos contratos, sendo com referência a este modelo financeiro que as concessionárias apuram os montantes reclamados em sede de “reequilíbrio financeiro”²³.

1. As Parcerias Público-Privadas (No contexto da actividade autárquica)

Precisamente outra das figuras a que as Autarquias locais têm vindo a lançar mão com alguma frequência são as parcerias público-privadas (PPP).

Todavia a utilização desta figura para a satisfação de necessidades colectivas do município não constitui uma prática nova. As PPP enquanto categoria jurídica do universo financeiro não são novidade, encontrando mesmo as suas raízes na figura da concessão, a que se sucederam modalidades de colaboração mais complexas.

No que respeita à constituição, por parte do Município, de sociedades anónimas parceiras de entidades privadas, para a satisfação de necessidades colectivas do Município, esta prática também nos parece admissível, especialmente com a entrada em vigor da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que veio criar o Regime do Sector Empresarial Local²⁴, devido:

- 1) À possibilidade dos municípios constituírem sociedades anónimas;
- 2) Ao tipo possível de objecto social a instituir nessas empresas;

²³ Para mais pormenores acerca deste modelo de reposição do equilíbrio financeiro, cf. Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas n.º 33/2005 – 2ª Secção, “Encargos do Estado com as parcerias público-privadas: concessões rodoviárias e ferroviárias”, a que é também feita referência no ponto 3. do presente trabalho.

²⁴ Para um maior desenvolvimento sobre este assunto veja-se o nosso Estudo 8/07-DCP.

- 3) À remissão directa que é feita do diploma que instituiu o sector empresarial local para o das parcerias público-privadas;
- 4) E ainda face à noção e regime jurídico das PPP - uma vez que se estabeleceu um conceito bastante amplo, mostrando que o legislador não concebe as parcerias público-privadas como uma nova forma de contrato, podendo mesmo constituir uma união de contratos, limitando-se apenas a regular os aspectos procedimentais das Parcerias. Consagrando o regime quadro das PPP, onde se traça as linhas gerais a que deve obedecer qualquer parceria.

Tentando explicitar um pouco mais os três primeiros pontos, e sublinhando os aspectos que nos parecem essenciais, citamos o nosso Estudo 8/07-DCP acerca deste novo regime do **Sector Empresarial Local**, onde dizíamos:

«O anterior regime que regulava as condições em que os municípios, as associações de municípios e as regiões administrativas podiam criar empresas dotadas de capitais próprios foi revogado pela **Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que veio criar o novo Regime do Sector Empresarial Local.**»

Esta nova lei tem origem na proposta de lei n.º 91/X em cuja exposição de motivos se refere «face ao desenvolvimento exponencial do número de empresas locais, bem como à diversidade qualitativa que adoptam», se considera «essencial proceder a uma modernização do regime jurídico aplicável» e à sua **harmonização com o regime jurídico do sector empresarial do Estado e com o Código das Sociedades Comerciais**.

E ainda «... surgem problemas resultantes da própria aplicação de um diploma que não responde eficazmente aos problemas das empresas públicas, das empresas de capitais públicos e das empresas de capitais maioritariamente públicos; por outro, **existe um conceito de empresa que não abrange as sociedades criadas ao abrigo do direito societário** e que, por isso, não ficam sujeitas a um conjunto mínimo de regras públicas como se encontra legalmente previsto para o Estado ou outras entidades públicas estaduais, quando estes detenham a maioria do capital ou dos direitos de voto, ou a possibilidade de nomear ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.»

«... a presente lei pretende regular toda a actividade dos municípios sob forma empresarial, incluindo participações em sociedades com entidades públicas ou privadas.

De igual modo, a **definição legal de empresa local** é ampla, **nela cabendo todas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial**, nas quais os Municípios, Associações de municípios e as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto possam exercer uma influência dominante, directa ou indirectamente, assim como as entidades empresariais locais — pessoas colectivas de direito público com natureza empresarial, reunindo capitais exclusivamente públicos, de âmbito local ou regional (intermunicipal).»

Este novo regime assenta em três vectores principais:

- **O alargamento do conceito de sector empresarial local;**
- A transparência na gestão e autonomia entre os municípios e as empresas do sector empresarial local. Diz-se quanto a este último aspecto: «a função accionista municipal é exercida através da emissão de orientações estratégicas; consagra-se também a regra da incompatibilidade entre o exercício de funções executivas nas autarquias e nas empresas locais»;
- E limites às remunerações dos gestores públicos.

Esta Lei vem assim estabelecer o novo regime jurídico do sector empresarial local, (artigo 1.º, n.º 1), que integra as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas (artigo 2.º, n.º 1), e cuja noção consta do artigo 3.º:

«Artigo 3.º

Empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas

*1 – São empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas as **sociedades constituídas nos termos da lei comercial**, nas quais os municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, respectivamente, possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:*

a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;

b) Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização.

2 – São também empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo VII da presente lei.»

Quanto ao seu **OBJECTO SOCIAL** três tipos de empresas:

- Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse geral (capítulo II, artigos 18.º a 20.º);
- Empresas encarregadas da promoção do desenvolvimento local e regional (capítulo III, artigos 21.º a 23.º)
- Empresas encarregadas da gestão de concessões (capítulo IV, artigos 24.º e 25.º)

Não podendo ser criadas, ou participadas, empresas de âmbito municipal, intermunicipal ou metropolitano cujo **objecto social não se insira no âmbito das atribuições da autarquia** ou associação de municípios respectiva (artigo 5.º, n.ºs 1 e 2).

Segundo o artigo 6.º (regime jurídico), «regem-se pela presente lei, pelos respectivos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime do sector empresarial do Estado e pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais».

A sua **gestão** deve articular-se com os objectivos prosseguidos pelas respectivas entidades públicas participantes no capital social, visando a satisfação das necessidades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a exploração eficiente de concessões, assegurando a sua viabilidade económica e equilíbrio financeiro (artigo 7.º).

A **criação das empresas**, e a decisão de aquisição de participações que confirmem influência dominante, compete: as de âmbito municipal, sob proposta da câmara municipal, à assembleia municipal; as de âmbito intermunicipal, sob proposta do conselho directivo, à assembleia intermunicipal; as de âmbito metropolitano, sob proposta da junta metropolitana, à assembleia metropolitana (artigo 8.º, n.º 1).

O artigo 15.º dispõe sobre a **função accionista**: os direitos dos titulares do capital social são exercidos, respectivamente, através da câmara municipal, do conselho directivo da associação de municípios ou da junta metropolitana, em conformidade com as orientações estratégicas previstas no artigo 16.º.

Portanto, este novo diploma vem harmonizar o regime jurídico do sector empresarial local com o disposto no regime do sector empresarial do Estado e com o Código das Sociedades Comerciais.

Deste modo, à semelhança do regime estabelecido no Sector Empresarial do Estado, o conceito de empresa municipal, intermunicipal e metropolitana compreende agora duas espécies empresariais: as sociedades comerciais em que a influência, directa ou indirecta, nelas exercida pelos municípios, associações de municípios ou áreas metropolitanas seja dominante, nos termos do art. 3.º, já referido, por um lado, e as entidades empresariais locais, por outro.

Compreendendo ainda duas formas jurídico-organizatórias: a privada, **representada pelas sociedades constituídas nos termos da lei comercial**, e a pública, consubstanciada nas *entidades empresariais locais*, enquanto pessoas colectivas de direito público, a que se juntam as empresas de natureza municipal e intermunicipal constituídas nos termos da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto.»

Finalmente o artigo 14.º que por sua vez faz uma remissão para o diploma que estabelece o regime das parcerias público-privadas nos seguintes termos: **«às parcerias público-privadas desenvolvidas pelas entidades a que se refere a presente lei é aplicável o regime jurídico das parcerias público-privadas desenvolvidas pela administração central, com as devidas adaptações.»**

Quanto ao 4.º ponto, e à noção de PPP, bastante ampla, para onde remete o regime do sector empresarial local, vejamos os seus aspectos essenciais.

A noção desta figura foi introduzida pelo art. 2.º do Decreto-Lei 86/2003, de 26 de Abril, com as alterações do Decreto-Lei 141/2006, de 27 de Julho:

«Para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.»

O Diploma veio assim dar cobertura legal a uma prática financeira comum entre nós, e que tinha a sua base legal no artigo 16.º, n.º 2, actual 19.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei 91/2001, de 20 de Agosto).

Determina aquela disposição que «*a avaliação da economia, a eficiência e a eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida*».

Nas Parcerias Público-Privadas pretende-se duas coisas: a captação de financiamento privado para o investimento em bens públicos ou de interesse público, e a transferência para o sector privado de riscos inerentes a determinados projectos ou serviços que, num modo clássico de gestão pública, seriam retidos pelo Estado.

Escreveu PEDRO SIZA VIEIRA²⁵ acerca do conceito de Parceria Público-Privada, antes da reforma do diploma das parcerias trazidas pelo Decreto-Lei 141/2006, de 27 de Janeiro, mas que nada altera quanto ao essencial, o seguinte:

A definição legal, ampla, delimita-se por quatro elementos caracterizadores:

- 1) *A duração da relação contratual* que se estabelece entre os parceiros: as PPP são necessariamente, **contratos de execução continuada** (contratos de execução instantânea não são susceptíveis de configurar parcerias).
- 2) *O objecto*: nas PPP está em causa o desenvolvimento, pelo parceiro privado, de **uma actividade apta a satisfazer uma necessidade colectiva**. Segundo o Autor além dos casos em que o privado assegura directamente a satisfação dessa necessidade colectiva, prevê-se ainda os casos em que o particular se limita a fornecer bens, prestar serviços ou desenvolver actividades que, por sua vez, permitirão a uma entidade pública satisfazer, por sua conta, aquelas necessidades colectivas. (No primeiro caso estão os tipos de contratos como a concessão de obras ou de serviços públicos e os contratos de gestão de estabelecimentos públicos, no segundo caso incluir-se-á o fornecimento de bens ou a prestação de serviços de apoio utilizados por entidades públicas no desempenho das suas atribuições).

²⁵ *Manual Prático das Parcerias Público-Privadas*, NPF Publicações, 128 e ss.

- 3) *A satisfação de uma necessidade colectiva*: Trata-se portanto de uma **necessidade da colectividade**, ainda que individualmente sentida. Este elemento permite afastar do âmbito de aplicação do diploma contratos que respeitam a simples actividades económicas, como é o caso da concessão de gestão de empresas públicas comerciais ou industriais, ou contratos para fornecimento de bens ou prestação de serviços a uma empresa pública industrial.
- 4) *Os meios*: «**o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado**»: Segundo o Autor este segmento de norma não pode ser visto de modo muito abrangente nem muito restrito. É muito abrangente se considerarmos que, no limite, só não envolvem financiamento e investimento pelo parceiro privado os contratos de execução instantânea ou aqueles em que é efectuado um adiantamento por parte da entidade pública contratante. Por outro lado a formulação daquele elemento pode ser bastante restritivo se considerarmos que o segmento, ao referir-se à “responsabilidade pelo investimento”, só se aplica aos casos em que a entidade privada assume o encargo de construção de um bem público que será colocado à disposição do público ou da Administração – ou então, de proceder à aquisição e construção dos meios a afectar ao estabelecimento com que satisfará uma necessidade colectiva. Neste caso ficariam de fora os contratos de gestão de estabelecimentos públicos já montados pelo Estado ou por terceiros (caso da gestão de hospitais públicos), que podem não envolver a realização de qualquer investimento relevante para a entidade gestora.

Pelo que a solução correcta deve ser a de considerar que **são PPP os contratos em que o particular assume a exploração de um bem ou de um serviço e a sua remuneração depende dessa exploração – quer tais contratos envolvam a realização de um investimento em bens necessários, mediata ou imediatamente, à satisfação de uma necessidade colectiva, ou não.**

Em síntese e «atendendo às diversas situações em que se vem utilizando o conceito, constata-se que as parcerias são contratos de execução duradoura, celebrados entre uma entidade pública e uma entidade privada, e que

podem reconduzir-se a duas grandes categorias, relativamente ao seu objecto:

- (i) A entidade privada assegura directamente ao público a prestação de serviços ou a disponibilização de bens, sendo remunerado ou pelos utentes, ou pela Administração; os meios a afectar à prestação do serviço ou o bem a disponibilizar ao público, podem já existir ou ser construídos ou afectos pela entidade privada;
- (ii) A entidade privada coloca à disposição da Administração meios (edifícios, equipamentos ou sistemas) que permitem a esta desempenhar a sua função de modo mais eficiente, sendo por ela remunerada.

Portanto, através da definição legal podemos constatar que ela não atende ao tipo jurídico-formal do parceiro público;

Nem ao modo de remuneração do parceiro privado. Podemos estar, assim, na presença de uma PPP quer o parceiro privado seja remunerado pelos utentes, quer o seja pela entidade pública contratante, quer por ambos;

Nem, por outro lado, é o objecto do contrato o elemento decisivo de caracterização de uma parceria, **mas antes a circunstância de os mecanismos de determinação da remuneração do parceiro privado serem associados a um risco de exploração, seja em função da intensidade da utilização do serviço ou bem, seja em função da qualidade dos serviços.»**

A questão que se coloca é também a de saber se a actuação dos Municípios neste domínio pode ou não constituir uma forma de financiamento e portanto se tem ou não repercussão no endividamento.

Também aqui, saber se as PPP contribuem ou não para o Endividamento Municipal pressupõe o conhecimento em concreto do contrato ou união de contratos, especialmente quanto aos meios utilizados, que nos remete para a questão que nos parece essencial.

Como é remunerado o particular? É pela administração ou pelos utilizadores? Ou por ambos?

- Se o particular for remunerado pelos utilizadores parece-nos que isso não fará aumentar, em regra, o passivo do município uma vez que não envolvem encargos directos para o orçamento, já que o concessionário assume o risco de procura e os utentes pagam directamente.

O passivo poderá surgir, por via da repartição do risco. Por isso é necessário acautelar que o Município não assuma riscos ao nível do investimento ou riscos operacionais ou não garanta níveis de receitas ou de rentabilidade ou o financiamento. É necessário acautelar, nos termos do disposto no art. 7.º, do diploma supra citado, que a partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas atenda à capacidade de cada parte para gerir esses riscos e estar identificada no contrato com toda clareza. Que a transferência de riscos para o sector privado seja real e significativa, bem como evitar a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros já existentes. Ou que o risco da insustentabilidade financeira da PPP por causa não imputável ao parceiro público ou por motivo de força maior deverá ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado, etc.

- Por outro lado existem parcerias em que o Estado, ou o Município neste caso, assume esse encargo directamente. Sendo neste caso mais claro que a assunção dessa responsabilidade faça aumentar o passivo do município.

E isto mesmo que tal operação seja realizada por uma empresa Municipal, pois como se dispõe a al. b) do n.º 2 do art. 36.º da Lei 2/2007 (Lei das Finanças Locais), e ainda no art. 32.º da Lei 53-F/2006 (Sector empresarial local), para os efeitos do cálculo do endividamento líquido municipal contribui o endividamento líquido e os empréstimos contraídos pelas entidades que integram o sector empresarial local, proporcional à participação do município no seu capital social.

E ainda no art. 31.º, da Lei 53-F/2006, que estabelece que os sócios de direito público das empresas prevêm nos seus orçamen-

tos anuais o montante previsional necessário à cobertura dos prejuízos de exploração anual acrescidos dos encargos financeiros que seja da sua responsabilidade e ainda o montante necessário à cobertura dos desvios financeiros verificados no resultado da exploração anual dessas empresas.

2. A posição do Eurostat no caso das parcerias público-privadas

Também nesta matéria os critérios do Eurostat assumem uma considerável relevância, visto que, fundamentalmente (e como anteriormente foi referido), o que se pretende evitar, através do estabelecimento de limites ao endividamento dos municípios, é o agravamento do défice público.

Deste modo, incluem-se em anexo à Parte II do presente Parecer algumas considerações extraídas do documento de carácter metodológico do Eurostat intitulado: *Long term contracts between government units and non-government partners (Public-private-partnerships)*²⁶.

PARTE II – ANEXO

A metodologia definida pelo Eurostat

O desenvolvimento de contratos de longo prazo

As PPP implicam uma relação de longo prazo (por convenção, pelo menos três anos), estabelecida com base em contratos que deverão especificar claramente as obrigações e direitos de cada um dos parceiros.

Surgiram recentemente novas formas de contratação deste tipo, diferentes dos diversos tipos que anteriormente se observavam, dos quais a maioria não colocava dificuldades relativamente ao seu tratamento em termos de contas nacionais. Segundo o Eurostat, esperava-se (já em 2004) um incremento neste tipo de contratações nos EM, que necessitam de esclarecimentos adicionais.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, Eurostat, Methods and Nomenclatures, Theme 2, Economy and finance, *Long term contracts between government units and non-government partners (Public-private-partnerships)*, 2004 Edition.

Há que distinguir entre a vertente ligada ao desenvolvimento da eficiência (e da “qualidade”) da despesa pública que se procura através destas vias contratuais, e a sua contabilização segundo os critérios do SEC 95 e, designadamente, com referência ao Procedimento sobre Défices Excessivos. É sobre esta última problemática que o Eurostat se pronuncia, já que não incube aos especialistas da área estatística emitirem parecer sobre a viabilidade económica ou financeira dos projectos realizados através de parcerias, mas sim proporcionar orientações claras sobre o seu tratamento em termos de contas nacionais e, para os fins previstos no Procedimento sobre défices excessivos, o seu impacto no défice e na dívida das Administrações Públicas.

Os diferentes tipos de contratos de longo prazo

- a. Aquisições de serviços numa base regular
- b. Participações de risco
- c. Garantias
- d. Contratos de construção e de fornecimento
- e. Leasing
- f. Concessões
- g. Serviços adquiridos pelo Governo na base de activos com finalidade específica

O ponto-chave em termos de contas nacionais

Em contas nacionais, os contratos de longo prazo levantam questões onde os activos estão no âmbito do acordo contratual entre as partes, e especialmente no caso de parcerias a que se refere o ponto g).

Este aspecto refere-se à antecipação/”advance” (a priori, quando o contrato é assinado, ou entra em vigor) da classificação dos activos envolvidos, seja como activos do governo (inscritos em Balanço) ou como activos do parceiro (fora do Balanço). Neste caso, as áreas de negócio frequentemente utilizam a expressão “desconsolidação”.

A classificação como activos do governo tem consequências importantes para as finanças públicas, tanto em termos de défice (a despesa inicial é registada com formação de capital fixo do governo na conta não-financeira, na categoria P.51), como para a dívida – a conta financeira registaria um novo empréstimo governamental, que aumenta a dívida pública na forma

de um “empréstimo imputado” em AF.4., que é parte do conceito de “dívida de Maastricht”.

Além disso, segundo as regras do SEC95, quando os activos (sob forma de uma *construção* ou outro tipo) são considerados activos do governo, a despesa de capital é registada numa base de especialização económica (“accrual”), no início, e não no fim do período de execução do projecto. A existência de pagamentos faseados pode ser útil no sentido de indicar o período adequado de registo.

Existem também consequências do ponto de vista da classificação dos fluxos observados entre o governo e o parceiro durante a vida útil do contrato.

Avaliação do risco

Em contas nacionais, os activos relacionados com contratos de longo prazo da natureza referida (entre o Estado e parceiros privados) podem ser considerados como activos não-públicos apenas se existir uma forte evidência de que o parceiro privado suporta a maior parte dos riscos ligados à execução do contrato.

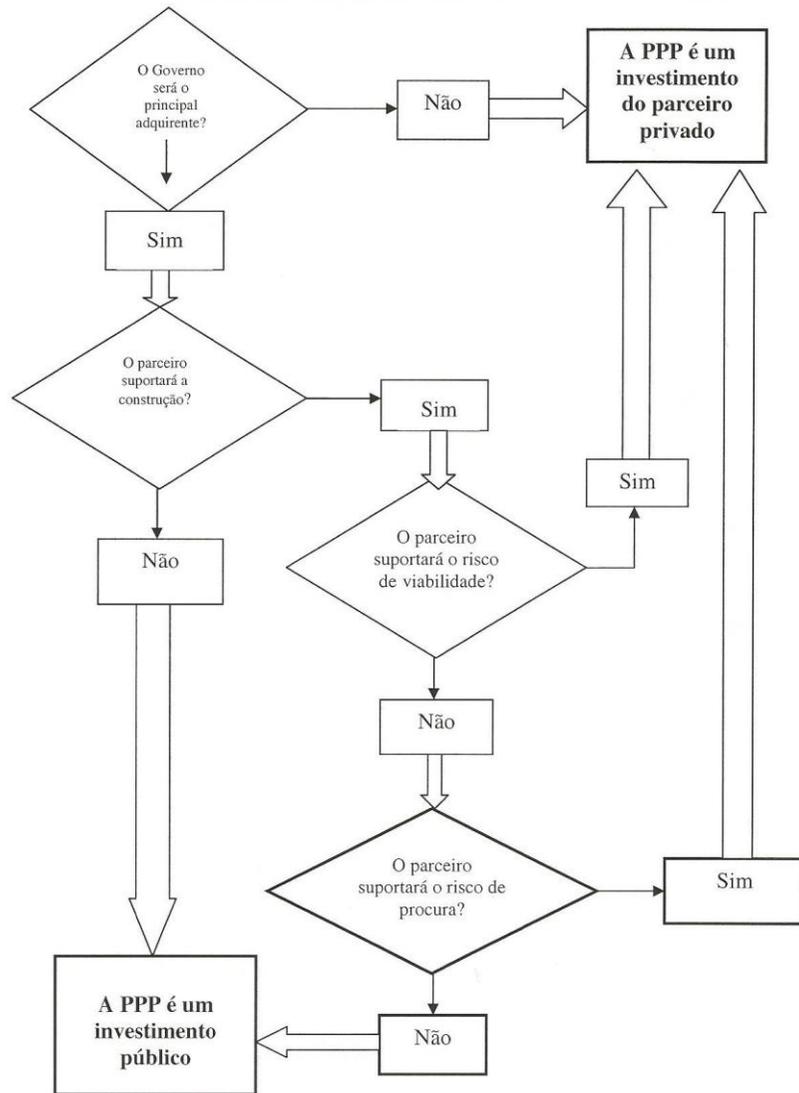
Note-se que, segundo o SEC95, *todos os riscos* devem ser transferidos. Porém, na realidade esta condição não é observada; em princípio, o que existe nas parcerias entre o Estado e os seus parceiros é uma partilha de riscos. Pode ser considerado normal que o Estado assuma alguns riscos; por exemplo, no caso de ocorrências muito excepcionais ou quando uma decisão das autoridades públicas altera as condições da actividade a desenvolver, tal como foi previamente acordada.

Com vista aos objectivos da análise das PPP, de um modo simplificado, devem ser consideradas três principais categorias de riscos:

- Riscos de construção;
- Riscos de viabilidade de execução do projecto;
- Riscos de procura.

Deste modo, a análise dos riscos suportados por cada uma das partes deve avaliar qual das partes suporta a maioria dos riscos tendo em conta as referidas categorias.

Diagrama de Decisões do Eurostat para contratos de PPP



III. UMA REFLEXÃO METODOLÓGICA

1. O princípio da prevalência da substância sobre a forma

1.1. Enquadramento

A “nova gestão pública” é caracterizada pelo recurso da Administração a uma multiplicidade de formas aptas a incrementar a eficiência da gestão pública. Este paradigma de actuação tem inerente uma complexização da actividade gestonária, donde derivam, naturalmente, repercussões ao nível do controlo da gestão.

Todavia, para além das diversas formas jurídicas adoptadas pela Administração que têm, efectivamente, uma justificação racional – a promoção da eficiência –, surgem situações em que o recurso a tais formas jurídicas tem como único, ou principal, escopo a “fuga à fiscalização prévia” do Tribunal de Contas ou a evitação de determinadas normas financeiras, *v. g.* a que diz respeito aos limites de endividamento dos municípios. Tanto na hipótese de fuga à fiscalização prévia como noutros casos de evitação de normas financeiras, estamos perante situações de *fraude à lei*.

Chamamos a atenção para as semelhanças que existem entre este fenómeno e o da evasão fiscal (ou evitação fiscal).

Pensamos, por isso, que algumas das teorias que têm vindo a ser desenvolvidos no domínio do Direito fiscal, bem como algumas das soluções positivadas em diversos ordenamentos jurídicos, merecem alguma da nossa atenção, em particular em matéria de aplicação do princípio da prevalência da substância sobre a forma.

1.2. Fraude à lei e prevalência da substância sobre a forma no Direito fiscal

De acordo com o art. 103.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os objectivos do sistema fiscal são a satisfação das necessidades financeiras do Estado e a repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

A função redistributiva radica nos princípios da igualdade material e da justiça, estando também associado ao princípio da socialidade.

Daqui decorre que “o sistema fiscal não pode contribuir, quer pela forma como as normas são concebidas, quer pela forma como são aplicadas, para uma distribuição injusta dos encargos tributários”.²⁷

Assim, revela-se crucial a interpretação da lei fiscal, em particular através de uma interpretação em conformidade com a Constituição, de modo a permitir que a sua aplicação leve à neutralização das operações destinadas a defraudar a lei fiscal.²⁸

Existe fraude à lei quando alguém contorna “uma proibição legal, recorrendo a processos formalmente lícitos, mas que conduzam afinal ao resultado que a lei quis proibir”.²⁹

De acordo com SALDANHA SANCHES, “o contrato fraudulento é ilícito porque colide com a intencionalidade normativa subjacente à imperatividade da lei e da Ordem Pública”, traduzindo-se numa “impossibilidade jurídica de cumprimento de objectivos constitucionais”.³⁰

Pode, assim, admitir-se a ideia de que quando o sujeito passivo actua de forma ilícita e com o objectivo de obter um resultado – uma vantagem fiscal – que contraria a ordem jurídica, a Administração deve poder desconsiderar, para efeitos fiscais, o negócio em causa.³¹

Uma outra possibilidade, para além da invocação da fraude à lei, é a do recurso ao princípio da prevalência da substância sobre a forma, não havendo entre estes dois caminhos diferenças metodológicas significativas.³²

Decorre deste princípio que o que é relevante não é a forma jurídica adoptada mas sim a realidade económica que lhe está subjacente.

Assim, é possível “ir além da mera forma adoptada num certo contrato para procurar uma relação de equivalência entre contratos de diversas formas”, permitindo que seja tratado de forma igual aquilo que, na sua substância, for igual. Ou seja, “[s]e o contrato A apresenta a mesma substância que o

²⁷ Cfr. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra, 2006, p. 46.

²⁸ *Idem*, p. 48.

²⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, p. 326.

³⁰ Cfr. SALDANHA SANCHES, *op. cit.*, pp. 102-103.

³¹ *Idem*, pp. 103-104.

³² *Idem*, pp. 111 e ss..

contrato B, se, na essência, os dois contratos são idênticos (são o mesmo contrato), então deverão ter a mesma consequência jurídica, competindo ao aplicador do direito a realização do juízo sobre a identidade ou não identidade da substância de dois contratos distintos”.³³

Este princípio é igualmente relevante em matéria contabilística, sendo acolhido, designadamente, nos *International Accounting Standards* e nos *International Financial Reporting Standards*.

Apesar da utilidade do princípio da prevalência da substância sobre a forma, a doutrina chama a atenção para o facto de uma utilização sem cautelas nem reservas do mesmo poder conduzir à impossibilidade de previsão razoável do modo como vai ser interpretada e aplicada a lei fiscal.³⁴

O problema da incerteza e da falta de segurança jurídica levou à consagração, no ordenamento jurídico-tributário nacional, de uma cláusula geral anti-abuso (que coexiste com diversas normas especiais anti-abuso).

De acordo com SALDANHA SANCHES, o que se procura evitar com as normas anti-abuso “é a vantagem fiscal de um comportamento em que se põe em causa a totalidade do ordenamento jurídico-tributário como sistema de partilha de encargos tributários, exigindo por isso que o aplicador da lei considere os princípios estruturantes do sistema de onde deve ser extraída uma intenção inequívoca de tributação daquela particular situação ainda que tal intenção não encontre uma formulação correspondente na letra da lei”.³⁵

Já DIOGO LEITE DE CAMPOS tem sido um dos nomes mais críticos da habitualmente designada (em seu entender de forma imprópria) *cláusula geral anti-abuso*. Para este autor, num Estado de Direito Democrático «[a] única via que parece admissível para contrariar os chamados “actos anormais de gestão”, é o adequado recorte jurídico das normas de Direito tributário», não fazendo sentido que o Estado se arme contra normas de que é responsável.³⁶

³³ *Idem*, p. 72.

³⁴ *Idem*, p. 126.

³⁵ «Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, Abril-Junho de 2000, pp. 28-29.

³⁶ Cfr. «Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal», *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa, 1999, pp. 207-208.

A verdade é que a Lei Geral Tributária (LGT) consagra, hoje, aquilo que a doutrina designa habitualmente por cláusula geral anti-abuso.

O n.º 2 do art. 38.º da LGT dispõe o seguinte:

«São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas».³⁷

São os seguintes os pressupostos de aplicação da cláusula geral anti-abuso:

- Que se vise, através dos negócios, reduzir ou eliminar uma oneração fiscal;
- Que sejam utilizados meios artificiosos ou fraudulentos;
- Que se verifique um abuso das formas jurídicas.³⁸

Para que se possa aplicar esta norma, é necessário determinar se um dado contrato se insere nos objectivos normais de uma empresa ou se tem como objectivo exclusivo a redução da carga fiscal, isto é, há que distinguir entre a *gestão normal* e a *gestão anormal* da empresa. Para este efeito devemos recorrer ao chamado *business purpose test*, e indagar se existe, ou não, alguma razão comercial legítima que justifique a realização da operação em causa³⁹.⁴⁰ Se ela não existir, aplicar-se-á a cláusula geral anti-abuso, proce-

³⁷ Esta redacção foi introduzida pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro. A anterior redacção deste preceito era a seguinte: «São ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos».

³⁸ Cfr. SALDANHA SANCHES, *Os Limites...*, cit., p. 170.

³⁹ O *business purpose test* foi desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos. No caso *Helvering v. Gregory* (1935), o Supremo Tribunal Norte-Americano reconheceu pela primeira vez a *doutrina da substância sobre a forma*, da qual

dendo-se, então, à tributação de acordo com as normas aplicáveis na ausência dos meios artificiosos ou fraudulentos, não se produzindo as vantagens fiscais desejadas pelo sujeito passivo.

A decisão de aplicação de disposições anti-abuso terá que ser fundamentada à luz dos critérios definidos no n.º 9 do art. 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário.

1.3. A prevalência da substância sobre a forma no Direito financeiro público – sua relevância para a actividade do Tribunal de Contas

O que se expôs no ponto anterior relativamente aos instrumentos de combate à evasão fiscal pode ser transposto, com adaptações, para o domínio, mais amplo, do direito financeiro público.

Na verdade, em virtude das exigências impostas por diversas normas financeiras, as entidades públicas têm vindo a recorrer a mecanismos aptos a contornar o teor literal das mesmas.

Destacamos, neste âmbito, a evitação às normas relativas (i) aos limites de endividamento líquido e dos empréstimos das autarquias (constantes da LFL) bem como (ii) à fiscalização prévia exercida pelo Tribunal de Contas.

Por vezes, as entidades públicas, tal como acontece com os privados no domínio fiscal, arquitectam esquemas de fraude à lei, em que o único ou principal objectivo de determinada operação é escapar a tais limites ou a tal fiscalização.

decorrem as doutrinas do *business purpose* (da intenção negocial), das *sham transactions* (com a consagração de normas contra transacções simuladas aparentes ou artificiais) e da *step transaction rule* (que assenta na análise de cada etapa de cada transacção), que vieram a ser aplicadas em diversos outros casos pelo *Supreme Court*. No Reino Unido só na década de 80, nos Acórdãos *Ramsay v. Inland Revenue Comissioners* e *Furniss v. Dawson* é que veio a ser acolhida a doutrina anti-abuso, tendo prevalecido, até então, a linha jurisprudencial que se tinha iniciado com o Acórdão *Duke of Westminster v. Inland Revenue Comissioners* – cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS / BENJAMIM SILVA RODRIGUES / JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária: comentada e anotada*, Lisboa, 2003, pp. 176 e ss.; GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*, Coimbra, 2004, pp. 27 e ss.; ASSAF LIKHOVSKI, «The Duke and The Lady: Helvering v. Gregory and the History of Tax Avoidance Adjudication», *Cardozo Law Review*, vol. 25, Spring 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=430080>.

⁴⁰ Cfr. «Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, Abril-Junho de 2000, p. 35.

As vias adoptadas pelas entidades públicas em causa podem, desta forma, não violar directamente certas regras financeiras mas estar em contradição com os princípios jurídicos que lhes estão subjacentes, tais como os princípios da igualdade, da solidariedade e da sustentabilidade.

No sentido de evitar que tais operações se traduzam na fuga a importantes normas financeiras importa encontrar mecanismos eficazes, mas que ao mesmo tempo respeitem outros princípios fundamentais, em especial o princípio constitucional da segurança jurídica.

O SEC 95 faz referência expressa ao *princípio da prevalência da substância sobre a forma*, dele resultando que, o que é relevante não é a forma jurídica das operações realizadas mas sim a realidade económica que lhes está subjacente.⁴¹ Assim, por exemplo, deverão ser tratados como empréstimos (relevando para o endividamento líquido) os contratos que, tendo outras designações (outras formas), sejam, do ponto de vista substancial, equivalentes a empréstimos.

Na análise de cada contrato, devem ser tomados em consideração diversos *items*, tais como, prazos, garantias prestadas / assumpção de riscos, encargos associados, etc..

Uma outra via metodológica, que, embora próxima da que se traduz na aplicação do princípio da prevalência da substância sobre a forma, dela se distingue, é a da aplicação do instituo da *fraude à lei*.

Seguindo-se esta via, importará verificar, caso a caso, se existe alguma justificação para a realização de determinada operação ou se, pelo contrário, a mesma se destina, total ou principalmente, a satisfazer *necessidades de financiamento*.

Por vezes as operações realizadas têm justificação do ponto de vista da boa gestão, atendendo a critérios de economia, eficiência e eficácia, sendo a sua utilização legítima.

⁴¹ Tal como é referido no Manual do SEC 95, “é por vezes importante olhar para além da forma jurídica de uma unidade institucional ou fluxo económico e *registar a realidade económica*” – cfr. COMISSÃO EUROPEIA / EUROSTAT, *Manual do SEC 95 sobre o défice e a dívida das administrações públicas*, Luxemburgo, 2002, p. 25.

Mas se esse fundamento (se essa justificação) não existe, sendo o único ou principal objectivo da entidade em causa, por exemplo, o de evitar os limites legalmente estipulados para o endividamento ou para a contracção de empréstimos, então a operação realizada deve ser desconsiderada para efeitos de aplicação de normas financeiras, devendo ser tratadas, neste âmbito, de acordo com o que seria a operação verdadeiramente desejada.

No fundo, há que transpor para o domínio do direito financeiro público, com as necessárias adaptações, o *business purpose test* que, neste domínio, se traduz na seguinte questão: existe alguma justificação, atendendo a critérios de boa gestão, para a realização da operação em causa? Em caso negativo, a consequência deve ser a desconsideração da operação realizada para efeitos de aplicação de normas financeiras, mantendo-se os demais efeitos da mesma.

Qualquer que seja a via metodológica adoptada, é fundamental garantir a segurança jurídica e a transparência.

Neste sentido, parece-nos que seria desejável a criação de uma norma legal⁴² em que fosse expressamente acolhido o princípio da prevalência da substância sobre a forma ou o instituto da fraude à lei, no âmbito do Direito financeiro público, com a clarificação das consequências para as entidades públicas da utilização de determinadas formas jurídicas com o objectivo exclusivo ou principal de evitarem a aplicação de normas financeiras. Deveriam, ainda, ser definidas as regras adjectivas necessárias para a sua aplicação.

Tal consagração normativa teria ainda, a nosso ver, a virtualidade de servir como instrumento dissuasor da adopção de tais práticas pelas entidades públicas.

⁴² À imagem do que sucede no Direito Fiscal com a cláusula geral anti-abuso.

**PALAVRAS PROFERIDAS PELO
CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS,
NO ACTO DE POSSE DO VICE-PRESIDENTE,
CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO LOURENÇO MORAIS ANTUNES***

* Lisboa, Auditório do Tribunal de Contas, 27 de Março de 2008

Excelências,
Minhas Senhoras,
Meus Senhores,

É com grande satisfação e honra que confiro posse ao Senhor Conselheiro Carlos Alberto Morais Antunes como Vice-Presidente do Tribunal de Contas, cargo para que foi eleito pelos seus pares em reunião do Plenário Geral do Tribunal do passado dia 4 de Março.

É vasto e rico o currículo do Senhor Vice-Presidente, devendo sublinhar-se, para além das funções de magistrado deste Tribunal, a sua experiência como magistrado do Ministério Público, designadamente, no Tribunal de Trabalho de Lisboa, nos juízos cíveis de Lisboa, como Coordenador do Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa e como Procurador-Geral Adjunto no Tribunal de Contas.

A par destas relevantes funções, o Senhor Conselheiro Carlos Alberto Morais Antunes tem desenvolvido múltiplos trabalhos de investigação jurídica, destacando-se o estudo apresentado na qualidade de bolseiro do Conselho da Europa sobre “A suspensão do contrato de trabalho”, bem como, no âmbito de investigações sobre as disposições anti-corrupção nos Estados-membros e na sequência de convite da Comissão das Comunidades Europeias, o ensaio sobre “O ordenamento jurídico-penal português; A estruturação do aparelho judiciário e dos organismos especialmente vocacionados para a detecção e combate à corrupção”.

O Senhor Conselheiro destacou-se, ainda, como autor de variadas comunicações em conferências e seminários de índole jurídica.

Estou certo, assim, de que o Conselheiro Morais Antunes desempenhará, com elevado sentido de serviço público, as funções da maior responsabilidade no âmbito deste Tribunal que lhe são agora confiadas.

É devida neste momento uma palavra especial ao Senhor Vice-Presidente cessante, Conselheiro Ernesto Cunha, aqui presente, pelo modo como exerceu as suas funções, pondo ao serviço do Tribunal a sua experiência, saber e excepcionais capacidades jurídicas. Desejo-lhe as maiores felicidades

para as funções que exerce desde o início do ano de controlo financeiro na Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

Permitam-me também uma palavra de muito apreço ao Senhor Conselheiro Decano Dr. João Pinto Ribeiro, que será jubilado dentro de dias, a quem o Tribunal muito deve ao longo de cerca de 20 anos em que aqui exerceu funções, chegando ao termo da sua brilhante carreira no exercício da vice-presidência do Tribunal, por força da lei, o que corresponde a um justo reconhecimento que não posso deixar de enaltecer.

Minhas Senhoras e
Meus Senhores,

O Tribunal de Contas é um órgão de soberania, uma instituição integrada no Poder Judicial com uma missão constitucional claramente definida de instância suprema de auditoria e de fiscalização da legalidade financeira e orçamental e de julgamento das contas públicas que a lei mandar submeter-lhe. Numa palavra, o Tribunal de Contas é o garante da legalidade financeira, balizada pelo primado da lei e assente no princípio da separação de poderes, em nome e no interesse dos cidadãos contribuintes.

Eis porque é indispensável precisar os contornos da acção do Tribunal, que não se limita apenas à verificação estrita e formal do cumprimento da lei, indo mais além, sendo-lhe essencial a apreciação dos aspectos relacionados com a gestão pública, para a qual, aliás, o legislador expressamente remete.

Um Tribunal de Contas moderno e actuante é, assim, uma condição de reforço do Estado de Direito e de uma Economia sã. Para a concretização deste objectivo, tem-se revelado particularmente importante a relação de equilíbrio e complementaridade entre todas as Secções ou Câmaras do Tribunal.

Na 1ª Secção, há que realçar a importância do visto prévio como primeiro momento da actividade de controlo da legalidade financeira que deve estar subjacente aos actos e contratos geradores de encargos financeiros públicos, e da fiscalização concomitante, que permite o acompanhamento, através de auditorias, da execução de tais actos e contratos, numa perspectiva de legalidade e economicidade.

O exercício destes poderes tem contribuído, de modo inequívoco, para o reforço dos direitos e das garantias dos contribuintes, especialmente se

tivermos presente as repercussões que a contratação pública tem nas finanças públicas, a sua ligação à economia, bem como ao bom funcionamento do mercado, a exigir sempre uma sã e leal concorrência e a observância de critérios éticos e de qualidade na actuação dos agentes económicos.

Decisiva é ainda a clarificação do regime de fiscalização prévia, no sentido da modernização e da agilidade da Administração Pública, através da identificação, com nitidez, dos actos sujeitos a **visto**, e do respectivo regime, buscando a sua essencialidade e reforçando a complementaridade necessária e actuante das fiscalizações prévia e concomitante. Desta feita se adequou o instrumento à sua finalidade — garantir um controlo efectivo da utilização dos dinheiros públicos.

O Tribunal de Contas é, assim, uma instituição que tem como objectivo agilizar e não dificultar o bom funcionamento da Administração.

No que respeita à 2ª Secção, salientamos a realização de um número significativo de auditorias, especialmente direccionadas para:

- O aperfeiçoamento do controlo da actividade financeira pública – num momento em que as instituições públicas de auditoria ganham maior importância pela sua independência e garantias únicas de credibilidade;
- As áreas de grandes fluxos financeiros, incidindo sobre os domínios de maior risco e inovação da gestão de recursos públicos e, finalmente,
- A avaliação de resultados da gestão da coisa pública e da qualidade de prestações de entidades financiadas por dinheiros públicos.

Num Estado moderno, eficiente e ágil precisamos de um sistema que garanta um rigoroso apuramento de responsabilidades financeiras e orçamentais. Insistimos, por isso, na consolidação do regime da responsabilidade financeira, cuja efectivação está a cargo da 3ª Secção, tomando como ponto de partida o facto de quem gere dinheiros públicos na satisfação de necessidades colectivas deve demonstrar que agiu em conformidade com o Direito e com salvaguarda do interesse comum.

Os contribuintes e os cidadãos exigem-no!

Daí a importância do reforço da articulação necessária com o Ministério Público, de modo a que o Tribunal disponha dos meios processuais e materiais indispensáveis para concretizar exemplarmente, com justiça e com equilíbrio, as responsabilidades financeiras apuradas.

E o tempo recente tem demonstrado a utilidade e a pertinência da melhor articulação entre o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Particular enfoque deve ainda ser dado ao dever de colaboração de todas as entidades, administrativas e empresariais, públicas e privadas, para com o Tribunal de Contas na missão de soberania que lhe está cometida.

Transparência, verdade, rigor, disciplina têm de estar na primeira linha da nossa acção e das nossas preocupações fundamentais.

Não devem, pois, restar dúvidas sobre a importância do Tribunal de Contas no âmbito do Estado de Direito, como garante do cumprimento da Lei e da boa gestão financeira pública, essenciais ao bom funcionamento da Sociedade e do Estado.

O Tribunal de Contas continuará por isso a afirmar-se como uma instituição firme e actuante. Não se espere docilidade ou acomodação na aplicação oportuna e exemplar das leis em vigor e, quando for caso disso, no adequado e justo apuramento de responsabilidades.

Não nos eximiremos a uma permanente acção pedagógica, antes mesmo da sancionatória, através do reforço das recomendações, a fim de que contribuamos para um Estado moderno e justo e uma sociedade que valorize a poupança e o investimento, o emprego e a consolidação financeira e orçamental, no quadro de um desenvolvimento humano sustentável.

É o interesse público que está em causa. É o Estado democrático que tem de ser protegido. São os direitos dos cidadãos que devem ser salvaguardados.

Numa palavra, como tenho afirmado, seremos “garante do rigor e da disciplina financeira e orçamental, sentinela activa do bom uso dos recursos públicos e dos dinheiros dos contribuintes, agente de uma pedagogia persistente para que o aperfeiçoamento das práticas se torne realidade e guarda avançada da responsabilização dos agentes do Estado”.

Minhas Senhoras e
Meus Senhores,

Sendo a União Europeia uma realidade bem presente na nossa existência colectiva, o que ficou bem evidente no sucesso da Presidência portuguesa do Conselho Europeu, continuaremos a reforçar as relações com o Tribunal de Contas Europeu, no contexto de uma integração cada vez mais profunda e complexa, na sequência do impulso exigente de haver pela primeira vez um Magistrado português na Presidência de tão importante órgão da União — na circunstância em que o Tratado de Lisboa reforça os respectivos poderes e importância.

Na esfera internacional, continuaremos a aprofundar as relações com as Instituições congéneres da CPLP — cujo V Congresso se realizará nos próximos dias 8 e 9 de Maio na cidade do Porto — e, em Junho, assumiremos a vice-presidência da EUROSAI (Organização Europeia de Tribunais de Contas), cuja Presidência ficará a cargo do Tribunal de Contas de Portugal em 2011.

Senhor Conselheiro Carlos Alberto Morais Antunes,

Desejo-lhe, sinceramente e de todo o coração, as maiores felicidades para o exercício do cargo, estando certo de que em conjunto com todos os Senhores Conselheiros, como equipa coesa e actuante, continuaremos o caminho do rigor e exigência que tem sido apanágio deste Tribunal. E quando digo **em conjunto**, estou também a pensar na articulação entre a Sede e as Secções Regionais dos Açores e da Madeira, que aqui especialmente saúdo, bem como com o Ministério Público.

Resta-me agradecer a todos os Convidados a Vossa presença neste acto de posse.

Muito obrigado!

**DISCURSO DO CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ACTO DA SUA POSSE**

Senhor Presidente:

Agradeço, muito sensibilizado, as palavras que me dirigiu. Estou certo de que as referências e apreciações tão simpáticas que elas contêm sobre a minha pessoa e o meu perfil profissional resultam da conhecida benevolência e magnanimidade de V.^aEx.^a e não, como é timbre desta casa “ *dos métodos tradicionais e reconhecidos de auditoria*”.

Entendo-as como um estímulo e apoio no momento em que tomo posse como vice-presidente do Tribunal, o que me conforta a alma e alegra o espírito.

É, pois, este, o momento certo para lhe reafirmar, Senhor Presidente, publicamente, o que já tive oportunidade de lhe transmitir: pode V.^aEx.^a contar com a minha colaboração leal e transparente, exclusivamente norteada para, no respeito da legalidade, se alcançarem as soluções que melhor sirvam e concretizem as funções e competências constitucionalmente deferidas a esta Instituição.

Este é o objectivo estratégico que, estou certo, se nos impõe no dia-a-dia e que permitirá consolidar o prestígio do Tribunal de Contas.

Gostaria, agora, de saudar os colegas e agradecer-lhes a confiança que depositaram em mim.

É uma honra representar os juízes do Tribunal e tudo farei para não desmerecer tal privilégio.

Um dos objectivos primordiais que presidiram à minha candidatura foi o de, enquanto vice-presidente, contribuir para o reforço do papel e da posição dos juízes, os quais são a marca distintiva, o elemento diferenciador desta Instituição.

Na verdade, é porque há um corpo de juízes, nomeados após concurso público curricular, e com honras, direitos, categoria, tratamento, remunerações e demais prerrogativas iguais aos juízes do Supremo Tribunal de Justiça (art.º24.º da nossa Lei Orgânica), que a Instituição que servimos é um Tribunal Superior.

É por isso que julgo adequado estabelecer mecanismos, formais ou informais, que nos aproximem dos colegas dos Tribunais Superiores, reforçando a solidariedade que deve existir entre quem tem estatutos comuns, logo, objectivos, preocupações e problemas similares. Tudo o que nos aproxime deve ser incentivado e podem contar com a minha disponibilidade e empenho.

Importa, igualmente, sublinhar, aqui e agora, que a relevância das funções cometidas aos juízes justifica e aconselha a que tenham uma intervenção e participação cada vez mais activa e própria no processo de formação das decisões relevantes para a Instituição.

Será, também, uma preocupação permanente do vice-presidente possibilitar que as actuais estruturas de apoio – quer ao nível do Secretariado quer ao nível dos meios informáticos e logísticos – possam ser melhoradas quantitativa e qualitativamente.

É que, Senhoras e Senhores, com juízes prestigiados, a Justiça sai prestigiada. E é isso que nos ocupa o pensamento ao propomos estas medidas.

O Ministério Público exerce, neste Tribunal, funções particularmente relevantes, intervindo officiosamente e de acordo com as normas do processo nas 1.ª e 3.ª Secções e podendo assistir às sessões da 2.ª Secção.

Permito-me assinalar a contribuição decisiva do Ministério Público na efectivação de responsabilidades financeiras, uma vez que, até hoje, todos os processos jurisdicionais da 3.ª Secção tiveram origem em requerimentos iniciais do Ministério Público.

Saúdo, pois, nesta ocasião, os Senhores Procuradores-Gerais-Adjuntos que exercem funções no Tribunal, assegurando-lhes que, no respeito intransigente pela sua autonomia estatutária, estarei sempre disponível e cooperante para se viabilizarem os procedimentos e métodos de actuação que, de forma eficaz, permitam alcançar o que nos une: a fiscalização da legalidade das despesas públicas e o julgamento das contas que a lei manda submeter à apreciação do Tribunal (art.º214.º da C.R.P.).

Gostaria de aproveitar este momento para, publicamente, sublinhar o apreço, a consideração e a estima que tenho para com todos os que exercem funções nos Serviços de Apoio técnico-operativo e instrumental na Sede e nas Secções Regionais dos Açores e da Madeira.

Faço-o com todo o gosto e porque é de elementar justiça referenciar que a qualidade da imagem pública e a credibilidade que, consensualmente, vem sendo reconhecida ao Tribunal de Contas, repousa no esforço, brio profissional e mérito dos funcionários que integram a Direcção-Geral, superiormente dirigida pelo Sr. Conselheiro José Tavares.

Este Tribunal tem condições para ser um Tribunal de Excelência. Compete a todos nós concretizar tal desiderato. A Excelência, porém, só será possível se formos eticamente exigentes e cientificamente sólidos. Se

aliarmos um comportamento irrepreensível a uma consistente preparação intelectual.

Procuremos a solução correcta e não a resposta mais fácil.

O estudo e análise da jurisprudência nacional e comunitária, o conhecimento da doutrina, dos pareceres do Conselho Consultivo da P.G.R, das Directivas Comunitárias devem ser estimulados e constituir um normal instrumento do nosso trabalho porque iluminam e esclarecem o intérprete, assim contribuindo decisivamente para que as decisões sejam correctas e bem fundadas.

É isso que a República, os cidadãos nos exigem.

Uma última palavra: agradeço, muito sensibilizado, a presença de todos os que se disponibilizaram a comparecer hoje para testemunharem a minha tomada de posse.

Fico emocionado quando, para além dos familiares mais próximos, revejo amigos recentes e amigos de sempre, magistrados com quem trabalhei há já longos anos, personalidades que se dignaram comparecer, colegas juízes jubilados.

Muito Obrigado a todos.

**INTERVENÇÃO DE SUA EXCELÊNCIA
O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
NA SESSÃO DE ABERTURA DAS
V JORNADAS EUROSAI/OLACEFS***

* Lisboa, 10 de Maio de 2007.

O tema desta vossa Conferência sobre a sustentabilidade das finanças públicas é da maior actualidade, actualidade para a Europa, para a América Latina, para todos os espaços regionais e ainda de grande actualidade no nosso país, por isso a realização de tão significativo evento em Portugal é-nos também muito cara.

Ao longo da história foi surgindo, como sabem, na generalidade dos países, a necessidade de criar órgãos de controlo financeiro externo e independente.

Qual a razão de ser de órgãos desta natureza? Muito embora este tipo de órgãos de controlo financeiro possa existir em qualquer sistema político, com a finalidade de assegurar a legalidade, o certo é que nos regimes democráticos ele assume a sua plenitude, tendo como missão fundamental informar com objectividade os cidadãos e os seus representantes eleitos no Parlamento sobre como são geridos, em vários planos, os recursos e os patrimónios públicos, que, na realidade, lhe pertencem, com eventual e consequente apuramento de responsabilidades nos termos ditados pela lei dos países.

Por isso, os tribunais de contas e todos os órgãos congéneres, em especial as auditorias gerais, nasceram intimamente ligados às instituições parlamentares, aos Parlamentos representativos dos cidadãos. Este controlo da actividade financeira pública, através de observações e recomendações, representa também uma missão pedagógica muito importante e um contributo em todos os países para o equilíbrio da vida financeira.

Os tribunais de contas e órgãos congéneres e os Parlamentos são assim elementos de um sistema equilibrado e interactivo de responsabilização pública. Por um lado, os tribunais de contas garantem a credibilidade da informação financeira, através da sua tecnicidade e independência, proporcionando aos Parlamentos um exercício mais eficaz da sua acção de fiscalização democrática dos governos; por outro lado, a atenção política dos Parlamentos ajuda a exercer a influência adequada sobre os governos, contribuindo para a observância de recomendações formuladas pelos tribunais de contas e para uma maior responsabilização de todo o exercício orçamental e financeiro.

No que respeita a Portugal, o Tribunal de Contas é um tribunal financeiro supremo e único na sua ordem ou categoria, com natureza de órgão de soberania previsto na Constituição, sendo completamente independente e apenas estando submetido à lei. As suas relações com o Parlamento português, que aqui represento, têm-se intensificado muito nos últimos anos, quer na área da fiscalização financeira-orçamental, quer na área da actividade legislativa, quer no domínio do controlo recíproco.

Quanto à área da fiscalização financeira-orçamental, sublinho: o maior tempo que, de ano para ano, se tem vindo a dar no Parlamento ao exame da Conta Geral do Estado, com base no parecer do Tribunal de Contas; a criação, no Parlamento, junto da Comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças, de uma unidade técnica de apoio orçamental, uma unidade independente, para assessorar o Parlamento no exame dos suportes orçamentais e ainda na apreciação da Conta Geral do Estado e para manter uma relação articulada, mais independente, mais objectiva, mais profissional, com todos os fornecedores de dados estatísticos, em relação à realidade orçamental, e também com o organismo de controlo financeiro, o Tribunal de Contas; a publicidade dada, pelo Canal Parlamento, em relação a todo o debate da Conta Geral do Estado e às sessões em que o Tribunal de Contas esclarece, com todo o detalhe, o Parlamento e, através da divulgação pública, o País acerca da respectiva Conta Geral do Estado. A recepção de auditorias do Tribunal de Contas pelo Parlamento, que é também encaminhada e centralizada na Comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças e que nos permite acompanhar com todo o rigor esse exercício importante de controlo e fiscalização por parte do Tribunal de Contas, constitui um importantíssimo suporte para a fiscalização da legalidade na área financeira.

Sublinho também a nossa cooperação parlamentar entre a Comissão de Orçamento e Finanças e as comissões congéneres dos países-membros da União Europeia, no âmbito do processo COSAC, que regula a articulação entre parlamentos nacionais no quadro da União Europeia, e a recepção e apreciação dos relatórios do Tribunal de Contas Europeu, na medida em que agora todas as instâncias europeias — o Conselho, o Parlamento e também o Tribunal de Contas — enviam os seus relatórios aos parlamentos nacionais para apreciação e cruzamento de dados com aquilo que depois é o relatório produzido por cada instância de controlo em cada um dos Estados-membros.

Quanto à área da actividade legislativa, recordo que, ainda recentemente, em Portugal, foram introduzidas significativas alterações à Lei Orgânica do Tribunal de Contas, precisamente no sentido de reforçar e clarificar as suas competências e as áreas em relação às quais exerce a sua actividade fiscalizadora e que não se circunscrevem às áreas do Estado, das regiões autónomas e das autarquias, mas a todas as áreas em que possam estar envolvidos fundos públicos, designadamente os subsídios e transferências para privados, criando aqui uma nova área muito importante de fiscalização da legalidade.

No que toca ao domínio do controlo recíproco, sublinho naturalmente a apreciação que, no Parlamento, fazemos em relação aos resultados institucionais e à eficácia do órgão de controlo, que, aliás, tem tido sempre

tradução em aperfeiçoamentos legislativos, para já não falar no controlo recíproco, também de expressão positiva e de intenso diálogo, que decorre da circunstância de termos o prazer de ter como secretário-geral do Parlamento uma antiga Conselheira do Tribunal de Contas e de ver a presidir ao Tribunal de Contas o ilustre docente, antigo governante e igualmente antigo membro do Parlamento, Guilherme de Oliveira Martins, que, aliás, exerceu importantes funções parlamentares em toda esta área da apreciação orçamental e financeira. A circunstância de a Secretária-Geral do Parlamento ser um antigo membro do Tribunal de Contas não significa, de resto, qualquer facilitismo ou cumplicidade especial da parte do Tribunal de Contas, visto que, como sabem, os colegas são sempre muito mais exigentes uns com os outros do que com terceiros. Mas isto vai numa linha, também por nós definida, de prioridade absoluta, a do rigor financeiro, porque, sendo o Parlamento a instituição e o órgão de soberania do País que aprova as leis, ele deve merecer, da parte do Tribunal de Contas, em relação às suas próprias contas, o mais rigoroso dos escrutínios de legalidade que possa ser admitido. Isto é absolutamente saudável e desejável.

Gostava de sublinhar que o Tribunal de Contas de Portugal, nos seus últimos pareceres anuais sobre as contas do Estado enviados ao Parlamento, tem dedicado especial atenção às questões de sustentabilidade das finanças públicas, tema central desta Conferência EUROSAI/OLACEFS, que congrega as instituições de controlo de finanças públicas da Europa e da América Latina. E estou certo de que desta Conferência sairão conclusões muito relevantes para o exercício da actividade das vossas instituições, com o consequente benefício para os parlamentos nacionais, para os cidadãos contribuintes, para os países, para as opiniões públicas cada vez mais exigentes sobre a forma como são gastos e aplicados os recursos públicos, exigência, aliás, das economias modernas, de que as instituições financeiras são um instrumento absolutamente imprescindível. A disseminação de uma cultura de rigor e disciplina nas finanças públicas é indispensável ao desenvolvimento, e posso testemunhar que Portugal muito deve à cultura de rigor nas finanças públicas gerada, disseminada, suportada, praticada pelo Tribunal de Contas.

Por isso, foi com o maior prazer que acedi ao convite para estar presente no início desta vossa Conferência, desejando a todos nos vossos países o maior sucesso na divulgação e no enraizamento institucional de uma cultura de rigor financeira, de que todos comungamos.

Muito obrigado e felicidades para o vosso trabalho.

**INTERVENÇÃO DO
CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL
NO VII CONGRESSO EUROSAI PARA A SESSÃO DE ABERTURA DO
TEMA 2: *AUDIT OF SOCIAL PROGRAMMES****

AUDIT OF PROGRAMMES IN THE FIELD OF EDUCATION

* VII Congresso *EUROSAI* – Cracóvia, 2008.

Senhor Presidente da EUROSAI,

Senhor Secretário-Geral da EUROSAI,

Caros Colegas,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Quero antes de mais agradecer a honra que foi dada ao Tribunal de Contas de Portugal de presidir a este tema, da maior actualidade e tão significativo, no âmbito do VII Congresso da Organização das Instituições Superiores de Controlo da Europa – EUROSAI.

Ao Senhores Presidentes da Instituição Superior de Controlo da Alemanha e da Instituição Superior de Controlo da Polónia, entre as quais se estabelece, neste Congresso, a transmissão da Presidência da EUROSAI para o próximo triénio, manifesto os meus especiais agradecimentos por tão gratificante convite. Observo que tive a maior prazer em o aceitar, com a noção de que o Tribunal de Contas de Portugal assumia uma responsabilidade que encarou como um honroso desafio.

Recordo que, em 2006, o Conselho Directivo da EUROSAI decidiu que *O Controlo dos Programas Sociais pelas ISC* deveria ser um dos temas directores do VII Congresso da EUROSAI, em Cracóvia. O sector *Educação* (Tema II) foi escolhido como uma das áreas específicas para desenvolvimento dos debates.

Foi uma boa opção. A Educação está no âmago do desenvolvimento humano e social. O mercado de trabalho é hoje cada vez mais exigente ao nível das competências na área do conhecimento, induzindo os Estados a investir mais intensamente na formação técnica dos jovens.

É bem nítido em toda a Europa o enfoque que tem sido dado aos debates sobre a Educação, incluindo a área do controlo; na realidade, a escolha deste tema pela EUROSAI acompanha a prioridade que lhe tem sido geralmente reconhecida.

Sistemas de Educação adequados constituem um factor fundamental na resolução de problemas sociais de longo prazo, na medida em que sociedades mais qualificadas estarão mais aptas à resolução dos problemas de emprego.

Neste sentido reveste particular importância a implementação de programas de educação que promovem a igualdade de acesso e não discriminação de jovens na procura de uma formação adequada, de modo a fazerem face às exigências da sociedade moderna e, por outro lado, como forma de inclusão social.

Neste contexto, o controlo externo no âmbito de programas do sector da Educação é também um importante instrumento na prossecução deste objectivo, uma vez que, através do controlo da boa utilização dos dinheiros públicos, as ISC podem contribuir para a satisfação das necessidades públicas ligadas ao desenvolvimento social.

No âmbito da União Europeia, o sector da Educação tem sido objecto de referências explícitas em documentos que o consagram como um dos factores que mais podem contribuir para o progresso das populações. Para referir alguns exemplos significativos:

- *A Declaração da Sorbonne*, aprovada em 25 de Maio de 1998, deu grande importância à criação de uma área dedicada ao ensino superior como sendo o caminho crucial para promover a circulação dos cidadãos, as oportunidades de emprego e o desenvolvimento global no espaço da União Europeia.
- *A Declaração de Bolonha*, uma Declaração conjunta dos ministros da Ensino Superior europeus, assinada em 19 de Junho de 1999, não só manifesta apoio aos princípios gerais estabelecidos na Declaração da Sorbonne, como também estabelece compromissos entre os governos sobre a coordenação das suas políticas, com o intuito de, o mais tardar até ao fim da primeira década do terceiro milénio, atingir objectivos devidamente definidos e considerados de primordial relevância para que seja criado o Espaço Europeu do Ensino Superior.
- *A Estratégia de Lisboa*, aprovada no Conselho Europeu de Lisboa de 23-24 de Março de 2000, tendo em vista reforçar o emprego, a reforma económica e a coesão social no âmbito de uma economia

baseada no conhecimento, acordou um novo objectivo estratégico para a União Europeia: *“Tornar-se na economia baseada no conhecimento mais dinâmica e competitiva do mundo, capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos, e com maior coesão social¹”*.

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Entendo que também às ISC cabe um papel do maior relevo nesta área; de facto, as nossas actividades devem proporcionar activamente o apoio que lhes compete, no âmbito dos seus mandatos, às políticas sociais em execução nos respectivos países. Entre as nossas finalidades, cabe também o contributo para a resolução de problemas sociais a nível europeu.

Sabemos como a partilha de experiências e a aprendizagem mútua têm um papel extremamente importante na EUROSAI.

Deste modo, ouviremos os estudos de casos que serão apresentados pelas Instituições Superiores de Controlo da França, da Suécia, da Estónia e da Ucrânia, que, com o Tribunal de Contas de Portugal, participaram no Grupo de Trabalho que preparou esta Sessão.

De acordo com a nossa Agenda de Trabalhos, o Senhor Conselheiro Mira Crespo, Membro do Tribunal de Contas de Portugal, procederá agora à apresentação de um documento (“Discussion Paper”) sobre a matéria que aqui tratamos, preparado pelas Instituições Superiores de Controlo da Polónia e de Portugal, que resulta de análises efectuadas às respostas dadas pelas Instituições Superiores de Controlo a um questionário concebido para o efeito.

Muito obrigado.

¹ Cf. Conclusões da Presidência, Conselho Europeu de Lisboa, 23-24 de Março de 2000, parágrafo n.º 5.

V ASSEMBLEIA GERAL DAS ISC DA CPLP*

* Centro de Congressos da Alfândega – Porto, 8-9 de Maio de 2008.

DECLARAÇÃO DO PORTO

As Instituições Membros da Organização das Instituições Superiores de Controlo da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, reunidas na sua V Assembleia Geral na cidade do Porto, Portugal, de 8 a 9 de Maio de 2008, aprovam a presente DECLARAÇÃO DO PORTO, contendo as CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES relativas ao tema *IMPACTOS DA ACTIVIDADE DAS ISC*, bem como o *PLANO ESTRATÉGICO PARA 2008-2010 DA OISC DA CPLP*, que consubstanciam esta Declaração.

I. IMPACTOS DA ACTIVIDADE DAS ISC

Conclusões

Conscientes da missão que lhes está legalmente cometida as ISC consideram que:

1. É essencial a avaliação dos impactos da sua actividade, quer no aperfeiçoamento da gestão pública, quer no combate à corrupção, à fraude e ao desperdício.
2. A avaliação dos impactos poderá funcionar como um barómetro da eficácia da actuação das ISC.
3. A análise do impacto obtido em resultado do seu trabalho permitirá às ISC uma melhor definição de estratégias e planeamento das acções a desenvolver.

Recomendações

1. As ISC devem promover o aperfeiçoamento da gestão pública e o combate à corrupção, à fraude e ao desperdício.
2. As ISC devem desenvolver metodologias adequadas para a avaliação dos impactos da sua actividade, identificando, na fase de diagnóstico e planeamento do controlo, as acções com maior potencial para a maximização dos impactos.

3. As ISC devem promover o acompanhamento da execução das suas recomendações para que os impactos da sua actividade se tornem efectivos.

II. PLANO ESTRATÉGICO 2008-2010 DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP

A. MISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP

Nos termos do seu Estatuto, a ORGANIZAÇÃO das ISC DA CPLP tem por **missão**:

Fomentar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das suas Instituições Membros, mediante a promoção de acções de cooperação técnica, científica e cultural no campo do controlo e da fiscalização do uso dos recursos públicos.

B. DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO ACTUAL

Para que a Organização possa cumprir bem a sua missão é importante conhecer bem o contexto interno dos países dos seus membros, o contexto internacional em que se insere e ter uma boa percepção dos seus pontos fortes e das oportunidades de aperfeiçoamento.

Pontos fortes:

- . A língua comum e os laços históricos que unem os seus Membros;
- . Interesse comum na troca de experiências e informações, com base em documentação técnica;
- . Facilidade para realização de debates, cursos e estágios para auditores e servidores, bem como permuta de material especializado;
- . Similitude da natureza das Instituições Membros (todos os membros são Tribunais de Contas) e consciência sobre o papel

que cada uma desempenha na tarefa de zelar por melhor gestão dos recursos públicos;

- . Contribuição prestada aos Tribunais da Organização com vista a facilitar a modernização institucional;
- . A existência de uma *Secretaria-Geral*, promotora e executora das decisões da Organização e órgão de contacto entre os Tribunais Membros;
- . O funcionamento de um *Centro de Estudos e Formação*, responsável pelo aperfeiçoamento técnico e pela elaboração de estudos, edição de publicações e actos normativos;
- . Apoio do secretariado executivo da CPLP às acções da OISC/CPLP;
- . Crescimento da importância das ISC nos respectivos países, para o que tem contribuído uma maior difusão das suas acções;
- . Actual tendência, no mundo, para apoiar as instituições que promovem a luta contra a corrupção, o reforço de valores éticos e a conservação do meio ambiente, entre outras questões de interesse ao nível global;
- . Existência de organizações que financiam programas de cooperação técnica, nomeadamente as integradas na rede actual de parcerias de cada ISC.

Aspectos a melhorar:

- . Recursos financeiros escassos e insuficientes com a actual estrutura de financiamento da OISC da CPLP;
- . A utilização dos modernos sistemas e tecnologias de informação, incluindo o sistema de videoconferência;
- . Aperfeiçoamento das avaliações periódicas de desempenho dos órgãos da OISC/CPLP, nomeadamente da execução das recomendações saídas dos encontros periódicos;

- . Intensificação do acompanhamento e da avaliação da implementação dos planos bienais de actividades de cooperação;
- . Relacionamento com outros organismos internacional;
- . Tirar melhor partido da experiência e conhecimento de cada Membro, tendo em vista aproximar os diferentes níveis de desenvolvimento de cada ISC;
- . Insuficiente troca de experiência entre os Tribunais;
- . Nível de desenvolvimento díspar das ISC Membros;
- . Inter-relacionamento entre a OISC da CPLP e outras organizações regionais para partilha de experiências.

C. VISÃO

Efectuado o diagnóstico da situação actual importa estabelecer a VISÃO, ou seja, o que a Organização quer ser e como quer ser reconhecida no futuro, no quadro da sua missão estatutária, tendo as contribuições dos Membros apontado para a seguinte *visão*:

Ser reconhecida por contribuir para o fortalecimento da acção das Instituições Membros com vista à melhoria da gestão dos recursos públicos, à disseminação de uma cultura de integridade, responsabilidade e transparência, elevando o nível de confiança dos cidadãos nas Instituições Superiores de Controlo.

D. OBJECTIVOS ESTRATÉGICOS

Estabelecida a visão, há que definir as orientações e os caminhos a seguir pela Organização para que cumpra a sua finalidade e alcance a sua visão.

Os Objectivos Estratégicos são objectivos de nível superior e mais geral, que terão de ser clarificados e detalhados através das estratégias a seguir para os atingir.

1. Objectivos estratégicos 2008-2010:

1. *Desenvolver competências técnicas essenciais ao bom funcionamento das Instituições Membros, designadamente através da intensificação da partilha de conhecimentos e de experiências.*
2. *Fortalecer e desenvolver a Organização das ISC da CPLP.*

E. ESTRATÉGIAS PARA ATINGIR OS OBJECTIVOS ESTRATÉGICOS

As estratégias indicam os caminhos a seguir para alcançar os objectivos prioritários, podendo cada estratégia contribuir para mais do que um objectivo.

Estratégias	OE	OE
	1	2
1. Estabelecimento de parcerias entre as ISC da CPLP (incluindo Macau e Timor Leste) permitindo fortalecer relações, produzir com maior qualidade e melhorar o desempenho institucional;	x	
2. Programar, divulgar e desenvolver acções de formação e de assistência técnica nas áreas de interesse dos Tribunais Membros;	x	
3. Apoiar o processo de Certificação Internacional dos auditores;	x	
4. Patrocinar a participação dos quadros em concursos e outros eventos que promovam a produção literária, em matéria conexas com a actividade de controlo externo, mediante a atribuição de prémio que estimulem e incentivem uma tal prática;	x	
5. Promover e facilitar a transferência de conhecimentos entre as Instituições Membros, com identificação e divulgação das melhores práticas;	x	

6. Assegurar a disponibilização de trabalhos técnicos e de informação relativa às melhores práticas sobre acompanhamento do acolhimento das recomendações oriundas dos Tribunais Membros, em especial, por meio do sítio da OISC/CPLP na Internet;	x	
7. Fomentar a organização de Encontros para partilha de conhecimentos e experiências, designadamente no âmbito do acompanhamento da aplicação das recomendações das ISC;	x	
8. Identificar e explorar outras fontes de financiamento para a Organização;		x
9. Promover a utilização de tecnologias de informação e comunicação;	x	x
10. Aperfeiçoar a estrutura, a administração e os mecanismos de decisão da OISC da CPLP de modo a promover práticas que permitam resultados mais eficazes com os seus escassos recursos;		x
11. Promover uma maior intervenção da OISC da CPLP a nível da INTOSAI, com consolidação da língua portuguesa como idioma oficial da INTOSAI e com disseminação em língua portuguesa dos seus principais documentos de trabalho;		x
12. Desenvolver parcerias com outras organizações internacionais que possuam objectivos similares relativos à prestação de contas, à luta contra a corrupção e a fraude e à defesa do meio ambiente;		x
13. Intensificação de acções que visem a divulgação das actividades da organização e dos seus membros.		x
14. Assegurar um orçamento e um suporte logístico adequados ao bom funcionamento da OISC/CPLP.		x

F. INDICADORES DE REALIZAÇÃO

Indicam-se, de seguidas, alguns indicadores de realização:

1. Plano operacional para a implementação do PE 2008/2010
2. Índice de parcerias estabelecidas entre as ISC da CPLP
3. Número de acções de intercâmbio técnico, jurídico, científico e cultural
4. Melhores práticas das ISC divulgadas no sítio da Organização na *Internet*
5. Mecanismos de acompanhamento/monitorização das recomendações resultantes da actividade interna da OISC
6. Plano de melhoria da utilização das TIC na comunicação entre os Membros
7. Mecanismo de articulação com outras organizações de ISC
8. Orçamento da OISC concretizado e reforçado
9. Cooperação técnica com Macau e Timor

¹ A Crónica da Jurisprudência, elaborada no Departamento de Consultadoria e Planeamento (Núcleo de Informação Jurídica e Financeira), inclui a lista seleccionada de sumários de acórdãos, sentenças e relatórios de auditoria do Tribunal de Contas proferidos, no período compreendido entre Janeiro e Junho de 2008 os quais são agrupados de acordo com a natureza das funções de fiscalização exercidas pelo Tribunal e sumariados, classificados e ordenados dentro de cada grupo, consoante a instância decisória. A referida lista é antecedida de um índice dos temas tratados nos documentos incluídos.

² A publicação integral do conteúdo desta crónica encontra-se no *CD Rom* incluído nesta Revista.

ÍNDICE

ABSOLVIÇÃO	
Sentença nº 002/2008 – 3ª S	219
ACÇÃO DE FORMAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
ACÇÃO SOCIAL COMPLEMENTAR	
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
ACESSO A DOCUMENTOS	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 002/2008 – 3ª S/PL	220
Sentença nº 002/2008 – 3ª S	219
AJUSTE DIRECTO	
Acórdão nº 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão nº 002/2008 – 3ª S/PL	220
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
Acórdão nº 035/2008 - 1ª S/SS	191
Acórdão nº 064/2008 - 1ª S/SS	198
Acórdão nº 079/2008 - 1ª S/SS	200
Sentença nº 002/2008 – 3ª S	219
ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE	
Acórdão nº 044/2008 - 1ª S/SS	193
Acórdão nº 067/2008 - 1ª S/SS	199
Acórdão nº 073/2008 - 1ª S/SS	200
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
Decisão nº 009/2008 - SRA	225
ALVARÁ	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
APENSAÇÃO DE PROCESSOS	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
APRECIÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 067/2008 - 1ª S/SS	199
AQUISIÇÃO DE BENS	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215

AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
ARQUIVAMENTO DO PROCESSO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
ASSISTÊNCIA NA DOENÇA	
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL	204
ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS	
Acórdão nº 044/2008 - 1ª S/SS	193
ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS	
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL	204
AUDITORIA FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
AUDITORIA HORIZONTAL	
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
AUDITORIA INTEGRADA	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
AUDITORIA ORIENTADA	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM	229
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA	226
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
AUDITORIA TEMÁTICA	
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
AUTARQUIA LOCAL	
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS	
Acórdão nº 002/2008 - 3ª S/PL	220
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
CABIMENTO ORÇAMENTAL	
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
CADERNO DE ENCARGOS	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213

CAPACIDADE FINANCEIRA E ECONÓMICA	
Acórdão n° 044/2008 - 1ª S/SS	193
CARREIRA TÉCNICA SUPERIOR	
Relatório de Auditoria n° 004/2008 - FC/SRM	229
CATIVACÃO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTAL	
Relatório de Auditoria n° 002/2008 - FC/SRA	226
CESSÃO DE CRÉDITOS	
Acórdão n° 023/2008 - 1ª S/SS	189
CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA	
Acórdão n° 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão n° 035/2008 - 1ª S/SS	191
CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão n° 090/2008 - 1ª S/SS	201
CLASSIFICAÇÃO ECONÓMICA	
Relatório de Auditoria n° 024/2008 - 2ª S/SS	215
CONCURSO DE ACESSO	
Relatório de Auditoria n° 002/2008 - FC/SRA	226
CONCURSO DE INGRESSO	
Relatório de Auditoria n° 002/2008 - FC/SRA	226
CONCURSO INTERNACIONAL	
Acórdão n° 008/2008 - 1ª S/PL	208
CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	
Acórdão n° 079/2008 - 1ª S/SS	200
CONCURSO PÚBLICO	
Acórdão n° 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão n° 035/2008 - 1ª S/SS	191
Acórdão n° 064/2008 - 1ª S/SS	198
Acórdão n° 079/2008 - 1ª S/SS	200
Decisão n° 009/2008 - SRA	225
CONSULTA PRÉVIA	
Sentença n° 002/2008 – 3ª S	219
CONTA BANCÁRIA	
Relatório Síntese n° 001/2008 - 2ª S/SS	215
CONTABILIDADE ORÇAMENTAL E PATRIMONIAL	
Relatório de Auditoria n° 024/2008 - 2ª S/SS	215
CONTRATAÇÃO PÚBLICA	
Acórdão n° 067/2008 - 1ª S/SS	199
Relatório Síntese n° 001/2008 - 2ª S/SS	215
CONTRATO A TERMO RESOLUTIVO	
Relatório de Auditoria n° 004/2008 - FC/SRM	229
CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO	

Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS.....	192
CONTRATO DE AVENÇA	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM.....	229
CONTRATO DE COMPRA E VENDA	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS.....	214
CONTRATO DE CONCESSÃO	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM.....	229
CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	
Decisão nº 009/2008 - SRA.....	225
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS.....	189
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS.....	192
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS.....	197
CONTRATO DE EXECUÇÃO PERIÓDICA	
Acórdão nº 003/2008 - 1ª S/SS.....	189
CONTRATO DE FACTORING	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS.....	189
CONTRATO DE FORNECIMENTO	
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS.....	195
CONTRATO DE GESTÃO	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS.....	196
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL.....	208
Acórdão nº 035/2008 - 1ª S/SS.....	191
Acórdão nº 079/2008 - 1ª S/SS.....	200
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO JUDICIÁRIO	
Sentença nº 002/2008 – 3ª S.....	219
CONTRATO DE TAREFA	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM.....	229
CONTRATO-PROGRAMA	
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA.....	226
CONTROLO INTERNO	
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS.....	215
CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 067/2008 - 1ª S/SS.....	199
Decisão nº 009/2008 - SRA.....	225
CUSTO CONTROLADO	

Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
DATA DE INÍCIO E EXECUÇÃO DO CONTRATO	
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA	226
DELIBERAÇÃO	
Acórdão nº 002/2008 – 3ª S/PL	220
DEMONSTRAÇÃO FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO CONJUNTURAL	
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS	190
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
DETERMINAÇÃO DO CUSTO GLOBAL	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
DILIGÊNCIA NO PROCESSO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
DISPENSA DE ESTÁGIO	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
DÍVIDA A FORNECEDORES	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS	189
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
DÍVIDA DE/A TERCEIROS	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
DONO DA OBRA	
Acórdão nº 073/2008 - 1ª S/SS	200
ECONOMIA, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA	
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
EFICÁCIA DO VISTO	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
EMOLUMENTOS	
Acórdão nº 003/2008 - 1ª S/SS	189
EMPOLAMENTO DE PREÇOS	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão nº 002/2008 – 3ª S/PL	220
Acórdão nº 064/2008 - 1ª S/SS	198
Acórdão nº 067/2008 - 1ª S/SS	199
Acórdão nº 073/2008 - 1ª S/SS	200
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
EMPRESA PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM	229

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
EMPRÉSTIMO BANCÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
ENCARGO FINANCEIRO	
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
ENDIVIDAMENTO BANCÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
ENDIVIDAMENTO LÍQUIDO	
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS	190
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS	189
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS	190
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
ESCRITURA	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
ESCRITURA PÚBLICA	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
ESTALEIRO DE CONSTRUÇÃO	
Acórdão nº 073/2008 - 1ª S/SS	200
EXECUÇÃO FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA	226
FINANÇAS LOCAIS	
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS	193
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
FINANCIAMENTO	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS	189
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA	226
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
FISCALIZAÇÃO PRÉVIA	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
FOTOCÓPIA	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201

FRACCIONAMENTO DA DESPESA	
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
FUNCIONÁRIO PÚBLICO	
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
HABILITAÇÃO A CONCURSO	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
HABITAÇÃO SOCIAL	
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCENTADO	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
INFORMAÇÃO DE CABIMENTO	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
INFORMATIZAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
INFRACÇÃO FINANCEIRA	
Sentença nº 002/2008 – 3ª S	219
INOBSERVÂNCIA DE PRAZO	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
INTERESSE PÚBLICO	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
INVENTÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
INVESTIMENTO MUNICIPAL	
Acórdão nº 023/2008 - 1ª S/SS	189
LIBERDADE CONTRATUAL	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
LIMITE DE ENDIVIDAMENTO	
Acórdão nº 038/2008 - 1ª S/SS	192
LISTAS DE CLASSIFICAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
MARCAS E PATENTES	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
MEMBRO DO GABINETE	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
MÉTODOS DE SELECÇÃO	

Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA.....	226
MUNICÍPIO	
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
NORMA FINANCEIRA	
Acórdão nº 002/2008 – 3ª S/PL.....	220
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL.....	204
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS.....	195
NULIDADE	
Acórdão nº 002/2008 - 1ª S/PL.....	203
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL.....	204
Acórdão nº 035/2008 - 1ª S/SS.....	191
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS.....	195
Acórdão nº 064/2008 - 1ª S/SS.....	198
Acórdão nº 079/2008 - 1ª S/SS.....	200
PAGAMENTO	
Acórdão nº 003/2008 - 1ª S/SS.....	189
PAGAMENTO DE DESPESAS	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS.....	215
PAGAMENTO EM DUPLICADO	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM.....	229
PAGAMENTO INDEVIDO	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS.....	215
Sentença nº 002/2008 – 3ª S.....	219
PASSIVO FINANCEIRO	
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
PLANO	
Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS.....	197
PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA (POCP)	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS.....	215
PRAZO	
Acórdão nº 003/2008 - 1ª S/SS.....	189
PREÇOS	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS.....	201
PRESIDENTE	
Sentença nº 002/2008 – 3ª S.....	219
PRESTAÇÃO DE CONTAS	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS.....	215

Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS	215
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
PROCEDIMENTO CONCURSAL	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
PROCEDIMENTO PARA CÁLCULO DO FINANCIAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
PROCESSO DE CONCURSO	
Acórdão nº 090/2008 - 1ª S/SS	201
PROCESSO DE VISTO	
Acórdão nº 003/2008 - 1ª S/SS	189
PROGRAMA DE CONCURSO	
Acórdão nº 067/2008 - 1ª S/SS	199
PROGRAMA DE REALOJAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
PROJECTO DE INVESTIMENTO	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM	229
PRORROGAÇÃO DO PRAZO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
PROTECÇÃO NA DOENÇA	
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
PROTECÇÃO SOCIAL	
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL	204
PUBLICITAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
REALIZAÇÃO DE DESPESA PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM	229
RECRUTAMENTO DE PESSOAL	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA	226
RECURSO ORDINÁRIO	

Acórdão n° 003/2008 - 1ª S/SS.....	189
RECUSA DE VISTO	
Acórdão n° 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão n° 005/2008 - 1ª S/PL	204
Acórdão n° 023/2008 - 1ª S/SS.....	189
Acórdão n° 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão n° 035/2008 - 1ª S/SS.....	191
Acórdão n° 038/2008 - 1ª S/SS.....	192
Acórdão n° 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
Acórdão n° 053/2008 - 1ª S/SS.....	195
Acórdão n° 058/2008 - 1ª S/SS.....	197
Acórdão n° 064/2008 - 1ª S/SS.....	198
Acórdão n° 067/2008 - 1ª S/SS.....	199
Acórdão n° 079/2008 - 1ª S/SS.....	200
Acórdão n° 090/2008 - 1ª S/SS.....	201
REEMBOLSO E ADIANTAMENTO	
Relatório Síntese n° 001/2008 - 2ª S/SS.....	215
REEQUILÍBRIO FINANCEIRO	
Acórdão n° 026/2008 - 1ª S/SS.....	190
Acórdão n° 047/2008 - 1ª S/SS.....	193
Relatório de Auditoria n° 006/2008 - 2ª S/SS	213
REGULAMENTO MUNICIPAL DE LIQUIDAÇÃO E COBRANÇA DE TAXAS E LICENÇAS	
Relatório de Auditoria n° 011/2008 - 2ª S/SS	214
REGULAMENTO MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO	
Relatório de Auditoria n° 011/2008 - 2ª S/SS	214
REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES	
Relatório de Auditoria n° 024/2008 - 2ª S/SS	215
RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA	
Relatório de Auditoria n° 004/2008 - FC/SRM.....	229
RESPONSABILIDADE SANCIONATÓRIA	
Acórdão n° 057/2008 - 1ª S/SS.....	196
RESTRICÇÃO DE CONCORRÊNCIA	
Acórdão n° 044/2008 - 1ª S/SS.....	193
Acórdão n° 090/2008 - 1ª S/SS.....	201
RETROACTIVIDADE	
Acórdão n° 008/2008 - 1ª S/PL	208
RISCO DO PROJECTO	
Relatório de Auditoria n° 006/2008 - 2ª S/SS	213
SANEAMENTO FINANCEIRO	

Acórdão nº 026/2008 - 1ª S/SS	190
Acórdão nº 047/2008 - 1ª S/SS	193
Acórdão nº 058/2008 - 1ª S/SS	197
SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL REGIONAL	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM.....	229
SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES	
Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS	213
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
SEGURANÇA FERROVIÁRIA	
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
SEGURO DE SAÚDE	
Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL	204
Acórdão nº 053/2008 - 1ª S/SS	195
SERVIÇOS MUNICIPALIZADOS DE ÁGUA E SANEAMENTO	
Sentença nº 002/2008 – 3ª S	219
SISTEMA DE CONTROLO DE GESTÃO	
Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS	214
SISTEMA DE CONTROLO INFORMÁTICO	
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
SISTEMA DE CONTROLO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA.....	226
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS	215
SITUAÇÃO PERANTE O FISCO E A SEGURANÇA SOCIAL	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA.....	226
SOCIEDADE ANÓNIMA	
Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM.....	229
SOCIEDADES	
Acórdão nº 057/2008 - 1ª S/SS	196
TRABALHOS DE CONCEPÇÃO	
Acórdão nº 079/2008 - 1ª S/SS	200
TRANSFERÊNCIA DE VERBAS	
Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS	214
TRANSPORTE ESCOLAR	
Acórdão nº 008/2008 - 1ª S/PL	208
TRANSPORTE PÚBLICO	
Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS	213
URGÊNCIA	
Acórdão nº 002/2008 - 1ª S/PL	203
Acórdão nº 035/2008 - 1ª S/SS	191
URGENTE NECESSIDADE	

Acórdão n° 064/2008 - 1ª S/SS	198
VALOR DO CONTRATO	
Sentença n° 002/2008 – 3ª S	219
VISTO COM RECOMENDAÇÕES	
Acórdão n° 044/2008 - 1ª S/SS	193
Acórdão n° 073/2008 - 1ª S/SS	200
VOGAL	
Sentença n° 002/2008 – 3ª S	219

1ª SECÇÃO

CONTROLO PRÉVIO

Acórdão n.º 003/2008 - 1.ª S/SS

Recurso Ordinário n.º 2/2007-E

Processo n.º: 1546/2007

1.ª Secção em Subsecção – 22/01/2008

Sumário:

1. No cálculo dos emolumentos devidos pelo visto em contratos de execução prolongada no tempo e donde emergem obrigações a satisfazer com periodicidade regular, ainda que respectivo *quantum* não seja uniforme ao longo da respectiva execução, aplica-se o disposto no n.º 2 do art.º 5.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (RJETC) anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.
2. O prazo para pagamento dos emolumentos devidos pelo visto em contratos é:
 - Nos contratos cuja execução se inicie após o visto, 30 dias a contar do início da execução (n.º 1 do art.º 7.º do RJETC);
 - Nos contratos cuja execução se inicie antes do visto, até ao último dia do mês seguinte àquele em que for feita a notificação da decisão (de visto) do processo (art. 3.º do RJETC).

CONTRATO DE EXECUÇÃO PERIÓDICA / EMOLUMENTOS / PAGAMENTO / PRAZO / PROCESSO DE VISTO / RECURSO ORDINÁRIO

Acórdão n.º 023/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 1460/2007

1.ª Secção em Subsecção – 18/02/2008

Sumário:

1. Quando não se verifica a aplicação dos mecanismos de saneamento ou reequilíbrio financeiro, a consolidação e reprogramação de dívidas do município a instituições financeiras, com origem em créditos cedidos àquelas instituições por credores da

autarquia, não é enquadrável em nenhuma das finalidades previstas no art.º 38.º, n.º 4 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, nem em qualquer outro mecanismo de endividamento municipal admitido na lei.

2. A violação de normas financeiras constitui fundamento para a recusa de visto, nos termos da al. b) do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

CESSÃO DE CRÉDITOS / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / CONTRATO DE FACTORING / DÍVIDA A FORNECEDORES / ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL / FINANCIAMENTO / INVESTIMENTO MUNICIPAL / RECUSA DE VISTO

Acórdão n.º 026/2008 - 1ª S/SS

Processo n.º: 1598/2007

1ªSecção em Subsecção – 19/02/2008

Sumário:

1. Nos termos do n.º 1 do art.º 40.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, os municípios que se encontrem em situação de *desequilíbrio financeiro conjuntural* devem contrair empréstimos para saneamento financeiro, tendo em vista a reprogramação da dívida e a consolidação de passivos financeiros, desde que o resultado da operação não aumente o nível de endividamento líquido dos municípios (cfr. art.º 33.º, n.º 1 da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro e art.º 39.º, n.º 2 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro).
2. De acordo com o n.º 2 do referido preceito legal os pedidos de empréstimo para saneamento dos municípios devem ser instruídos com um Estudo Fundamentado sobre a Situação Financeira da autarquia e com um Plano de Saneamento Financeiro, para o período a que respeita o empréstimo.
3. A insuficiência e a falta de sustentabilidade do Plano de Saneamento Financeiro têm por consequência o não preenchimento do condicionalismo previsto no art.º 40.º da Lei n.º 2/2007, ou seja, a falta de verificação dos pressupostos conducentes à caracteri-

zação da situação financeira do município como sendo de desequilíbrio conjuntural, e, por isso, a falta de preenchimento das condições necessárias para o recurso ao presente empréstimo, enquanto instrumento recuperador do equilíbrio das finanças municipais, num quadro de saneamento financeiro.

4. A violação do disposto no art.º 40.º da citada Lei, norma de inquestionável natureza financeira, constitui, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. b) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamento para a recusa de visto.

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / REEQUILÍBRIO FINANCEIRO / DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO CONJUNTURAL / ENDIVIDAMENTO LÍQUIDO / ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL / NORMA FINANCEIRA / PASSIVO FINANCEIRO / PLANO / RECUSA DE VISTO / SANEAMENTO FINANCEIRO

Acórdão n.º 035/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 773/2007, 774/2007 e 1220/2007

1.ª Secção em Subsecção – 06/03/2008

Sumário:

1. Incorre no vício de violação de lei do art.º 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, a entidade adjudicante que, colocada na posição de real decisor e perante a urgência na celebração de contratos de prestação de serviços por ajuste directo com consulta prévia, no âmbito de combate a incêndios florestais, não previu com a antecedência bastante não existirem os meios aéreos necessários de combate aos incêndios.
2. Não estando reunidos os pressupostos exigidos pelo invocado preceito legal, nomeadamente a existência de acontecimentos imprevisíveis, a adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público (cfr. art.º 80.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
3. A omissão de concurso público, quando obrigatório e se mostre justificado o circunstancialismo dos autos – adopção do proce-

dimento denominado por ajuste directo com consulta prévia quando o procedimento a adoptar deveria ser o concurso público - torna nulo o procedimento e o subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código do Procedimento Administrativo), o que constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

AJUSTE DIRECTO / CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA / CONCURSO PÚBLICO / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / URGÊNCIA

Acórdão n.º 038/2008 - 1ª S/SS

Processo n.º: 56/2008 e 57/2008

1ª Secção em Subsecção – 10/03/2008

Sumário:

1. Os investimentos a cujo financiamento se destinam os empréstimos em causa encontram-se integralmente executados e pagos, pelo que não há necessidade de financiamento por parte do município para satisfazer os encargos emergentes dos contratos relativos aos mencionados investimentos, sob pena de violação dos arts. 35.º e 38.º, n.º 4 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.
2. A violação dos normativos legais citados, normas de inquestionável natureza financeira, constitui fundamento para a recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. b) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

FINANCIAMENTO / CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / CUSTO CONTROLADO / ENDIVIDAMENTO LÍQUIDO / ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL / FINANCIAMENTO / HABITAÇÃO SOCIAL / LIMITE DE ENDIVIDAMENTO / RECUSA DE VISTO

Acórdão n.º 044/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 1475/2007

1.ª Secção em Subsecção – 25/03/2008

Sumário:

1. Numa associação de empresas constituída com o objectivo de apresentar uma proposta conjunta num concurso de obra pública basta que uma delas cumpra os valores mínimos para a demonstração da capacidade económica e financeira para que se deva considerar que o consórcio também as cumpre (cfr. art.º 57.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
2. A violação da disposição legal citada é susceptível de restringir o universo concorrencial e, conseqüentemente, de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.
3. Não estando adquirida a ocorrência efectiva da alteração do resultado financeiro do contrato e não constando dos autos que a entidade adjudicante tenha sido objecto de qualquer recomendação anterior relativa ao normativo em causa, mostra-se justificado o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da referida lei.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS / CAPACIDADE FINANCEIRA E ECONÓMICA / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / VISTO COM RECOMENDAÇÕES

Acórdão n.º 047/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 1504/2007

1.ª Secção em Subsecção – 28/03/2008

Sumário:

1. Os pedidos de empréstimo para saneamento financeiro dos municípios contraídos nos termos do art.º 3.º, n.º 1 e 4 conjugado

com o art.º 8.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 38/2008, de 7 de Março devem ser instruídos com um estudo fundamentado sobre a situação financeira do município e um plano de saneamento financeiro para o período a que respeita o empréstimo.

2. Não cumpre as exigências legais relativas à sua programação financeira, o Plano de Saneamento Financeiro que vai apenas até 2013 quando o empréstimo respectivo tem o prazo de doze anos, isto é, prolonga-se até 2020 (cfr. art.º 40.º, n.º 2 da Lei das Finanças Locais (LFL) e art.º 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 38/2007, de 7 de Março).
3. Não cumpre, ainda, as exigências decorrentes do n.º 2 do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 38/2008, exigências que já decorriam do art.º 40.º da LFL, o Plano de Saneamento Financeiro que refere “medidas a implementar” genéricas, vagas e imprecisas, que é completamente omissa quanto a investimentos a realizar e que não quantifica o impacto financeiro e orçamental de cada uma das medidas a adoptar, como o exige a al. g) do citado art.º 4.º, n.º 2 e a própria natureza dum plano de saneamento financeiro.
4. Os complementos informativos prestados pelo município para justificação do Plano de Saneamento Financeiro adoptado, os quais incluem um plano de redução do excesso de endividamento onde se prevê que em 2015 o endividamento do município se contenha dentro dos limites fixados na Lei das Finanças Locais e um quadro demonstrativo do impacto financeiro das medidas preconizadas, não são atendíveis, desde logo e além do mais, por não se encontrarem inseridos no Plano de Saneamento e não terem sido aprovados pela Assembleia Municipal.
5. A violação dos preceitos legais citados, normas de inquestionável natureza financeira, constitui fundamento da recusa do visto nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / FINANÇAS LOCAIS / MUNICÍPIO /
NORMA FINANCEIRA / PASSIVO FINANCEIRO / RECUSA DE VIS-
TO / REEQUILÍBRIO FINANCEIRO / SANEAMENTO FINANCEIRO

Sumário:

1. Não tem fundamento legal a contratação de serviços de seguros nas áreas da saúde, vida e acidentes pessoais para os trabalhadores da Administração Local, a qual implica a assumpção de despesas com um esquema de protecção social cumulativo com o sistema público, com idênticas coberturas (cfr. Decreto-Lei n.º 118/83, de 25 de Fevereiro, Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, e Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro).
2. A realização de despesas não permitidas por lei viola o disposto nos arts. 3.º, n.º 2, al. e), da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, 42.º, n.º 6, al. a), da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, aplicável *ex vi* do art.º 4.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2007, e ponto 2.3.4.2. do POCAL, normas de inquestionável natureza financeira.
3. As deliberações de qualquer órgão do município que determine ou autorize a realização de despesas não permitidas por lei são nulas, nos termos dos arts. 3.º, n.º 4 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, e 95.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro.
4. A violação directa de normas financeiras e a nulidade constituem fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, als. a) e b) Da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

ACÇÃO SOCIAL COMPLEMENTAR / AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / AUTARQUIA LOCAL / AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS / CONTRATO DE FORNECIMENTO / FUNCIONÁRIO PÚBLICO / NORMA FINANCEIRA / NULIDADE / PRINCÍPIO DA LEGALIDADE / PROTECÇÃO NA DOENÇA / RECUSA DE VISTO / SEGURO DE SAÚDE

Sumário:

1. A produção de todos os efeitos do contrato à data da sua entrada no Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, torna inútil a apreciação do contrato nesta sede (cfr. art.º 5.º, n.º 1, al. c) e art.º 44.º, n.º 1 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto).
2. A efectivação de pagamentos decorrentes do contrato antes da sua remessa ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia viola o disposto no art.º 45.º, n.º 1 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, gerando responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do disposto no art.º 65.º, n.º 1, al. b) do mesmo diploma legal.
3. A inobservância do prazo de remessa dos contratos que produzem efeitos antes do visto, 20 dias a contar do início da produção do efeitos, viola o preceituado no art.º 81.º, n.º 2 da citada Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, infracção punível com multa, nos termos do art.º 66.º, n.º 1, al. e) do mencionado diploma legal.
4. O insuficiente esclarecimento das circunstâncias em que se verificaram as infracções referidas, a existência de eventuais recomendações do Tribunal de Contas no sentido de serem corrigidas possíveis irregularidades dos procedimentos adoptados pelos referidos municípios justifica a autuação por apenso a estes autos do processo pertinente para apuramento deste circunstancialismo, o que se ordena.

APENSAÇÃO DE PROCESSOS / CONTRATO DE GESTÃO / EFICÁCIA DO VISTO / ESCRITURA PÚBLICA / FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / INOBSERVÂNCIA DE PRAZO / RESPONSABILIDADE SANCIONATÓRIA / SOCIEDADES

Sumário:

1. Os empréstimos para saneamento financeiro dos municípios que se encontrem em situação de desequilíbrio financeiro conjuntural podem ser celebrados desde que o resultado da operação não aumente o endividamento líquido dos mesmos (cfr. art.º 40.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro).
2. Os pedidos de empréstimos para saneamento financeiro devem ser instruídos com um estudo fundamentado sobre a situação financeira da autarquia e um plano de saneamento financeiro para o período a que respeita o empréstimo (cfr. art.º 40.º, n.º 2 da Lei n.º 2/2007).
3. Na medida em que o empréstimo contraído não está sustentado num plano apto a operar o saneamento financeiro do município, encontra-se violado o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 40.º da referida Lei.
4. A violação das normas financeiras citadas constitui fundamento para a recusa de visto, nos termos da al. b) do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

**CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / SANEAMENTO FINANCEIRO /
DÍVIDA A FORNECEDORES / FINANÇAS LOCAIS / DESEQUILÍ-
BRIO FINANCEIRO CONJUNTURAL / PLANO / ENDIVIDAMENTO
LÍQUIDO / ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL / RECUSA DE VISTO**

Sumário:

1. Na contratação pública, o regime regra da escolha do co-contratante particular na realização de despesas públicas, em geral, e na aquisição de serviços, em particular, é o concurso público, nos termos do art.º 183.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);
2. O ajuste directo – como excepção àquele regime regra, - apenas é admitido, independentemente do valor estimado do contrato, quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante (cfr. art.º 136.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
3. Não podem invocar-se motivos de urgência imperiosa na escolha do procedimento por ajuste directo, quando para a elaboração e entrega do projecto da obra se demora cerca de dois anos, e para a celebração do contrato de empreitada mais dois anos;
4. Não pode considerar-se, ainda, que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra quando a entidade adjudicante teve todo o tempo e todas as possibilidades de conceber, planear e implementar o processo conducente à realização da obra que dizem ser, há longo tempo, de grande importância para a região.
5. Não se verificando os pressupostos que justificam a escolha do procedimento por ajuste directo, resulta violado o disposto no art.º 136.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março, impondo-se, ao invés, a realização de concurso público, de harmonia com o disposto no art.º 48.º, n.º 2, al. a) do referido diploma legal;

6. A falta de concurso público, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código do Procedimento Administrativo).
7. Tal nulidade é fundamento da recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

AJUSTE DIRECTO / URGENTE NECESSIDADE / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / CONCURSO PÚBLICO / NULIDADE / RECUSA DE VISTO

Acórdão n.º 067/2008 - 1ª S/SS

Processo n.º: 199/2008

1ª Secção em Subsecção – 20/05/2008

Sumário:

1. A introdução de diferentes ponderações relativas para os vários sub factores do critério de adjudicação pela Comissão de análise das propostas, na fase de apreciação das mesmas, constitui uma violação do disposto nos arts. 66.º, n.º 1, al. e) e 100.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, ofendendo ainda princípios fundamentais dos processos de contratação pública e de realização das despesas públicas.
2. A ilegalidade em causa é susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO / PROGRAMA DE CONCURSO / APRECIACÃO DAS PROPOSTAS / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / RECUSA DE VISTO

Acórdão n.º 073/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 432/2008

1.ª Secção em Subsecção – 27/05/2008

Sumário:

1. Os encargos relativos à montagem, construção, desmontagem e demolição do estaleiro são da responsabilidade do dono da obra e constituem um preço contratual unitário (cfr. art.º 24.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
2. A violação do preceito legal citado é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.
3. Não estando adquirida a efectiva ocorrência da alteração do resultado financeiro do contrato e não constando dos autos que a entidade adjudicante tenha sido objecto de recomendação anterior relativa ao normativo em causa, afigura-se justificado o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
DONO DA OBRA / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / ESTA-
LEIRO DE CONSTRUÇÃO / VISTO COM RECOMENDAÇÕES

Acórdão n.º 079/2008 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 465/2008

1.ª Secção em Subsecção – 17/06/2008

Sumário:

1. Nos contratos de concepção destinados a fornecer projectos ou planos, designadamente nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico e da arquitectura – concursos de ideias – pode-se conferir, ou não, o direito à celebração de um contrato de prestação de serviços na sua sequência (cfr. art.º 164.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

2. No contrato em apreço, pretendeu-se obter não só os trabalhos de concepção da campanha publicitária, mas também, desde logo, a execução da mesma (concepção e proposta de operacionalização), pelo que, nos termos do art.º 165.º, n.º 3 do citado diploma legal, a entidade adjudicante, aquando da escolha do procedimento, deveria ter tido em conta não só a despesa a suportar pelos trabalhos de concepção, como também, a despesa do respectivo contrato.
3. Atento o valor apurado (aquisição da ideia/projecto e contrato de prestação de serviços) a entidade adjudicante deveria ter lançado um concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação de âmbito internacional para a adjudicação dos trabalhos de concepção. Só assim poderia, depois, adjudicar a prestação de serviços subsequente por ajuste directo ao abrigo da al. h) do n.º 1 do art.º 86.º do Decreto-Lei n.º 197/99).
4. A falta de concurso público ou limitado por prévia qualificação, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código do Procedimento Administrativo) provocando, conseqüentemente, a nulidade da contratação dos trabalhos de concepção e o contrato.
5. A nulidade constitui fundamento da recusa do visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

AJUSTE DIRECTO / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / CONCURSO PÚBLICO / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / TRABALHOS DE CONCEPÇÃO

Acórdão n.º 090/2008 - 1ª S/SS

Processo n.º: 534/2008

1ª Secção em Subsecção – 24/06/2008

Sumário:

1. A exigência, no programa e no anúncio de abertura do concurso, de alvará de empreiteiro geral de edifícios de construção tradi-

cional, em classe correspondente ao valor global da proposta, e, em alternativa, duas subcategorias da 1.ª categoria, em classe correspondente ao valor da proposta, viola o disposto no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

2. O preço das cópias a fornecer aos interessados é, apenas, o seu preço de custo, o que exclui o custo inerente à preparação e elaboração dos documentos a fotocopiar (cfr. art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
3. A referência no mapa de quantidades a marcas comerciais, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “do tipo” ou “ou equivalente”, viola o disposto no art.º 65.º, n.º 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
4. A violação dos preceitos legais citados é susceptível de restringir o universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.
5. Apesar de não estar demonstrado nos autos a ocorrência efectiva de alteração do resultado financeiro do contrato, a entidade adjudicante já foi objecto de três recomendações anteriores relativas à violação dos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, fundamento suficiente para recusa do visto ao contrato em apreço.

ACESSO A DOCUMENTOS / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ALVARÁ / CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS / EMPOLAMENTO DE PREÇOS / FOTOCÓPIA / HABILITAÇÃO A CONCURSO / MARCAS E PATENTES / PREÇOS / PROCESSO DE CONCURSO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / RECUSA DE VISTO

Sumário:

1. A alínea c) do n.º 1 do artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, faz depender a possibilidade de recurso ao ajuste directo da verificação cumulativa de vários pressupostos, nomeadamente da existência de urgência imperiosa, de que ela seja resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra e de que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra.
2. Não pode dar-se como verificada a existência de urgência imperiosa quando os melhoramentos a introduzir nas condições de prestação dos serviços públicos não possam beneficiar os utentes que os utilizam antes da respectiva introdução, pois essa circunstância verifica-se frequentemente e não pode fundamentar o recurso a um mecanismo que a lei configurou como claramente excepcional.
3. Não pode dar-se como verificado o pressuposto de que a eventual urgência resulte de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, cujas circunstâncias não lhe sejam imputáveis, quando a necessidade das obras se tenha evidenciado através de actos inseridos na sua própria actuação, que ele teve a possibilidade de ponderar e avaliar, sem envolver quaisquer surpresas.
4. Não sendo legalmente admissível o ajuste directo, a falta de concurso torna nulo o procedimento e o contrato subsequente.

AJUSTE DIRECTO / CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA / CONCURSO PÚBLICO / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / URGÊNCIA

Acórdão nº 005/2008 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 028/2007

Processo nº: 1051/2007

Plenário da 1ª Secção – 26/02/2008

Sumário:

1. A LIPOR, Serviço Intermunicipalizado de Gestão de Resíduos do Grande Porto, é uma Associação de Municípios, pessoa colectiva de direito público.
2. Não são aplicáveis à contratação e atribuição de seguros de saúde aos trabalhadores da LIPOR os artºs 19º, nº 1 al. b) do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho e 5º, nº 1 al a) do Decreto-Lei nº 53-A/98, de 11 de Março.
3. Não existe suporte legal para a contratação dum seguro de saúde a atribuir aos trabalhadores da LIPOR.
4. Além de violarem directamente normas financeiras, são nulas as deliberações que determinem ou autorizem a realização de despesas sem lei permissiva.

ASSISTÊNCIA NA DOENÇA / ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS /
NORMA FINANCEIRA / NULIDADE / PROTECÇÃO SOCIAL /
RECUSA DE VISTO / SEGURO DE SAÚDE

Acórdão nº 007/2008 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 002/2008

Processo nº: 1439/2007

Plenário da 1ª Secção – 08/04/2008

Sumário:

1. Existem motivos de urgência imperiosa quando se concluir que o interesse público em realizar o contrato de prestação de serviços com a máxima rapidez se impõe ao interesse público em realizar esse contrato através do concurso público (ou de outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência), sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí

decorrentes causarem ou puderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

2. Acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto.
3. Dito de outro modo: se perante um acontecimento que o decisor público podia e devia prever – acontecimento previsível – este optar pelo ajuste directo, isto significa que ele não procedeu com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado e de que era capaz, tendo, por isso, incorrido em erro sobre os pressupostos do tipo de procedimento adoptado, erro que só aquele pode ser imputado.
4. Em sede de 1.^a instância foi dado como assente o pressuposto relativo à “urgência imperiosa”; a recusa do visto ao contrato deveu-se, no essencial, ao facto de se ter entendido que tal urgência não se deveu a acontecimentos imprevisíveis e que, por consequência, se deveu a acontecimentos imputáveis ao decisor público (entidade adjudicante);
5. Em sede de recurso jurisdicional, a entidade adjudicante alega, entre o mais, que:
 - (i) “todas as diligências, foram planeadas e estruturadas, atempadamente, com base no número de processos de contra-ordenações estimados pela empresa Accenture no estudo” elaborado por esta;
 - (ii) “à medida que a Recorrente foi tomando conhecimento da realidade deparou-se com uma situação completamente inesperada e imprevisível a qual se traduziu não só num número muito superior de processos de contra-ordenação existentes, o qual ia muito para além do estimado no estudo elaborado pela empresa supra referida, como a existência de vários arquivos distritais em condições muito deficientes, designadamente, com números elevadíssimos de processos não arrumados, de processos em mau estado, com riscos gravíssimos de perda de destruição, descaminho, ou em resultado de acidentes, mau

tempo, etc., que exige um tratamento por arquivistas profissionais que a Recorrente além, de não dispor no seu quadro de pessoal, não poder contratar em breve espaço de tempo, nem a forma como a Recorrente foi previamente organizada o permite”;

- (iii) constatou-se “a existência de 800.000 duplicados de autos de contra-ordenação, emitidos entre Agosto de 2006 a Maio de 2007 que não se encontram registados no sistema informático da DGV.”;
- (iv) constatou-se “ a presença de 330 000 originais de autos espalhados pelos serviços desconcentrados da DGV, que deveriam ter sido registados no sistema informático e não o foram ...”;
- (v) constatou-se “a existência de cerca de 6.000 milhões de processos de contra-ordenação guardados em arquivos dos serviços desconcentrados da DGV, em vez dos estimados 1.500.000, o que tornou absolutamente impossível que a Recorrente procedesse à gestão do arquivo por si (...)”, etc. ...

6. Tais factos reportam-se a um estudo incompleto (inicia-se com a pág. 18) junto ao recurso jurisdicional, contratado, ao que tudo indica, entre a Direcção-Geral de Viação e a Accenture, S.A., sendo que o mesmo não contém as questões colocadas a esta última, por forma a que esta pudesse fazer um estudo – mesmo que extrapolado a Abril de 2007 – assertivo e fidedigno;

7. Ou seja, desconhece-se se a DGV colocou, e a título meramente exemplificativo a seguintes questões:

- (i) se existiam originais de autos de contra-ordenações espalhados pelos diversos serviços desconcentrados da DGV;
- (ii) se estes originais estavam todos registados no sistema informático e, no caso negativo, qual o quantum estimado;
- (iii) se existiam documentos – defesas recursos, requerimentos atípicos – por juntar aos processos de contra-ordenações, e no caso positivo, qual o quantum estimado;
- (iv) quais os autos de contra-ordenação que não estavam recepcionados e qual o quantum previsível, pelo menos, à data do invocado estudo (facto também invocado em sede de alegação de recurso);

(v) qual o quantum estimado existente nos diversos arquivos distritais em condições deficientes, que necessitavam de um tratamento por arquivistas profissionais, etc. ...

8. Mas mais: tal Estudo nem sequer consta da fundamentação do acto adjudicatório;
9. Mas mesmo que tal estudo fosse de relevar, em sede de recurso jurisdicional, a imputabilidade da “urgência imperiosa” que, em sede de 1.ª instância se deu como assente, sempre seria atribuída à entidade adjudicante, ou porque se fundamentou em factos que a entidade adjudicante podia e devia prever atempadamente, ou porque o referido Estudo não continha todos os pressupostos fácticos necessários para que o mesmo se pudesse considerar como um estudo fidedigno, sendo que, nesta última hipótese, sempre tal imputabilidade lhe poderia ser assacada, já que tais pressupostos deveriam ser objecto de uma prospecção “ex ante” por parte da entidade adjudicante; ou seja, um Estudo tem um objecto e tal objecto terá sempre que ser definido, em toda a sua plenitude, pela entidade que o contrata;
10. Em síntese: a Recorrente não logrou demonstrar quaisquer factos através dos quais o julgador possa concluir pela ocorrência de “acontecimentos imprevisíveis” resultantes da “urgência imperiosa” dada como assente em sede de 1.ª instância, pelo que o recurso terá, necessariamente, que improceder.

AJUSTE DIRECTO / CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA / CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / IMPUTAÇÃO DO FACTO AO AGENTE / URGÊNCIA

Sumário:

1. A liberdade contratual, ínsita no artigo 405º do Código Civil, postula a existência de negociações preliminares, findas as quais as partes, ponderando os seus interesses, assumem a celebração do contrato e a estipulação das respectivas cláusulas reguladoras;
2. Em direito administrativo, porque está em causa sempre a realização de um interesse público, a formação dos contratos obedece a critérios mais apertados, aplicando-se-lhes, supletivamente, e com as devidas adaptações, os princípios e regras relativos ao procedimento administrativo;
3. De harmonia com o disposto no artigo 181º, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), são aplicáveis à formação dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações, as disposições dos artigos 127º e seguintes, do mesmo Código.
4. Sendo regra, no direito administrativo, a não retroactividade do acto administrativo, - regra que radica nos princípios da legalidade e da segurança jurídica - tal regra comporta, porém, as excepções previstas no artigo 128º, do mesmo CPA;
5. Face ao disposto nas disposições conjugadas dos artigos 181º e 128º, nº2, alínea a), do CPA, é possível às partes, na formação de um contrato, estabelecer a retroactividade dos seus efeitos, quando esta retroactividade lhes seja favorável e não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, desde que, à data a que se pretende fazer remontar a eficácia do contrato, já existissem os pressupostos justificativos dessa retroactividade;
6. É, assim, possível que as partes – pública e privada - num contrato de aquisição de serviços de transporte de alunos, para o ano lectivo de 2007/2008, contrato esse precedido de concurso público, estabeleçam a retroactividade dos seus efeitos, reportada à data do início desse ano lectivo, quando:

- a) Tal estipulação seja favorável a ambas as partes;
 - b) Não lese direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros;
 - c) À data do início do ano lectivo já existam os pressupostos justificativos da adjudicação da prestação daqueles serviços.
7. Já existem os pressupostos justificativos da adjudicação, à data do início do ano lectivo, quando, nesta data, já era conhecido que o valor da proposta da adjudicatária era o mais baixo dos apresentados por todos os concorrentes, sendo que o único critério da adjudicação era o do preço mais baixo, de harmonia com o anúncio e o programa do concurso público, que antecedeu o contrato.

AJUSTE DIRECTO / AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / CONCURSO INTERNACIONAL / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / INTERESSE PÚBLICO / LIBERDADE CONTRATUAL / PRINCÍPIO DA LEGALIDADE / PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA / RETROACTIVIDADE / TRANSPORTE ESCOLAR

2ª SECÇÃO

CONTROLO SUCESSIVO

Relatório de Auditoria nº 005/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 7/2007-AUDIT

31.01.2008

ASSUNTO:

Auditoria temática às derrapagens em obras públicas - Primeiro Relatório Vertical. – Projecto de Reabilitação do Túnel do Rossio.

AUDITORIA TEMÁTICA / ENCARGO FINANCEIRO / ENDIVIDAMENTO BANCÁRIO / FINANCIAMENTO / INOBSERVÂNCIA DE PRAZO / SEGURANÇA FERROVIÁRIA / TRANSPORTE PÚBLICO

Conselheiro Relator: Carlos Manuel Botelho Moreno

Relatório de Auditoria nº 006/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 52/2006-AUDIT

31.01.2008

ASSUNTO:

Auditoria ao Projecto em PPP do Novo Hospital de Cascais.

ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO / AUDITORIA ORIENTADA / AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL / CADERNO DE ENCARGOS / DETERMINAÇÃO DO CUSTO GLOBAL / INTERESSE PÚBLICO / PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / PROCEDIMENTO CONCURSAL / REEQUILÍBRIO FINANCEIRO / RISCO DO PROJECTO / SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

Conselheiro Relator: Lia Olema Videira de Jesus Correia

Relatório de Auditoria nº 011/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 19/2007-AUDIT

13.03.2008

ASSUNTO:

Auditoria Financeira ao Município de Vila Real – Exercícios de 2005 e 2006.

FINANCIAMENTO / AQUISIÇÃO DE BENS / AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / AUDITORIA FINANCEIRA / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL / EMPRÉSTIMO BANCÁRIO / INVENTÁRIO / REGULAMENTO MUNICIPAL DE LIQUIDAÇÃO E COBRANÇA DE TAXAS E LICENÇAS / REGULAMENTO MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO / SISTEMA DE CONTROLO INTERNO / TRANSFERÊNCIA DE VERBAS

Conselheiro Relator: Armindo de Jesus de Sousa Ribeiro

Relatório de Auditoria nº 021/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 24/2008-AUDIT

15.05.2008

ASSUNTO:

Auditoria a Programas de Realojamento – Instituto Nacional de Habitação.

FINANCIAMENTO / ARQUIVAMENTO DO PROCESSO / AUDITORIA INTEGRADA / CONTRATO DE COMPRA E VENDA / DEMONSTRAÇÃO FINANCEIRA / DILIGÊNCIA NO PROCESSO / ENCARGO FINANCEIRO / ESCRITURA / HABITAÇÃO SOCIAL / INFORMATIZAÇÃO / PRORROGAÇÃO DO PRAZO / SISTEMA DE CONTROLO DE GESTÃO

Conselheiro Relator: José Manuel Monteiro da Silva

Relatório de Auditoria nº 024/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 39/2007-AUDIT

26.06.2008

ASSUNTO:

Auditoria Financeira ao Centro de Formação Profissional para o Sector das Pescas (FORPESCAS).

ACCÃO DE FORMAÇÃO / AUDITORIA FINANCEIRA / CLASSIFICAÇÃO ECONÓMICA / CONTABILIDADE ORÇAMENTAL E PATRIMONIAL / DÍVIDA DE/A TERCEIROS / IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCENTADO / PAGAMENTO DE DESPESAS / PAGAMENTO INDEVIDO / PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA (POCP) / PRESTAÇÃO DE CONTAS / PROCEDIMENTO PARA CÁLCULO DO FINANCIAMENTO / REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES / SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES / SISTEMA DE CONTROLO INTERNO / SISTEMA DE CONTROLO INFORMÁTICO

Conselheiro Relator: Manuel Henrique de Freitas Pereira

Relatório Síntese nº 001/2008 - 2ª S/SS

Processo nº: 17/2008-AUDIT

15.05.2008

ASSUNTO:

Auditoria horizontal à área das “Aquisições de bens e serviços ” de quatro instituições de ensino superior. Exercício de 2005.

AQUISIÇÃO DE BENS / AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / AUDITORIA HORIZONTAL / AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS / CABIMENTO ORÇAMENTAL / CONTA BANCÁRIA / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTROLO INTERNO / DÍVIDA A FORNECEDORES / ECONOMIA, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA / FRACCIONAMENTO DA DESPESA / FUNDAMENTAÇÃO LEGAL / PRESTAÇÃO DE CONTAS / REEMBOLSO E ADIANTAMENTO

Conselheiro Relator: António José Avérous Mira Crespo

3ª SECÇÃO

RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS

Sumário:

1. No ano de 2003, os Demandados desempenhavam funções nos serviços Municipalizados de Água e Saneamento, o primeiro como Presidente e os restantes como vogais do Conselho de Administração. Em 13.02.2002, foi adjudicado pelo 1º demandado, por ajuste directo, um contrato de prestação de serviços de apoio judiciário, com o fundamento legal no artº 86º-d) do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.
2. O valor dos serviços contratados por ajuste directo era superior a 25.000 Euros pelo que o procedimento legal era a consulta prévia a, pelo menos, cinco fornecedores – artº 81º-nº 1-a) do Decreto-Lei nº 197/99. Assim, a assunção e a autorização dos pagamentos resultantes do ajuste directo foram todos autorizados e/ou ratificados pelos Demandados integrando a infracção financeira prevista no artº 65º-nº 1-b) da Lei 98/97, de 26 de Agosto.
3. No entanto, e face ao concreto circunstancialismo apurado, constatou-se que os Demandados agiram convictos de que não estavam a cometer qualquer irregularidade ou infracção, que tal convicção não era censurável, pelo que actuaram sem culpa (artº 17º do C. Penal), o que determina a sua absolvição (artº 61º-nº 5, 64º-nº 1 e 67º-nº 3 da Lei nº 98/97).

ABSOLVIÇÃO PRESIDENTE / ADJUDICAÇÃO / AJUSTE DIRECTO / CONSULTA PRÉVIA / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO JUDICIÁRIO / INFRACÇÃO FINANCEIRA / PAGAMENTO INDEVIDO / SERVIÇOS MUNICIPALIZADOS DE ÁGUA E SANEAMENTO / VALOR DO CONTRATO / VOGAL

Acórdão n° 001/2008 – 3ª S/PL

Processo n°: 3 RO – SRM/07

Plenário da 3ª Secção – 30/01/2008

Sumário:

1. O legislador tem sido particularmente duro para os responsáveis da Administração que infringjam o consagrado no Decreto-Lei n° 427/89 (redacção do Decreto-Lei n° 218/98), sobre a celebração de contratos a termo certo, considerando-os nulos e constituindo os responsáveis em responsabilidade civil, disciplinar e financeira – não permitindo que em nenhum caso se admita recorrer à contratação a termo certo para satisfazer necessidades de carácter permanente, impondo-se a autorização prévia ou comunicação à Tutela em todas as situações de celebração contratual.
2. Na apreciação da culpa, a 1ª instância considerou, e bem, que o demandado, sendo Presidente de uma autarquia e advogado, não procedeu com o cuidado a que estava obrigado, potenciando o agravamento da despesa pública. Dada a natureza dos ilícitos, grau de culpa e exigências de prevenção, entende-se que, ao ter aplicado as sanções pelos mínimos legais, não se justifica relevar ou reduzir as responsabilidades, pelo que se nega provimento ao recurso, mantendo-se a sentença.

AUTARQUIA LOCAL / AUTORIZAÇÃO PRÉVIA / CONTRATO DE TRABALHO A TERMO CERTO / CULPA / INFRACÇÃO FINANCEIRA / NULIDADE / PRESIDENTE / RESPONSABILIDADE CIVIL/ RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA SANCIONATÓRIA / TUTELA

Acórdão n° 002/2008 – 3ª S/PL

Processo n°: 1 RO- JRF/2007

Plenário da 3ª Secção – 13/03/2008

Sumário:

1. Foram duas, as deliberações da Câmara Municipal de Lisboa que foram objecto de apreciação nos autos: A primeira, datada de 30 de Julho de 2003, pela qual todos os demandados aprovaram a

proposta n.º 456/03 sobre a realização de obras de adaptação de um imóvel municipal, com vista à instalação temporária de Arquivos Municipais, por ajuste directo e dispensa de celebração de contrato escrito; A segunda, datada de 15 de Outubro de 2003, pela qual os demandados, e mais quatro Vereadores não demandados pelo Ministério Público, aprovaram a proposta n.º 592/03 sobre a adjudicação da empreitada a que se reporta a primeira deliberação a uma empresa de construções.

2. A primeira deliberação, que traduz a intenção prévia de contratar, apenas se reflecte no plano interno da Administração, sendo competente para a escolha do tipo de procedimento a entidade a quem cabe autorizar a despesa (artigos 4º, n.º 1, alínea a), e 7º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho), nada impedindo que o órgão que a tomou (o executivo camarário) a revogasse antes da adjudicação (artigos 138º e segs. do Código do Procedimento Administrativo); Com a segunda deliberação (adjudicação da empreitada), a Administração assume a correspondente despesa e define-se a situação jurídica perante o empreiteiro escolhido, resultando daqui direitos e deveres recíprocos, ficando, pois, a Administração vinculada nesses precisos termos, sendo, assim, a adjudicação um acto administrativo constitutivo de direitos.
3. O ilícito em causa nos autos reporta-se à violação de normas sobre assunção de despesa, sendo ponto assente de que só com a adjudicação, e, logo, através da segunda deliberação, se verificou a assunção de despesa, tendo sido aqui acatada como boa a primeira deliberação que determinou o tipo de procedimento e a dispensa de celebração de contrato escrito. Isto significa que, não obstante o teor da primeira deliberação, que, aliás, não era vinculativa, quem participou na segunda deliberação não podia eximir-se de fazer uma apreciação do regime legal das Empreitadas das Obras Públicas, em particular, das regras sobre a escolha do tipo de procedimento e da dispensa de contrato escrito, devendo, sim, pelo contrário, fazer tal exercício, e no sentido de escolher o procedimento legal.
4. Nestas circunstâncias, temos que o facto ilícito se formou e esgotou no âmbito da segunda deliberação, não tendo a primeira deliberação lhe emprestado quaisquer pressupostos para o seu preenchimento, ou, por outras palavras, dir-se-á que a segunda delibera-

ção, integra, na sua plenitude, o facto ilícito, inexistindo nexos de causalidade que permita imputá-lo a quem apenas participou na primeira deliberação. Assim, não se vislumbra, que a ilegal assunção de despesa (facto ilícito) tenha sido causada por qualquer dos demandados absolvidos, pelo que se considera que a sentença recorrida não merece qualquer censura por ter absolvido os demandados que participaram apenas na primeira deliberação, e, conseqüentemente, improcede o recurso interposto pelo Ministério Público.

AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS / ADJUDICAÇÃO / AJUSTE DIREC-
TO / DELIBERAÇÃO / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS /
NORMA FINANCEIRA

SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES

Decisão n.º 009/2008 – SRA

Processo n.º: 33/2008

Sessão ordinária – 29/04/2008

Sumário:

1. Do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e no ponto 6.2. do programa de concurso tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, resulta, nomeadamente, que nos concursos de obras públicas:
 - Deve ser exigida aos concorrentes a habilitação com a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivo;
 - Esta subcategoria terá de ser de classe que cubra o valor global da proposta.
2. A ilegalidade decorrente da falta de especificação da subcategoria de classe que cubra o valor global da obra pode conduzir à admissão de concorrentes que preenchem os requisitos do programa do concurso, mas que não estão habilitados a executar a obra.
3. O programa do concurso deve enunciar o critério de adjudicação, com a indicação da ponderação a atribuir a cada um dos factores de apreciação das propostas.

**ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE/
CONCURSO PÚBLICO / CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS
PÚBLICAS / CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO / HABILITAÇÃO DOS
CONCORRENTES / RECOMENDAÇÃO**

Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FC/SRA

Processo nº: 7/103.01-AUDIT

23.01.2008

ASSUNTO:

Auditoria à DRAC – Direcção Regional da Cultura e Serviços dependentes (proc. pessoal).

AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / AUDITORIA ORIENTADA / CATIVAÇÃO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTAL / CONCURSO DE ACESSO / CONCURSO DE INGRESSO / FUNDAMENTAÇÃO LEGAL / MÉTODOS DE SELECÇÃO / INFORMAÇÃO DE CABIMENTO / PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS / PUBLICITAÇÃO / LISTAS DE CLASSIFICAÇÃO / RECRUTAMENTO DE PESSOAL / SITUAÇÃO PERANTE O FISCO E A SEGURANÇA SOCIAL

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

Relatório de Auditoria nº 003/2008 - FS/SRA

Processo nº: 7/127.03-AUDIT

30.01.2008

ASSUNTO:

Auditoria ao Contrato Programa de Desenvolvimento de Promoção Turística – DRT/ATA

AUDITORIA ORIENTADA / FINANCIAMENTO / CONTRATO-PROGRAMA / DATA DE INÍCIO E EXECUÇÃO DO CONTRATO / EXECUÇÃO FINANCEIRA / SISTEMA DE CONTROLO INTERNO

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA

Relatório de Auditoria nº 002/2008 - FS/SRM

Processo nº: 9/2007-AUDIT

14.02.2008

ASSUNTO:

Auditoria à IGA – Investimentos e Gestão da Água, SA – 2006.

AUDITORIA ORIENTADA / CONTRATO DE CONCESSÃO / EMPRESA PÚBLICA / PROJECTO DE INVESTIMENTO / SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL REGIONAL / SOCIEDADE ANÓNIMA

Conselheiro Relator: Manuel Roberto Mota Botelho

Relatório de Auditoria nº 004/2008 - FC/SRM

Processo nº: 6/2007-AUDIT

26.06.2008

ASSUNTO:

Auditoria à Secretaria Regional dos Assuntos Sociais – 2007.

AUDITORIA ORIENTADA / CARREIRA TÉCNICA SUPERIOR / CONTRATO A TERMO RESOLUTIVO / CONTRATO DE AVENÇA / CONTRATO DE TAREFA / DISPENSA DE ESTÁGIO / FINANCIAMENTO/ MEMBRO DO GABINETE / PAGAMENTO EM DUPLICADO / PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO / REALIZAÇÃO DE DESPESA PÚBLICA / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA

Conselheiro Relator: Manuel Roberto Mota Botelho

JURISPRUDÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS

Com relevância para a actividade do Tribunal de Contas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 346/2008

Processo n.º 256/08

Plenário

Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues

Acordam no Plenário do Tribunal Constitucional:

A – Relatório

1 - O Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira, invocando o disposto no art.º 281.º, n.º 2, alínea g), da Constituição da República Portuguesa, requer a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade e da ilegalidade dos artigos 117.º e 118.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2008).

2 – O teor das normas em questão é o que se segue:

«Artigo 117.º

Necessidades de financiamento das regiões autónomas

1 - As Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira não podem acordar contratualmente novos empréstimos, incluindo todas as formas de dívida, que impliquem um aumento do seu endividamento líquido.

2 - Podem excepcionar-se do disposto no número anterior, nos termos e condições a definir por despacho do ministro responsável pela área das finanças, empréstimos e amortizações destinados ao financiamento de projectos com participação de fundos comunitários.

3 - O montante de endividamento líquido regional, compatível com o conceito de necessidade de financiamento do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC95), é equivalente à diferença entre a soma dos passivos financeiros, qualquer que seja a sua forma, incluindo nomeadamente os empréstimos contraídos, os contratos de locação financeira e as dívidas a fornecedores, e a soma dos activos financeiros, nomeadamente o

saldo de caixa, os depósitos em instituições financeiras e as aplicações de tesouraria.

Artigo 118.º

Transferências orçamentais para as regiões autónomas

1 - Nos termos do artigo 37.º da Lei Orgânica n.º 1/2007, de 19 de Fevereiro, são transferidas as seguintes verbas:

- a) ...
- b) € 185 863 280 para a Região Autónoma da Madeira.

2 - Nos termos do artigo 38.º da Lei Orgânica n.º 1/2007, de 19 de Fevereiro, são transferidas as seguintes verbas:

- a) ...
- b) € 24 394 555 para a Região Autónoma da Madeira.»

3 – Fundamentando o seu pedido, o Requerente alegou, em síntese, o seguinte:

Os artigos 117.º e 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008 padecem de inconstitucionalidade e de ilegalidade.

Foi violado o direito de audição dos órgãos de governo das regiões previsto na Constituição e nos Estatutos e, no que especificamente respeita ao artigo 118.º da Lei do Orçamento, foram ainda violados o artigo 118.º, n.º 2, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira e o artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento do Orçamento de Estado.

O Requerente tem *legitimidade* para pedir a declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade das referidas normas orçamentais, uma vez que está em causa a violação dos direitos das regiões autónomas e, ainda, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira.

A Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira *não foi devidamente ouvida no processo de aprovação da Lei do orçamento* e houve, deste modo, ofensa do artigo 229.º, n.º 2, da Constituição, dos artigos 89.º e seguintes, do Estatuto da Região Autónoma da Madeira e do artigo 4.º da Lei n.º 40/96, de 31 de Agosto, que regula a audição dos órgãos de governo das Regiões Autónomas.

A votação final global da Lei do Orçamento ficou concluída a 23 de Novembro de 2007. Ora a respectiva Proposta só foi enviada para parecer da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira em 16 de Novembro de 2007, tendo a sua efectiva recepção apenas ocorrido no dia

19 de Novembro de 2007. Antes que tivesse oportunidade de se pronunciar foi drasticamente surpreendida com a votação final nos dias 22 e 23 de Novembro.

A Assembleia da República "no decurso do prazo concedido para a emissão de parecer por parte da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira e sem esperar por ele, inopinadamente efectuou a votação na especialidade e encerrou a sua participação no procedimento legislativo pela votação final global da futura Lei do Orçamento de Estado para 2008".

Deste modo, foi atribuído, à Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira, um prazo de apenas 3 dias para se pronunciar, em manifesta violação do prazo de 15 dias, conferido pela Lei n.º 40/96, de 31 de Agosto, que lhe permitiria exercer devidamente o seu direito de audição.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional é a este respeito clara. Os Acórdãos n.ºs 670/99 e 581/2007 postulam uma "consideração substancialista do direito de audição". E o Acórdão n.º 130/2006 confirma que a obrigatoriedade do direito de audição não pode ser convertida numa "formalidade sem sentido útil".

O artigo 118.º da Lei do Orçamento de Estado viola a cláusula do *não retrocesso financeiro*, consagrada no artigo 118.º, n.º 2, do EPARAM, na redacção aprovada pela Lei n.º 130/99, de 21 de Agosto.

De facto, o valor transferido em 2008, de € 185 863 280 é inferior ao que foi transferido em 2006, € 204 888 536. É verdade que tal valor é superior ao valor de € 170 895 000 transferido em 2007, mas este valor era "também ele inconstitucional".

Nem sequer se diga que o único padrão aferidor das relações entre o Estado e as Regiões Autónomas é o constante da Lei das Finanças das Regiões Autónomas, Lei Orgânica n.º 1/2007, de 19 de Fevereiro, que se aplicou retroactivamente – e também inconstitucionalmente – a partir de 1 de Janeiro de 2007".

É a própria Lei das Finanças das Regiões Autónomas que expressamente se subordina aos Estatutos Político-Administrativos.

O mesmo artigo 118.º da Lei do Orçamento para 2008 *viola, ainda*, o artigo 88.º, n.º 2, da *Lei de Enquadramento do Orçamento de Estado*.

Na verdade, o Programa de Estabilidade e Crescimento não permite legitimar a redução do valor das transferências orçamentais para as regiões.

Basta ver que, por um lado, as transferências para os Açores aumentaram. De facto, "enquanto que os Açores receberam, em 2008, € 286 060 663 e em 2007, € 223 436 000 contra os € 210 066 776 de 2006, já a Madeira recebeu em 2008, € 185 863 280, e em 2007, € 170 895 000, contra os € 204 888 536 de 2006".

Por outro lado, é manifesto que o próprio Estado não mostra capacidade para cumprir os parâmetros do Programa de Estabilidade e Crescimento, "bastando dizer, para o justificar, que para 2007 e em relação a 2006, as despesas de funcionamento do Estado aumentaram 9,4 %, as despesas sobem 3,1%, o serviço da dívida aumenta 16% e os encargos financeiros da dívida pública aumentaram 8,1%".

Assim, a redução das transferências orçamentais para a Região Autónoma da Madeira não se pode justificar com base em tal Programa uma vez que o próprio Estado não reduziu o seu passivo orçamental de modo a cumpri-lo.

Conclui, pois, o Requerente, pedindo ao Tribunal que declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos artigos 117.º e 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008 (Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro).

4 – Notificado, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na sua actual versão (LTC), o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos, enviando, simultaneamente, cópia da documentação relativa aos trabalhos preparatórios da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro – Orçamento de Estado para 2008 –, acompanhada de um índice detalhado.

5 – Discutido o memorando apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional, nos termos do art. 63.º da LTC, e fixada a orientação do Tribunal, procedeu-se à distribuição do processo, cumprindo agora dar corpo à decisão.

B – Fundamentação

6 – A questão da legitimidade do requerente

Nos termos do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas, com força obrigatória geral, quando «o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto».

Este pressuposto está realizado, no que respeita ao pedido de declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade, agora formulado, com fundamento em violação do dever de audição das Regiões Autónomas, previsto na Constituição e no Estatuto Político-Administrativo.

O Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira é, também, parte legítima para pedir a declaração da ilegalidade do artigo 118.º da Lei do Orçamento para 2008, alegando violação do Estatuto Político-Administrativo da Madeira.

Todavia, não tem ele legitimidade processual para suscitar questões de ilegalidade com base em outras leis que não sejam o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira e, deste modo, não pode suscitar a questão de ilegalidade à luz do artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental.

Foi o que explicou este Tribunal, no Acórdão n.º 581/07, publicado no *Diário da República II Série*, de 8 de Janeiro de 2008, e disponível, também, em www.tribunalconstitucional.pt (onde se impugnava a norma do artigo 126.º da Lei do Orçamento de Estado para 2007, com base precisamente nos mesmos preceitos que agora se invocam, ou seja, o artigo 118.º, n.º 2, do EPARAM e o artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento do Orçamento):

"Quanto à regra do não retrocesso financeiro, é patente que ela se inscreve no EPARAM estando contida no seu artigo 118.º. De um ponto de vista formal, não pode, pois, negar-se que esta norma é susceptível da qualificação habilitante do requerimento de declaração de ilegalidade apresentado.

Já o mesmo se não diga do disposto no artigo 88.º, n.º 2, da Lei de enquadramento orçamental. Ainda que este diploma seja uma lei de valor reforçado, com valência paramétrica da legalidade das normas constantes das Leis anuais do Orçamento (artigo 106.º, n.º 1, da CRP), a verdade é que ele não cai dentro da esfera de legitimidade restringida, quanto a iniciativas de fiscalização abstracta da legalidade, consagrada na alínea g) do n.º 2 do artigo 281.º da CRP."

Quando o Requerente pede a declaração de ilegalidade do artigo 118.º da Lei do Orçamento para 2008 com base no artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento do Orçamento, não formula nem um pedido de "declaração de inconstitucionalidade fundado em violação dos direitos das regiões", nem um pedido de "declaração de ilegalidade fundado no respectivo estatuto".

Ora, só a violação da Constituição da República Portuguesa e do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira conferem ao Presidente da respectiva Assembleia Legislativa legitimidade para impugnar a validade de normas legais, requerendo ao Tribunal Constitucional a declaração da sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Ao pedir a declaração de ilegalidade do artigo 118.º da Lei do Orçamento com base no artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento do Orçamento, o Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira não se está a basear nem na Constituição da República Portuguesa nem Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira.

Não tem, portanto, legitimidade processual para o fazer.

7 – Da alegada violação do direito de audição das regiões autónomas

É indiscutível que existe uma obrigatoriedade de audição das regiões sempre que a Assembleia da República aprove leis que lhes digam respeito.

De facto o artigo 229.º, n.º 2, da Constituição estabelece peremptoriamente que "os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional". Essa obrigatoriedade de audição surge também reiterada no artigo 89.º, n.º 1, do EPARAM, onde se prescreve que "a Assembleia e o Governo da República ouvem os órgãos de governo próprio da Região Autónoma sempre que exerçam poder legislativo ou regulamentar em matérias da respectiva competência que à Região digam respeito".

Este dever de audição dos órgãos próprios das regiões, no que respeita às matérias que lhes digam respeito deve ser cumprido de modo a garantir que as regiões autónomas são efectivamente ouvidas num momento em que as sugestões que porventura façam possam ainda ser tidas em conta na discussão das propostas ou projectos de lei.

A este respeito é particularmente esclarecedor o Acórdão n.º 130/2006 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), onde se pode ler:

"Entende o Tribunal que – sob pena de se esvaziar o direito de audição, convertendo a obrigatoriedade de audição numa formalidade sem sentido útil – a oportunidade da pronúncia do titular do direito deve situar-se numa fase do procedimento legislativo adequada à ponderação, pelo órgão legiferante, do parecer que aquele venha a emitir, com a possibilidade da sua directa incidência nas opções da legislação projectada.

O cabal exercício do direito de audição pressupõe, assim, que, além de um prazo razoável para o efeito, ele se exerça (ou possa

exercer) num momento tal que a sua finalidade (participação e influência na decisão legislativa) se possa atingir, tendo sempre em conta o objecto possível da pronúncia".

O Requerente entende que a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira *não foi ouvida em tempo útil*.

Vejamos se realmente assim foi.

A Proposta de Lei n.º 162/X, que deu início ao processo de aprovação do Orçamento de Estado para 2008, entrou na Assembleia da República no dia 12 de Outubro de 2007.

Dessa Proposta de lei constava um artigo 114.º, que se referia aos limites do endividamento líquido das regiões e um artigo 115.º, que era relativo às transferências orçamentais para as regiões autónomas.

Estes artigos da proposta de Lei correspondem, respectivamente, aos artigos 117.º e 118.º da Lei do Orçamento de Estado, que agora se impugnam por falta de audição.

O citado artigo 115.º manteve-se inalterado no decurso de todo o processo legislativo na Assembleia da República; o artigo 116.º, pelo contrário, foi objecto de uma rectificação referente aos valores em euros das transferências para as regiões.

Em concreto procedeu-se a um aumento de tais valores face ao que constava da Proposta que entrou na Assembleia da República.

Essa rectificação foi feita através do Ofício n.º 1789, de 12 de Outubro, que deu entrada no Gabinete do Ministro dos Assuntos Parlamentares no dia 17 de Outubro de 2007. Este Ministro encaminhou, no mesmo dia, tal rectificação (através do Ofício n.º 8299 MAP de 17 de Outubro), ao Presidente da Assembleia da República. E este, por sua vez, enviou-a, no dia seguinte de manhã (18 de Outubro), por via electrónica, às 11 horas e 53 minutos, com a menção de "urgente", ao Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

Em resposta à Proposta de Lei n.º 162/X (com a rectificação introduzida pelo Ofício n.º 1789, de 12 de Outubro), foi enviado à Assembleia da República, no dia 2 de Novembro de 2007, também por via electrónica, o Parecer da 2ª Comissão Especializada Permanente (Economia, Finanças e Turismo) da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

Era o seguinte o teor de tal Parecer, na parte que agora importa:

"10ª Proposta de alteração do artigo 114.º"

Propõe-se a seguinte alteração ao artigo 114.º para permitir o aumento do endividamento líquido da Região Autónoma da Madeira em 50 milhões:

Artigo 114.º

Necessidades de financiamento das regiões autónomas

1 - As Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira podem acordar contratualmente novos empréstimos, incluindo todas as formas de dívida, que impliquem um aumento do seu endividamento líquido superior a 50 milhões de euros para cada região autónoma.

2. ...

3. ...

11ª Aditamento de um artigo 115.º-A

Propõe-se o aditamento de um artigo referente ao IVA, de modo a garantir que as Regiões Autónomas receberão em 2008 o mesmo valor de receita de IVA que receberiam pela aplicação do método da capitação, em cumprimento do disposto no artigo 21.º, n.º 3, da Lei n.º 13/98 de 24 de Fevereiro, conjugado com a alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º da Lei Orgânica n.º 1/2007 de 19 de Fevereiro:

Artigo 115.º-A

Transferência a Título de compensação do IVA

Fica o Governo autorizado, através do Ministro responsável pela área das finanças, a transferir para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, as verbas necessárias para cumprir o disposto no artigo 21.º, n.º 3, da Lei n.º 13/98, de 24 de Fevereiro, tendo como referência o valor que resultaria para cada região da aplicação em 2007 e em 2008 do método da capitação."

Como se vê, o Parecer da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira propõe uma alteração ao artigo 114.º da Proposta de Lei n.º 162/X e sugere, ainda, que seja acrescentado um artigo 115.º-A (que, obviamente se seguiria ao artigo 115.º).

O debate na generalidade iniciou-se no dia 6 de Novembro (Diário da Assembleia da República, I série, de 7 de Novembro).

No dia 8 de Novembro, terminou o debate na generalidade.

Foi enviada à Mesa uma declaração de voto dos deputados Jacinto Serrão, Maximiano Martins e Júlia Caré, do PS, que fazia referência à questão das transferências orçamentais para as regiões autónomas e à correcção feita nos valores, no sentido do seu aumento [pelo acima citado Ofício n.º 1789, de 12 de Outubro], "face a uma aparente divergência dos critérios da Lei de Finanças das Regiões Autónomas" (Diário da Assembleia da República, I série, de 9 de Novembro, p. 39-40).

Nesse mesmo dia, a Proposta de Lei n.º 162/X foi aprovada na generalidade, com os votos a favor do PS e os votos contra dos restantes partidos. Baixou à Comissão para aprovação na especialidade.

No dia 23 de Novembro, os artigos 114.º e 115.º da Proposta de Lei n.º 162/X foram aprovados na especialidade (Diário da Assembleia da República, I série, de 24 de Novembro, p. 56) e, nesse mesmo dia, se procedeu à votação final global do Orçamento.

Destes factos, documentados nos trabalhos preparatórios, resulta claro que a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira teve oportunidade de se pronunciar sobre os preceitos constantes dos artigos 114.º e 115.º (com a rectificação introduzida pelo ofício n.º 1789, de 12 de Outubro).

Fê-lo através do seu Parecer de 2 de Novembro, elaborado pela 2ª Comissão Especializada Permanente (Economia, Finanças e Turismo).

Esse parecer entrou na Assembleia da República 6 dias antes da aprovação da Proposta de lei n.º 162/X, na generalidade, e 21 dias antes da aprovação, na especialidade, das normas dos artigos 114.º e 115.º dessa Proposta, que correspondem aos artigos 117.º e 118.º da lei do Orçamento que agora se impugnam.

É certo que, no dia 16 de Novembro de 2007, foram enviadas à Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira alterações à Proposta de Lei n.º 162/X para esta se pronunciar, e que, segundo o Requerente, só terão sido recebidas no dia 19.

E é também certo que, logo nos dias 22 e 23 decorreria a votação na especialidade do Orçamento.

Contudo, as alterações à Proposta que estavam em causa não se referiam, em nada, aos artigos 114.º e 115.º da Proposta de Lei n.º 162/X, que viriam a dar origem aos artigos 117.º e 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008, agora impugnados por falta de audição.

A Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira teve, pois, oportunidade de se pronunciar, e pronunciou-se, efectivamente, sobre as normas que agora impugna.

E a audição realizou-se em termos constitucional e legalmente adequados. Foi-lhe concedido um prazo razoável que lhe permitiu pronunciar-se antes do início da discussão.

De facto, no Acórdão 670/99 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), o Tribunal considerou que o prazo de 15 dias é suficiente para garantir a efectividade prática do direito de audição, previsto no artigo 229.º, n.º 2, da Constituição da República e no artigo 89, n.º 1, do EPARAM, concluindo nestes termos: "Pode, então, tomar-se

como medida razoável de prazo para a generalidade dos casos o que a Lei n.º 40/96 definiu como regra – quinze dias”).

Aí se entendeu também que, dado que a pronúncia das regiões autónomas só pode incidir sobre normas específicas (as que especificamente digam respeitem às regiões), o momento relevante para efeitos de direito de audição seria a discussão e aprovação na especialidade.

Esta doutrina viria depois a ser reafirmada no Acórdão n.º 529/01 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt) e, mais recentemente, no referido Acórdão n.º 581/07.

Nesses arestos, o Tribunal reafirmou uma distinção básica quanto ao momento adequado para a audição das regiões autónomas, em função do âmbito ou da extensão do objecto dessa audição.

Assim, se a audição incidir “sobre a globalidade da proposta de lei ou sobre os respectivos princípios”, o pedido de parecer há-de ser formulado “com a antecedência suficiente sobre a data do início da discussão na generalidade”; se respeitar apenas a normas específicas da proposta, a audição pode ser desencadeada antes do “início da discussão da proposta de lei na especialidade”.

Ora, como vimos, a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira foi chamada a pronunciar-se, e pronunciou-se, sobre as normas agora impugnadas, bastante tempo antes da sua discussão e votação na especialidade, tendo disposto para tal do prazo de 15 dias legalmente previsto (no artigo 6.º da Lei n.º 40/96, que regula a audição dos órgãos de governo das regiões autónomas).

A Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira foi, portanto, devidamente ouvida sobre as normas constantes dos artigos 114.º e 115.º da Proposta de Lei n.º 162/X que vieram a ser aprovadas, na especialidade, a 23 de Novembro de 2007.

A Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira não pode negar que teve oportunidade de se pronunciar sobre o conteúdo dos artigos 117.º e 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008, nos exactos termos em que foram aprovados.

Note-se que não houve a mínima alteração entre as normas constantes da proposta de lei n.º 162/X (devidamente rectificadas) que foi apresentada à Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira para que ela se pronunciasse (e sobre a qual ela efectivamente se pronunciou) e a versão final dessas mesmas normas que veio a constar da Lei do Orçamento aprovada pela Assembleia da República. Os preceitos são absolutamente idênticos, seja nas palavras usadas, seja nos números apresentados.

É certo que as propostas de alteração formuladas no Parecer não foram aprovadas pela Assembleia da República. Mas, como é evidente, o direito de audição das regiões autónomas não implica um direito à aprovação das propostas de alteração por elas apresentadas. Como se esclareceu no já citado Acórdão n.º 670/99: "sem dúvida que o órgão de soberania não está vinculado aos termos da resposta dada [pela região autónoma]".

Deste modo, não há qualquer violação do dever de audição da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

8 – A questão da violação da cláusula de não retrocesso financeiro do artigo 118.º, n.º 2, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira.

A Lei Orgânica n.º 1/2007, de 19 de Fevereiro (Lei de Finanças das Regiões Autónomas), determina que será a Lei do Orçamento de Estado a fixar, anualmente, "as verbas a transferir para cada uma das Regiões Autónomas" (artigo 37.º, n.º 1).

O artigo 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008 dá pois execução ao que o artigo 37.º, n.º 1, da Lei das Finanças das Regiões Autónomas determina.

O Requerente alega, contudo, que a norma da Lei do Orçamento para 2008 é ilegal, por violação do artigo 118.º, n.º 2, do EPARAM.

Essa disposição, recorde-se, determina que "[e]m caso algum, as verbas a transferir pelo Estado podem ser inferiores ao montante transferido pelo Orçamento do ano anterior multiplicado pela taxa de crescimento da despesa pública corrente no Orçamento do ano respectivo".

O Tribunal já afirmou, por mais de uma vez, que as normas relativas às "relações financeiras entre o Estado e as regiões autónomas" não estão abrangidas na "reserva de Estatuto" e não possuem por isso a força normativa própria de tal diploma.

De facto, já no Acórdão n.º 567/2004 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), o Tribunal considerou que o artigo 85.º da Lei de Enquadramento do Orçamento de Estado, ao admitir que a Lei do Orçamento de Estado pudesse "determinar transferências de montante inferior àquele que resultaria das leis financeiras aplicáveis a cada subsector", não violaria a reserva de Estatuto.

Aí se explicou que «não ocorre violação da “reserva de estatuto” sempre que uma norma o contrarie. E depois explica-se (começando por citar o Acórdão n.º 162/1999):

“ «Não basta, pois, que uma determinada norma conste de um estatuto regional para que a sua alteração por um decreto-lei importe violação da reserva de estatuto [...] Essa violação só existirá se essa norma constante do estatuto pertencer ao âmbito material estatutário – ou seja: se ela regular questão materialmente estatutária».

Ora, fora da reserva de estatuto está necessariamente “o regime de finanças das regiões autónomas” – alínea t) do artigo 164.º da Constituição – e nomeadamente a matéria das “relações financeiras entre a República e as regiões autónomas” – n.º 3 do artigo 229.º da Constituição –, que é matéria reservada à competência legislativa da Assembleia da República.”

Também no Acórdão n.º 238/2008 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), em que o Tribunal apreciou a conformidade das normas do artigo 37.º, n.ºs 2 a 7, da Lei de Finanças das Regiões Autónomas com o artigo 118.º do EPARAM, se concluiu:

"De tudo o que anteriormente se expôs decorre a necessária conclusão de que, por força da repartição constitucional de competências, os parâmetros de validade jurídica das normas relativas às relações financeiras entre o Estado e as Regiões Autónomas se devem procurar na Constituição e não nos Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas".

Além disso o Tribunal teve já oportunidade de se pronunciar sobre uma questão perfeitamente idêntica, nos seus traços essenciais, àquela que agora se suscita.

Tal sucedeu no referido Acórdão n.º 581/2007.

O Requerente pede a declaração de ilegalidade da norma da Lei do Orçamento que se referia às transferências orçamentais para a Região Autónoma da Madeira (artigo 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008), fundado no preceito constante 118.º, n.º 2, do EPARAM.

Ora, no processo que deu origem àquele acórdão, decidido no ano passado, o mesmo Requerente pediu a declaração de ilegalidade da norma da Lei do Orçamento que se referia às transferências orçamentais para a Região Autónoma da Madeira (o artigo 126.º da Lei do Orçamento de Estado para 2007), fundado no mesmo artigo 118.º, n.º 2, do EPARAM.

Como se vê, as questões são, essencialmente, idênticas.

No mencionado Acórdão n.º 581/2007, o Tribunal apreciou pois, a pedido do ora Requerente, a questão da ilegalidade da norma contida no

artigo 126.º da Lei do Orçamento do Estado para 2007 (Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro), que corresponde, no seu conteúdo essencial, à norma do artigo 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2008 (Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro).

O Tribunal começou, nesse acórdão, por reconhecer que compete à Assembleia da República «definir, em cada ano, na Lei do Orçamento do Estado, o montante a transferir para os Açores e para a Madeira», para, depois, ponderar o seguinte:

"A cláusula de não retrocesso consta da norma contida no n.º 2 do artigo 118.º (transferências orçamentais) do EPARAM, a qual é do seguinte teor:

«Em caso algum, as verbas a transferir pelo Estado podem ser inferiores ao montante transferido pelo Orçamento do ano anterior multiplicado pela taxa de crescimento da despesa pública corrente no Orçamento do ano respectivo.»

Vem arguido que a Lei do Orçamento do Estado, ao determinar um montante de transferência financeira, para 2007, inferior ao do ano anterior, viola aquela norma estatutária, norma de legalidade reforçada, que não pode ser desvirtuada por uma lei comum, como o é a lei orçamental.

Em abono desta tese, desenvolvem-se considerações tendentes a demonstrar a prevalência hierárquica de cada Estatuto Político-Administrativo das Regiões Autónomas sobre a Lei de Finanças das Regiões Autónomas (Lei Orgânica n.º 1/2007, de 19 de Fevereiro) e sobre a Lei de enquadramento orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto).

Importa reconhecer, na verdade, que uma definição rigorosa da natureza e âmbito normativo dos Estatutos das Regiões Autónomas é determinante do juízo a emitir sobre o facto de o n.º 2 do artigo 118.º do EPARAM não ter sido obedecido.

A Constituição não nos indica, pela positiva, quais as matérias que devem constituir objecto de reserva de lei estatutária. Mas daí não pode concluir-se que ganham necessariamente essa qualidade, à margem de qualquer predicado material objectivo do seu conteúdo, todas as normas que constam dos Estatutos, por simples decorrência dessa formal localização sistemática".

Depois continuou, ainda, o mesmo Acórdão:

“Compete a este órgão de soberania [ou seja, à Assembleia da República] definir, em cada ano, na Lei do Orçamento do Estado,

o montante a transferir para os Açores e para a Madeira. Por isso mesmo, no artigo 106.º, n.º 3, alínea e), da CRP, se determina que a proposta de Orçamento seja acompanhada de relatórios sobre «as transferências de verbas para as regiões autónomas».

Não pode, pois, uma regra formalmente integrada nos Estatutos impor um limite aos poderes parlamentares de fixação do montante das verbas a transferir, restringindo a competência da Assembleia da República para efectuar os ajustamentos anuais que entenda justificados.

A tese contrária implicaria uma constrição da competência parlamentar na regulação das relações financeiras entre o Estado central e as regiões autónomas que não estaria constitucionalmente sufragada.

Por isso mesmo, é seguro concluir que, seja qual for o significado a atribuir aos termos literais da proibição peremptória de retrocesso, cominada no n.º 2 do artigo 118.º do EPARAM, esta norma não pode prevalecer-se de um estatuto que não possui – o de integrante da reserva material de estatuto – para suplantar o regime instituído por uma Lei do Orçamento do Estado.

Daí que o facto de o comando contido naquela norma não ter sido observado não representa uma violação estatutária, inexistindo a ilegalidade que daí decorreria”.

O Tribunal não encontra, nem foram apresentadas pelo Requerente, quaisquer razões que justifiquem que não aceite a fundamentação desenvolvida no citado Acórdão n.º 581/07, que, por isso, aqui se renova.

C – Decisão

9 – Destarte, atento o exposto, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Não conhecer, por falta de legitimidade do requerente, do pedido de declaração de ilegalidade do artigo 118.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2008), na parte em que se funda na violação do artigo 88.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental;
- b) Não declarar a inconstitucionalidade nem a ilegalidade, com fundamento na preterição do direito de audição das regiões autónomas, dos artigos 117.º e 118.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro;

- c) Não declarar a ilegalidade da norma do artigo 118.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, por violação da cláusula de não retrocesso financeiro constante do artigo 118.º, n.º 2, do EPA-RAM.

Lisboa, 25 de Junho de 2008

Benjamim Rodrigues
Carlos Fernandes Cadilha
Maria Lúcia Amaral
Maria João Antunes
Gil Galvão

João Cura Mariano
José Borges Soeiro
Ana Maria Guerra Martins
Joaquim de Sousa Ribeiro
Mário José de Araújo Torres
Carlos Pamplona de Oliveira, com declaração
Vítor Gomes

(Com declaração de voto idêntica à apontada no acórdão n.º 581/07)
Rui Manuel Moura Ramos

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a decisão, mas devo precisar o seguinte: assevera-se, no acórdão, de resto em consonância com a jurisprudência do Tribunal, que os presidentes dos Governos Regionais não têm "legitimidade processual" para suscitar questões de ilegalidade com base em outras leis que não sejam os estatutos político-administrativos de cada uma das Regiões.

Tal entendimento radica no disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 281º da Constituição, preceito que fixa, no seu n.º 1, os poderes do Tribunal Constitucional em matéria de "fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade", e que, no n.º 2, identifica os órgãos e as entidades com competência para formular ao Tribunal Constitucional os correspondentes pedidos. Todavia, a alínea g) deste n.º 2, ao tratar especificamente dos órgãos e entidades de âmbito regional que selecciona para o efeito, não lhes confere competência irrestrita neste domínio, pois apenas permite a formulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade fundados na "violação dos direitos das regiões autónomas", e a formulação de pedidos de declaração de ilegalidade fundados na "violação do respectivo estatuto".

No que agora interessa, antes da 6ª revisão constitucional o preceito autorizava as entidades regionais a formularem pedidos de declaração de ilegalidade fundados não só na violação do estatuto da respectiva região, mas também na violação de "lei geral da República".

Afigura-se-me que a alteração desta norma traiu o pensamento do legislador constituinte que, não desejando limitar a competência das autoridades regionais nesta matéria, teria pretendido, apenas, adequar o texto constitucional à extinção das "leis gerais da República", como categoria própria de actos legislativos. Ora, sendo certo que antes da revisão de 2004 as autoridades regionais podiam indubitavelmente pedir a declaração de ilegalidade de quaisquer normas legais "com fundamento em violação de lei com valor reforçado" (alínea b) do n.º 1 do preceito) – por estas serem necessariamente "leis gerais da República" –, tudo indica que, a partir daquela lei de revisão, deixaram de poder pedir a declaração de ilegalidade de normas "com fundamento em violação de lei com valor reforçado" (a alínea b) do n.º 1 do preceito não sofreu alteração) por a sua competência, nesta área, ter ficado reduzida aos casos em que o pedido é formulado unicamente com fundamento na violação "do respectivo estatuto".

Esta circunstância tem consequências relevantes, uma vez que por força da actual redacção do n.º 3 do artigo 229º da Constituição "as relações financeiras entre a República e as regiões autónomas" passam a ser regula-

das por uma lei de valor reforçado, mas obrigatoriamente não estatutária (artigos 229º n.º 3, 164º alínea t) e 166º n.º 2 da Constituição).

Mantenho, todavia, o entendimento – que já expressei em declaração anexa ao Acórdão n.º 581/07 – de que a norma constante do n.º 2 do artigo 118º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira não pode ser considerada como parâmetro de legalidade por ser, ela própria, desconforme com o citado n.º 3 do artigo 229º da Constituição.

Carlos Pamplona de Oliveira

A presente Informação dá cumprimento ao disposto no Despacho do Ex.^{mo} Senhor Director-Geral, onde se solicita ao DCP a elaboração de um Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 346/2008, a publicar na Revista do Tribunal de Contas do 1.º semestre de 2008.

Atento o despacho da Senhora Auditora-Coordenadora do solicitado Departamento, procedemos à elaboração do referido Comentário ao Acórdão, que ora apresentamos, focando-nos nas circunstâncias, nele inscritas, que constituem assunto relevante para a competente função do Tribunal de Contas, e que, segundo o nosso entendimento, é a questão do papel do Tribunal de Contas na prossecução da garantia da estabilidade orçamental.

O FORO PRÓPRIO DO CONTROLO JURISDICCIONAL DA LEGALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL.

**Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 346/2008
Proc. 256/08.**

- 1) O presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira requereu a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade e da ilegalidade das normas que estabelecem as medidas de estabilidade orçamental, inscritas na Lei do Orçamento do Estado para 2008, (vg. arts. 117.º e 118.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro).
- 2) Fundamenta a sua decisão (i) na violação do direito de audição dos órgãos de governo das Regiões, previsto na Constituição e no Estatuto Político-Administrativo da Região, nos termos do qual, “os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional”, (ii) na violação da cláusula do não retrocesso financeiro, inscrita no art. 118.º, n.º 2 do Estatuto, que dispõe que “as verbas a transferir pelo Estado não podem ser inferiores às transferidas pelo orçamento do ano

anterior multiplicado pela taxa de crescimento da despesa pública corrente no Orçamento do ano respectivo”, e ainda (iii) na violação da Lei de Enquadramento Orçamental, concretamente o seu n.º 2 do art. 88.º, que fixa as condições para a redução das transferências do orçamento do Estado, para um montante inferior ao que resultaria das leis de finanças das regiões autónomas.

- 3) Na decisão que ora se comenta o Tribunal Constitucional não declarou nem a inconstitucionalidade, nem a ilegalidade das normas impugnadas, ditando os seguintes fundamentos: (i) relativamente ao direito de audição, previsto na Constituição e no Estatuto da Região, o Tribunal Constitucional já se pronunciou várias vezes, afirmando a sua “visão substancialista do direito de audição”. Com base nesse entendimento, concluiu-se no aresto que a audição da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira se realizou nos termos constitucional e legalmente adequados, uma vez que foi chamada a pronunciar-se e pronunciou-se sobre as normas ora impugnadas, bastante tempo antes da sua discussão e votação na especialidade, que era o momento adequado para efeitos do direito de audição, dispondo ainda, para tal, do prazo de 15 dias legalmente previsto no art. 6.º da Lei 40/96, que regula a audição dos órgãos de governo das RA; (ii) quanto à questão da violação da cláusula de não retrocesso financeiro, do art. 118.º/2 do Estatuto da Região, também aqui o Tribunal Constitucional tem vindo a afirmar, em vários Acórdãos, que “só há violação do Estatuto Regional se essa norma constante do Estatuto pertencer ao âmbito material estatutário – ou seja se ela regular questão materialmente estatutária.” Referindo ainda que “o regime de finanças das Regiões Autónomas está fora da reserva de Estatuto, alínea t) do art. 164.º da Constituição, e nomeadamente a matéria das relações financeiras entre a República e as Regiões Autónomas é matéria reservada à competência legislativa da Assembleia da República, n.º 3 do art. 229.º CRP.”
- (iii) Já relativamente ao pedido de declaração de ilegalidade do art. 118.º da LOE/2008, com fundamento na violação do n.º 2 do art. 88.º da Lei de Enquadramento Orçamental, que fixa os limites para a redução das transferências do orçamento do Estado que resultariam da aplicação da Lei de Finanças Regionais, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido de não conhecer do pedido de declaração de ilegalidade, **por falta de legitimidade do requerente**. – Nos termos do preceito constitucional, alínea g), do n.º 2, do art. 281.º CRP, os Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas apenas podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou

de ilegalidade, com força obrigatória geral, quando “o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das Regiões Autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto”. Pelo que, só a violação da Constituição da República Portuguesa e do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira conferem ao requerente legitimidade para impugnar a validade das normas legais, através de requerimento ao Tribunal Constitucional – constituindo, este entendimento, jurisprudência assente do Tribunal Constitucional.

COMENTÁRIO

I

Focando-nos neste último ponto do requerimento, e como já dissemos, ele refere-se ao pedido de declaração de ilegalidade do artigo 118.º da Lei do Orçamento do Estado para 2008, com fundamento na violação do n.º 2 do artigo 88.º da Lei de Enquadramento Orçamental¹ (LEO), concretamente o Instituto da Estabilidade Orçamental, uma vez que, segundo o requerente, reduziu ilegitimamente as transferências orçamentais para a Região, contrariamente ao permitido pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Esta norma do artigo 118.º, da LOE/2008, que fixou o montante das transferências orçamentais para as Regiões Autónomas, está de facto vinculada aos parâmetros estabelecidos no n.º 2, do art. 88.º da LEO, que constitui uma lei de valor reforçado², e onde se inscrevem as condições em que as reduções das transferências orçamentais³ podem ser feitas – e cujo objectivo é assegurar a estabilidade orçamental e a solidariedade recíproca, decorrentes das vinculações do Estado Português no âmbito do Tratado da Comunidade Europeia e do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

¹ Lei 91/2001, de 20 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Lei orgânica 2/2002, de 28 de Agosto, Lei 23/2003, de 2 de Julho e pela Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto.

² A Lei de Enquadramento do Orçamento é reforçada perante um critério de parametricidade específica, ou seja, apresenta um conteúdo de natureza paramétrica que deve servir de pressuposto material à disciplina normativa estabelecida por estes outros actos legislativos. Como é o caso, ao estabelecer os princípios inderrogáveis pela lei anual dos orçamentos do Estado e das Regiões Autónomas (arts. 106.º/1, 164.º/r, 227.º/1/r e 232.º/1 CRP). A Lei de enquadramento do orçamento estabelece as regras e princípios vinculativos de elaboração, organização, votação e execução da lei anual do orçamento (art. 106.º/1 CRP). In Prof. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 728.

³ Condições que segundo o requerente não se verificaram.

Dispõe esta norma que a redução das transferências orçamentais, para um montante inferior ao que resultaria das leis financeiras especialmente aplicáveis ao subsector, depende sempre da verificação de circunstâncias excepcionais, imperiosamente exigidas pela rigorosa observância das obrigações decorrentes do Programa de Estabilidade e Crescimento e dos princípios da proporcionalidade, não arbítrio e solidariedade recíproca, e que serão introduzidos na lei do orçamento do Estado aprovado pela AR, com precedência de audição prévia dos órgãos constitucionais e legalmente competentes das Regiões.

E este comentário deve-se ao facto de, por força da LEO, a verificação do cumprimento da estabilidade orçamental ser efectuada pelos órgãos que são competentes para a verificação do controlo orçamental. Sendo que, e ainda nos termos deste diploma, o Tribunal de Contas é o órgão jurisdicionalmente competente para esse controlo⁴.

Façamos então uma breve incursão pelas regras que estabelecem os princípios, procedimentos e garantias da estabilidade orçamental, no intuito de estabelecer os termos em que esse controlo pode ser exercido pelo Tribunal de Contas.⁵

Como ponto prévio, diga-se que estas normas que constituem a lei da estabilidade orçamental destinam-se a cumprir as obrigações que em matéria de estabilidade orçamental decorrem do art. 104.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e do Pacto de Estabilidade e Crescimento, até à sua plena realização.

No que diz respeito ao Tratado, como dispõe expressamente o art. 104.º, “os Estados-membros devem evitar défices excessivos”. Para isso, “a Comissão acompanhará a evolução da situação orçamental e do montante da dívida pública nos Estados-membros, a fim de identificar desvios importantes.” E examina, especialmente, o cumprimento da disciplina orçamental com base nos dois critérios seguintes:

- Se a relação entre o défice orçamental programado ou verificado e o produto interno bruto excede um valor de referência, que é de 3% nos termos do protocolo relativo ao procedimento aplicável em caso de défice excessivo, anexo ao Tratado, excepto se essa relação tiver baixado de forma substancial e contínua ou se o excesso for meramente excepcional e temporário e, em ambos os casos, desde que o valor se situe perto do valor de referência;

⁴ Cfr. art. 56.º, n.º 6 da LEO.

⁵ Também chamadas de lei da estabilidade orçamental, que faz parte integrante da já referida Lei de Enquadramento Orçamental.

- e se a relação entre a dívida pública e o produto interno bruto a preços de mercado excede 60% (também nos termos do protocolo), “excepto se essa relação se encontrar em diminuição significativa e se estiver a aproximar, de forma satisfatória, do valor de referência.”

Por sua vez, no Pacto de Estabilidade e Crescimento, prevêem-se as medidas preventivas e dissuasivas na prossecução dos objectivos de estabilidade, e é constituído por três elementos juridicamente vinculativos:

Pela Resolução do Conselho Europeu de Amesterdão de 17 de Junho de 1997, pelo Regulamento (CE) n.º 1466/97 do Conselho, de 7 de Julho, que constitui a sua vertente preventiva, consagrando o reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, e o Regulamento (CE) n.º 1467/97, do Conselho de 7 de Julho, que integra a vertente dissuasiva, através da aceleração e clarificação do procedimento relativo aos défices excessivos.⁶

Desta forma, os Estados-Membros da União comprometeram-se a respeitar o objectivo orçamental a médio prazo e de assegurar situações próximas do equilíbrio ou excedentárias,⁷ tomando as medidas de correcção orçamental necessárias logo que obtenham informações que indiquem o risco de um défice excessivo, ou logo que este se tenha verificado, além de se comprometerem a tomar as medidas de correcção orçamental necessárias para alcançar os objectivos fixados nos “programas de estabilidade”,⁸

⁶ O Pacto foi entretanto revisto, através de alterações introduzidas nos seus dois regulamentos, respectivamente, pelos Regulamento (CE) n.º 1055/2005, de 27 de Junho, e Regulamento (CE) n.º 1056/2005, de 27 de Junho. Nos termos do relatório ECOFIN de 20 de Março de 2005, intitulado “Melhorar a aplicação do pacto de estabilidade e crescimento” pretendeu-se reforçar a componente económica e a eficácia do pacto, tanto na sua vertente preventiva como correctiva, a fim de salvaguardar a sustentabilidade das finanças públicas a longo prazo. Agora face à heterogeneidade económica e orçamental da União o objectivo de médio prazo (situação orçamental próxima do equilíbrio ou excedentária) deve ser diferenciado para cada Estado-Membro, de modo a ter em conta a diversidade das situações e dos desenvolvimentos económicos e orçamentais. Este relatório foi aprovado pelo Conselho Europeu de 22 e 23 de Março de 2005. Veja-se ainda o Regulamento (CE) n.º 475/2000, do Conselho de 28 de Fevereiro, relativo à aplicação dos procedimentos relativos a défices excessivos e que altera o Regulamento (CE) 3605/93 do Conselho, no âmbito da substituição do sistema europeu de contas de 79 pelo SEC/95, que passou a aplicar-se a partir de 2000.

⁷ Sob pena de procedimento sancionatório por défice excessivo.

⁸ No “programa de estabilidade” o Estado descreve os objectivos a médio prazo relativos ao défice e à dívida pública, as medidas orçamentais e outras de política económica que pensa adoptar para atingir os objectivos do programa, uma avaliação dos efeitos quantitativos no orçamento, no caso das medidas orçamentais, e os principais cenários de evolução macroeconómica.

que o Estado está obrigado⁹ a apresentar ao Conselho e à Comissão, anualmente e actualizado, e onde constem as informações necessárias ao exercício da supervisão multilateral regular¹⁰ prevista no artigo 99.º do Tratado CE, de modo a proporcionar a base essencial para a estabilidade dos preços e um crescimento sustentável.¹¹

Foi, portanto, para fazer face a estas obrigações comunitárias que a Lei da Estabilidade Orçamental veio definir os princípios e procedimentos específicos – a que devem obedecer a aprovação e execução dos orçamentos de todo o sector público administrativo, sendo aplicados, sem prejuízo do princípio da independência orçamental, aos orçamentos das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais¹² – e ainda regras de garantia da estabilidade orçamental. Sendo essencialmente os seguintes:

- 1) Os princípios constantes do diploma são os da **estabilidade orçamental**, da **solidariedade recíproca** e da **transparência orçamental**, traduzidos, respectivamente, numa situação de equilíbrio ou excedente orçamental que é calculado de acordo com a definição constante do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC-95), nas condições definidas para cada um dos sectores; na obrigação de todos os subsectores contribuírem proporcionalmente para a realização do princípio da estabilidade orçamental, de modo a evitar situações de desigualdade; e como forma de garantir estes objectivos um princípio da transparência traduzido numa obrigação de informação, dos organismos que integram o sector público administrativo, sempre que ocorram circunstâncias capazes de colocar em causa as medidas de estabilidade.¹³
- 2) Estipulou ainda este diploma que, após os objectivos devidamente identificados para cada um dos subsectores, no cumprimento do programa de estabilidade e crescimento, estabelece-se a **inserção de medidas de estabilidade orçamental na lei do Orçamento do Estado**, para além da possibilidade de **fixação de limites específicos de endividamento anual para cada subsector, e de**

⁹ Para os Estados que tenham adoptado a moeda única.

¹⁰ O Conselho com base em relatórios apresentados pela Comissão, acompanhará a evolução económica em cada Estado e na Comunidade e verificará a compatibilidade das políticas económicas com as orientações gerais das políticas económicas dos Estados-Membros e da Comunidade previamente aprovadas, art. 99.º do TCE.

¹¹ Cfr. art. 3.º do Reg. (CE) n.º 1466/97.

¹² Cfr. arts. 82.º e 83.º LEO.

¹³ Cfr. art. 84.º LEO.

transferências do Orçamento do Estado de montante inferior àquele que resultaria das leis financeiras especialmente aplicáveis a cada subsector, no caso a Lei de Finanças das Regiões Autónomas.¹⁴

- 3) Inseriu ainda as **garantias da estabilidade orçamental, onde se inclui a verificação do seu cumprimento - pelos órgãos competentes para o controlo orçamental nos termos da Lei de Enquadramento Orçamental.**

E, nos termos desta Lei, o órgão jurisdicionalmente competente para o controlo orçamental é o Tribunal de Contas. Conforme o artigo 58.º, n.º 6 da LEO, “o controlo jurisdicional da execução do Orçamento do Estado compete ao Tribunal de Contas e é efectuado nos termos da respectiva legislação.”¹⁵

Tal controlo tem por objecto, nos termos art. 58.º, n.º 1 do diploma, a verificação da legalidade e a regularidade financeira das receitas e das despesas públicas, bem como a apreciação da boa gestão dos dinheiros e outros activos públicos e da dívida pública.

Cabe ainda, em exclusivo, ao Tribunal de Contas, a efectivação das responsabilidades financeiras que daí decorram, nos termos da respectiva legislação.¹⁶

¹⁴ Cfr. arts. 86.º a 88.º LEO. Portanto é claro que os objectivos e medidas de estabilidade aplicáveis a cada ano económico constarão da lei anual do Orçamento e incluirão o montante limite de endividamento a estabelecer e das transferências a efectuar para garantir a estabilidade orçamental, podendo ser estipulados valores inferiores aos que resultariam das leis financeiras especialmente aplicáveis à região (Lei de Finanças Regionais). Refira-se ainda que, devido à sua natureza, estas medidas são de carácter transitório, uma vez que são determinadas por uma situação excepcional de défice orçamental e de grau de endividamento. Todavia, a lei de estabilidade orçamental também prevê as condições limite para a redução das transferências orçamentais, vinculando-as à existência de circunstâncias excepcionais exigidas pela rigorosa observância dos princípios da estabilidade orçamental, e da solidariedade recíproca – ou seja essa redução é feita com o contributo de todos os subsectores do sector público administrativo e de forma proporcional – sem arbitrariedades, precedendo audição prévia dos órgãos constitucional e legalmente competentes das Regiões.

¹⁵ Cfr. arts. 214.º CRP, arts. 1.º e 5.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC), com as alterações introduzidas pela Lei 48/2006, de 29 de Agosto, arts. 58.º/n.ºs 1 e 6, 71.º, 90.º/ n.º 1 e 92.º/n.º 2 LEO. Sobre o TC em geral pode ver-se ainda Conselheiro JOSÉ TAVARES, *O Tribunal de Contas*, in “Dicionário Jurídico da Administração Pública”, Vol. II; *O Tribunal de Contas, Jurisdição, Atribuições e Competência (1998)*, e *Linhas de Evolução do Tribunal de Contas nos últimos 25 anos*, in “Estudos de Administração e Finanças Públicas”, 219 ss., Almedina 2004.

¹⁶ Cfr. art. 71.º LEO e arts. 57.º a 70.º da LOPTC.

- 1) E, por fim, estabelecem-se ainda as normas aplicáveis aos casos de incumprimento das regras e procedimentos da estabilidade orçamental.¹⁷

Preceitua o diploma, através do n.º 1 do art. 92.º, que o incumprimento das regras e procedimentos da estabilidade orçamental constitui sempre uma circunstância agravante da inerente responsabilidade financeira.

E ainda, no n.º 2, que “a verificação do incumprimento a que se refere o número anterior é comunicada de imediato ao Tribunal de Contas.”

Portanto, a violação das normas de estabilidade financeira constitui em si uma infracção financeira de forma agravada a efectivar nos termos da legislação própria, ou seja da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.¹⁸

Todavia e voltando especificamente ao comentário, o que está em causa no Acórdão do Tribunal Constitucional, no ponto a que nos referimos, é o pedido de declaração de ilegalidade de uma norma constante de acto legislativo, com fundamento em violação de lei com valor reforçado.¹⁹

E, neste caso, estamos no âmbito da fiscalização abstracta da legalidade, pelo que é, naturalmente, o Tribunal Constitucional o órgão competente para decidir sobre a suposta ilegalidade.²⁰

Acontece porém, que a sexta revisão constitucional, Lei Constitucional 1/2004, veio alterar a alínea g), do n.º 2, do art. 281.º da CRP. Pelo que, os órgãos e entidades de âmbito regional, contrariamente ao que acontecia antes, não podem agora pedir a declaração de ilegalidade de normas violadoras de lei geral da república de valor reforçado, em sede de fiscalização abstracta, daí o Acórdão declarar não conhecer do pedido, por falta de legitimidade do requerente.

Podendo acontecer, de facto, que os órgãos e entidades regionais, sempre que se encontrarem na situação de interessados ou prejudicados por

¹⁷ Cfr. arts. 90.º a 92.º LEO.

¹⁸ Cfr. Prof. Guilherme d’Oliveira Martins, Guilherme Waldemar d’Oliveira Martins e Maria d’Oliveira Martins, in ob. cit., pg. 359, anotação 4, onde se refere a propósito da possibilidade de redução das transferências orçamentais para assegurar o estrito cumprimento da estabilidade orçamental e da solidariedade recíproca, art. 88.º, n.º 2 LEO, que «só o TC poderá averiguar da legalidade da redução de transferências em causa, e, assim, apurar a existência de responsabilidade financeira, quer do lado do Ministério das Finanças (sendo a redução ilegal), quer do lado das R.A. (sendo a redução legal).»

¹⁹ Cfr. art. 281.º, n.º 1, al. b), CRP.

²⁰ Cfr. art. 281.º CRP.

pretensa violação, como alegam no requerimento em causa, fiquem dependentes de interposta pessoa ou órgão para o eventual pedido de apreciação abstracta da ilegalidade. Não sabemos se esta era a intenção do legislador constitucional, aquando da sexta revisão, mas não é fácil afirmar o contrário.

Contudo, existem outros mecanismos de impugnação de normas que violam leis de valor reforçado; como é o caso da fiscalização concreta da legalidade, nos termos da qual cabe recurso para o Tribunal Constitucional, de decisões dos Tribunais que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua ilegalidade, por violação de lei com valor reforçado, ou que apliquem norma cuja ilegalidade tenha sido suscitada durante o processo com o mesmo fundamento²¹.

É, portanto, reconhecida aos Tribunais a competência para a fiscalização da constitucionalidade das normas, na sua função de administrar a justiça em nome do povo, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados²². E fazem-no, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelos juízes; é o chamado controlo difuso ou concreto da legalidade, que se traduz na consagração do direito de fiscalização dos juízes relativamente a normas a aplicar a um caso concreto²³.

E é também, e apenas, neste sentido, relativamente ao ponto que comentamos, que o Tribunal de Contas, enquanto Tribunal Supremo de fiscalização da legalidade das despesas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, pode exercer o seu poder de controlo difuso da legalidade, se para tanto for confrontado perante uma situação concreta, ou seja, o poder de aplicar; ou de não aplicar a norma constante do acto legislativo, se entender que ela é violadora de uma lei com valor reforçado, cabendo recurso da decisão para o Tribunal Constitucional, que se pronunciará então em última instância.²⁴

Carlos Correia
Jurista

²¹ Cfr. art. 280.º, n.º 2, al. a) e d) CRP.

²² Cfr. arts. 202.º, 204.º CRP.

²³ Vide Prof. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 921.

²⁴ Cfr. art. 280.º, n.º 2, al. a) e d) CRP.

RELAÇÕES COMUNITÁRIAS E INTERNACIONAIS

JAN/JUN.2008

1. ACTIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS NO DOMÍNIO COMUNITÁRIO

1.1. Auditorias do Tribunal de Contas Europeu

No âmbito das relações comunitárias, o Tribunal de Contas português, como interlocutor nacional do Tribunal de Contas Europeu, exerce funções de controlo da aplicação em Portugal dos recursos financeiros comunitários.

No que se refere a este controlo, o Tribunal de Contas Europeu realizou, de Janeiro a Junho de 2008, com a participação do Tribunal de Contas português, auditorias em diversos domínios de acordo com o n.º 3 do art.º 248.º do Tratado UE, as quais foram acompanhadas pela *UAT II do Departamento de Auditoria III*.

1.2. 1.ª Reunião dos Agentes de Ligação

O Tribunal de Contas português participou na cidade de Bratislava, Eslováquia, nos dias 15 e 16 de Maio, na 1.ª Reunião dos Agentes de Ligação.

A ordem de trabalhos desta Reunião compreendeu a análise dos seguintes pontos:

- Aprovação da ordem de trabalhos;
- Aprovação do projecto de acta da reunião anterior;
- Informações acerca de alterações relevantes ocorridas no TCE;
- Plataforma da Intranet para troca de ideias sobre auditorias de âmbito comunitário;
- Informações relativas às declarações nacionais sobre fundos comunitários;
- Selecção de actividades para 2009;

- *Brainstorm* informal – organização de grupos de debate/*workshops*;
- Divulgação de resoluções e declarações históricas do Comité de Contas: opções e implicações;
- Relatório de progresso da *Task Force* dos Agentes de Ligação;
- Avaliação da cooperação existente – resultados do questionário;
- Aprofundamento da cooperação no âmbito das acções de controlo do TCE;
- Guia de Procedimentos para o CC – relatório de progresso;
- Esquema de financiamento e rotação;
- Preparação do Comité de Contacto de 2008, Luxemburgo.

2. RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS

Para além das acções desenvolvidas no domínio comunitário, como interlocutor nacional do Tribunal de Contas Europeu, o Tribunal de Contas português desenvolveu, no domínio das relações internacionais, no 1.º semestre de 2008, as seguintes acções:

2.1. RELAÇÕES BILATERAIS E COOPERAÇÃO

2.1.1. Visita à Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas de uma Delegação do Tribunal de Contas de Cabo Verde

Uma Delegação do Tribunal de Contas de Cabo Verde, chefiada pelo seu Presidente, visitou a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, nos dias 24 a 29 de Fevereiro, tendo como objectivo conhecer a organização e o funcionamento da Secção Regional.

2.1.2. Colóquio comemorativo do 40.º Aniversário do Tribunal de Contas da Tunísia

A convite do Presidente do Tribunal de Contas da Tunísia, o Tribunal de Contas português participou em Tunis, nos dias 6 e

7 de Março, no Colóquio Comemorativo do 40.º Aniversário do Tribunal de Contas da Tunísia.

2.1.3. Seminário comemorativo do 7.º Aniversário do Tribunal de Contas de Angola

O Tribunal de Contas português participou, nos dias 11 e 12 de Abril, no Seminário Comemorativo do 7.º Aniversário do Tribunal de Contas de Angola, que teve como tema principal *Fiscalização a priori e a posteriori das Obras Públicas de Reconstrução Nacional*.

O representante do nosso Tribunal moderou o tema *A Conta Geral do Estado e a sua importância*, bem como apresentou uma comunicação subordinada ao tema *Fiscalização preventiva e sucessiva no quadro das competências do Tribunal de Contas*.

2.1.4. Assinatura de Protocolo de Cooperação entre o Tribunal de Contas português e o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro

Uma Delegação do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, chefiada pelo seu Presidente, visitou o Tribunal de Contas português, no dia 21 de Abril, tendo como objectivo a assinatura de um Protocolo de Cooperação com vista à troca permanente de experiências e de conhecimento no domínio das funções de controlo.

2.1.5. Visita ao Tribunal de Contas de uma Delegação do Tribunal de Contas da Eslovénia

Uma Delegação do Tribunal de Contas da Eslovénia, chefiada pelo seu Presidente, visitou o Tribunal de Contas português, nos dias 19 e 20 de Maio, durante a qual foram efectuadas várias sessões de trabalho, tendo em vista conhecer a organização, o funcionamento e a actividade do nosso Tribunal.

2.1.6. **Cooperação com o Tribunal de Contas do Montenegro**

A convite do Tribunal de Contas do Montenegro, o Tribunal de Contas português participou em Cetinje, nos dias 27 e 28 de Maio, no *Workshop on public relations and communications strategies of SAIS*.

2.1.7. **Visita ao Tribunal de Contas de um Auditor do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, Brasil**

No âmbito das acções de cooperação decorrentes do Protocolo de Cooperação celebrado entre os Tribunais de Contas de Portugal e do Estado da Bahia, deslocou-se ao nosso Tribunal um Auditor do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, para efectuar uma visita de estudo nas diversas de actuação.

2.1.8. **Visita ao Tribunal de Contas de Angola de 3 Técnicos do Tribunal de Contas de Portugal**

A convite do Tribunal de Contas de Angola, 3 Técnicos do Tribunal de Contas de Portugal, deslocaram-se àquele Tribunal, de 4 a 8 de Junho, para se inteirarem das diversas área de actuação em particular nas vertentes da formação e do arquivo.

2.2. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

2.2.1. **OCDE – Visita de avaliação sobre o processo orçamental português**

Uma Delegação da OCDE visitou o Tribunal de Contas, no dia 17 de Janeiro, com intuito de recolher informação detalhada sobre o processo orçamental português.

2.2.2. Visita ao Tribunal de Contas de uma Delegação do Ministério das Finanças da Turquia

Visitou o Tribunal de Contas, no dia 15 de Fevereiro, uma Delegação do Ministério das Finanças da Turquia, com o objectivo de conhecer a experiência portuguesa em matérias como a estrutura e funcionamento do Ministério das Finanças e da Administração Pública, a elaboração da Conta Geral do Estado, a contabilidade patrimonial e a elaboração das Contas Nacionais nas Administrações Públicas.

2.2.3. EUROSAI – Reunião do Grupo de Trabalho sobre as tecnologias de informação

O Tribunal de Contas português participou em Lubiana, nos dias 19 e 20 de Fevereiro, na Reunião do *Grupo de Trabalho da EUROSAI sobre as tecnologias de informação (EUROSAI IT Working Group – Subgroup2)*, que teve como objectivos analisar o relatório das actividades desenvolvidas, bem como decidir sobre o conjunto dos trabalhos a apresentar no próximo Congresso da EUROSAI, Junho de 2008.

2.2.4. Visita ao Tribunal de Contas de uma delegação da Assembleia da República de Moçambique

A solicitação da Assembleia da República de Moçambique, uma delegação desta Assembleia, visitou o Tribunal de Contas, no dia 27 de Fevereiro, para se inteirar do nosso relacionamento com a Assembleia da República de Portugal e com o Tribunal Administrativo de Moçambique.

2.2.5. XVI Reunião do Comité de Formação da EUROSAI

O Tribunal de Contas português participou em Moscovo, nos dias 27 e 28 de Março, na XVI Reunião do Comité de Formação da EUROSAI (ETC), o qual foi formalmente constituído na XXII reunião do Conselho Directivo da EUROSAI, realizada em Madrid, no dia 16 de Fevereiro de 2000.

2.2.6. **EUROSAI – Seminário sobre a *Gestão de uma Instituição Superior de Controlo***

O Tribunal de Contas português participou em Berlim, nos dias 9 e 11 de Abril, no Seminário *Management of an SAI*.

2.2.7. **Reunião dos representantes das Instituições Supremas de Controlo Financeiro dos Países da NATO**

Realizou-se em Bruxelas, no dia 6 de Maio, com a participação do Tribunal de Contas de Portugal, a Reunião dos representantes das Instituições Supremas de Controlo Financeiro dos Países da NATO que teve por objecto a apreciação e discussão do Relatório Anual de Actividades do IBAN – *International Board of Auditors for NATO*, relativo ao ano de 2007.

2.2.8. **V Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP**

Realizou-se na Cidade do Porto, nos dias 8 e 9 de Maio, a V Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP, cuja organização esteve a cargo do Tribunal de Contas português, e que contou com a participação das ISC de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, tendo as ISC de Macau e Timor Leste participado na qualidade de observadores.

De harmonia com o entendimento havido entre todas as Instituições, esta Assembleia Geral, para além das questões de natureza administrativa, debateu o tema *Os impactos da actividade dos Tribunais de Contas* e deliberou a criação de um grupo de trabalho para definição dos *Objectivos estratégicos da Organização 2008-2010*.

Ainda no âmbito desta Assembleia foi proferida uma Conferência pelo Senhor Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, subordinada ao Tema *Enquadramento constitucional do estatuto dos Tribunais de Contas*.

2.2.9. **INTOSAI – Reunião do Grupo de Trabalho sobre *Transparência e responsabilidade***

A Convite da ISC de França, o Tribunal de Contas português participou em Copenhaga, nos dias 22 e 23 de Maio, na Reunião do Grupo de Trabalho sobre *Transparência e responsabilidade*, constituído no âmbito da Comissão de Normas Profissionais.

2.2.10. **VII Congresso da EUROSAI e Reuniões do Conselho Directivo**

O Tribunal de Contas de Portugal participou em Cracóvia, nos dias 2 a 6 de Junho, no VII Congresso da EUROSAI.

No início e no final do Congresso tiveram lugar reuniões do Conselho Directivo, respectivamente, para preparação e execução das deliberações do Congresso.

O presente Congresso debruçou-se sobre os seguintes 3 temas:

- 1.º *Estabelecimento de um sistema de auditoria da qualidade na gestão das ISC;*
- 2.º *Auditoria de programas sociais na área da Educação;*
- 3.º *Auditoria de programas sociais na área de integração profissional de deficientes.*

Cada tema foi preparado através de um texto base, elaborado por um grupo de trabalho.

O Tribunal de Contas de Portugal presidiu, através do Juiz Conselheiro António Mira Crespo, ao Grupo de Trabalho relativo ao Tema 2, do qual faziam parte as ISC da França, da Suécia, da Estónia e da Ucrânia, tendo o Presidente do Tribunal de Contas de Portugal presidido à 2.ª Sessão do Congresso.

Relativamente ao Tema I, o Tribunal de Contas apresentou uma contribuição escrita.