

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, nº 61 – 1069-045 Lisboa

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

Distribuição e assinaturas: *Av. Barbosa du Bocage, nº 61 – 1069-045 Lisboa*

Impressão: Peres – Soctip, SA

Nº 51 – Janeiro a Junho de 2009

Tiragem: 500 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

DOUTRINA

<i>Estabelecimentos fabris do Exército – Estatuto jurídico; respeito pelo princípio da unidade de tesouraria do Estado; sujeição ao novo regime da contratação pública.</i>	21
Carlos Correia	
<i>Eficiência e Legalidade na Administração Pública.</i>	49
João Figueiredo	
<i>Contributos para a determinação do âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas.</i>	69
João Figueiredo	
<i>Finanças locais: uma leitura contemporânea da descentralização financeira no quadro de Musgrave</i>	95
Marta Rebelo	

DOCUMENTOS

COLÓQUIO INTERNACIONAL	
A MODERNA GESTÃO FINANCEIRA PÚBLICA: UMA RESPOSTA À CRISE ECONÓMICA? — Lisboa – Junho de 2009	
• Programa	125
• Sessão de Abertura	
Guilherme D'Oliveira Martins	133
Presidente do Tribunal de Contas	

Fernando Teixeira dos Santos	137
Ministro de Estado e das Finanças	
• Sessão de Encerramento	
Guilherme D'Oliveira Martins	145
Presidente do Tribunal de Contas	
<i>The Afnorth International School: The legal status and the audit mandate of IBAN.....</i>	147
Ernesto Cunha	

CRÓNICA DA JURISPRUDÊNCIA

ÍNDICE DE TEMAS	187
PLENÁRIO GERAL	201
1ª SECÇÃO CONTROLO PRÉVIO	205
2ª SECÇÃO CONTROLO SUCESSIVO	243
3ª SECÇÃO RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS.....	249
SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES.....	255
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA	259

NOTÍCIAS

Relações Comunitárias e Internacionais do Tribunal de Contas Por- tuguês — Janeiro a Junho de 2009	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 pro-

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

porcionar 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 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 seleccionada.

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 fluid and cursive, with a long horizontal stroke extending to the right.

(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 2º do Decreto-Lei n.º 290/82, de 26 de Julho, aprovo o seguinte Regulamento da *Revista do Tribunal de Contas*:

Artigo 1º
(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 2º
(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)

ESTABELECIMENTOS FABRIS DO EXÉRCITO
ESTATUTO JURIDICO;
RESPEITO PELO PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOUREIRIA DO ESTADO;
SUJEIÇÃO AO NOVO REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.¹

Carlos Correia²

¹ Estudo 3/09 — DCP (Departamento de Consultadoria e Planeamento)

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

SUMÁRIO:

- I. O ESTATUTO JURÍDICO DOS ESTABELECIMENTOS FABRIS DO EXÉRCITO, TENDO EM CONTA O ACTUAL QUADRO LEGAL.
 1. Os antecedentes
 - 1.1. A noção de empresa pública antes da criação das bases gerais das empresas públicas em 1976.*
 - 1.2. Empresa pública nos termos do DL 260/76, de 8 de Abril, que estabeleceu as suas bases gerais.*
 2. Os estabelecimentos fabris do exército face ao regime actual do sector empresarial do Estado.
 3. Enumeração dos actuais Estabelecimentos Fabris do Exército.
- II. OS ESTABELECIMENTOS FABRIS DO EXÉRCITO ESTÃO OBRIGADOS À APLICAÇÃO DO REGIME DE UNIDADE DE TESOURARIA DO ESTADO?
- III. OS EFE ESTÃO OBRIGADOS À APLICAÇÃO DO NOVO REGIME GERAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, NO QUE RESPEITA À AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS CORRENTES, (I.É. DE NATUREZA NÃO MILITAR), COMO SÃO EXEMPLO OS COMBUSTÍVEIS, ALIMENTOS ETC.?
- IV. NOTA FINAL
- V. CONCLUSÃO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A questão de saber qual o estatuto jurídico dos Estabelecimentos Fabris do Exército, alguns já existentes no século XIX, à luz da dogmática jurídica actual, não é facilmente apreensível ou livre de discussão. Especialmente pela falta de adaptação destas entidades aos regimes das empresas públicas, sucessivamente criados, em violação directa do que neles se preceituou.

Nas considerações que fazemos, ressalvamos o facto de elas se inscreverem no âmbito de uma análise meramente jurídico-formal. Pois não temos elementos para avaliar as circunstâncias factuais em que estas entidades prestam, actualmente, a sua actividade, o que deve ser um elemento a considerar, tendo em conta o anacronismo da sua legislação e os desenvolvimentos posteriores do quadro legislativo relativo ao sector empresarial do Estado.

I

O ESTATUTO JURÍDICO DOS ESTABELECIMENTOS FABRIS DO EXÉRCITO (EFE), TENDO EM CONTA O ACTUAL QUADRO LEGAL

1. Os antecedentes

Para respondermos a esta questão convém socorreremo-nos das regras da interpretação jurídica. Sem entrarmos em considerações “técnico/desnecessárias”, diremos sinteticamente o seguinte.

No caso em análise, recorreremos ao elemento lógico ou racional da interpretação, dando particular atenção ao seu segmento histórico. Socorreremo-nos, para isso, dos diplomas que promulgaram as bases relativas à organização dos estabelecimentos fabris do Exército e respectivas normas orgânicas e regulamento interno.

Tentamos, de acordo com o art. 9.º do Código Civil, «reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico...». Pois a lei está para a *ratio juris* como o meio para o fim, e quem quer o fim quer o meio.³

Esses elementos são os seguintes: (transcrevemos as normas que consideramos essenciais para essa análise, especialmente as partes sublinhadas a negro).

- **Lei 2:020 de 19 de Março de 1947**, que promulgou as bases relativas à organização dos estabelecimentos fabris dependentes do Ministério da Guerra:

Base I

Quanto à designação das ditas entidades, refere a base I que o Ministério da Guerra só terá na sua dependência os estabelecimentos **ou organizações industriais e comerciais** indispensáveis ao

³ Nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, p. 175.

provimento das necessidades da defesa nacional que não possam ser satisfeitas por intermédio de empresas privadas.

Base II

Quanto à não sujeição dos EFE ao mercado, à produção dos bens em regime de concorrência, dispõe a base II que os estabelecimentos industriais e comerciais não podem, em regra, concorrer no campo económico com as empresas ou actividades particulares. Todavia, mais abaixo, parágrafo único, refere que o Ministério em relação às **encomendas ou fabricos que seja possível obter simultaneamente nos estabelecimentos fabris do Estado ou nas empresas particulares**, só preferirá aqueles quando em igualdade de condições eles possam ser **obtidos por um menor preço, (o que pressupõe naturalmente a concorrência)**.

Base VII

Relativamente ao regime da gestão e contabilidade, refere-se que os estabelecimentos fabris do Ministério da Guerra **vivem em regime de industrialização** e ficam **sujeitos aos princípios e normas que regem a actividade das empresas privadas**. Observam rigorosamente os **preceitos da contabilidade orçamental e industrial** e utilizam o **sistema digáfrico** dos métodos de escrita.

Base VIII

Quanto aos seus órgãos de gestão, que a **Administração** dos estabelecimentos fabris é da responsabilidade dos respectivos directores, assistidos por conselhos consultivos, tendo capacidade judiciária para representar, em juízo, ou fora dele, o estabelecimento que dirigem.

Base X

Existirá um órgão de fiscalização que funcionará junto do Ministério da Guerra, o **conselho fiscal dos estabelecimentos fabris**.

Base XII

Os estabelecimentos fabris terão também um **capital** que será fixado por despacho do Ministro da Guerra, como base no **balanço** encerrado em 31 de Dezembro de 1945, e tendo em conta o valor dos móveis e imóveis e as conveniências particulares da laboração.

Base XIII

Para a determinação do custo de fabrico concorrerão sempre:

al. f) **o lucro destinado a remunerar o capital** e garantir a actualização e o progresso industrial do estabelecimento.

Base XIV

Ainda relativamente ao lucro, o Ministro da Guerra aprovará no fim de cada gerência a **distribuição dos lucros líquidos anuais** dos estabelecimentos fabris, pelas seguintes contas:

- Capital;
- Fundo de reserva;
- Fundo de renovação e aquisição de máquinas, instalações e viaturas;
- Fundo de protecção e acção social.

§ único: A parte em conta de capital reverte normalmente para o Tesouro a título de **remuneração ao capital investido na EMPRESA**.

- No mesmo sentido dispõe o **Decreto-Lei n.º 41 892**, de 3 de Outubro de 1958, que define as normas orgânicas dos estabelecimentos fabris militares dependentes do Ministério do Exército. Para além de reafirmar o que já foi dito, refere ainda o diploma:

No seu art. 10.º, a possibilidade dos estabelecimentos fabris concorrerem economicamente com as empresas ou actividades particulares no caso de guerra ou de perigo iminente dela ou quando a **necessidade absoluta de manter a sua laboração em bases económicas** assim o imponha.

Refere-se também agora, no supra citado artigo, que pode ser **permitida a colocação no mercado**, no mesmo regime adoptado pela indústria particular, de subprodutos ou excedentes da laboração que não sejam consumidos pelas forças armadas.

O seu artigo 14.º vem agora precisar que os estabelecimentos fabris do Ministério do Exército **vivem em regime de industrialização**, têm **completa autonomia administrativa e financeira** e **regem-se pelos princípios e normas que regulam a actividade das empresas privadas** (...). Devendo ainda observar os **precei-**

tos da contabilidade industrial e comercial, segundo o sistema digráfico.

- E, por fim, no mesmo sentido, pode ver-se o **Decreto-Lei n.º 252/72**, de 27 de Julho, que regula a organização dos estabelecimentos do exército. Este diploma vem atribuir aos EFE também personalidade jurídica, referindo o seguinte:

Tem constituído preocupação do Ministério do Exército preparar as reformas necessárias à obtenção do dimensionamento mais rentável e simultaneamente **aperfeiçoar o estatuto de EMPRESAS PÚBLICAS**, dos seus estabelecimentos fabris, **que na legislação vigente já está esboçado.**

O presente decreto-lei representa mais uma etapa do processo de evolução da **indústria militar**.

E no seu artigo 1.º, se reitera que **os estabelecimentos fabris do Exército são organizações industriais**, a cuja actividade se aplicam os princípios e normas que regulam a actividade das empresas privadas, nomeadamente em matéria de capacidade jurídica, competência dos seus órgãos de gestão, regime de operações comerciais e responsabilidade civil (...)

O n.º 2 do referido artigo vem atribuir-lhes agora a **personalidade jurídica, além da autonomia administrativa e financeira** que já detinham.

Não parece haver dúvidas, portanto, que historicamente estamos em presença de verdadeiras empresas públicas, de acordo com a vontade sobejamente expressa pelo legislador, (*vide* especialmente os segmentos de norma que introduzimos a negro).

No essencial, pode resumir-se:

- *São organizações industriais;*
- *Pessoas colectivas de direito público;*
- *Com personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira;*
- *Regendo-se pelos mesmos princípios e normas que regulam a actividade das empresas privadas, e em especial, contabilidade,*

- capacidade jurídica, competência dos seus órgãos de gestão, regime de operações comerciais e responsabilidade civil;*
- *Gestão técnica, comercial e financeira de carácter empresarial;*
 - *Têm como escopo o lucro destinado a remunerar o capital investido.*

Para este entendimento concorre ainda a noção doutrinal de empresa pública à época da organização dos EFE e depois da criação das bases gerais das Empresas Públicas em 1976, como veremos de seguida.

1.1. A noção de empresa pública antes da criação das bases gerais das empresas públicas em 1976.

Na altura em que foram estabelecidas a organização dos estabelecimentos fabris dependentes do Ministério da Guerra bem como as suas normas orgânicas (1947-1958), as empresas públicas faziam parte da noção de Instituto Público (IP), defendida especialmente por MARCELO CAETANO⁴ e que assentava numa classificação tripartida composta por três espécies ou sub-categorias: *serviço personalizado, fundação pública e empresa pública*.

Distinguindo O Autor que «quando o que surge como principal atribuição do instituto é o desempenho de uma actividade operacional ou de prestações, mas sem carácter de empresa, estaremos perante o “*serviço personalizado*” propriamente dito, e quando surgem as organizações empresariais onde os capitais públicos são combinados com a técnica e o trabalho para sob a direcção e fiscalização de entidades públicas produzirem bens ou serviços destinados a ser oferecidos no mercado mediante um preço, se estará em presença de uma “**empresa pública**”⁵.

Com a aprovação do estatuto legal típico para as “empresas públicas”, em 1976, passou a considerar-se os IP restritamente, ou seja, não se considerando as empresas públicas, agora com regulamentação própria.

Sendo que o traço verdadeiramente característico do conceito de empresa pública, e que constitui um elemento diferenciador entre empresa pública e um serviço personalizado (IP), encontra-se, para alguns autores, na estru-

⁴ *Manual de Direito Administrativo*, t. 1, 10. ed. 1991, pg. 190.

⁵ *In ob. cit.*, págs. 187 e segs.

ra e organização empresarial daquela, que se revela em vários índices e características de feição estatutária e operativa: *exercício directo duma actividade económica ou social; existência necessária de capital estatutário, garantia dos credores e suporte do equilíbrio financeiro; gestão segundo regras de economicidade próprias, designadamente actuando em concorrência no mercado; sujeição a normas comuns em matéria fiscal, processual e do trabalho; aplicabilidade do direito privado aos actos jurídicos próprios da sua actividade.*⁶

E é também a esta luz que o diploma que estabeleceu, primeiramente, o regime jurídico comum das empresas públicas, o DL 260/76, de 8 de Abril, com as alterações subsequentes do DL 29/84, de 20 de Janeiro e Lei 16/90, de 20 de Julho, estabelece as suas bases gerais.

1.2. Empresas públicas nos termos do DL 260/76 de 8 de Abril.

Transcrevemos as normas que consideramos essenciais do regime:

“Artigo 1.º Conceito

1 - São empresas públicas as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios (...) para a exploração de actividades de natureza económica ou social (...).

2 - São também empresas públicas e estão, portanto, sujeitas aos princípios consagrados no presente diploma as empresas nacionalizadas.”

“Artigo 2.º Personalidade e capacidade jurídica

1 - As empresas públicas gozam de personalidade jurídica e são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

2 - A capacidade jurídica das empresas públicas abrange todos os direitos e obrigações necessários à prossecução do seu objecto, tal como este é definido nos respectivos estatutos.”

⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, I Parte, págs. 183 e segs. e SOUSA FRANCO, *Manual das Finanças Públicas*, pág. 554, in Pareceres PGR n.ºs 179/80 e 91/93.

“Artigo 4.º

Criação

2 - A constituição de empresas públicas faz-se por decreto referendado pelo Primeiro-Ministro, pelo Ministro das Finanças e pelos Ministros responsáveis pelo planeamento e pelo Ministro da Tutela.

3 - O decreto de constituição deve mencionar o Ministro da Tutela e compreender, em anexo, o estatuto da empresa que dele é parte integrante e só pode ser alterado pela forma referida no número anterior

4 [...]”.

“Artigo 5.º

Especificações obrigatórias do estatuto

[...]

2 – A denominação das empresas públicas será sempre precedida ou seguida das palavras «Empresa Pública» ou das iniciais «EP»”.

“Artigo 17.º

Capital estatutário

1 - As dotações e outras entradas patrimoniais do Estado e demais entidades públicas destinadas a responder a necessidades permanentes da empresa são escrituradas em conta especial designada “Capital estatutário”.

[...]

3 - O capital estatutário só pode ser aumentado ou reduzido por decisão do Ministro da Tutela e dos Ministros do Plano e Coordenação Económica e das Finanças.”

Com base no diploma de 1976, FREITAS DO AMARAL define **empresas públicas**, como as *organizações económicas de fim lucrativo criadas com capitais públicos e sob a direcção e superintendência de órgãos da Administração Pública*.⁷

Os dois elementos distintivos de empresa pública são, assim, o serem uma “empresa” e “pública”.

⁷ In *ob. cit.*, p. 365-366.

Pelo que, para o Autor, – empresas *são organizações de capitais, técnica e trabalho, que se dedicam à produção de determinados bens ou serviços, destinados a ser vendidos no mercado mediante um preço.*

E são consideradas empresas quando tenham por finalidade estatutária, ou institucional, um fim lucrativo. Se, pelo contrário, não perseguirem esse fim lucrativo, trabalhando a fundo perdido, são unidades de produção não empresariais segundo o autor.

É ainda necessário que sejam entidades públicas, sendo três os traços apontados como fundamentais da empresa pública, enquanto entidade pública:

- ser uma pessoa colectiva de direito público, e portanto ter personalidade jurídica de direito público;
- ter direcção e superintendência pública;
- e capital público.

Refira-se, contudo, no que respeita à noção de empresa supra referida, especificamente à necessidade de intervenção no mercado, que tal facto poderia suscitar dúvidas relativamente à adequação dos EFE ao conceito. Todavia, nos termos dos seus diplomas analisados (v.g. Base II da Lei 2:020 e art. 10.º do DL 41892, e portanto no plano formal), eles também estão parcialmente sujeitos ao mercado e à concorrência, pelo menos no que diz respeito aos preços por si praticados.

Mas, por outro lado, essa característica também não é pacífica, ou não é fundamental, a este propósito CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁸, refere que não é a intervenção no mercado, mediante um preço, que distingue as empresas públicas dos institutos públicos, mas sim – como o próprio nome indica – a sua estrutura empresarial, que se revela:

- Pelo exercício directo de uma actividade económica ou social;
- Pela necessária existência de um capital estatutário, garantia dos credores e suporte do seu equilíbrio financeiro;
- Pelas regras de economicidade própria da sua gestão, quer actue em monopólio quer em concorrência;
- Pela sujeição às normas comuns em matéria fiscal, processual e de trabalho;
- Pela aplicabilidade do direito privado aos actos jurídicos próprios das suas actividades.

⁸ *Direito Económico*, I Parte, AAFD (policopiado), 1979, pp. 175 e segs.

Refira-se, por outro lado, que estamos na presença de empresas públicas com especificidades. Nesse sentido, veio também prever o DL 260/76 que em certos tipos de empresas públicas, nomeadamente no nosso caso, **as que assegurem actividades que interessem fundamentalmente à defesa nacional**, possam submeter alguns aspectos do seu funcionamento a um regime de carácter mais publicístico, bem como conceder-lhes especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade.

Estas empresas, referidas no n.º 2 do art. 3.º do diploma, são as **empresas públicas políticas** nas palavras de FREITAS DO AMARAL, que refere a propósito o seguinte, o DL 260/76 não se aplica *in totum* às empresas públicas que a doutrina designa por políticas. O respectivo artigo 3.º, depois de no n.º 1 considerar direito aplicável às empresas públicas em geral, o referido diploma, os respectivos estatutos e o direito privado, estabelece o n.º 2 que as empresas ali previstas (as de interesse político) podem ficar submetidas a *regimes especiais de direito público*.⁹

Pelo que, como decorre da norma, estas empresas estavam sujeitas ao regime previsto no DL 260/76 com as especificidades de direito público constantes dos respectivos estatutos.

Podemos concluir que os EFE, nos termos dos seus diplomas analisados e da noção de empresa pública à época, têm também, à luz do DL 260/76, os elementos distintivos e caracterizadores de empresa pública, especialmente devido ao seu substrato empresarial, pois:

- Exercem uma actividade essencialmente económica,
- não subtraída à actividade privada,
- sujeita às normas e princípios de direito privado;
- exercem essa actividade com fins lucrativos,
- a sua gestão é essencialmente de direito privado.

E, no sentido de que estávamos perante empresas públicas, pode ler-se ainda no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 31/84¹⁰, o seguinte.

⁹ *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª ed., p. 376. Para o Autor, quanto ao interesse da sua actividade as empresas públicas podem ser classificadas como de interesse económico ou de interesse político. Referindo que as de **interesse político** eram as designadas no art. 3.º, n.º 2, do DL 270/76, (as que explorem serviços públicos; **as que assegurem actividades que interessam fundamentalmente à defesa nacional**; as que exerçam a sua actividade em situação de monopólio) e de interesse económico as restantes.

¹⁰ Publicado no DR n.º 91, de 17 de Abril de 1984.

A Lei n.º 2020, de 19 de Março de 1947, definiu e delimitou os estabelecimentos ou organizações industriais e comerciais, na dependência do Ministério da Guerra, indispensáveis ao provimento das necessidades da defesa nacional que não possam ser satisfeitas por intermédio de empresas privadas ou que convenha reservar, total ou parcialmente, para mais perfeita eficiência da força armada, no que diz respeito a rapidez de acção e segurança ou manutenção de segredo em assuntos relativos à mesma defesa (cf. base 1).

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 41 892, de 3 de Outubro de 1958, veio definir as normas orgânicas dos estabelecimentos fabris militares dependentes do Ministério do Exército, determinando, no seu artigo 14.º, que estes estabelecimentos fabris «vivem em regime de industrialização, têm completa autonomia administrativa e financeira e regem-se pelos princípios e normas que regulam a actividade das empresas privadas», mais se impondo que pelos mesmos fossem observados os preceitos da contabilidade industrial e comercial, segundo o sistema digráfico.

Este ordenamento jurídico foi mantido até à actualidade, salvo no que toca à Fábrica Militar de Braço de Prata (FMBP) e à Fábrica Nacional de Munições de Armas Ligeiras (FNMAL), extintas pelo Decreto-Lei n.º 517-A/80, de 31 de Outubro, havendo sido transferido todo o seu património, direitos e obrigações e elementos do activo e passivo para a empresa pública Indústrias Nacionais de Defesa, E. P. (INDEP), criada pelo Decreto-Lei n.º 518/80, de 31 de Outubro. A constituição da INDEP é, aliás, seguro e claro sinal da verdadeira natureza empresarial dos estabelecimentos fabris e o reconhecimento explícito de que, pelo menos, alguns deles só no âmbito de uma verdadeira empresa pública podem ver alcançados os seus objectivos.

Os estabelecimentos fabris das Forças Armadas não constituem empresas públicas perfeitas, isto é, empresas dotadas de personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial, tendo por objecto a exploração de actividades de natureza económica (cf. artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril), mas não podem deixar de ser caracterizados como empresas públicas imperfeitas, já que

dispõem de ampla autonomia de gestão empresarial e contam com recursos próprios a acrescer aos do Orçamento do Estado (neste sentido, Sousa Franco, in *Direito Financeiro e Finanças Públicas*, 1982, vol. II, pp. 49 e segs., e *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1974, vol. I, pp. 594 e segs.).

Ressalva-se o facto do Acórdão vir classificar os EFE como **empresas públicas imperfeitas**, ou seja não detentoras de personalidade jurídica, o que era uma obrigatoriedade face ao DL 260/76. Refira-se, contudo, que estas empresas nasceram de facto como empresas públicas imperfeitas, apenas com autonomia administrativa, todavia, adquiriram personalidade jurídica em 1972, como referimos, pelo DL 252/72, de 27 de Julho, e já tinham adquirido a autonomia financeira em 1958, através do Decreto-Lei 41 892, de 3 de Outubro.

2. Os estabelecimentos fabris do exército face ao regime actual do sector empresarial do Estado.

Com a conclusão de que os EFE são verdadeiras empresas públicas à luz do anterior regime jurídico, veremos, por fim, qual o seu estatuto face ao actual enquadramento do sector empresarial do Estado.

Foi já em 1999 que o quadro legal definido pelo DL 260/76 viria a ser substituído pelo actual regime do sector empresarial do Estado, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas do Estado, DL 558/99, de 17 de Dezembro, posteriormente alterado e republicado pelo DL 300/2007, de 23 de Agosto.

Transcrevemos as normas que consideramos essenciais para o enquadramento dos estabelecimentos:

“Artigo 3.º Empresas públicas

*1 – Consideram-se **empresas públicas** as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, 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 de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

2 – São também empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo III.

Verifica-se agora uma inversão quanto ao conceito de empresa pública. Conforme resulta dos artigos 2.º e 3.º do DL 558/99 **empresas públicas** são, em primeira linha, aquelas em que o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer uma influência dominante, e só em segunda linha se continuam a configurar como empresas públicas aquelas que até agora eram o paradigma, e que passam a designar-se por “*entidades públicas empresariais*”, (art. 3.º, n.º 2 – **São também empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo III.**”).

E o Cap. III epigrafoado – “Entidades Públicas Empresariais”, para onde remete o n.º 2 do art. 3.º, dispõe o seguinte:

“Artigo 23.º
Âmbito de aplicação

1 – Regem-se pelas disposições do presente capítulo e, subsidiariamente, pelas restantes normas deste diploma as peçoas colectivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado e doravante designadas por «entidades públicas empresariais».

2 – O disposto no número anterior é aplicável às empresas públicas a que se refere o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, existentes à data da entrada em vigor do presente diploma, as quais passam a adoptar a designação prevista no final do número anterior.”

A leitura dos preceitos do novo diploma, nomeadamente do seu capítulo III, permite-nos concluir que se mantêm nas agora denominadas “entidades públicas empresariais” as características essenciais detectadas para as empresas públicas da lei de bases de 1976, exceptuando-se as empresas nacionalizadas, naturalmente.

- *São criadas pelo Estado por diploma legal (agora, na forma de decreto-lei) – artigos 23.º e 24.º;*
- *São pessoas colectivas de direito público – artigos 23.º e 25.º;*
- *Estão sujeitas a tutela e superintendência de órgãos da Administração Pública – artigos 29.º, 31.º e 32.º;*
- *O capital, designado de “capital estatutário”, é detido pelo Estado ou por outras entidades públicas – artigo 26.º.*

Concluindo-se, pelo que ficou exposto, que os EFE são historicamente empresas públicas do tipo pessoas colectivas de direito público (com forma pública), de interesse político. Assim consideradas à luz do estatuto das empresas públicas de 1976. Foram recebidas no capítulo III do novo regime do sector empresarial do Estado, como entidades públicas empresariais. Estas empresas deveriam ter sido alvo de adaptação ao novo quadro normativo, o que não aconteceu até hoje. O que nos leva a considerá-las, por esse facto, e pelo anacronismo da seu regime, como **entidades públicas empresariais atípicas**.

3. Enumeração dos Estabelecimentos Fabris do Exército

Os Estabelecimentos Fabris do Exército, de acordo com a legislação em vigor, são hoje apenas os seguintes:

- As Oficinas Gerais de Material de Engenharia;
- As Oficinas Gerais de Fardamento e Equipamento;
- A Manutenção Militar;
- O Laboratório Militar de Produtos Químicos e Farmacêuticos.

A Fábrica Militar de Santa Clara foi integrada nas Oficinas gerais de Fardamento, acrescentando-se à sua designação “e Equipamento”, pelo Decreto-Lei 49 188, de 30 de Julho de 1969.

A Fábrica Militar de Braço de Prata e a Fabrica Nacional de Munições de Armas Ligeiras, passaram a fazer parte da Empresa Pública Indústrias Nacionais de Defesa, E.P., por força do Decreto-Lei 515/80, de 31 de Outubro, que a criou. Foi transformada, entretanto, em Sociedade Anónima pelo Decreto-Lei 362/91, de 3 de Outubro.

II

A SEGUNDA PERGUNTA QUE IMPORTA RESPONDER É SE OS ESTABELECIMENTOS FABRIS DO EXÉRCITO ESTÃO OBRIGADOS À APLICAÇÃO DO REGIME DE UNIDADE DE TESOURARIA DO ESTADO

Definimos os Estabelecimentos Fabris do Exército como empresas públicas, de tipo Entidades Públicas Empresariais, embora atípicas, face ao regime actual do sector empresarial do Estado.

Nessa conformidade, e nos termos das últimas leis orçamentais onde tem subsistido um preceito sobre o princípio da unidade de tesouraria, nomeadamente o art. 132.º da Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009, especificamente no seu n.º 5, estabelece que as *entidades públicas empresariais* devem manter as suas disponibilidades e aplicações financeiras junto do Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P. (IGCP, I.P.)¹¹. Refere ainda o preceito que lhes é **aplicável, para esse efeito, o regime da tesouraria do Estado**, (DL 191/99, de 5 de Junho).

Pelo que relativamente a esta questão afirmamos que se aplica o RTE, especificamente o princípio da unidade de tesouraria, mas nos estritos termos, e para os efeitos, previstos no n.º 5 do art. 132.º da Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

¹¹ Por força do Decreto-Lei 273/2007, de 30 de Julho, que reformou a gestão da tesouraria do Estado através da integração da gestão da tesouraria e da dívida pública no Instituto de Gestão do Crédito Público, I.P., que passou a designar-se de por Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P.

III

OS EFE ESTÃO OBRIGADOS À APLICAÇÃO DO NOVO REGIME GERAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, NO QUE RESPEITA À AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS CORRENTES, (I.É. DE NATUREZA NÃO MILITAR), COMO SÃO EXEMPLO OS COMBUSTÍVEIS, ALIMENTOS ETC.?

O problema que se coloca nesta questão é o de saber se os EFE estão incluídos no âmbito subjectivo do novo código dos contratos públicos, ou seja, se são entidades adjudicantes.

O Código dos Contratos Públicos (CCP) surgiu com a necessidade de transposição para o ordenamento jurídico português das Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

A Directiva 2004/18/CE, por sua vez, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, **veio proceder à compilação num texto único, de uma forma actualizada das anteriores Directivas 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e 93/36/CEE e 93/37/CEE, do Conselho**, ambas de 14 de Junho de 1993. A Directiva 2004/17/CE é relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (os chamados Sectores Especiais), tendo reformulado a anterior Directiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993.

No nosso caso (no CCP) a norma que está em causa é a do n.º 2 do art. 2.º epígrafa *entidades adjudicantes*, onde se refere o seguinte:

São também entidades adjudicantes:

Quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

- (i) tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; e
- (ii) sejam financiadas maioritariamente por entidades que o código considera adjudicantes (Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, associações públicas e associações de

que façam partes todas as anteriores) e estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades;

Pelo que o novo código da contratação pública vem finalmente transpor para a ordem jurídica nacional, com rigor, a definição constante da al. b) do artigo 1.º da directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, actual n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CEE, que dispõe o seguinte:

Para efeitos da presente directiva:

*São consideradas entidades adjudicantes o Estado (...) os **organismos de direito público** (...)*

Entende-se por organismo de direito público qualquer organismo:

- *criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,*
- *dotado de personalidade jurídica, e*
- *cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.*

Referindo ainda a Directiva que:

As listas *não exaustivas* dos organismos e categorias de organismos de direito público que satisfazem os critérios referidos constam do anexo III da Directiva 2004/18/CEE, anexo I, na Directiva 93/37/CEE. Devendo os Estados-Membros notificar periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas.

E relativamente a Portugal a lista é categorial e contém a expressão “*Institutos Públicos sem carácter comercial ou industrial*”.

Pensamos que a lista não é feliz, apesar de não ser exaustiva, porque peca por ser escassa face à noção ampla de organismos de direito público do direito comunitário, como tentaremos explicar.

Ora perante o preceito do art. 2.º, n.º 2, al. a), agora transposto pelo novo código, para averiguarmos se os EFE estão ou não submetidos ao seu âmbito subjectivo é necessário sabermos se eles são ou não susceptíveis de integrarem o conceito de *organismo de direito público* nos termos das directivas comunitárias.

E como vimos, para que determinado organismo possa ser qualificado como «**organismo de direito público**» e, consequentemente, como «entidade adjudicante», na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36, agora do n.º 9 da Directiva 2004/18/CEE, transposta para o Código da Contratação Pública (n.º 2 do art. 2.º), ele deve, cumulativamente, **satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial**, ser dotado de personalidade jurídica e **depende estreitamente, no seu modo de financiamento, de controlo de gestão ou ter um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente designada pelo Estado**, regiões autónomas, autarquias locais ou outros organismos de direito público.

Quanto à primeira das condições, *é necessário saber o que se entende por necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, no âmbito do direito comunitário.*

E é no âmbito do direito comunitário que tem de se procurar a resposta, porque de acordo com *o princípio da interpretação uniforme do direito comunitário*, e do *princípio da igualdade*, quando uma disposição do direito comunitário não contenha *qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros, para determinar o seu sentido e o seu alcance, ela deve constituir uma noção autónoma e uniforme de direito comunitário*. Veja-se, neste sentido, o Acórdão do TJCE, **Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH**, processo C-370/00.

E essa interpretação autónoma e uniforme tem sido feita pela jurisprudência comunitária. Nos termos do Acórdão citado, «o Tribunal de Justiça já decidiu que constituem de modo genérico **necessidades de interesse geral**

sem carácter industrial ou comercial, na acepção do artigo 1.º, alínea b), das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, *as necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante*» (v. Acórdãos, BFI Holding, C-360/96, e Agorà e Excelsior, C-223/99 e C-260/99).

Parece que é o que se passa precisamente com os EFE.

Quanto ao outro critério normativo, o do **controlo da gestão**, já veio o Tribunal de Justiça decidir também que «o referido controlo deve criar uma *dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos*, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido, ou seja, um *financiamento proveniente maioritariamente dos poderes públicos ou a nomeação por estes da maioria dos membros que compõem o órgão de administração, de direcção ou de fiscalização deste organismo*, de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos» (v. Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, C-373/00 citado).

Ora, face à concepção comunitária de “organismo de direito público” para efeitos da contratação pública e, nomeadamente, da noção de “serviços de interesse geral sem carácter comercial ou industrial”, a que temos de nos conformar porque constitui uma noção autónoma de direito comunitário, concluímos pela subsunção dos Estabelecimentos Fabris do Exército ao conceito de entidades adjudicantes prevista no código da contratação pública. Estas entidades constituem um organismo de direito público nos termos comunitários¹², ou seja:

- Entidades dotadas de personalidade jurídica;
- Criadas para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial (*nos exactos termos do direito comunitário, já expostos, e ainda como indício forte deste cri-*

¹² Pode ver-se também nesse sentido o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Janeiro de 2006, proc. 980/05. Considera o Acórdão que os CTT S.A. devem ser considerados como um organismo de direito público para os fins das directivas 93/36/CEE e 97/52/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, transpostas pelo DL 197/99, de 8 de Junho, no caso do contrato de fornecimento de vestuário de serviço para o pessoal dos CTT.

tério, também nos termos da jurisprudência do TJCE, devido à inexistência de uma concorrência desenvolvida, e em especial, o facto dos organismos não agirem em situação de concorrência no mercado, tanto quanto julgamos saber¹³);

- A sua actividade é financiada maioritariamente pelo Estado (especialmente perante o desequilíbrio das suas contas, publicamente conhecido¹⁴);
- O controlo da sua gestão está sujeita aos poderes públicos (direcção e fiscalização a cargo do Exército Português, nos termos da lei orgânica do Exército, DL 61/2006, de 21 de Março).

IV. Nota final

Ressalvamos o facto da nossa conclusão se consubstanciar numa análise jurídico-formal, pois para a conclusão da existência ou não de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, além das circunstâncias que presidem à criação do organismo em causa **devem atender-se ainda às condições em que o mesmo exerce a sua actividade**. E a isto nós não podemos responder nesta instância.

E, na eventualidade da verificação dessas condições materiais pelo Tribunal, elas devem ser sempre aferidas de acordo com os objectivos prosseguidos pelas directivas. E esses objectivos são: **«excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixar levar por considerações não económicas»** (v. Acórdão C-373 referido).

¹³ Ainda Acórdão **Truley GmbH vs. Bestattung**, processo C-370/00.

¹⁴ Neste sentido ver o **Despacho 7030/2002 (II Série), de 5 de Abril**, onde se afirma a inviabilidade industrial, económica e financeira, das Oficinas Gerais de Fardamento e Equipamento e da Manutenção Militar, ambos com custos de produção superiores aos preços praticados no mercado, bem como grandes dificuldades de tesouraria, em que se estima que apenas a Manutenção Militar custe ao erário público cerca de 2 milhões de “contos” por ano, sem benefício de contrapartidas sensíveis. Pelo que se propugnou a sua reestruturação. Este Despacho foi revogado (sensivelmente um mês depois) pelo **Despacho 10437/2002 (II série) de 16 de Maio de 2002**.

V. CONCLUSÃO

1. Os Estabelecimentos Fabris do Exército (EFE) são, historicamente, empresas públicas do tipo pessoas colectivas de direito público, de interesse político. Foram recebidas no capítulo III do novo regime do sector empresarial do Estado, como entidades públicas empresariais. E, pelo facto dos seus estatutos não serem adaptados ao regime das EPE, e pelo anacronismo do seu regime jurídico, consideramo-las como **entidades públicas empresariais atípicas**.
2. Os Estabelecimentos Fabris do Exército, de acordo com a legislação em vigor, são hoje apenas os seguintes:
 - As Oficinas Gerais de Material de Engenharia;
 - As Oficinas Gerais de Fardamento e Equipamento;
 - A Manutenção Militar;
 - O Laboratório Militar de Produtos Químicos e Farmacêuticos.
3. O Regime de Tesouraria do Estado aplica-se aos Estabelecimentos Fabris do Exército nos estritos termos, e para os efeitos, previstos no n.º 5 do art. 132.º da Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro.
4. Perante a concepção de “organismo de direito público”, nomeadamente, da noção de “serviços de interesse geral sem carácter comercial ou industrial”, que constitui uma noção autónoma de direito comunitário, concluímos pela subsunção dos Estabelecimentos Fabris do Exército, ao conceito de entidades adjudicantes prevista no código da contratação pública, porque preenchem os requisitos inscritos no normativo legal, a saber:
 - São entidades dotadas de personalidade jurídica;
 - Criadas para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial (*nos exactos termos do direito comunitário*);
 - A sua actividade é financiada maioritariamente pelo Estado (*especialmente perante o desequilíbrio das suas contas*);

- O controlo da sua gestão está sujeita aos poderes públicos (*direcção e fiscalização a cargo do Exército Português, nos termos da lei orgânica do Exército, DL 61/2006, de 21 de Março*).

O Jurista,
Carlos Correia

EFICIÊNCIA E LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

*João Figueiredo*²

¹ Originalmente publicado pela OCDE em inglês sob o título “Efficiency and Legality in the Performance of the Public Administration, Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 26-27 March 2009
©2009 OCDE.

© 2009 Tribunal de Contas, Portugal, para esta edição portuguesa
Publicado de acordo com a OCDE, Paris.

A qualidade da tradução portuguesa e a sua coerência com o texto original é da responsabilidade do Tribunal de Contas de Portugal.

² Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas de Portugal.

1. **Legalidade e eficiência: uma tensão criadora.** A promoção da eficiência e o respeito pela legalidade são dois dos mais importantes domínios para quem estuda a Administração Pública, para quem é responsável pelas políticas relacionadas com a sua reforma, para quem assume responsabilidades na gestão de serviços públicos e para quem neles trabalha.

São preocupações dos responsáveis políticos, dos dirigentes administrativos, de inúmeros protagonistas sociais e, de forma mais ou menos directa, dos responsáveis pelas instituições de controlo, designadamente judiciais. São pois preocupações que tocam todos aqueles que, de diferentes perspectivas e com diferentes responsabilidades, por qualquer forma contactam, mais ou menos directamente, com as Administrações Públicas. E são cada vez mais, com maior ou menor consciência, preocupações de todos os cidadãos.

Contudo, tradicionalmente, a abordagem dos juristas ao fenómeno administrativo tende a sobrevalorizar as questões de legalidade. É natural: está praticamente assumido que, nos Estados de Direito – cujo modelo é cada vez mais universalmente aceite – o cumprimento da lei assume um papel superior na estruturação e no funcionamento das Administrações Públicas e no seu relacionamento com os Cidadãos.

Ao contrário, também tradicionalmente, a abordagem dos gestores – melhor dizendo, das disciplinas da gestão – tende a sublinhar a importância da eficiência e a olhar com indiferença, e mesmo com alguma desconfiança, as questões de legalidade, perspectivando a lei e o seu cumprimento como obstáculo ao melhor aproveitamento dos recursos e à obtenção de resultados.

Existe pois uma tensão entre legalidade e eficiência na Administração Pública: tensão que tem como origem o facto de várias disciplinas científicas terem como objecto o fenómeno administrativo. Tensão que também é o resultado da própria evolução das Administrações Públicas.

Mas, como melhor veremos, é uma tensão criadora pois a Lei traz desafios e exigências à promoção da Eficiência e esta coloca interrogações à Lei como “alfa” e “ômega” da vida administrativa.

2. Legalidade e eficiência versus sector público e sector privado.

A abordagem tradicional – seja na Ciência do Direito seja na Gestão - tende a estabelecer historicamente relações entre a legalidade e eficiência com o sector público e o sector privado ou, noutra linguagem, com as Administrações Públicas e Privadas.

A Administração Pública prossegue o interesse geral e este é definido pela Lei ou com base na Lei. A Administração Pública não age para o seu próprio benefício: existe para satisfazer as necessidades colectivas. E porque só age nos termos da Lei, desenvolveu-se segundo o princípio de competência: a sua acção está condicionada pelos poderes que a lei lhe confere e não por opções voluntárias e livres. E age segundo o princípio da responsabilidade: a Administração Pública não pode abdicar das suas responsabilidades e responde pela forma como a sua acção se concretiza. Finalmente, a Administração Pública rege-se, cada vez mais, fundamentalmente, por princípios de abertura e de transparência.

Ao invés, as administrações privadas agem em função dos seus interesses, segundo opções fundamentalmente livres, em concorrência entre si e, em questões essenciais, mantendo segredo sobre a sua actividade interna. Recorde-se, por exemplo, as questões relacionadas com os segredos comerciais e industriais e sobre a organização e processos internos das empresas.

Podemos fazer uma síntese, acentuando-se só alguns aspectos: prossecução dos interesses públicos e princípios da competência, da responsabilidade e da transparência nas Administrações Públicas. Prossecução de interesses privados e princípios de liberdade, concorrência e de segredo nas Administrações Privadas.

Assim, tradicionalmente e de uma forma simplista, às Administrações Públicas se associou a ideia da legalidade e às Administrações Privadas a ideia de eficiência e produtividade.

Mas o tempo em que esta dicotomia era, no essencial, marcante e verdadeira, passou. Porque, como veremos, as Administrações Públicas se abriram às questões da eficiência, em particular quando a evolução do Estado de Direito para o Estado Social de Direito se tornou dominante - na segunda metade do século passado, com a produção de inúmeros serviços - e as Administrações Privadas se

abriram às questões dos interesses gerais e da lei quando, mais recentemente, questões como a responsabilidade social, cultural e ambiental das empresas e a ética nos negócios se começaram a colocar com maior veemência e o Direito desenvolveu a sua presença em todos os domínios da vida social e económica.

Fronteiras que, no passado, eram estanques, começaram a dissolver-se. Dicotomias que eram claras deixaram de o ser.

Vejamos a evolução mais recente nas Administrações Públicas e os grandes desafios que agora se colocam.

3. **A evolução das Administrações Públicas nas últimas décadas e a actual crise economia e financeira.** Não podemos ignorar as grandes tendências da evolução das Administrações Públicas nas últimas décadas, sobretudo nos espaços regionais que mais nos interessam e cuja influência doutrinal teve uma projecção quase universal. De entre esses espaços conta-se a Europa. Ora, nas últimas décadas – sobretudo a partir da década de 80 do século passado – a evolução administrativa foi fortemente marcada pelo pensamento da “Nova Gestão Pública” (New Public Management) e da “Reinvenção Governativa” (Reinventing Government). Não importa agora abordar em profundidade cada uma dessas escolas, sublinhando as suas diferenças. Importa antes destacar alguns aspectos que, por sua influência, se tornaram característicos dos movimentos de evolução administrativa em inúmeros países. Assim, embora correndo-se o risco de simplificação, nas últimas décadas deu-se particular ênfase à noção de “cliente” (“client”, “customer” ou quando muito “public service user”) e menos à de “cidadão”. Sublinhou-se especialmente a preocupação de “obtenção de resultados” e não só a de cumprimento da “norma”. A “gestão por objectivos” liderou a “administração dos meios”. As preocupações de “centralização” e de “hierarquia” deram sobretudo lugar às de “autonomia” e “flexibilidade” e à “desconcentração e descentralização”.

No âmbito das Administrações Públicas começámos a ouvir falar de “negócio”, de competição, de aumento de produtividade e de “orientação para o cliente”. Novos conceitos surgiram no espaço público: privatização de serviços públicos, introdução de meca-

nismos de mercado, “project finance”, “acquisition finance”, parcerias público-privadas, acordos de gestão de serviços públicos, “contracting out” e “outsourcing”.

À conhecida “consistência e previsibilidade” da Administração tradicional sucedeu a invocada “diversidade e complexidade” da nova Administração.

No domínio administrativo assistiu-se àquilo que, sinteticamente, se veio a chamar a “fuga para o Direito Privado”. E todo este movimento apontou para a redução de custos da actividade pública, para a redução das funções do Estado e para uma mudança de valores. E, a reboque, surgiram (ou ressurgiram) as posições que advogavam o “Estado mínimo”.

Voltando às distinções acima feitas entre Administrações Públicas e Privadas, parece terem-se diluído então as fronteiras tradicionais, pela erupção dos valores do sector privado na Administração Pública.

Mas eis que, quase subitamente, estalou a crise económica e financeira no final de 2007. E com a sua evolução e com a necessidade da intervenção dos poderes públicos e da cooperação e coordenação entre Estados, começámos a ouvir falar de mais antigos valores e a testemunhar:

- o renascimento da intervenção pública;
- o apelo ao reforço das funções normativas dos Estados e do poder regulador das Administrações;
- a afirmação de que não se pode confiar exclusivamente na autoregulação dos mercados e na consciência dos agentes económicos;
- a reafirmação da necessidade do Direito (nacional e internacional), entrar ou reforçar a sua presença em domínios onde ainda não tem presença ou a tem fragilizada.

Agora, aquelas fronteiras que antes marcavam a distinção entre Administrações Públicas e Privadas parece diluírem-se pela erupção dos valores do sector público no sector privado.

Noutra perspectiva, poderíamos falar no “retorno aos valores fundamentais”. Parece contudo ser mais avisado ou prudente falarmos de um novo equilíbrio entre os valores tradicionais e as experiências positivas vividas nas últimas décadas, visando responder às actuais necessidades colectivas.

Esta foi uma perspectiva sobre a tensão entre “legalidade” e “eficiência” no decurso deste “nosso tempo”.

Vejamos agora como se colocam estas questões e esta “tensão” no “nosso espaço” que é a Europa.

- 4. A legalidade e a eficiência no espaço europeu.** Pesem embora as várias tradições administrativas existentes no espaço europeu, há valores comuns a todas elas e entre esses valores, como acima já se referiu, está a consagração do Estado de Direito, a subordinação da Administração à Lei, ou a Administração através da Lei. A lei surge como instrumento da criação e de protecção dos direitos e dos interesses legítimos dos cidadãos e como fundamento e enquadramento da acção administrativa. Tal consagração consta das constituições – escritas ou não escritas – dos Estados do espaço europeu e é um dos fundamentos e objectivos dos acordos e instituições supranacionais e internacionais que construímos na Europa.

Assim, nos Estatutos do Conselho da Europa, desde 1949, os Estados reafirmaram “their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy”.

E no Tratado da União Europeia “confirmando o seu apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais e do Estado de Direito”, os Estados membros estabeleceram no artigo 6º que a União assenta naqueles princípios que lhe são comuns. E, procurando prevenir qualquer desvio a tais princípios, o artigo 7º autoriza o Conselho da União a verificar a existência de um risco manifesto de violação grave de alguns dos princípios referidos, por algum Estado membro, e a suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação do Tratado, incluindo o direito a voto.

Pelo Tratado de Lisboa – em fase de ratificação – tal determinação é reafirmada pela introdução de um “considerando” que proclama que os Estados membros se inspiram “no património cultural, religioso e humanista da Europa de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o estado de direito”.

O funcionamento da Comunidade Europeia está, todo ele, submetido ao princípio da legalidade: a organização e as actividades das instituições e as relações interinstitucionais, a definição das competências comunitárias, as relações entre os Estados Membros e destes com a Comunidade, a posição dos particulares em face dos Estados e da Comunidade, na medida em que as suas relações se situem no âmbito da ordem jurídica estabelecida pelos Tratados.

Todas as relações jurídicas estabelecidas no quadro do Direito Comunitário tombam sob o controlo de órgãos jurisdicionais independentes: quer do Tribunal de Justiça da Comunidade, quer das jurisdições nacionais, tribunais de direito comum da ordem jurídica comunitária.

Tendo presente que a Comunidade obedece ao princípio democrático, pode pois afirmar-se que apresenta a fisionomia de um “Estado de Direito”.

O “espaço administrativo europeu” que progressivamente tem vindo a ser construído e a convergir baseia-se, pois, no princípio do primado da lei. E, com base neste princípio, tal espaço tem vindo a configurar-se segundo algumas características fundamentais:

- Certeza jurídica que se traduz na confiança e previsibilidade na aplicação do Direito e nas tomadas de decisão administrativa, segundo princípios de não discriminação, de igualdade e de proporcionalidade;
- Transparência administrativa, de que resulta a necessidade de fundamentação das decisões administrativas e na possibilidade de acesso generalizado dos cidadãos à documentação administrativa;
- Responsabilidade das entidades administrativas perante autoridades políticas, outras autoridades administrativas

e judiciárias e de que resultam mecanismos de impugnação das decisões administrativas;

- Efectividade e eficiência exigindo que, nos termos da lei, as necessidades colectivas sejam satisfeitas e mantendo uma boa relação entre recursos utilizados e os resultados obtidos.

A construção e convergência do “espaço administrativo europeu” têm vindo a ser feitas por exigência do Direito Comunitário: dos tratados, dos regulamentos, da transposição das directivas, da recepção do “*acquis communautaire*” pelos novos Estados membros e da acção desenvolvida pelas jurisdições nacionais e pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. E, igualmente, por força da relação estabelecida entre as Administrações nacionais e entre estas e a Administração comunitária.

E sublinhe-se que o “espaço administrativo europeu” tem induzido à observância dos valores de efectividade e de eficiência, mesmo em domínios estritamente jurídicos. Assim:

- As administrações dos Estados membros têm de assegurar capacidade efectiva e eficiente da aplicação do Direito Comunitário já em vigor e do que for aprovado; e
- As administrações dos Estados candidatos têm de assegurar capacidade efectiva e eficiente de recepção do “*acquis communautaire*”.

No sentido de um “espaço administrativo europeu” dispõe o Tratado de Lisboa, ao consagrar no Tratado da Comunidade Europeia, um novo título com a epígrafe “A cooperação administrativa” e o artigo 176º-D que dispõe:

1. “A execução efectiva do direito da União pelos Estados-Membros, essencial para o bom funcionamento da União, é considerada matéria de interesse comum.
2. A União pode apoiar os esforços dos Estados Membros para melhorar a sua capacidade administrativa de dar execução ao direito da União (...)”

E a propósito da Administração comunitária o artigo 254º-A passa a dispor: “No desempenho das suas atribuições, as instituições,

órgãos e organismos da União apoiam-se numa administração europeia aberta, eficaz e independente”.

- 5. Uma falsa questão e questões (talvez) pertinentes.** Pelo que se acabou de dizer quanto ao “nosso tempo” e quanto ao “nosso espaço”, não faz sentido perguntarmo-nos sobre o que vem primeiro: a legalidade ou a eficiência? Ou tal questão surge exclusivamente para provocar a discussão.

É um dado adquirido que é no contexto da acção administrativa em conformidade com a Lei que o valor da Eficiência deve ser desenvolvido. A Administração Pública, sob o primado da Lei, prossegue pois os interesses públicos definidos por esta ou nos termos desta, toma as suas decisões e age em conformidade com a Lei, segundo os procedimentos fixados legalmente e em respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. E na sua acção deve inspirar-se em princípios de “Boa Administração” em que se inserem os valores da efectividade e eficiência.

Mas se aquela é uma falsa questão, outras há que se podem colocar com alguma pertinência e que traduzem a “tensão criadora” a que acima se fez referência:

- em que medida a lei e a sua predominância podem contribuir para a promoção da eficiência?
- em que medida a eficiência pode contribuir para uma melhor observância da lei?

É que nesta abordagem a lei pode ser perspectivada como “quadro de referência” em que se desenvolve a acção administrativa, mas também como “instrumento” desta acção.

A função da lei como “quadro de referência” da acção administrativa é essencial: as instituições públicas são criadas por lei, as suas competências são definidas por lei, as regras que regem a sua acção e as suas decisões são fixadas por lei, os seus deveres relativamente ao respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos são prescritos por lei. A lei é pois o contexto fundamental em que se organiza e move a Administração.

Mas, como se disse, a lei também pode ser perspectivada como instrumento usado pela Administração para que a prossecução do interesse geral prevaleça e as necessidades colectivas sejam satisfeitas. A função instrumental da lei é relevante em todos os domínios da acção administrativa: quer naqueles que se podem considerar de “intensidade legal”, nomeadamente no âmbito da regulação do mercado do trabalho, do controlo de fronteiras, dos serviços de segurança, quer nos outros que se podem qualificar de “intensidade financeira”, nomeadamente na segurança social e nos apoios directos às actividades sociais, económicas e culturais, quer ainda naqueles que se podem caracterizar como de “intensidade laboral e financeira”, como por exemplo, nos sistemas de saúde e educação.

Ora, sem querer simplificar, e preservando sempre a função dominante da Lei, parece que a “Eficiência” pode colocar desafios à “Lei” na sua função de “quadro de referência” da acção administrativa e a “Lei” na sua função instrumental pode promover o desenvolvimento da “Eficiência” na acção da Administração Pública.

6. **Legalidade e eficiência: desafios mútuos.** Como vimos o princípio da legalidade surge nas Administrações Públicas europeias como imposição de uma longa tradição jurídica, como bastião da protecção dos direitos dos cidadãos, como quadro fundamental da acção administrativa e como seu instrumento e, acrescente-se agora, como fonte da legitimidade. Em todos os tempos a questão da legitimidade foi uma questão central na organização dos Estados, tendo as suas fontes sido inúmeras e diferentes. A legitimidade da Administração Pública funda-se na Lei. Está na Lei.

O princípio da eficiência surgiu posteriormente, como também se viu, mas a sua importância surge da pressão social para o aumento da intervenção do Estado e dos seus serviços, para o aumento da sua qualidade, ao mesmo tempo que se exige a manutenção ou mesmo diminuição da pressão fiscal. As sociedades pretendem mais e melhores serviços públicos mas com menor afectação de recursos. E com a actual crise económica e financeira essas exigências sairão reforçadas. Que fazer? Como pode a Lei promover

a Eficiência? Como pode a Eficiência contribuir para a observância da Lei?

Antes de procurarmos respostas em alguns domínios, vale a pena revisitar a questão da Administração Pública e dos seus poderes discricionários. Esse é um domínio que se desenvolveu extraordinariamente com a emergência da intervenção do Estado em inúmeros domínios da vida social e económica. Com o desenvolvimento do Estado Social de Direito os poderes discricionários cresceram e, tendo crescido, constituem um domínio onde o confronto entre legalidade e eficiência mais se pode fazer sentir. Como sabemos discricionariedade não significa arbítrio. No exercício de poderes discricionários as entidades públicas estão vinculadas à prossecução do interesse público mas, respeitado este, devem procurar a melhor solução para cada caso. Ora temos, pois, aqui uma situação onde as preocupações de eficiência podem obter um largo alcance. Mas acrescente-se: aumentando o espaço da discricionariedade devem aumentar igualmente os mecanismos de controlo de forma a evitar o arbítrio. Também esta questão será abordada posteriormente.

Atente-se ainda que é a Lei que consagra os direitos dos cidadãos. A Administração Pública é um dos meios mais relevantes que têm os cidadãos para exercer os seus direitos: veja-se, por exemplo, em inúmeros Estados, o direito à protecção na velhice, o direito à saúde, o direito à escolaridade básica, assegurados por sistemas públicos de segurança social, de saúde e de educação. Ora, tais direitos podem ser, de facto, exercidos ou exercidos em plenitude no caso de a Administração seguir princípios de efectividade e de eficiência. Não basta a lei consagrar os direitos. É necessário que haja condições para o seu exercício. Aqui temos, pois, um domínio em que a Eficiência contribui para uma efectiva observância da Lei.

Em muitos domínios da vida administrativa esses desafios mútuos entre Lei e Eficiência se podem igualmente colocar. Vejamos alguns:

- na fixação das funções administrativas do Estado;
- na consagração do dever da “Boa Administração”;

- na fixação das regras do procedimento administrativo;
- na gestão das finanças públicas;
- nas regras relativas à contratação pública;
- no regime da função pública;
- nos mecanismos de controlo.

Um adequado equilíbrio entre a legalidade e a eficiência visa evitar um ambiente de sobrevalorização de normas e regras em detrimento da produção de resultados e da satisfação dos cidadãos.

7. A determinação das funções administrativas do Estado. Ainda que esta questão seja de natureza estritamente política e, frequentemente, de natureza constitucional, ela não pode deixar de ser abordada. Porque é a Lei que determina quais as funções que estão cometidas à Administração, quais as necessidades colectivas que esta deve satisfazer e que interesses públicos devem prevalecer. Num momento em que a pressão para o aumento da eficiência se faz sentir e em que se pedem novos tipos de intervenção ou o reforço de alguns dos já existentes, impõe-se fazer uma avaliação das funções administrativas do Estado e sobre cada uma delas lançar a interrogação sobre se se deve manter, extinguir ou dever ser assumida por entidades não públicas. É neste domínio de procura das soluções mais eficientes que continuam a fazer sentido soluções como as das privatizações dos serviços públicos, de parcerias com o sector privado, de outsourcing, de adopção de soluções próprias do Direito Privado ou da gestão empresarial. Com uma reserva: se se considerar que, de alguma maneira, as funções devem continuar a ter uma natureza pública há que consagrar mecanismos de acompanhamento e de avaliação de controlo pelas instituições públicas.

Uma regra orientadora poderá ser seguida: se uma função administrativa coloca particulares exigências em matéria de legalidade, é um sinal de que deverá ser mantida no âmbito público. Se a função colocar especiais desafios em termos de gestão eficiente dos meios, é um dado a ter em conta para possível desenvolvimento fora do sector público administrativo.

A par, ou em consequência da reavaliação das funções administrativas do Estado, deve encetar-se a revisão das soluções de organização administrativas pela:

- Avaliação da utilidade dos serviços existentes;
- Reforço estrutural das funções normativas, de programação, orçamentação, avaliação e de controlo;
- Redução de níveis hierárquicos visando a eficiência do funcionamento administrativo;
- Adopção de soluções de serviços partilhados (shared services) designadamente nas funções de gestão financeira, de recursos humanos e de compras públicas;
- Desenvolvimento dos programas de administração electrónica.

8. O dever da “Boa Administração”. Competindo à Administração respeitar o princípio da prossecução do interesse público, resulta deste a existência de um dever de “Boa Administração”: o dever da Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível. Tal dever pode ter consagração legal. Embora nos casos em que tenha consagração legal, em regra se possa considerar um dever jurídico imperfeito, por não ser acompanhado de previsão de sanção jurisdicional, o seu incumprimento pode dar origem a sanções não jurídicas, mas de natureza política, e de avaliação administrativa. Contudo, é possível perspectivar a emergência progressiva de verdadeiras sanções, como abaixo se verá a propósito dos mecanismos de controlo.

9. Legalidade e eficiência nos procedimentos administrativos. A fixação de regras sobre como devem ser conduzidos os procedimentos administrativos, visando a tomada de decisão, é muitas vezes encarada como um obstáculo à eficiência na Administração Pública. Devemos ter presente, de novo, que a natureza pública da Administração e dos recursos que gere, a prossecução dos interesses públicos, o respeito pelos direitos dos cidadãos e pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da transparência, a aplicação

imparcial da Lei e a boa e eficiente gestão dos recursos impõem a existência de tais regras.

Em alguns países essas regras estão disseminadas por várias leis, noutros estão codificadas. Esta solução, pelo menos, permite uma melhor percepção pelos cidadãos e pelos funcionários sobre os mecanismos que estão ao seu alcance ou devem utilizar.

Para além do que se disse, a fixação de normas sobre a condução dos procedimentos administrativos, é ainda essencial para permitir uma adequada formulação do que é a vontade da Administração e pode contribuir para a eficiência na medida em que, nomeadamente:

- deve prever a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito, permitindo que, de seguida, a acção administrativa seja mais célere;
- deve exigir a fundamentação das decisões e a sua transmissão aos interessados para que estes, com mais clareza e rapidez, possam conhecê-las e aceitá-las ou impugná-las;
- deve fixar procedimentos ágeis que conduzam a decisões e actuações rápidas e dispensar exigências injustificadas ou excessivas, fazendo um equilíbrio entre interesse público, custos e benefícios dos procedimentos e respeito pelos direitos dos cidadãos;
- deve determinar uma posição de boa fé por parte da Administração.

Nestas matérias a lei deve ser pois concebida com preocupações de justiça e de eficiência. E, nestas matérias, a lei passando a ser “quadro de referência” e “instrumento” pode contribuir activamente para uma Administração mais eficiente.

- 10. Legalidade e eficiência na gestão financeira pública.** Os recursos financeiros das Administrações são públicos. São o resultado do esforço contributivo dos cidadãos. Como se sabe, as questões financeiras – em particulares as fiscais – estão historicamente na génese do Estado submetido ao Direito. Por isso, a gestão financeira deve subordinar-se à lei. O quadro legal pode fixar soluções avançadas de gestão desde que fique assegurado que os recursos são geridos com

finalidades e por critérios de interesse públicos. As despesas devem ser autorizadas nos termos da lei. Não resisto a transmitir, sinteticamente, o sentido de norma fundamental existente na lei portuguesa: nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga, sem que, simultaneamente, respeite as normas legais aplicáveis, se enquadre em orçamento aprovado e satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia.

Assim, é possível introduzir os clássicos “3 e’s” no coração da legalidade da gestão financeira. Mas esta solução relaciona-se com o que acima fica dito a propósito do dever de Boa Administração e com o que se dirá depois sobre os mecanismos de controlo.

Pode pois, neste domínio, a lei inspirada em valores de eficiência contribuir para a sua promoção, como demonstra também a progressiva adopção em muitos países de modelos de orçamentação por programas associados ao desenvolvimento da gestão por objectivos. Com tais modelos, a par de preocupações de regularidade das despesas públicas, estas passam a relacionar-se com os objectivos das políticas públicas. Estes devem ser determinados, calendarizados e quantificados e, assim, passíveis de avaliação em função da efectividade e eficiência.

11. Legalidade e eficiência na contratação pública. Este é um dos domínios onde a convergência do sistema administrativo europeu foi mais longe, podendo mesmo falar-se de um direito da contratação pública europeu, constituído por directivas, legislações nacionais produzidas em conformidade com tais directivas, orientações interpretativas da Comissão e vasta jurisprudência comunitária e dos tribunais nacionais. As regras da contratação pública que densificam, neste domínio, o princípio da legalidade, devem igualmente assegurar a predominância dos princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé. Mas as concretas soluções podem inspirar-se em preocupações de eficiência, visando a celeridade dos procedimentos e a obtenção das melhores propostas para a satisfação das necessidades públicas, seja no domínio das obras públicas, das aquisições de bens e serviços, do financiamento ou da concessão de serviços públicos. E nessas soluções, visando o aumento da eficiência, poderão ter lugar:

- mecanismos de participação dos concorrentes por via electrónica;
- organização de centrais de compras do Estado;
- leilões electrónicos;
- acordos-quadro celebrados por uma ou várias instituições públicas e em cujo âmbito se poderão realizar aquisições durante determinado período temporal;
- sistemas de aquisição dinâmicos de base electrónica para aquisição de bens e serviços e uso corrente e de tipo estandardizado.

12. O estatuto da função pública. Vejamos agora brevemente alguns aspectos deste estatuto na perspectiva da promoção da eficiência. Está assumido que nas Administrações do “espaço administrativo europeu” é essencial à existência de um corpo de funcionário, com estatuto legalmente consagrado – embora parte desse estatuto possa ou mesmo deva ser objecto de contratação individual ou colectiva - que permita o acesso de todos os cidadãos em condições de igualdade, ao exercício de funções públicas e que crie condições para que tal exercício procure sempre a satisfação dos interesses gerais. Mas face à rigidez dos estatutos do passado rigorosamente em tudo ligados ao disposto minuciosamente na lei, é possível encontrar novas soluções que, respeitando o primado da lei, estimulem a eficiência no exercício de funções públicas. Refiro-me designadamente:

- ao exercício de funções visando a prossecução de objectivos e a obtenção de resultados;
- a avaliação individual de desempenho com impacto na carreira ou no exercício dos cargos;
- a sistemas remuneratórios que, em dimensão adequada, permitam fazer reflectir na remuneração o mérito demonstrado no exercício de funções.

Se tais conceitos são importantes para o estatuto da generalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas, ganham particular relevo no caso dos que exercem cargos directivos.

A par dos estatutos legais, o respeito pela lei e a promoção da eficiência dependem igualmente da consagração de cartas éticas em geral e para certos profissionais em especial, em que se reafirmem

não só os valores tradicionais do serviço público mas também os novos desafios que decorrem das exigências de uma boa gestão dos recursos.

13. A legalidade e a eficiência e os mecanismos de controlo. Tanto no domínio da legalidade como no da eficiência, os mecanismos de controlo são essenciais, sobretudo em Administrações Públicas em que se exercem largos poderes discricionários. Trata-se de fiscalizar o cumprimento das normas e avaliar os resultados. As instituições públicas devem prestar contas e a sua actuação deve ser objecto de avaliação e de controlo.

Os mecanismos de controlo devem ser variados:

- políticos: para além do exercício de poderes de direcção e de tutela dos Governos, em muitos Estados existe tradição de intervenção parlamentar no controlo da Administração;
- administrativos: assegurados por outros órgãos da administração, designadamente inspecções;
- jurisdicionais: para além da criação de amplos mecanismos de impugnação judicial das decisões administrativas a conferir aos cidadãos, em alguns Estados existem órgãos jurisdicionais com poder de controlo sobre a legalidade dos actos administrativos e a economia, eficiência e eficácia da gestão pública.

Tais mecanismos de controlo podem, pois, ser internos ou externos à Administração, serem de estrita legalidade ou também quanto ao mérito da gestão praticada, podem ser públicos ou particulares. Para além da iniciativa dos cidadãos na impugnação das decisões que lhes digam respeito, há também controlo nos mecanismos de protecção dos interesses legítimos dos particulares, na protecção dos interesses difusos, no acesso à documentação administrativa e no relevo que deve ser dado à comunicação social.

Finalmente, os mecanismos podem ser prévios à produção de efeitos dos actos administrativos ou posteriores à sua integral eficácia.

No sistema de controlos que os Estados devem instituir e cujas várias tipologias se discriminaram, assumem papel de relevo as instituições superiores de controlo, quer com perfil jurisdicional – os Tribunais de Contas – quer os que seguem o modelo de auditor geral. Têm um papel de relevo pela sua independência face aos poderes políticos e face à Administração e por seguirem exclusivamente critérios de conformidade legal e de boa gestão.

No caso português, em que o Tribunal de Contas tem consagração constitucional, o seu papel no sistema de controlos é reforçado na medida em que tem competências de efectivação de responsabilidades financeiras. Isto é: a lei consagra a possibilidade de aplicação de sanções pela prática de infracções financeiras. Tais infracções correspondem a ilegalidades cometidas na gestão das finanças públicas.

Refira-se contudo que, tendo o Tribunal competências de auditoria, pode nesse âmbito formular recomendações relativas à gestão das instituições públicas, seguindo critérios de economia, eficiência e eficácia.

Recentemente, a lei veio consagrar que se tais recomendações não forem acatadas e esse não acatamento for reiterado e não justificado, o Tribunal pode aplicar sanções.

Ora, o dever de “Boa Administração” que acima aludimos e caracterizamos como dever jurídico imperfeito, começa pois a aperfeiçoar-se.

O princípio da legalidade mantém pois o seu primado, mas ganha força o princípio da eficiência.

Mas, neste movimento, não devemos esquecermo-nos nunca de um princípio fundamental em Democracia: a Lei transmite a Vontade do Povo.

2009-03-09

**CONTRIBUTOS PARA A DETERMINAÇÃO DO ÂMBITO
DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS**

*João Figueiredo*¹

¹ Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas.

I – Os elementos objectivos e subjectivos na determinação do âmbito da fiscalização prévia

1. A Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto, introduziu alterações relevantes no que respeita à determinação dos actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia, com a redacção que consagrou para a alínea c) do artigo 5º da LOPTC², em que se estabelece agora que compete, em especial, ao Tribunal de Contas, “[f]iscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidade, directos ou indirectos, para a entidades referidas no nº 1 do artigo 2º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”.

A interpretação desta disposição legal não é isenta de dificuldades e, por isso, é sobre ela que o presente texto se debruça, propugnando por uma solução interpretativa. Como é natural, a interpretação do preceito terá de fazer-se com apelo a outras disposições legais e a elementos de apoio à interpretação que é possível recolher nos trabalhos preparatórios, na doutrina e na jurisprudência³.

2. A definição do âmbito da fiscalização prévia, assenta pois em elementos objectivos e subjectivos, no quadro estabelecido no nº 2 do artigo 1º⁴: o “*Tribunal de Contas tem jurisdição e poderes de controlo financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional como no estrangeiro*”.

² Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

³ Neste texto ter-se-ão em conta as posições tomadas pelo Tribunal de Contas em inúmeros processos: designadamente, as decisões tomadas em sessão diária de visto nºs 187/07, 323/07, 340/07, 394/07, 416/07, 676/07, 59/08, 382/08, 192/09, 295/09, 306/09, 311/09, a decisão de 7.07.09 no processo nº 1787/08 e os Acórdãos nºs 6/07MA102/1ºS-PL, 10/09 e 75/09, todos relativos a entidades que se enquadram no nº 2 do artigo 2º da LOPTC, mas que o Tribunal considerou estarem sujeitas a fiscalização prévia.

⁴ Doravante, as disposições legais invocadas são da LOPTC, salvo se, naturalmente, outro diploma for referido.

Objectivos, na medida em que estão sujeitos a tal tipo de controlo financeiro actos e contratos que reúnam determinadas características. Veja-se o que se dispõe na já citada alínea c): “*actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos*”.

Veja-se igualmente o nº 1 do artigo 44º onde se reassume tal noção referindo “*actos e contratos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas e indirectas*”.

Veja-se finalmente para concretização daqueles preceitos, o que se estabelece nos nºs 1 e 2 do artigo 46º, em que se elencam os actos e contratos que estão sujeitos a fiscalização prévia, e no nº 1 do artigo 47º, em que se indicam os actos e contratos que não estão sujeitos a tal tipo de fiscalização.

Com base na interpretação conjugada destas disposições legais, alcança-se o universo objectivo dos actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia: pela determinação inclusiva da alínea c) do nº 1 do artigo 5º e do artigo 46º e pela determinação exclusiva do artigo 47º.

Mas a definição do âmbito da fiscalização prévia assenta também em elementos subjectivos: os universos de entidades consagrados nos vários números do artigo 2º, para onde se faz remissão na alínea c) do nº 1 do artigo 5º e também na alínea a) do nº 1 do artigo 46º.

3. Assim, na determinação do âmbito da fiscalização prévia há que ter em conta os elementos objectivos e subjectivos consagrados na lei. No presente texto abordar-se-ão os elementos subjectivos. Isto é: importa por agora perceber quais as entidades cujos actos e contratos estão sujeitos àquela fiscalização.

II – As entidades sujeitas a fiscalização prévia: abordagem inicial

4. Estabelece o nº 1 do artigo 2º da LOPTC que estão sujeitos à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de

Contas, o Estado e seus serviços, as Regiões Autónomas e seus serviços, as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas, os institutos públicos e as instituições de segurança social.

O nº 2 determina que também estão sujeitas àquela jurisdição e àqueles poderes de controlo associações públicas, empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais, empresas municipais e concessionárias da gestão de empresas públicas, de entre outras. E o nº 3 sujeita ainda à jurisdição e ao controlo financeiro do Tribunal outras entidades.

O facto de a lei ter adoptado uma sistematização separando as entidades constantes do nº 1 das do nº 2 e do nº 3 tem naturalmente significado, que melhor se perceberá com a análise das demais disposições relevantes.

5. Estabelece a alínea c) do nº 1 do artigo 5º, na sua primeira parte, que estão sujeitos a fiscalização prévia - no que respeita à sua legalidade e cabimento orçamental – os actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para a entidades referidas no nº 1 do artigo 2º.

Esta formulação legal permite perceber melhor a sistematização adoptada neste artigo 2º. Assim: os actos e contratos das entidades constantes no nº 1 estão sujeitas a fiscalização prévia; os actos e contratos das entidades constantes no nº 2 e no nº 3, *em regra* não estão sujeitos àquela forma de fiscalização. No mesmo sentido vai o nº 1 do artigo 46º, em interpretação conjugada com a alínea a) do nº 1 do artigo 47º (primeira parte), ao estabelecer que, *em regra*, não estão sujeitos a fiscalização prévia os actos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nos nºs 2 e 3 do artigo 2º.

6. Face ao disposto na alínea c) do nº 1 do artigo 5º e na alínea a) do nº 1 do artigo 47º, escrevemos que, *em regra*, os respectivos actos e contratos não estão sujeitos a fiscalização prévia porque, em ambas, se refere⁵ que estão a ela sujeitos os actos e contratos das

⁵ Na alínea c) do nº 1 do artigo 5º, expressamente na sua segunda parte; na alínea a) do nº 1 do artigo 47º por remissão.

entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Isto é: algumas das entidades que se encontram no universo definido no nº 2 e no nº 3 do artigo 2º poderão ter os respectivos actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia.

7. Da disciplina normativa que resulta desta segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º deve, assim, desde já, retirar-se uma conclusão: o universo das entidades cujos actos e contratos se pretende, por ela, submeter à fiscalização prévia há-de ser necessariamente mais restrito que o universo consagrado no nº 2 e no nº 3 do artigo 2º. Se o legislador tivesse pretendido uma coincidência de universos teria feito remissão na primeira parte da norma, para o universo do artigo 2º, e não teria acrescentado a segunda parte.
8. Concluimos assim que só parte das associações públicas, das empresas públicas, das empresas municipais, das empresas concessionárias e de todas as outras categorias constantes dos nºs 2 e 3 do artigo 2º, terão os seus actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia. Então, a que entidades se refere a lei nesta segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º? Antes de se fazer uma análise detalhada da disciplina que resulta da norma importa ter em atenção, na sua interpretação, as circunstâncias históricas em que ela foi produzida⁶.

III – O elemento histórico e finalista na interpretação do novo regime relativo ao âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas

9. A segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º foi introduzida na revisão da LOPTC operada pela Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto. Tal alteração constava na redacção original da proposta de lei do

⁶ Como se sabe, estabelece o artigo 9º do Código Civil que na interpretação da lei se devem ter em conta as circunstâncias em que a lei foi elaborada.

Governo (Proposta de Lei nº 73/X⁷) em cuja exposição de motivos se refere:

“No que respeita à fiscalização prévia estende-se o seu âmbito a novas entidades que, por não estarem até à data sob a jurisdição do Tribunal, eram frequentemente utilizadas e instrumentalizadas como mecanismo de fuga a estes poderes”.

Na apresentação desta Proposta de Lei na Assembleia da República, o Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças referiu também⁸:

“[C]larifica-se o âmbito da fiscalização prévia, face a entidades que apenas formalmente são empresariais, mas que exercem funções de natureza administrativa”.

Subjacente à alteração legislativa introduzida estava, pois, um movimento de criação de entidades públicas sob diversas formas – designadamente empresariais, mas também associativas e fundacionais – de que resultava a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia, dado que, na sua redacção original, a alínea c) do nº 1 do artigo 5º restringia tal fiscalização às entidades referidas no nº 1 do artigo 2º. Ora, estas novas entidades criadas passaram a estar sobretudo abrangidas pelo nº 2 desse artigo e, portanto, excluídas do âmbito do controlo prévio.

10. Assim, se percebe melhor por que na redacção adoptada se refere:

- a) *“Entidades de qualquer natureza”*: deverá pois considerar-se incluídas entidades públicas ou privadas, sob a forma de associações, fundações, empresas ou outras;
- b) *“Criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas”*: deverá pois entender-se que a sua criação poderá ter sido operada pelo Estado ou por qualquer entidade pública (designadamente, região autónoma, município...) ou pela

⁷ A Proposta de Lei nº 73/X foi aprovada na generalidade a 23 de Junho de 2006, na especialidade a 18 de Julho de 2006 e a sua votação final global ocorreu a 26 de Julho de 2006.

⁸ Intervenção perante o plenário da Assembleia da República, proferida em 24 de Junho de 2006.

conjugação de vontades de várias entidades públicas ou de entidades públicas e privadas⁹;

- c) “*Sempre que daí¹⁰ resulte a subtracção (...) à fiscalização prévia do Tribunal de Contas¹¹*”: deverá entender-se que a criação da nova entidade, na ausência da nova norma, teria tido como efeito a não sujeição a fiscalização prévia de actos e contratos antes submetidos a esta.

- 11.** Sobre esta matéria atente-se ao que diz Guilherme de Oliveira Martins¹² que acompanhou muito de perto o processo legislativo desta reforma: “*A Lei 48/2006 consagra um outro importante passo relacionado com a resposta à fuga para o Direito Privado, cada vez mais presente na vida jurídica do Estado e da defesa e salvaguarda do interesse público. Hoje, o interesse público é prosseguido não apenas por entidades de Direito Público, mas também, e cada vez mais, por entidades organizadas segundo o Direito Privado. E não é o facto de serem entidades de Direito Privado que lhes retira a natureza jurídica*”.

E acrescenta: “*No Visto¹³ (...) a nova lei (...) alargou o âmbito das entidades sujeitas, passando a incluir os actos e contratos da responsabilidade das entidades criadas pelo Estado ou outros entes públicos, independentemente da sua forma e natureza (...) e que desempenhem funções e atribuições originariamente a cargo*

⁹ De facto, as soluções que têm vindo a estar sob apreciação do Tribunal de Contas – vide acima a nota 3 – têm sido as mais diversas: entidades públicas empresariais, empresas públicas sob a forma societária, com capitais exclusivamente ou maioritariamente públicos, sociedades anónimas, fundações públicas com fundadores exclusivamente públicos ou com o contributo de fundadores privados, fundações privadas (segue-se aqui a caracterização que as próprias entidades apresentam, sem mais dilucidação).

¹⁰ “Daí” deve entender-se “da criação”.

¹¹ Na redacção da Proposta de Lei nº 73/X, dizia-se “sempre que daí resultasse...”. Esta formulação pese embora violasse normas da legística, parece que seria mais adequada, pois com a nova redacção do preceito deixou de resultar a subtracção à fiscalização prévia: os actos e contratos voltam a estar sujeitos a fiscalização prévia. Da formulação adoptada – “*resulte*” – não se pode concluir que se trata de uma determinação só para o futuro. Por um lado porque, seguindo as correctas normas de legística, o tempo do verbo não é o futuro e, por outro, porque é patente a intenção do legislador de reconduzir actos e contratos de certas entidades à fiscalização prévia e que a ela antes se tinham subtraído.

¹² Vide “As grandes linhas da reforma do Tribunal de Contas” in Revista de Administração Local, nº 214, Julho - Agosto de 2006.

¹³ O nº 4 do artigo 46º diz que a fiscalização prévia exerce-se através do visto ou da declaração de conformidade.

da administração pública. No fundo, qualquer entidade que celebre contratos utilizando dinheiros e valores públicos, estará sujeita ao visto prévio desses mesmos actos dentro dos limites e nas condições consagrados na lei”.

E noutro texto refere o mesmo autor¹⁴: “(...) o certo é que se tornava indispensável garantir o princípio substantivo de prestação de contas e de verificação da utilização dos dinheiros públicos, o que, em nosso entender, passava por uma reforma cirúrgica, mas profunda, assente nas seguintes premissas: (...) na necessidade de assegurar a intervenção em áreas que, por força de mecanismos vários, tinham saído ilegítimamente do âmbito de acção do Tribunal, tantas vezes por força de uma prática incorrecta reiterada das administrações públicas”.

E acrescenta: “A necessidade de reconquistar áreas de intervenção que (...) tinham saído do campo de acção da 1ª Secção¹⁵, levou a que o legislador clarificasse o âmbito de incidência de fiscalização prévia (...). Referimo-nos à nova redacção do artigo 5º, nº 1 alínea c), cuja concretização dependerá, em grande medida, da jurisprudência do Tribunal a ser desenvolvida a partir da análise de situações concretas”¹⁶.

E sobre o assunto, finalmente diz: “Com esta alteração pretendeu-se manter o visto obrigatório para as operações efectuadas com a utilização de dinheiros públicos (oriundos de orçamentos públicos) no desempenho de funções administrativas, independentemente da natureza ou da forma jurídica da entidade que as realiza, combatendo-se a fuga a este tipo de controlo”.

12. A este propósito referiu ainda o Conselheiro Lídio de Magalhães¹⁷: “[A] inclusão destas entidades é coerente com a crescente preocupação que os administrativistas mostram em relação à

¹⁴ Vide “A reforma do Tribunal de Contas em 2006”, in Revista do Tribunal de Contas, nº 46, Julho/Dezembro de 2006, ps. 33, 34 e 37.

¹⁵ Dos artigos 15º, 38º e 77º resulta que o exercício das competências do Tribunal no âmbito da fiscalização prévia cabe à sua 1ª Secção.

¹⁶ A este propósito, vide acima a nota nº 3.

¹⁷ In “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas na Lei nº 48/2006” in Revista de Administração Local, Julho de 2007.

necessidade de manter as vinculações de natureza publicística, qualquer que seja a forma organizacional que a actividade administrativa possa utilizar. (...) De resto seria estranho que o legislador se desinteressasse destas entidades que circulando na órbita da Administração Pública e consumindo os seus recursos, poderiam, por meros mecanismos formais, dispor de uma “liberdade de movimentos” desajustada à proveniência dos seus fundos”.

13. Não deve contudo deixar de se ter em conta um pormenor relevante do elementos históricos e doutrinários que acima se explicitaram, com base em três citações que o traduzem, parece, com fidelidade. Trata-se de dever ter presente que se pretende (continuar a) sujeitar a fiscalização prévia “*entidades frequentemente utilizadas e instrumentalizadas*”, “*entidades que apenas formalmente são empresariais*” e “*áreas que, por força de mecanismos vários, tinham saído ilegítimamente do âmbito de acção do Tribunal*”.

Foi, portanto, objectivo do legislador e constitui finalidade da norma reconduzir certas entidades que, formalmente, se enquadram no nº 2 ou no nº 3 do artigo 2º à submissão à fiscalização prévia, designadamente certas entidades sob a forma de associações, fundações e empresas públicas, incluindo entidades públicas empresariais.

Como refere José de Oliveira Ascensão¹⁸, a propósito do elemento teleológico de interpretação da lei, todo o direito é finalista, toda a norma existe para atingir fins, devendo ser-lhe dada a interpretação adequada à realização da finalidade proposta.

Refira-se também que o legislador não quis, nesta lei, contrariar a criação destas entidades de diversa natureza, provavelmente porque entende que tais soluções são favoráveis a uma boa gestão pública (v.g. pela adopção de mecanismos de gestão empresarial e privada) e também porque não era a sede adequada para o fazer. Por isso, considera-se que não se trata só de combater situações de fraude à lei. Certamente que estas estavam na mira do legislador: a criação de entidades com o exclusivo propósito de subtracção à fiscalização prévia. Contudo, outras situações existem de criação

¹⁸ In “O Direito, Introdução e Teoria Geral”, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 363.

de entidades – designadamente empresariais – que se pode justificar por variadas razões e cuja não submissão aos mecanismos de fiscalização prévia é uma consequência, quiçá não perseguida. O que o legislador quis sim, foi que os actos e contratos por elas praticados e celebrados se mantivessem sujeitos a fiscalização prévia, como já antes estavam no âmbito de outros órgãos e serviços da Administração Pública.

14. E se quis obter este resultado, refira-se igualmente que *só* quis obter esse resultado. Assim, por exemplo, o universo do nº 1 do artigo 2º corresponde à noção de sector público administrativo, sendo que o sector público empresarial está integrado no universo do nº 2. O facto de algumas entidades integradas neste universo – designadamente empresas públicas – poderem estar sujeitas a fiscalização prévia, não significa que o legislador pretenda que tais entidades sejam consideradas no âmbito do sector público administrativo.

IV – Os critérios para a determinação das entidades sujeitas à fiscalização prévia

15. Sendo esta a finalidade da norma e o objectivo do legislador, este entendeu estabelecer critérios para a determinação das entidades que, face à sua natureza, estão incluídas nos universos fixados nos nºs 2 e 3 do artigo 2º, mas cujos actos e contratos continuam sujeitos a fiscalização prévia. São critérios que, verificados os elementos referidos acima nas alíneas a) e b) do nº 10, devem ser utilizados pelo aplicador do Direito, apelando este, como mandam as regras da interpretação, à finalidade da norma - para que aponta o seu segmento final referido também acima na alínea c) do nº 10 - e a outros elementos, quando seja necessário para a realização da sua tarefa.
16. São critérios a verificar nessa determinação:
 - a) Entidades criadas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública;
 - b) Entidades com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou.

17. Face a tais critérios, importa desde já estabelecer duas precisões:

- a) Os dois critérios – os referidos nas alíneas do número anterior – devem ser cumulativamente observados: ambos têm de se verificar para que uma entidade dos universos dos n^{os} 2 e 3 do artigo 2º (v.g. uma empresa pública ou empresa municipal) tenha os respectivos actos ou contratos sujeitos a fiscalização prévia;
- b) Ainda que sejam os actos e os contratos praticados e celebrados que estão sujeitos a fiscalização prévia, os critérios da determinação assentam na noção de “entidade”. Isto é: são certas entidades que, obedecendo àqueles critérios, devem sujeitar os seus actos e contratos a fiscalização prévia. São as entidades que constituem este novo¹⁹ universo. Não os seus actos e contratos. Para este entendimento concorre o elemento histórico acima enunciado. Mas concorre indubitavelmente também a redacção adoptada nas disposições que estamos a apreciar: todo o artigo 2º, na definição do âmbito de competência dos poderes de controlo financeiro do Tribunal, assenta na noção de “entidade”. Basta para tanto atentar na redacção dos n^{os} 1 a 3 onde se refere expressamente que estão sujeitos à jurisdição e poderes de controlo do Tribunal de Contas “*as entidades*”. E também a primeira parte da alínea c) do n^o 1 do artigo 5º remete para tal conceito. E a formulação da sua segunda parte arranca da mesma noção. Se o legislador tivesse querido, na delimitação deste universo sujeito a fiscalização prévia, centrá-lo na noção de “acto” ou de “contrato” e não na de “entidade”, teria adoptado uma formulação diferente que rompesse com o elemento histórico e com a redacção adoptada nas demais normas.

18. A defesa que acabou de se fazer de que a disciplina normativa que resulta do artigo 2º e da alínea c) do n^o 1 do artigo 5º se centra na noção de “entidade” (ente público ou privado, nas suas mais diversas formas) exige que se adiante igualmente uma nova precisão: os actos praticados ou os contratos celebrados por aquelas

¹⁹ Em rigor não é novo pois, como se viu, era uma realidade administrativa já antes sujeita a fiscalização prévia.

entidades estão sujeitos a fiscalização prévia, desde que se observem outros elementos de previsão normativa. Isto é: nem todos os actos e contratos daquelas entidades estão sujeitos a fiscalização prévia. Como se viu já a propósito dos elementos objectivos da determinação do âmbito da fiscalização prévia, deverão ser “*geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos*” (vide de novo a alínea c) já muito citada, mas igualmente o nº 1 do artigo 44º), devem enquadrar-se no disposto nos nºs 1 e 2 do artigo 46º e não devem incluir-se nas hipóteses formuladas no nº 1 do artigo 47º, nem ter valor inferior ao fixado por via do artigo 48º, nos casos dos contratos previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 46º.

V – As entidades criadas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública

19. Vejamos pois, em maior detalhe, os critérios legalmente estabelecidos.

Quanto ao primeiro devemos analisar os três elementos conceptuais em que, neste segmento, assenta a previsão normativa: “*funções administrativas*”, “*funções administrativas originárias*” e “*Administração Pública*”.

Quando a lei adopta o conceito de “*funções administrativas*” (e note-se que não o fez na forma singular – “função administrativa” – mas no plural, parecendo assim distanciar-se da questão das distinções relativas às funções do Estado), crê-se que se está a referir ao sentido material de administração pública. Isto é, devem ser entendidas como funções administrativas as actividades que, em cumprimento de lei, são asseguradas pelo Estado ou por outras pessoas colectivas públicas para satisfação regular de necessidades colectivas, com subordinação aos interesses gerais. Ou, no entender de Freitas do Amaral²⁰, “*a actividade típica dos organismos e indivíduos que, sob a direcção ou fiscalização do poder político, desempenham em nome da colectividade a tarefa de prover à satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segu-*

²⁰ In “Curso de Direito Administrativo”, Vol. I, 2ª Edição, Almedina, 2003, p.50.

rança, cultura e bem-estar económico e social, nos termos estabelecidos pela legislação aplicável e sob o controle dos tribunais competentes”²¹. No Estado, tais funções são desenvolvidas na dependência do Governo e, nas demais pessoas colectivas públicas na dependência dos respectivos órgãos e, neste caso, com frequência, o Governo mantém poderes de tutela e de superintendência. Relembre-se aliás o que se dispõe na alínea g) do artigo 199º da Constituição, quando nela se estabelece que no exercício de funções administrativas, compete ao Governo “[p]raticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação de necessidades colectivas”.

Para que uma entidade que se enquadre no nº 2 ou no nº 3 do artigo 2º seja incluída no universo sujeito a fiscalização prévia, é preciso pois, no essencial, que tenha sido criada pelo Estado ou por qualquer outra entidade pública e desenvolva, nos termos da lei, actividades de satisfação regular de necessidades colectivas, prosseguindo interesses gerais.

- 20.** Mas para que tal aconteça, ainda é preciso que tais funções tenham “*originariamente*”²² estado a cargo da Administração Pública: isto é, até à criação das novas entidades, estavam a ser desempenhadas pela Administração Pública. Esta exigência necessita ainda de maior clarificação.

Assim, por um lado, as necessidades colectivas que a função visa satisfazer já têm de estar, como tal, antes identificadas²³. Não são

²¹ Vide igualmente Marcelo Caetano, “Manual de Direito Administrativo” Tomo I, Coimbra Editora, 1973, ps. 6 e ss, Jean Rivero, “Droit Administratif”, Dalloz, 1980, p.11, Charles Debbsch, “Science Administrative” Dalloz, 1976, p36 e ss.

²² Diz o Conselheiro Lídio de Magalhães no artigo acima citado: “O advérbio “originariamente” tem que ser entendido em termos hábeis sob pena de – ao menos na Administração do Estado – nos embrenharmos numa autêntica investigação histórica, a que a literalidade nos conduzirá. Assim, o que com este inciso se quer referir, são as funções administrativas que, até à criação das novas entidades, estavam a ser desempenhadas pela Administração Pública”.

²³ Pelo menos genericamente. Não se diga, por exemplo, que a construção e manutenção de um teatro municipal é uma função nova, porque antes já ao município competiam actividades de natureza cultural.

pois novas necessidades colectivas às quais o novo ente é chamado a responder.

Por outro, se a função estava por lei – *de jure* - antes cometida a órgão ou serviço da Administração Pública – e tem de ser assim, face ao princípio da legalidade e da competência a que esta se subordina – parece que também deverá ter sido desenvolvida *de facto* por órgãos e serviços naquela integrados. Retira-se esta asserção da finalidade da norma que acima se explicitou: o que ela visa é reconduzir ao universo sujeito a fiscalização prévia, realidades que antes já lá estavam e que, no essencial, mantêm as mesmas características.

21. Impõe-se ainda descortinar a que realidade se refere o legislador na alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC, quando utiliza o conceito de “*Administração Pública*”.

Como se sabe, este conceito, pode ter um sentido orgânico ou material. Já defendemos acima que a norma quando prevê “*funções administrativas*” se está a referir ao sentido material de administração pública.

É claro que agora o legislador apela agora aqui ao sentido orgânico. Mas, note-se que, neste sentido orgânico, pode ter-se uma compreensão ampla ou mais restrita. Em rigor, em “*Administração Pública*”, pode integrar-se o que tradicionalmente se qualifica como sector público administrativo, mas também o sector público empresarial, associativo e fundacional. Ora, quando o legislador, nesta norma, utiliza este conceito, está certamente a referir-se ao sector público administrativo: Administração Pública no sentido orgânico e restrito. E, voltando à norma: trata-se de funções originariamente a cargo de órgãos e serviços integrados no sector público administrativo. E relembre-se que a este sector corresponde o universo fixado no nº 1 do artigo 2º da LOPTC. Em conclusão: trata-se de funções originariamente a cargo de órgãos e serviços integrados no âmbito de aplicação desta disposição legal.

Esta interpretação é também conforme ao elemento finalista da interpretação: trata-se de reconduzir à fiscalização prévia os actos

e contratos que antes já a ela estavam sujeitos, por serem relativos a entidades integradas no universo do nº 1 do artigo 2º

- 22.** Aqui chegados, uma perplexidade nos assalta: então o legislador, na mesma previsão normativa, faz apelo simultâneo à noção orgânica e material de administração pública, em dois segmentos textuais distintos? Uma análise mais atenta do critério exige pois maior minúcia.

Parece-nos claro que no critério se enquadram preocupações de três dimensões:

- a) Uma *dimensão temporal*, já antes explicitada e claramente enunciada quando a lei se refere a funções administrativas “*originariamente*” a cargo da Administração Pública. Isto é, houve um “*tempo anterior*” em que as funções eram exercidas pela Administração Pública – no sentido já referido - e um “*tempo posterior*” em que deixaram ou deixariam de o ser;
- b) Uma *dimensão orgânica* também já explicitada: estamos no quadro de actividades antes desenvolvidas pelo sector público administrativo, como se configura no nº 1 do artigo 2º; e
- c) Uma *dimensão material* também já referida, mas que agora deve ser mais concretizada: para além de se tratar de funções administrativas no sentido já anteriormente dado no nº 19 – e no qual aliás se podem integrar as funções desenvolvidas pela generalidade das empresas públicas – trata-se de funções materialmente administrativas. O legislador quando escreve “*funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública*” e não simplesmente “funções originariamente a cargo da Administração Pública” quer certamente atribuir um significado próprio àquele termo. Pergunte-se então: o que são funções materialmente administrativas, designadamente em contraposição a funções materialmente empresariais?

- 23.** Funções materialmente administrativas são as que, no seu desenvolvimento, reúnem, de entre outras, as seguintes características:

- a) Subordinam-se prioritariamente a preocupações de boa prestação de serviços de interesse geral e não a fins lucrativos;
- b) Dão origem a oferta de bens e a prestação de serviços, em regra não sujeitas ao funcionamento do mercado e à concorrência;
- c) Não têm potencial de geração de receitas de natureza mercantil que permitam às entidades que as asseguram assumir integralmente, por si, todos os riscos inerentes àquele desenvolvimento e à sua própria subsistência. Isto é: em última instância, há um ente público que assegura que aquelas funções são efectivamente asseguradas, porque correspondem a interesses gerais impreteríveis;
- d) Na sua execução, pode ser feito apelo ao exercício de poderes de autoridade.

Em suma, actividades materialmente administrativas, em contra-posição a actividades materialmente empresariais, são actividades de natureza não mercantil. São actividades que não geram receitas mercantis que permitam a sustentação financeira das entidades que as desenvolvem. E estas entidades se assumem a forma empresarial “*apenas formalmente são empresariais*”.

- 24. Com tal entendimento, não se poderá dizer que todas as funções originariamente a cargo da Administração Pública ficariam para sempre “prisoneiras” (passe o termo, com conotação negativa que não se pretende) da fiscalização prévia, assistindo-se a uma imobilização do universo sujeito àquela actividade de controlo. Funções materialmente administrativas houve, há e haverá que evoluíram ou podem evoluir no sentido exposto.
- 25. Face ao que foi dito, não pode deixar de equacionar-se a situação de determinada entidade simultaneamente exercer funções materialmente administrativas e funções materialmente empresariais, as primeiras sustentadas por financiamentos públicos e as segundas por receitas mercantis. Neste caso, a solução deverá ser a de reconhecer que uma tal entidade se inclui no universo dos organismos sujeitos a fiscalização prévia. Esta posição tem correspondência com jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, quando a propósito de determinar o que são orga-

nismos de direito público, no seu Acórdão de 10 de Abril de 2008, no processo C-393/06, refere²⁴:

- a) Na senda do que “a doutrina geralmente denomina “teoria do contágio” (...) é indiferente que, para além dessa missão de interesse geral, a referida entidade realize igualmente outras actividades com fins lucrativos, uma vez que continua a encarregar-se de prover às necessidades de interesse geral que é especificamente obrigada a satisfazer. A parte que as actividades exercidas com fins lucrativos representa no âmbito das actividades globais da referida entidade é igualmente irrelevante para efeitos da sua qualificação como organismo de direito público”;
- b) Esta conclusão também se impõe quando seja possível “separar claramente as actividades que esse organismo exerce para desempenhar a sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral das actividades que exerce em condições de concorrência” e mesmo quando as entidades “aplicam uma contabilidade que tem em vista uma clara separação interna entre actividades”.

26. Assim, e sem prejuízo de inúmeros detalhes já explicitados, quando a lei estabelece como critério “entidades criadas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública” deve ser entendido como entidades criadas para desenvolver, nos termos da lei, e prosseguindo interesses gerais, actividades de satisfação regular de necessidades colectivas, já antes identificadas como tal e de facto executadas por entidades anteriormente integradas no sector público administrativo, mediante a produção de bens e prestação de serviços, não sujeitas ao funcionamento do mercado e à concorrência.

VI – As entidades com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou

27. Vejamos agora o segundo critério. Diga-se desde já que quando a lei refere “com encargos suportados por transferência do orça-

²⁴ Veja-se no Acórdão os nºs 19, 47, 49 e 52.

mento da entidade que os criou”, na senda do que já se defendeu, considera-se que está a referir-se aos encargos da entidade e não aos encargos do acto ou contrato de cuja fiscalização prévia se trata.

28. Diga-se igualmente desde já que a ponderação sobre se há “encargos suportados por transferência do orçamento da entidade” criadora há-de fazer-se perante o respectivo estatuto jurídico. Apelar-se a um outro entendimento – por exemplo, o de que deve ponderar-se, em concreto, se a entidade criada recebe, de facto, transferências – conduzir-nos-ia a uma abordagem demasiado circunstancial em matéria de definição do universo de entidades sujeitas a fiscalização prévia: num período temporal (qual?) sim, noutro período temporal não, conforme a natureza das concretas receitas. Na mesma senda, diga-se que também não seria compreensível concretizar-se o critério apelando à dimensão que assumem as transferências no orçamento da entidade criada: até uma determinada percentagem (qual?) não, a partir dessa percentagem, sim. Não se esqueça o elemento finalista da norma. Repete-se: trata-se de reconduzir à fiscalização prévia realidades que já a ela estavam ou estariam sujeitas e que, nos seus aspectos substanciais, mantêm as mesmas características.
29. Maior dificuldade de interpretação transporta a exigência de “*transferência do orçamento*”. Aqui o intérprete pode, à partida seguir uma de três soluções: ou considerar que o legislador ao se referir a transferências está a apelar ao conceito técnico de transferências orçamentais correntes, ou se está a referir a estas mas também às transferências de capital ou está antes a referir-se a um conceito amplo de transferência e que envolve muitas outras soluções técnicas que, de facto, muitas vezes se poderiam reconduzir àquelas, mas que assumem muitas e variadas formas. Neste caso, a lei ao falar em transferências do orçamento está a referir-se a fluxos financeiros entre o orçamento da entidade criadora pública e o orçamento da entidade criada. Vejamos.
30. Relembre-se que transferências correntes, para um órgão ou serviço da Administração Pública, são “*importâncias a entregar a quaisquer organismos ou entidades para financiar despesas correntes, sem que tal implique, por parte das unidades recebedoras,*

*qualquer contraprestação directa para com o organismo doador*²⁵”.

A primeira hipótese acima formulada de que a lei, no seu critério, se restringe a estas transferências, enfrenta uma dificuldade fundamental: se a lei pretendesse incluir naquele conceito apenas as transferências orçamentais correntes tê-lo-ia referido expressamente. Assim, não se encontra fundamento para o intérprete restringir o sentido da letra da lei. Assim, esta quer ter um alcance maior que as transferências orçamentais correntes.

- 31.** Certamente terão de incluir-se as transferências de capital, que se destinam a financiar despesas de capital²⁶. Esta solução parece ser, por si, aceitável: na formulação legal, fala-se como se viu, em transferências do orçamento. Contudo, tal formulação genérica e o disposto noutras disposições legais, impõem ao intérprete o alargamento do entendimento a adoptar.

Por exemplo, a lei caracteriza os subsídios como “*fluxos financeiros não reembolsáveis do Estado para as empresas públicas e empresas privadas, destinadas ao seu equilíbrio financeiro e à garantia, relativamente ao produto da sua actividade, de níveis de preços inferiores aos respectivos custos de produção*”, mas acrescenta que têm “*a natureza de transferências correntes*”²⁷.

Assim, para além das transferências correntes e de capital, os subsídios devem, por expressa disposição legal, também considerar-se na noção de transferência. Assim, a hipótese acima referida em segundo lugar, estritamente agarrada à letra da lei, deve ser objecto de alargamento, como resultado do apelo que não pode deixar de ser feito a outras disposições legais. Caminha-se pois para o entendimento formulado em último lugar.

²⁵ Vide nota explicativa à rubrica orçamental da despesa 04.00.00, constante do Anexo III ao Decreto-Lei n° 26/2002, de 14 de Fevereiro, que aprova os códigos de classificação económica das receitas e despesas públicas.

²⁶ Vide nota explicativa à rubrica orçamental da despesa 08.00.00, constante do Anexo III ao citado Decreto-Lei n° 26/2002, de 14 de Fevereiro.

²⁷ Vide nota explicativa à rubrica orçamental da despesa 05.00.00, constante do citado Anexo III.

32. Dir-se-á que nos estatutos das empresas públicas – quer estaduais, quer regionais, quer locais – com frequência se consagram os subsídios como receitas (e, acrescente-se, as participações, as compensações e as comissões por prestação de serviços, e inúmeras outras figuras...). E assim sendo, todas ou, pelo menos, muitas empresas passariam a estar sujeitas a fiscalização prévia. Esta conclusão seria precipitada, pois esquecer-se-ia de um elemento essencial: para que assim seja, é necessário que se observe o primeiro critério acima referido na alínea a) do nº 16. E esquecer-se-ia igualmente do elemento teleológico da norma.
33. Não pode o intérprete deixar de apelar a este elemento teleológico da norma. Vimos que esta visa manter sob a acção de fiscalização prévia actos e contratos relativos a entidades da mais diversa natureza que, por via da sua criação, deixaram de estar sujeitos àquela acção. Assim, não faria sentido que o legislador num elemento da previsão normativa consagrasse uma noção tão ampla – “*entidades de qualquer natureza*” – e a seguir adoptasse um conceito com conteúdo tecnicamente não determinado – “*transferência*” – com a exigência de que deveria ser sujeito a uma interpretação restritiva. E, não fazendo isso sentido, se o intérprete o fizesse seria trair a finalidade da norma. Sublinhe-se ainda outro elemento: a preocupação do legislador em consagrar, no domínio da fiscalização prévia da competência material essencial do Tribunal de Contas, uma previsão abrangente, vai ao ponto de, na mesma disposição normativa, por *quatro vezes* utilizar o vocábulo “*qualquer*”: “*actos e contratos de qualquer natureza*”, “*representativos de quaisquer encargos*”, “*entidades de qualquer natureza*”, “*quaisquer outras entidades públicas*”.

Igualmente, não faz sentido que o legislador conhecesse as imensas soluções adoptadas quanto à natureza dos actos e contratos, dos encargos e responsabilidades assumidos, das entidades criadas e das entidades criadoras que conduziram à consagração de previsões abrangentes e desconhecesse ou ignorasse a enorme diversidade das formas de financiamento adoptadas.

34. Assim, a determinação do conceito de “*transferência*” não pode deixar de estar “em linha” com o de “*entidade de qualquer natureza*”, com o de “*acto ou contrato de qualquer natureza*”, com o

de “qualquer encargo ou responsabilidade”. Sublinhe-se, na sequência do que se disse acima nos n.ºs 13 e 14, que esta determinação é feita para esta específica tarefa: só se trata de fixar o universo das entidades sujeitas a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas.

- 35.** Por transferências do orçamento, deve pois entender-se todos os fluxos de recursos financeiros públicos da entidade criadora para a entidade criada, contribuindo para o seu funcionamento e, em geral, para as suas actividades, independentemente das soluções técnicas adoptadas. São fluxos financeiros ou financiamentos que permitem a subsistência da entidade e a realização, em geral, das suas actividades e, no caso, das entidades sob forma empresarial, sem serem uma contrapartida directa da disponibilização de bens e serviços, de natureza mercantil, em ambiente de concorrência. Não são receitas de natureza mercantil. Inclui as transferências propriamente ditas - correntes e de capital - os subsídios, mas igualmente os movimentos financeiros ao abrigo de contratos-programa, de contratos de gestão e de outros instrumentos contratuais e programáticos celebrados entre as entidades criadoras e as criadas e que titulam esses movimentos.
- 36.** Não pode ignorar-se, contudo, uma circunstância que se detecta no movimento de criação de entidades (“frequentemente instrumentalizadas” e “formalmente empresariais”) que esteve subjacente à nova redacção dada à alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º. Com frequência, as entidades públicas criadoras (em regra no âmbito da administração municipal) ao criarem as novas entidades, e continuando estas a desenvolver funções administrativas no sentido acima referido, abdicaram de receitas próprias (públicas, portanto) e atribuíram-nas aos novos entes. Com frequência também, tais receitas são de natureza tributária (taxas, designadamente).

Não é este o momento de avaliar da conformidade legal de tais decisões. Contudo, não pode deixar de dizer-se que, substancialmente, também nesta situação ocorre um fluxo de recursos financeiros públicos ou de financiamentos públicos entre a entidade criadora e a entidade criada. A solução adoptada – cuja legalidade não se aprecia agora, repete-se – é uma alternativa à solução que tradicionalmente poderia ser adoptada: manutenção das receitas

(públicas sempre, e tributárias, frequentemente) como próprias da entidade pública criadora (em regra, com suporte legal indiscutível) e posterior transferência “*proprio sensu*” para a entidade criada (também possível face à lei).

Na senda do que acima se disse, trata-se de recursos financeiros públicos que são transferidos para a entidade criada, no sentido de que a entidade criadora deles abdica, deixando de figurar no seu orçamento e passando a beneficiar a nova entidade, contribuindo para a sua subsistência, o seu funcionamento e, em geral, para as suas actividades.

O que importa é que as entidades em causa produzem bens e serviços não mercantis e a sua estrutura de financiamento continua a assentar em impostos e taxas, fundamentalmente, portanto, com receitas não provenientes da produção de bens e prestação de serviços.

Entende-se pois que as entidades criadas e financeiramente mantidas neste modelo, também devem considerar-se como enquadradas na segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º.

37. Refira-se aliás que esta posição tem também correspondência com o que é propugnado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a propósito da condição de “financiamento público” para que uma entidade possa ser considerada organismo de direito público, à luz do que se dispõe nas Directivas 92/50 e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. No Acórdão de 13 de Dezembro de 2007, no processo C-337/06, pergunta-se se tal condição é preenchida quando as actividades das entidades são financiadas por uma taxa. E responde-se²⁸:

- a) A taxa que assegura o financiamento da actividade “*tem origem (...) num acto estatal. É prevista e imposta por lei e não resulta de uma transacção contratual celebrada entre estes organismos e os consumidores. A sujeição à referida taxa (...) não é contrapartida do gozo efectivo dos serviços fornecidos pelos organismos em questão*”;

²⁸ Veja-se os nºs 40, 47 e 49 do referido acórdão.

- b) “[N]ão deve haver uma diferença de apreciação consoante os meios financeiros transitem pelo orçamento público, cobrando primeiro o Estado a taxa e pondo, depois, as receitas resultantes desta à disposição dos organismos (...) ou o Estado confira aos referidos organismos o direito de cobrarem eles próprios a taxa”;
- c) “Este modo de financiamento indirecto é suficiente para que a condição relativa ao financiamento pelo Estado (...) esteja preenchida”.

38. Assim, e também sem prejuízo de inúmeros detalhes já explicitados, quando a lei estabelece como critério “*entidades com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou*” está-se a referir a entidades cujas subsistência e realização, em geral, das suas actividades são suportadas por fluxos financeiros públicos ou financiamentos públicos que não são uma contrapartida directa da disponibilização de bens e serviços, de natureza mercantil, em ambiente de concorrência.

VII – Conclusão

39. A interpretação é função de conjunto, em que não podemos marcar um antes e um depois, dado que os vários elementos a que se recorre reagem uns sobre os outros durante todo o processo até se atingir o resultado final²⁹.

Pensa-se que a interpretação por que se propugnou agora para a norma constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC respeita a sua letra e o seu espírito.

A letra foi o seu ponto de partida, dado que a letra é um elemento irremovível de toda a interpretação das normas na ordem jurídica portuguesa. E a letra constituiu um limite na busca do espírito da norma. Contudo, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir do texto o pensamento legislativo. Daí o apelo que foi feito, sobretudo na interpretação de alguns segmen-

²⁹ Vide José de Oliveira Ascensão, “Introdução ao Estudo do Direito”, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970/71.

tos normativos, a uma leitura sistemática das disposições legais relacionadas com a matéria e a elementos históricos e teleológicos, não nos resignando a uma leitura estreitamente literal que trairia as finalidades da norma.

Considera-se que com a interpretação agora exposta, respeitando a letra e o espírito da lei, “[n]o que respeita à fiscalização prévia” permite-se estender “o seu âmbito a novas entidades que, por não estarem até à data sob a jurisdição do Tribunal, eram frequentemente utilizadas e instrumentalizadas como mecanismo de fuga a estes poderes”³⁰, “a entidades que apenas formalmente são empresariais, mas que exercem funções de natureza administrativa”³¹, assim incidindo sobre “áreas que, por força de mecanismos vários, tinham saído ilegítimamente do âmbito de acção do Tribunal”³².

40. A não adopção da solução interpretativa agora exposta – em particular, se se defendesse uma interpretação literal do critério relativo a “entidades com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou” – conduziria a que entidades financiadas, não pela produção de bens e prestação de serviços, em concorrência, gerando receitas mercantis, mas através de contratos-programa, de contratos de gestão e de outros instrumentos contratuais e programáticos celebrados entre entidades criadoras e criadas ou através da afectação, por via legal ou administrativa, de tributos — mecanismos presentes em inúmeras situações em que ocorreria a “subtracção de actos e contratos à fiscalização do Tribunal de Contas” — se colocariam fora do âmbito de incidência da fiscalização prévia e levaria à frustração das finalidades da lei.

³⁰ Vide acima o n.º 9.

³¹ Idem.

³² Vide acima n.º 11.

**FINANÇAS LOCAIS:
UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA DESCENTRALIZAÇÃO FINANCEIRA
NO QUADRO DE MUSGRAVE**

*Marta Rebelo*¹

*O capitalismo é a crença mais
estrangeira de que o mais insigni-
ficante dos homens fará a mais
insignificante das coisas para o bem
de todos.*

John Maynard Keynes

¹ Jurista. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I. Introdução

II. *Que Estado?* O modelo económico de sociedade e a intervenção do Estado na economia

III. *Qual Estado?* Descentralização e federalismo fiscal: óptimos de decisão e provisão pública

IV. Uma leitura contemporânea do quadro funcional de Musgrave

- a) Função de afectação
- b) Função de redistribuição
- c) Função de estabilização

V. Última e breve palavra

I. Introdução

As questões que aqui abordamos representam um regresso a temáticas que estudámos aprofundadamente no âmbito da elaboração da tese de dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Económicas. Passados dois anos, é tempo de olhar para as finanças locais escolhendo como posto de observação a implementação da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro e percebendo que este é – ou, pelo menos, pode ser – um mundo novo. Sobretudo, num mundo que muda sem que saibamos quais os paradigmas que nos aguardam após esta Grande Crise de 2008 e anos seguintes, o regresso à questão da intervenção do Estado na economia ganha um fôlego impar. Arriscaria esta autora dizer que aquando da discussão pública do seu estudo sobre a *Descentralização e a Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*, estaríamos longe de supor que o retorno a corpos teóricos como o *Welfare Economics* e o quadro funcional do Estado, de que Richard Musgrave é pioneiro, seria de tal sorte incontornável.

De facto, se em inícios de 2007 o capitalismo, o mercado e os ímpetus (neo)liberais pareciam inquestionáveis, hoje, iniciado que está o ano de 2009, tais estruturas entraram em desconstrução, tendo como ponto de partida a conhecida crise do *subprime* e dos derivados tóxicos que se aproveitaram precisamente daquela política pública e bancária de propriedade de habitação própria. Assistimos a uma deslocação das prioridades monetaristas e das preocupações primeiras com os défices e as dívidas, para campos revisitados de um certo *keyneanismo* que clama por um estado substitutivo da procura privada para estimular a economia. É um novo horizonte este que se estende sobre o nosso olhar, e que, estamos certos, merecerá estudo, análise, reflexão *de iure condendo*. Até que ponto a descentralização não pode ganhar novo ânimo superado que esteja o olho do ciclone? Estímulos e curiosidades que lançamos sobre nós próprios.

Por ora propomos um regresso analítico ao quadro teórico de Musgrave, no sentido de encontrar na sua famosa classificação tríplice dos fundamentos da intervenção do Estado na economia a *raison d'être* para, contemporaneamente, as autarquias locais – *maxime*, os municípios – partilharem tal intervenção com o Estado, enquanto agentes de afectação, de redistribuição e mesmo de estabilização económica.

Para tal, atenderemos de modo muito sumário à questão da concepção ideal de Estado e inerentes consequências face à economia e finanças públicas. Temática subjectiva, por natureza. Seguiremos, depois, o trilho do Estado descentralizado – territorial e financeiramente – e funcionalizado à

afecção, redistribuição e estabilização, tal como teorizado por Richard Musgrave. Na meta, esperamos, encontra-se uma nossa proposta de releitura contemporânea deste quadro de funções do Estado, em partilha crescente com entidades de nível infra-estadual.

II. *Que Estado? O modelo económico de sociedade e a intervenção do Estado na economia*

É certo que a Economia não é uma ciência exacta, partilhando esta inexactidão com o Direito e muitas outras ciências sociais que recebem convocatória para a questão primeira com que nos defrontamos: o papel do Estado na alocação de recursos, na *gestão das finanças da pátria* – mínimo, advogado desde Adam Smith a Nozick; de bem-estar, na sua acepção *pura* ou *mista*, hodiernamente colhendo inspiração em correntes Keynesianas da década de 40; o *Leviathan* Hobbesiano, devorador dos recursos e da riqueza dos países; entre muitas outras concepções.

O palco desta discussão não será, certamente, o presente estudo. Todavia, será essencial à autora revelar os contornos da sua primeira decisão: o Estado deverá ser intervencionista, ocupado com o bem-estar e a correcção de desigualdades sociais iniciais ou secundárias, funcionando em mercado sem permitir que este reproduza ou reedite tais diferenças no tecido social ou que crie riscos sociais impassíveis de correcção¹. Poderemos falar, sem cuidar prolongadamente da sua significância, de um modelo misto de finanças intervencionistas associadas ao estado de bem-estar, funcionalmente dirigido a uma redistribuição promotora da igualdade de oportunidades e simultaneamente preocupada com a estabilização económica.

Edificado sobre o mercado, do ponto de vista económico, o Estado pode apenas valer-se do mercado enquanto *activo*: “os mercados são instrumentos poderosos de transmissão de informação entre agentes económicos e levam a uma afectação de recursos *eficiente* caso sejam *competitivos*, os bens sejam *privados*, os custos das decisões dos agentes (consumidores e produtores) sejam *internalizados* e a informação entre eles seja *simétri-*

¹ Os riscos sociais associados ao funcionamento da economia são, via de regra, passíveis de correcção pela intervenção do Estado. É este o substrato dos sistemas de segurança social, de subsidiação da doença do trabalhador, etc.

ca”², sendo este o teorema fundacional da economia de bem-estar. E o *critério de Pareto* seu comando ordenador: a afectação de recursos é eficiente quando ninguém poderia ficar em melhor situação senão à custa da diminuição do bem-estar de outrem.

Ora, onde não haja competição ou concorrência entre agentes económicos, caso estejamos perante a produção de bens públicos, quando as decisões dos agentes importem externalização ou a informação que as baseia seja assimétrica, o mercado estará a ser ineficiente. E, a solo, a sua sinfonia fracassa. Está, então, convocado o Estado a intervir, directamente e em homenagem ao supremo valor do próprio mercado: a eficiência. Mas também, é nosso entender, em preito à equidade e à justiça. Gerando, então, um *ótimo social*, o segundo teorema fundacional da economia de bem-estar. *Vexata questio* tem sido e será – talvez irremediavelmente – a de saber qual é o estado social que cumpre em simultaneidade as necessárias eficiência e justiça. Todavia, tal análise conduzir-nos-ia ao corpo teórico da justiça económica que, mesmo sendo tentador como a maçã foi para Eva, não deve alterar a rota que traçámos.

Estão, contudo, explicitadas de modo sintético as razões de ser da intervenção do Estado na economia, dentro dos parâmetros que definimos como nossos para este Estado actuante. Para lá da prova da necessidade de suprir o mercado em nome da eficiência, o imperativo da justiça – bem como as falências recentes dos mercados – reclamam mais do que uma acção estadual correctiva. Parece hoje claro que o mercado falha e é incapaz num conjunto mais vasto de circunstâncias, não gerando eficiência e optimização social. Logo, alargando o escopo de situações em que a acção do Estado é o paradigma e propiciando um *fine tuning* da actividade produtora típica do Estado: a provisão de bens públicos.

Antes afirmámos que “a crença no mercado impossibilita, portanto, qualquer actuação estadual porquanto aquele produzirá nas condições mais eficientes, optimizando através da sua acção o bem-estar social. A intervenção do Estado é, deste modo, encarada como acção correctiva, quando e onde a espontaneidade do mercado seja incapaz ou insuficiente para alcançar tal desiderato”³. Hoje, a espuma dos dias ensinou-nos que a espontaneidade mercantil pode ser iníqua. E com humildade aceitamos a lição: é necessário mais Estado para este mercado.

² Paulo Trigo Pereira, *Economia e Finanças Públicas, Da Teoria à Prática*, Almedina, 2008, pág. 17.

³ No nosso estudo *Descentralização e Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*, Almedina, 2007.

III. *Qual Estado? Descentralização e federalismo fiscal: óptimos de decisão e provisão pública*

A questão seguinte prende-se com a organização interna do próprio Estado. Com o seu modelo de organização político-administrativa, se quisermos. E com a consequente organização financeira do Estado.

Ou seja, é necessário encontrar o *nível óptimo de decisão financeira*, mas também o *nível óptimo de provisão pública*, no âmbito do binómio centralização-descentralização, agregando à organização político-administrativa a indissociável dimensão económico-financeira.

A teoria da escolha pública, idealizada por James Buchanan e Gordon Tullock⁴, é eminentemente processualista, enfrenta a questão nuclear dos processos de decisão colectiva sobre a afectação e distribuição de recursos e tem por referente a constituição, depósito das regras e instituições mais competentes para a tomada das decisões colectivas.

Na perspectiva da *public choice*, as performances públicas e privadas devem ser objecto de comparação, no sentido de comprovar a eficiência dos programas públicos mas também de revelar os pontos de falência quer do sector público, quer do sector privado, que são “instituições imperfeitas de afectar os recursos, e como tal o objectivo da análise é desenvolver uma análise institucional comparada”⁵.

E enquanto corpo teórico de génese processualista, Gordon Tullock acabou por aplicar a teoria da escolha pública à questão do modelo eficiente de organização administrativa e, logo, financeira⁶. Ou seja, à descentralização: de acordo com o princípio da subsidiariedade, os processos de decisão colectiva descentralizados revelam ganhos de eficiência ante processos de decisão colectiva centralizados. Argumentou Tullock a facilidade de demonstração de que um leque amplo de tarefas públicas não reclamam decisões políticas de nível nacional, e assim sendo devem ser transferidas

⁴ A obra que marca o desenvolvimento da *public choice* e o início do percurso de Buchanan é publicada em co-autoria com Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

⁵ Paulo Trigo Pereira, “A teoria da escolha pública (*public choice*), uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Revista do Instituto de Ciências da Universidade de Lisboa, n.º 141, 4.ª Série, Volume XXXII, 1997-2.º, pág. 423.

⁶ Vide o estudo de Tullock, Arthur Seldon e Gordon L. Brady, *Government: Whose Obedient Servant? A Primer in Public Choice*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2000 – aperfeiçoado dois anos depois na obra *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington D. C., Cato Institute, 2002.

para centros de decisão local, de proximidade do cidadão-eleitor. Apenas intensas e inultrapassáveis economias de escala desmentiriam tal descentralização decisória, como sucederia no caso da defesa nacional. Assim, a prossecução do interesse público deve ser entregue aos indivíduos e a corpos sociais localizados entre estes e o Estado – como as entidades infra-estaduais, entre nós as autarquias locais.

A eficácia de decisões colectivas descentralizadas nas autarquias locais colhe prova dupla: a possibilidade de exercício de uma fiscalização de proximidade por parte dos eleitores; e o fomento da concorrência entre autarquias locais, indutora de ganhos de eficiência e oferta de bens públicos, pela possibilidade de comparação entre os cabazes oferecidos pelas várias autarquias ante as receitas públicas que arrecadam.

Para a teorização dos ganhos de eficiência decisória e limitação da despesa pública, através da proximidade, participação e escolha dos membros das comunidades locais, contribuiu decisivamente Charles Tiebout⁷. Em 1956, o autor elaborou um modelo de concorrência fiscal local segundo o qual *“a concorrência entre sistemas fiscais num espaço de liberdade de movimentação dos factores de produção conduz a resultados eficientes, na medida em que aos diferentes níveis de fiscalidade correspondam necessariamente níveis diversos de fornecimento de bens e serviços públicos financiados por aqueles. As pessoas e as empresas seriam assim livres de se fixar ou estabelecer nos territórios em que obtivessem um melhor equilíbrio entre a receita fiscal que suportam e a despesa pública correspondente às suas preferências”*⁸.

Este modelo, baseado nos diferentes «cabazes» de impostos e bens colectivos locais oferecidos e na perfeita mobilidade geográfica dos eleitores entre circunscrições financeiras, é designado por «votação com os pés» (*voting with the feet*). Baseado num conjunto de pressupostos restritivos e irrealistas, de acordo com o mecanismo idealizado por Tiebout, os indivíduos podem seleccionar a sua circunscrição territorial de residência ou localização de acordo com a combinação de bens públicos oferecidos e impostos cobrados, escolhendo como se «comprassem no mercado» pelo simples movimento de migração, como se votassem pelo seu pé. A deslocação ou saída de uma localidade corresponde a um voto contra o «cabaz» oferecido por esta. Como Alfred Hirschman tornou patente, os eleitores

⁷ “A pure Theory of local expenditure”, *Journal of Political Economy*, Volume 64, 1956, pág. 416 e segs.

⁸ José Casalta Nabais, “Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume XLV-A, 2002, págs. 592-593.

têm à sua disposição a sua «voz» (o seu voto), mas também a sua «saída» (a mobilidade)⁹.

No seu modelo, Tiebout assumiu as seguintes premissas:

Primeira Premissa	<i>Os consumidores-votantes teriam total mobilidade, fixando-se na circunscrição territorial cujo «cabaz» oferecido correspondesse ao seu padrão de preferências.</i>
Segunda Premissa	<i>Os consumidores-votantes teriam, também, informação integral e perfeita relativamente à oferta de cada circunscrição, reagindo à diversidade.</i>
Terceira Premissa	<i>Existiria uma multiplicidade de circunscrições territoriais, funcionando como unidades de oferta de bens públicos a custos fiscais diferenciados.</i>
Quarta Premissa	<i>Inexistência de spillovers: os bens produzidos não gerariam externalidades para outras comunidades.</i>
Quinta Premissa	<i>Desconsiderou os mercados de habitação e trabalho</i>
Sexta Premissa	<i>Assumiu que cada comunidade local oferece o seu «cabaz» ao custo médio mínimo, função do número de residentes que conhece uma dimensão ótima: até um determinado número de residentes, a provisão pública gera economias de escala, que dão lugar a custos de congestionamento à medida que a população aumenta.</i>

Apesar do irrealismo de alguns destes pressupostos e das conclusões respectivas, o modelo de Charles Tiebout fornece importantes argumentos a favor do reforço da descentralização e da autonomia tributária, aproveitados pela teoria do *fiscal federalism*, mas também pela escola da *public choice*. A proximidade entre custos e benefícios sentidos pelos consumidores-votantes geraria uma maior resistência dos contribuintes face à despesa pública, caso a carga fiscal fosse integralmente determinada ao nível local¹⁰
¹¹.

⁹ *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge, Harvard University Press, 1970, pág. 7 e segs.

¹⁰ O modelo de Tiebout foi alvo de inúmeras críticas, nomeadamente: o facto de ignorar por completo a diferente mobilidade dos factores de produção e inerentes consequências ao nível da sua tributação; o esquecimento a que vota a função redistributiva do imposto, hoje

Naturalmente, as vantagens que apontamos à descentralização administrativa, derivas da aplicação de postulados da *public choice* e no âmbito da subsidiariedade, seriam inúteis se solitárias das correlativas medidas de descentralização financeira. Na busca da melhor solução para a repartição de atribuições, competências e recursos intra-estadual, Richard Musgrave e Wallace E. Oates ofereceram uma resposta pioneira: desenharam os contornos do federalismo fiscal.

Em 1958, Musgrave concebeu uma classificação tríplice, alternativa das razões justificativas da intervenção do Estado na economia¹². De acordo com o economista norte-americano, são três os objectivos da intervenção estadual:

- 1) A correcção da afectação de recursos ou alocação de bens públicos, pondo cobro a situações de ineficiência resultantes do funcionamento dos mecanismos do mercado;
- 2) A redistribuição da riqueza e rendimento, visando a repartição da riqueza entre os vários membros da comunidade e sectores da sociedade, de acordo com os critérios de equidade adoptados;

associado à capacidade contributiva e não, como sugere este esquema, à ideia de troca e correspondência integral entre os impostos pagos e os bens públicos de que os contribuintes beneficiam. Para uma perspectiva crítica actual ao modelo de Tiebout, e por todos, *vide* John D. Donahue, “Tiebout? Or Not Tiebout? The Market Metaphor and the America’s Devolution Debate”, *The Journal of Economic Perspectives*, Volume 11, N.º 4, 1997, págs. 73-82.

Por outro lado, o funcionamento do modelo de Tiebout pode ter efeitos perversos. Os fluxos migratórios internos, podendo gerar benefícios, podem também levantar problemas quer nas circunscrições de origem, quer no destino, refere Jorge Costa Santos. O autor oferece o exemplo dos fenómenos históricos de êxodo rural verificados em períodos de intensa industrialização e urbanização: “as zonas rurais foram muitas vezes prejudicadas, e as condições de vida degradaram-se. Designadamente por incapacidade de assegurarem a provisão de certos bens colectivos (abastecimento de água, construção de caminhos de ferro, etc.). Por outro lado, nas cidades assistiu-se, outras tantas vezes, a efeitos de congestionamento dos bens colectivos (sobrecarga das infra-estruturas sociais, impossibilidade dos serviços e departamentos públicos prestarem o atendimento devido aos cidadãos, etc.).” (*Bem-estar Social e Decisão Financeira*, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 374, nota 499).

¹² The Theory of Public Finance, McGraw-Hill, New York, 1959. Também de Richard Musgrave, em co-autoria com Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and in Practice*, 3.ª Edição, 1980 (também disponível em castelhano, *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*, Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Madrid, 1981). Cfr. o recente estudo de David N. Hyman, *Public Finance, A Contemporary Application of the Theory to Policy*, 8 E., Thomson South-Western, 2005. Entre nós, vide Sousa Franco, «Políticas Financeiras», *Enciclopédia Pólis*, IV, e M. Pinto Barbosa, «Orçamento», *Enciclopédia Verbo*, Volume 20.

- 3) A estabilização económica, função de intervenção macroeconómica através da qual o Estado procurará assegurar a maior utilização possível dos recursos, a estabilidade dos preços e o equilíbrio externo da economia^{13 14}.

Através deste esquema ideal de repartição de funções entre o Estado e as entidades infra-estaduais, Musgrave defendeu a melhoria da actuação política caso as funções de afectação, redistribuição da riqueza e estabilização económica fossem consideradas como «ramos» distintos mas interdependentes. Sobre a base do universo Tieboutiano, Musgrave atribui as funções de redistribuição e estabilização ao governo central. A reduzida capacidade de endividamento e a inexistência de instrumentos de política monetária ao nível local, bem como a sua dimensão, apartam as entidades infra-estaduais da repartição da riqueza e da intervenção macroeconómica de estabilização de preços e equilíbrio externo da economia¹⁵.

¹³ Musgrave teorizou este esquema restringindo a sua análise à actividade orçamental, às receitas e às despesas do Estado, propondo uma organização do Orçamento que não conheceu aplicação prática, mas apresenta-se ainda hoje como quadro conceptual da maior valia para a análise do intervencionismo económico do Estado. O autor defendeu a elaboração de três orçamentos distintos ou suborçamentos, correspondentes àquelas áreas funcionais específicas do sistema financeiro e numa relação de interdependência: cada suborçamento seria delineado e executado assumindo que os outros dois suborçamentos seriam integralmente cumpridos, sendo o orçamento global o resultado da consolidação dos suborçamentos parcelares.

Esta interdependência entre as funções orçamentais distinguidas por Musgrave é manifesta, como explicava o nosso saudoso Mestre António de Sousa Franco: “o orçamento, na totalidade das receitas e despesas, obedece a dados princípios e produz certos efeitos sobre a afectação dos recursos; mas também ele, na sua totalidade, produz efeitos diferentes sobre a distribuição e a estabilização. O planeamento das receitas e despesas haverá de ser feito, em referência a cada função, com pressuposição do equilíbrio neutral das outras duas; e os efeitos de afectação, distribuição e estabilização produzem-se sempre que há actividade financeira, embora possam ser deliberadamente provocados ou resultem apenas da própria estrutura do orçamento” (*Finanças dos Sector Público, Introdução aos Subsectores Institucionais (Aditamento de Actualização, AAFDL, Reimpressão, 2003, pág. 43).*

¹⁴ Salienta António Pinto Barbosa, esta classificação tripartida não conflitua com o esquema dual dos propósitos de eficiência e equidade da intervenção estadual na economia: “os problemas de redistribuição de riqueza e rendimento correspondem fundamentalmente ao objectivo de promoção da equidade. Os problemas de afectação e estabilização terão que ver essencialmente com a promoção de eficiência na economia, embora, normalmente, tenham também reflexos na esfera da equidade”, *Economia Pura*, McGraw-Hill, 1997, pág. 7.

¹⁵ Joaquim Freitas da Rocha, num interessante recente estudo sobre o *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)* [Série Estudos Regionais e Locais, CEJUR e NEDAL, Janeiro de 2009, págs. 95 a 97], coloca o problema da selecção das despesas públicas autárquicas, do ponto de vista económico, em torno de dois princípios: o *princípio da diversidade*, “de acordo com o qual as Autarquias devem diferenciar-se nas suas preferências em relação aos bens públicos e semipúblicos que decidem prover”, advogando então a especialização de

As unidades administrativas locais são chamadas ao desempenho funcional de afectação, estabelecendo Musgrave um modelo normativo e financeiro «multinivelado». Ao Estado cabe estabilizar a economia, redistribuir os rendimentos de acordo com o consenso social e prover os bens públicos de âmbito nacional. As entidades infra-estaduais encarregam-se da provisão de bens públicos geograficamente delimitados às suas circunscrições territoriais, e financiam esta tarefa através de uma tributação baseada sobretudo no princípio do benefício.

Oates, por seu turno, seguiu o pensamento de Tocqueville e ofereceu-lhe uma importante concretização financeira: depois de marcar, de forma clara, o que este corpo teórico aproveita do federalismo e do ideário de Alexis de Tocqueville – a ideia de combinação de vantagens resultantes da existência de estruturas maiores e estruturas menores (Federação e Estados federados, neste caso), e não uma qualquer identificação entre o *fiscal federalism* e o federalismo político – Oates leva-nos de volta à tensão entre «assuntos nacionais» e «assuntos locais», e estabelece-se o «Teorema da Descentralização de Oates»¹⁶.

O «Teorema de Descentralização» é uma proposição normativa que enuncia que “na ausência de economias de escala provenientes da provisão centralizada de um bem (público local) e de externalidades interjurisdicionais, o nível de bem-estar será sempre pelo menos tão elevado (e tipicamente mais elevado) se forem providenciados níveis de consumo de eficiência de Pareto em cada jurisdição como se fosse mantido um nível de consumo único e uniforme em todas as jurisdições”¹⁷. Desta forma, e em

uma dada autarquia na provisão de bens sociais, por exemplo, e a especialização de um outra autarquia, confinante, em bens de natureza desportiva, podendo assim “realizar um interessante trabalho de integração conjunta”; e o princípio da conexão, “de acordo com o qual a produção de bens tendentes à satisfação de necessidades de natureza local deverão ser orientadas por uma ideia de benefício territorial – isto é, as necessidades devem dizer respeito às pessoas daquela área ou região –, na medida em que a proximidade dos destinatários (utentes, contribuintes) permite, por um lado, conhecer melhor as necessidades a satisfazer e, por outro lado, implementar um controlo de cercanias mais adequado e eficaz”. Com o muito merecido respeito que devemos ao autor, não deixará de ser patente neste nosso escrito a discordância com o *core bussiness* desta sua metodologia de selecção. Que colhe, notoriamente, influências da organização territorial e financeira espanhola, de uma dimensão e complexidade impassíveis de tradução simultânea para a nossa realidade.

¹⁶ O Teorema foi enunciado por Oates na sua obra *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

¹⁷ *Idem...*, ob. cit., pág. 54.

nome da eficiência económica, Oates estabelece uma presunção favorável à provisão descentralizada de bens públicos cujos efeitos são localizados¹⁸.

Assim, a repartição de atribuições e competências é definida por Oates através da adesão à trilogia funcional de Musgrave e do Teorema que enunciou. Estas são, aliás, as bases fundacionais do federalismo fiscal, sobre as quais vários autores edificaram os seus contributos.

IV. Uma leitura contemporânea do quadro funcional de Musgrave

Ora, afirmámos já que a repartição de funções entre o Estado e as entidades infra-estaduais ou a delimitação das *competências funcionais das entidades infra-estaduais em cada função musgraviana interdependente* não é isenta de críticas ou, ao menos, de uma leitura *pós-clássica*, contemporânea.

Façamos tal releitura atendendo separadamente a cada função de Musgrave.

a) Função de afectação

No âmbito da função de afectação, considera-se generalizadamente que a provisão de bens públicos pelas entidades infra-estaduais é geradora de ganhos de eficiência, na medida em que estas identificam de forma mais eficiente as necessidades das populações, dada a proximidade entre provedores e beneficiários, e mobilizam recursos para o pagamento de bens e serviços que têm impacto unicamente local.

¹⁸ Apercebendo-se que muitos consideram que os ganhos da descentralização têm origem teórica no modelo de Tiebout, considerando também que tal ideia não teria aplicabilidade para além das fronteiras norte-americanas, Oates defende que, ainda que não exista qualquer tipo de mobilidade, a descentralização financeira proporciona ganhos de eficiência: “o nível de eficiência do output de um bem público local, tal como determinado pela condição de Samuelson – a soma das taxas marginais de substituição são iguais ao custo marginal – variam tipicamente de uma jurisdição para outra. Por exemplo, o nível eficiente de qualidade do ar em Los Angeles é seguramente muito diferente do nível eficiente em Chicago” (“An Essay on Fiscal Federalism”, *Journal of Economic Literature*, Volume XXXVII, 1999, pág. 1124).

Em linguagem microeconómica, esta presunção favorável à provisão descentralizada de bens públicos traduz uma melhor aproximação ao equilíbrio entre custos e benefícios marginais.

Concordando com tal presunção, a mais das vezes verificável, as conclusões retiradas essencialmente por quatro grupos de doutrina – Musgrave e Oates, e a sua *Equivalência Fiscal*; Buchanan e Tullock, e a sua *Teoria dos Clubes*; Tiebout e o *Modelo de competição fiscal inter-juridições*; e o modelo de *Exit and Voice* de Hirshman –, em termos de modelação do sistema de financiamento local e de repartição vertical de receitas não recolhem, integralmente, a nossa subscrição.

Reveja-se o teorema da descentralização de Tiebout. A determinação do nível eficiente de despesa com a provisão de bens públicos locais opera sobre a premissa de que os *indivíduos votam com os pés*: a combinação da quantidade e da qualidade de bens públicos oferecidos e de tributação suportada, seria um *cabaz* determinante na localização da população. Quando o *cabaz* não satisfaça a população de uma dada circunscrição territorial, forçará a migração da população em direcção a áreas fornecedoras de *cabazes* que melhor atendam às suas necessidades.

Satisfeitas tais condições, a provisão pública local de bens obedeceria aos princípios da *eficiência na alocação* – quantidade óptima de provisão de bens/serviços públicos – e da *eficiência produtiva* – quantidade óptima é produzida ao menor custo possível. As falhas, porém, são notórias.

Faça-se prova do irrealismo restritivo do modelo de Tiebout, pela análise comparativa das suas premissas e da realidade sócio-económica que experimentamos:

<i>Premissas de Tiebout</i>	<i>Falhas do modelo</i>
Os cidadãos-eleitores «votam com os pés», sendo as empresas desconsideradas como actores processuais da decisão financeira	O voto <i>tout court</i> , é anterior ao «voto com os pés», e as empresas, não votando, «pagam votos», contribuindo para as campanhas assim influenciado os eleitores
Mobilidade perfeita da população na escolha da residência, pela inexistência: a) De custos de realocização (fixos, como o arrendamento de casa – variáveis, como os transportes) b) De restrições impostas pela variável emprego	Inexistência de mobilidade perfeita, pois o mercado de habitação e arrendamento e a diferenciação espacial da prestação de serviços de transportes gera importa custos de realocização, e a variável emprego, sobretudo entre nós, não é promotora de mobilidade
Informação simétrica relativa aos <i>cabazes</i> oferecidos por cada circunscrição, <i>maxime</i> das qualidades e quantidades de serviços oferecidos e do montante de tributos a suportar	Desconsideração das empresas como actores no processo de escolha, eliminando a possibilidade de avaliar a competição entre jurisdições sobre a perspectiva do crescimento económico. E a informação não é simétrica.
Inexistência de <i>spillovers</i> – os bens providos não aproveitam a qualquer indivíduo para lá das fronteiras da circunscrição, eliminando os <i>free-riders</i>	Existência de <i>spillovers</i> , que carecem de internalização, pela tributação dos agentes beneficiados pelos <i>spillovers</i> (ex: turistas; movimentos pendulares), ou de resolução pela associação de municípios ou existência de áreas metropolitanas, à escala das quais os <i>spillovers</i> são internalizados e redistribuídos os custos/benefícios
Cada circunscrição atinge uma dimensão óptima de população, o que possibilita a oferta do seu <i>cabaz</i> a um custo médio mínimo: até um determinado número de residentes, a provisão pública local gera economias de escala – para lá dessa dimensão óptima, o aumento da população vai gerando custos de congestionamento.	Todos os factores já enunciados, aliados a condicionantes geográficas, de localização de pólos de atracção migratória – escolas, universidades, serviços públicos, postos de trabalho, etc. – e povoamento do território geram, por exemplo, custos de interioridade. É uma falácia a consideração de que as circunscrições atingem óptimos dimensionais, gerando-se em muitos casos deseconomias de escala na provisão dos <i>cabazes</i> locais

Deste modo, e em releitura da presunção favorável às entidades locais na realização da função de afectação de recursos e provisão pública, cumpre retirar novas conclusões, nomeadamente no que respeita ao modelo de financiamento das nossas autarquias locais – *maxime*, os municípios.

O esquema de repartição de funções avançado por Musgrave apresenta inúmeras consequências ao nível da política de tributação. Por um lado, exonera as entidades infra-estaduais da utilização de impostos progressivos, uma vez que deve caber ao sistema fiscal nacional assegurar a progressividade adequada. Deste modo, as entidades infra-estaduais, despreocupadas com a redistribuição e justiça fiscal, poderiam concentrar-se na provisão dos bens públicos mais adequados, financiando-os fundamentalmente através de uma tributação baseada no princípio do benefício.

Seguindo o clássico esquema funcional de Musgrave, o sistema fiscal local que assegura a provisão de bens públicos, deveria sustentar-se em quatro pontos essenciais. Que colhem a nossa crítica. Vejamos.

<u>Sistema fiscal local clássico</u>	<u>Sistema fiscal local contemporâneo</u>
<i>Prevalência do princípio do benefício</i> O princípio do utilizador-pagador introduz racionalidade e eficiência na decisão financeira, ao tornar transparente, aos olhos do cidadão-eleitor, a concreta alocação dos recursos	<i><u>Tributação local baseada no princípio do benefício e no princípio da capacidade contributiva</u></i> Sob pena de ineficiência, pois os factores de produção têm apenas uma mobilidade relativa e a ignorância do princípio da capacidade contributiva afasta ineficazmente a tributação local da função de redistribuição de rendimentos
<i>Preferência pela tributação incidente sobre factores imóveis</i> A tributação de factores móveis como o capital ou o trabalho, sendo-lhes inerente a mobilidade geográfica, pode incentivar à saída.	<i><u>Tributação incidente sobre factores imóveis mas também sobre factores móveis</u></i> Precisamente porque a sua mobilidade é apenas relativa. De facto, por razões de equidade horizontal, o imposto sobre os rendimentos do trabalho, único e progressivo, deve ser lançado pela administração central, para que todos aqueles que se encontram em similitude de circunstâncias paguem o mesmo ao fisco, independentemente do local de residên-

	cia. Todavia, a participação em tais impostos, concedendo às entidades locais autonomia (parcial) na sua cobrança fomenta a concorrência fiscal entre jurisdições locais e incrementa a informação do cidadão-eleitor quanto aos recursos que dispensa ao erário público
<i>As bases tributárias imóveis devem ser diferenciadas no espaço</i> A terra e as edificações são bens cuja oferta é territorialmente fixa e a procura relativamente rígida	<u><i>A diferenciação espacial das bases tributárias imóveis deve acompanhar os recessos da procura, e diversificar-se ante a deslocação das decisões da compra</i></u> ...para o arrendamento de imóveis, assim como estimular a requalificação do património edificado – assumindo mesmo uma função punitiva, ante a passividade dos proprietários
<i>Internalização de externalidades negativas através da tributação de beneficiários de spillovers</i> Tributação de turistas, em zonas de atracção turística, e tributação de movimentos pendulares, sempre tendo por base o princípio do utilizador-pagador. Em alternativa internalização através de transferências financeiras do governo central	<u><i>Internalização dos spillovers pelo incremento de movimentos de associação municipal e criação de autarquias especiais</i></u> Sendo de tais associações e entidades as decisões de tributação (não apenas baseada no princípio do utilizador-pagador), e fomentando a independência de transferências governamentais

Encontrando na descentralização de competências uma presunção de eficiência na provisão de bens públicos, não podemos ter como paradigma dos sistemas fiscais locais o princípio do benefício, ignorante de qualquer ímpeto de redistribuição de rendimentos. A primazia daquele princípio ignora a fraca e diferenciada mobilidade dos factores de produção, e dela não retira consequências ao nível da sua tributação, esquecendo a função de redistribuição dos impostos, hoje associada à capacidade contributiva e não à ideia de troca ou correspondência integral entre os bens públicos percebidos e os tributos pagos.

Veja-se o caso do recente Regime Jurídico das Taxas das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro. Ao estatuir,

nos art. 4.º e 5.º os princípios da equivalência jurídica e da justa repartição dos encargos públicos, respectivamente, assinala claramente a abertura do conceito de taxa, associando-o a novas finalidades de carácter extra-financeiro, oferecendo amparo legal sólido a uma “preferência clara por uma leitura do princípio da equivalência que coloca o acento tónico na sua componente jurídica, não sendo já a equivalência puramente económica o princípio orientador dos regimes reguladores destes tributos”¹⁹.

Ainda que a questão seja controversa, os referidos preceitos associam a taxa local ao princípio da capacidade contributiva. Como já escrevemos, “da correcta articulação entre os princípios constitucionais da justa repartição dos encargos públicos e da capacidade contributiva nasce a legitimação da cobrança de taxas para o financiamento de entidades públicas. A partir daqui, e sendo certo que a estrutura bilateral e sinalagmática da taxa continua a ser o elemento essencial e distintivo deste tributo face, nomeadamente, ao imposto, a lógica de equivalência entre o quantitativo da taxa e a contraprestação ou benefício decorrente do seu pagamento – *princípio da equivalência* – não só não reclama uma *proporcionalidade estrita* entre a taxa paga e o benefício auferido, como suporta finalidades extra-financeiras – realidade que implica, também, uma reponderação entre o princípio da equivalência e o princípio da proporcionalidade”²⁰.

Também entre nós, o movimento de descentralização de competências em áreas anteriormente reservadas ao Estado, como sejam a educação (encontrando-se desenvolvido no Decreto-Lei n.º 144/2008, de 28 de Julho, o quadro de transferência de competências para os municípios em matéria de educação), a saúde, a acção social ou mesmo a segurança (através de programas como a polícia de proximidade e a revisão do Regime Jurídico das Polícias Municipais, que incrementam as suas competências), implica a correspondente descentralização de recursos. A própria LFL prevê no Título VI as regras dinâmicas de transferência de atribuições e competências (art. 52.º a 54.º), apto à adaptação imediata de descentralização de competências da Administração Central para a Administração Local.

Ora, a actividade pressuposta no exercício destas competências é tradicionalmente financiada pelos impostos nacionais. Nos termos da LFL, foi criado o Fundo Social Municipal (FSM), destinado exclusivamente ao financiamento de um conjunto de despesas elegíveis, catalogadas no artigo

¹⁹ Marta Rebelo, “As taxas municipais e a expansibilidade das receitas próprias das autarquias locais”, *Revista de Administração Local*, N.º 204, CEDREL, Lisboa, 2004, pág. 755.

²⁰ *Idem...*, pág.757. Sobre esta questão, e nem sempre no mesmo sentido, vide a obra de Sérgio Vasques, *Regime das Taxas Locais, Introdução e Comentário*, Cadernos do IDEFF, n.º 8, Almedina, 2008.

24.º, n.º 2, da LFL, nas áreas da educação, saúde e acção social. Trata-se de um importante instrumento financeiro de descentralização, que tem como objectivo a promoção de uma efectiva igualdade de oportunidades entre os cidadãos nestes domínios, o que explica o seu carácter consignado.

Aliás, subjacente a esta reforma do sistema de financiamento local português está, precisamente, uma leitura renovada da *função de afectação municipal*: o legislador da reforma assumiu um novo paradigma de governação municipal – o *município prestador*. Ou seja, “ao município infra-estruturador sucede o município prestador. O primeiro corresponde à nossa realidade municipal das últimas décadas, quando o *driver* de custos preponderante foi o território: o poder local foi chamado à tarefa essencial de infra-estruturar o território com equipamentos e redes, com os meios necessários à dinâmica de funcionamento dos serviços e instituições, fundamentais para a consolidação do poder local e para a modernização do país. O município prestador desempenha uma segunda geração de políticas públicas locais”²¹.

A recente edição do *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2007*, permite uma interessante análise das principais divisões de despesas programadas nos Planos Plurianuais de Investimentos, e da sua execução reportada a 31 de Dezembro de 2007 em 210 dos 308 municípios portugueses.

Uma vez que estes Planos são elaborados de acordo com a classificação funcional do POCAL (o Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54-A/99, de 22 de Fevereiro, e objecto de alterações posteriores), as despesas são agrupadas em quatro funções: *funções gerais* (administração geral, protecção civil e polícia municipal); *funções sociais* (educação, saúde, acção social, habitação, serviços colectivos – ordenamento do território, saneamento e abastecimento de água –, cultura e desporto); *funções económicas* (investimentos em agricultura, indústria e energia, transportes e comunicações e comércio e turismo); e *outras funções* (operações de dívida autárquica e transferências entre administrações).

²¹ O nosso “A Reforma do Sistema de Financiamento Local”, *30 Anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa*, Ciclo de Conferências na Universidade do Minho, CEJUR, 2006, pág. 34.

Vejamos a distribuição global da despesa por cada função:

	<i>Funções Gerais</i>	<i>Funções Sociais</i>	<i>Funções Económicas</i>	<i>Outras funções</i>	<i>Total</i>
<i>Pequenos</i>	8%	58%	32%	2%	100%
<i>Médios</i>	9%	59%	29%	3%	100%
<i>Grandes</i>	15%	52%	29%	3%	100%
Total	10%	57%	30%	3%	100%

Fonte: *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2007*, Quadro 3.20

Conclui-se, então, que “as funções sociais correspondem, em média, a 57% dos investimentos, sendo que nos municípios grandes essa percentagem desce para 52%. As funções económicas ocupam uma percentagem média de 30% dos investimentos, sem grandes diferenças relativamente à dimensão”²². Observemos.

<i>Categorias</i>	<i>Total</i>	<i>Pequenos</i>	<i>Médios</i>	<i>Grandes</i>
Ensino não superior	12,04%	10,72%	12,68%	12,46%
Serviços auxiliares de ensino	0,19%	0,24%	0,10%	0,27%
Saúde	1,54%	2,13%	0,88%	1,95%
Acção social	1,74%	2,29%	0,88%	2,49%
Habitação	7,52%	4,99%	7,65%	10,07%
Ordenamento do território	21,80%	22,39%	19,56%	24,67%
Saneamento	10,26%	12,97%	11,83%	4,87%
Abastecimento de água	8,16%	9,33%	11,24%	2,04%
Resíduos sólidos	1,22%	1,09%	1,53%	0,86%
Protecção do meio ambiente	8,97%	7,84%	7,80%	12,04%
Cultura	11,57%	12,20%	11,72%	10,66%
Desporto e lazer	14,82%	13,50%	14,02%	17,51%
Outras actividades	0,17%	0,32%	0,09%	0,13%
Total	100%	100%	100%	100%

Fonte: *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2007*, Quadro 3.21

²² João Carvalho, Maria José Fernandes, Pedro Camões e Susana Jorge, *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2007*, CTC, pág. 89.

Por outro lado, não nos distanciaremos da lógica ao afirmar que, havendo descentralização acompanhada dos recursos financeiros respectivos, deve prever-se uma margem de co-responsabilização nas decisões financeiras ao nível da angariação de receitas – o que veio a suceder no âmbito da *participação variável de 5% no IRS dos contribuintes com domicílio fiscal no município, com possibilidade deste atribuir «deduções fiscais»*, abdicando de receitas e realizando, então, despesas passivas (art. 19.º, n.º 1, al) c), e 20.º, da LFL).

O que nos convoca para reler, de modo actualista, a função redistribuição no quadro de repartição de competências entre o Estado e as entidades locais.

b) Função de redistribuição

No âmbito da função de redistribuição, vimos já que a leitura clássica do esquema de Musgrave leva à desoneração das entidades infra-estaduais da redistribuição e prossecução da justiça fiscal, devendo esta função ser prosseguida de forma centralizada, sob pena de geração ineficiências. O sistema fiscal deverá ser unitário e progressivo, justo, baseado na capacidade contributiva, e tal justiça fiscal, aparentemente, só poderá ser alcançada a nível estadual.

Entre nós, Joaquim Freitas da Rocha, analisando as finanças locais actuais, produto já da reforma de 2007, afirma não ser aconselhável que as autarquias locais se dediquem à realização de despesas de natureza redistributiva “como subsídios ou abonos, em face dos inconvenientes da mobilidade territorial”, pois “a consecução de uma política redistributiva autárquica poderia ter como consequência um *efeito de deslocação* (*Voting by feet*)”²³.

Todavia, fizemos já defesa, no ponto anterior e em escritos menos recentes que, esquecendo-se a função redistributiva, no financiamento

²³ Continua o Professor do Minho, explicitando que “tal efeito verificar-se-ia num duplo sentido: por um lado, os potenciais beneficiários dos instrumentos de redistribuição (bolsas, subsídios, abonos, etc.) tenderiam a mudar o seu domicílio pessoal ou profissional para as Autarquias mais generosas; por outro lado, quem não aproveitasse muito desses bens e fosse contribuinte líquido – isto é, que apenas pagavam tributos e nada recebiam a título de prestações sociais ou equivalentes – procuraria fixar-se nas Autarquias que menos dinheiro gastassem neste tipo de despesas” (Ob. cit., pág. 97). Todavia, vimos já que os dados mais recentes coligidos no já citado *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2007*, contraria esta ideia, ante a percentagem de despesa social programada e executada em Planos Plurianuais de Investimentos.

local, *maxime* tributário, geram-se mesmo *iniquidades distributivas*: as entidades locais ficam “excessivamente dependentes das transferências intergovernamentais, que deveriam limitar-se ao reajustamento da equivalência fiscal (recebendo os cidadãos cabazes de bens públicos estaduais e locais, devem pagar tributos a cada uma dessas jurisdições em valor equivalente à quantidade ofertada; se a cobrança dos impostos for efectuada por jurisdição distinta da provedora dos bens, deve aquela restaurar a equivalência, através de transferências), e optam por outras bases tributárias, *maxime* móveis, a mais das vezes numa relação de partilha com a administração central”²⁴, sem que tal resulte em incrementos de autonomia financeira ou gestonária de tais receitas tributárias.

Não é, de facto, o que sucede no âmbito do nosso regime financeiro local, que promove a natureza redistributiva da decisão financeira local e da consequente provisão de bens. A LFL atribuiu aos municípios, observámos já, *a gestão de uma parcela variável de (até) 5% sobre a colecta de IRS gerada no município*, o que permite a definição de políticas fiscais municipais e fomenta a competição fiscal intermunicipal.

Verifica-se, pois, uma tendência para conferir uma dimensão territorial à conformação do princípio da igualdade fiscal, desenvolvendo-se sistemas de descentralização territorial de competências fiscais ao nível dos impostos nacionais. Esta tendência foi acentuada pela integração comunitária e conheceu um impulso decisivo com a aprovação do Pacto de Estabilidade e Crescimento, na medida em que este limitou as políticas orçamentais dos Estados que integram a União Económica e Monetária.

Como salienta Eduardo Paz Ferreira, vigora, hoje, um ***princípio de coresponsabilização financeira***: o *fine-tuning* da carga tributária, ante a capacidade contributiva real de cada indivíduo, deverá passar, também e cada vez mais, pelas entidades infra-estaduais – a situação económica de cada contribuinte resulta do somatório dos bens públicos e privados na sua disponibilidade, e o desenho concreto do sistema fiscal baseado na capacidade contributiva depende de uma relação causal justa e equitativa entre os encargos fiscais sustentados pelo indivíduo e os benefícios que auferir, em troca, decorrentes da iniciativa pública – que também é, em crescendo, local²⁵.

²⁴ *Descentralização...*, págs. 141/142.

²⁵ Em Parecer inédito, de Dezembro de 2007, sobre a constitucionalidade do art. 19.º da (à época Projecto) Lei das Finanças Locais.

c) Função de estabilização

Finalmente, a doutrina Musgraveana advoga a centralização do cumprimento das políticas relativas à função de estabilização, pois a estabilidade de preços depende da política monetária e económica nacional, apresentando os choques cíclicos um escopo nacional (simétricos do ponto de vista local). Trata-se, pois, de um plano de reserva estadual.

Trata-se, é certo, de um domínio no qual o Estado define o ambiente macroeconómico, mas ao qual os municípios estão associados, de forma passiva: o cálculo preciso do Fundo de Equilíbrio Financeiro (FEF), tal como consagrado no art. 19.º, n.º 1, al. a), da LFL, depende da conjuntura macroeconómica que, através de estabilizadores automáticos, se reflecte na colecta dos três impostos que compõem aquela transferência.

No período de vigência da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto – a anterior Lei das Finanças Locais – esta associação passiva teve, realmente, um impacto quase nulo nas decisões financeiras dos municípios pois, à luz do seu art. 14.º-A (disposição aditada pela Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto), o sistema de crescimentos mínimos garantidos tinha um efeito de neutralização.

Contudo, a Lei n.º 2/2007 veio consagrar a regra de adequação das receitas subvencionadas (o FEF) ao ciclo económico, em termos globais, permitindo depois ajustamentos internos, pela associação das variações máximas, positivas e negativas, à situação do município em termos de capitação de impostos locais, face à Capitação Média Nacional (fluxo interno, na medida em que global ou primariamente sucede a adequação ao ciclo económico).

O legislador veio, assim, associar os municípios, de forma nítida, à realização da função estabilização, classicamente reservada ao Estado mas no âmbito da qual os municípios participam também através da *coordenação das finanças locais com as finanças estaduais*, estatuída no art. 5.º, n.º 1, da LFL, tendo “especialmente em conta o desenvolvimento equilibrado de todo o País e a necessidade de atingir os objectivos e metas orçamentais traçados no âmbito das políticas de convergência a que Portugal se tenha obrigado no seio da União Europeia”. Esta coordenação é efectuada através do Conselho de Coordenação Financeira do Sector Público Administrativo, “sendo as autarquias ouvidas antes da preparação do Programa de Estabilidade e Crescimento e da Lei do Orçamento do Estado” (art. 5.º, n.º 2).

De modo distinto, mas contrabalançando o argumento clássico da diminuta capacidade de endividamento dos municípios, o que os apartaria

de cenários redistributivos e sobretudo estabilizadores, as novas regras de endividamento municipal, que não podem deixar de ser lidas no contexto do cumprimento de metas nacionais exigidas pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento, aliam os municípios à função de estabilização.

V. Última e breve palavra

Existem já estudos que começam a associar a descentralização financeira ao crescimento económico: a realização de despesa pública local, descentralizada, em educação, pesquisa e desenvolvimento local sustentado tem um impacto positivo sobre o crescimento económico global; também o aumento da oferta de serviços públicos locais, quantitativa e qualitativamente, funciona como força atractiva de mão-de-obra qualificada e capital privado, influenciando decisões de localização.

Consideramos os ensinamentos de Musgrave estruturais, para a temática da relação financeira e competencial entre o Estados e as suas autarquias locais. Todavia, os dias que experimentamos são de mudança. E de evolução.

COLÓQUIO INTERNACIONAL*

**A MODERNA GESTÃO FINANCEIRA PÚBLICA:
UMA RESPOSTA À CRISE ECONÓMICA?**

* Lisboa — Junho de 2009.

Os textos apresentados neste Colóquio encontram-se no *CD Rom* incluído nesta Revista e estão disponíveis em publicação autónoma no *website* do Tribunal de Contas: www.tcontas.pt.

PROGRAMA

09H00 – Sessão de abertura

- GUILHERME d'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do *Tribunal de Contas* de Portugal
- MICHEL BOUVIER, Professor, Presidente da *FONDA-FIP*
- EDUARDO PAZ FERREIRA, Professor, Presidente do *IDEFF*
- FERNANDO TEIXEIRA DOS SANTOS, Ministro de Estado e das Finanças

09H30/11H00 – Primeira mesa-redonda: *Linhas gerais da moderna gestão financeira pública: que actualidade?*

Presidente: JOSÉ DA SILVA LOPES, ex-Ministro das Finanças

- Apresentação do tema por MICHEL BOUVIER, Professor da Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, Director da *Revue Française de Finances Publiques*
- Intervenientes:
 - França: – BERNARD CIEUTAT, Presidente de Câmara Honorário do Tribunal de Contas
 - ALAIN LAMBERT, Vice-Presidente da Comissão de Finanças do Senado, ex-Ministro do Orçamento
 - Portugal: – MANUEL PORTO, Professor da Universidade de Coimbra
 - VITOR BENTO, ex-Presidente do Instituto de Gestão do Crédito Público

11H00/11H30 – Intervalo

11H30/13H00 Segunda mesa-redonda: *Actores e instrumentos da moderna gestão financeira pública: Que adaptações?*

- A programação plurianual
- A unidade orçamental e a consolidação
- Orçamentação por programas
- Função pública e desempenho

Presidente: ANDRE BARILARI, Inspector-Geral de Finanças

– Apresentação do tema por EDUARDO PAZ FERREIRA, Professor da Universidade de Lisboa, Presidente do IDEFF

– Intervenientes:

- Portugal: – NAZARÉ DA COSTA CABRAL, Professora da Universidade de Lisboa
 - ANA PAULA DOURADO, Professora da Universidade de Lisboa
 - LUIS MORAIS SARMENTO, Director-Geral do Orçamento
 - JOAO FIGUEIREDO, Conselheiro do Tribunal de Contas
- França: – VICENT BERJOT, Adjunto do Director-Geral do Orçamento
 - MICHEL BOUVARD, Vice-Presidente da Comissão de Finanças da Assembleia Nacional
 - WILLIAM GILLES, “Maitre de Conférences” da Universidade de Paris I
 - HERVE LAMAURY, Presidente de Secção honorário do Conselho Geral da Água e das Florestas

13H00/15H00 Almoço

–

15H00/17H15 – Terceira mesa-redonda: *Controlo e avaliação das finanças públicas: Que transformações?*

Presidente: MARIE-CHRISTINE ESCLASSAN, Professora da Universidade de Paris I Phanthéon-Sorbonne; Directora da *Revue Française de Finances Publiques*

– Apresentação do tema por MANUEL DE FREITAS PEREIRA, Conselheiro do Tribunal de Contas

– Intervenientes

➤ **O reforço do controlo parlamentar**

- O caso francês por IRENE BOUHADANA, “Maître de Conférences” da Universidade de Paris I
- O caso português por JORGE NETO, Presidente da Comissão de Orçamento e Finanças da Assembleia da República, e por ANTÓNIO GAMEIRO, Deputado da Assembleia da República

➤ **A transformação do controlo administrativo**

- O caso francês por FRANK MORDACQ, ex-Director da Reforma Orçamental
- O caso português por CARLOS MORENO, Conselheiro do *Tribunal de Contas*

NO CONTEXTO DO 160º ANIVERSÁRIO DO *TRIBUNAL DE CONTAS* DE PORTUGAL

➤ **O Controlo dos Tribunais de Contas: Mudanças e perspectivas**

- O caso francês por PHILIPPE SEGUIN, Primeiro Presidente do Tribunal de Contas
- O caso português por GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas

17H15/17H30 – Sessão de encerramento

- ❖ MICHEL BOUVIER
- ❖ EDUARDO PAZ FERREIRA
- ❖ PHILIPPE SEGUIN
- ❖ GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS

SESSÃO DE ABERTURA

Guilherme d'Oliveira Martins
Presidente do Tribunal de Contas

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

É com a maior honra e com grato prazer que vos dirijo algumas breves palavras de boas-vindas no início deste Colóquio Internacional sobre a *Moderna Gestão Financeira Pública*, que, como está expresso no próprio título do Colóquio, se espera poder ter virtualidades para proporcionar uma reflexão séria sobre as possíveis respostas à crise económica que presentemente se vive.

Quero, antes de mais, agradecer a presença de todos. Permitam-me que dirija uma saudação e um agradecimento especial ao Senhor Primeiro Presidente do Tribunal de Contas de França, que nos honra com a sua participação, tendo acedido ao convite para partilhar connosco as suas reflexões sobre os momentosos problemas que nos afectam.

Um amigo agradecimento também especial a Sua Excelência a Senhor Ministro de Estado e das Finanças, por nos ter dado a honra de aceitar o convite para participar neste Encontro entre instituições de França e Portugal, dois países unidos por fortes e antigos laços de cultura, cooperação e amizade.

Os meus agradecimentos ainda aos representantes das instituições que, com o Tribunal de Contas de Portugal, participam na organização do Colóquio: a FONDAFIP (*Association pour la fondation internationale de finances publiques*, através do Prof. Michel Bouvier); o IDEFF (Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa através do Prof. Eduardo Paz Ferreira). As nossas instituições uniram esforços no sentido de podermos hoje apresentar os nossos pontos de vista e trocar experiências sobre um tema que se caracteriza por forte complexidade.

De facto, a crise financeira com que nos defrontamos revelou a exigência de um redobrado papel das instituições superiores de controlo das Finanças Públicas, como entidades independentes dotadas de poderes soberanos de fiscalização das contas públicas em nome dos cidadãos.

De facto, como todos sabemos, as exigências que se colocam à *Moderna Gestão Financeira Pública* estão na ordem do dia e no cerne não só de muitos debates mas também de muitos e naturais anseios reformadores. Com efeito, muitos pontos desta matéria necessitam de maior clarificação; muitas vertentes obrigam a maior aprofundamento.

E se, nos últimos anos, houve nas Finanças Públicas uma preocupação de reforçar o rigor e a disciplina, cabe perguntar se tal valeu a pena. Devemos dizer claramente que sim. Se esse esforço não tivesse sido feito estaríamos pior preparados para os efeitos da crise. E hoje somos chamados a prosseguir no sentido do rigor e da disciplina – em nome da equidade intergeracional e da necessidade de combater a crise com iniciativa e audácia, com respeito da lei, da prudência e da temperança.

Através dos vários contributos, ao longo das sessões de trabalho, pretendemos pensar o futuro, a partir do lançamento de bases de um Estado moderno que deve, a um tempo, planear, antecipar, prevenir e mobilizar, agindo como catalisador de iniciativas e como exemplo de exigência, rigor e disciplina.

Permitam-me recordar uma significativa ligação entre a organização deste nosso Encontro e o facto de comemorarmos em Portugal este ano o 160.º aniversário do Tribunal de Contas de Portugal. Estabelecemos aqui uma relação de natureza simbólica, de que nos orgulhamos, que nos proporcionou uma acrescida razão para promovermos este Colóquio. Coincidentemente, comemoramos também o 620.º Aniversário da Casa dos Contos, instituição antecessora do Tribunal de Contas, criada em 1389.

Uma antiga instituição só pode desempenhar cabalmente a sua função se lançar pontes para o futuro, ligando a acção e a experiência à história e a uma identidade rica que mergulha as suas raízes no tempo longo. Como

instituição independente que liga as funções de órgão do poder judicial à missão de auditoria pública, o Tribunal de Contas português está consciente dos novos desafios e da necessidade de se adaptar aos novos tempos.

Tenho a certeza de que este Colóquio será muito enriquecedor para todos nós. Garantem-no a qualidade e notoriedade dos oradores e a actualidade e interesse do tema geral e das problemáticas específicas em debate, num momento de particular dificuldade resultante da crise económico-financeira mundial.

Muito obrigado.

Fernando Teixeira dos Santos
Ministro de Estado e das Finanças

Senhor Presidente do Tribunal de Contas,
Senhores Juízes Conselheiros do Tribunal de Contas,
Senhores Prof. Michel Bouvier e Prof. Paz Ferreira,
Senhor Presidente da Fundação Gulbenkian,
Individualidades,
Caros Convidados,
Minhas Senhoras e meus Senhores,

Permitam-me que comece por agradecer o convite para participar na abertura deste Colóquio, inserido na comemoração dos 160 anos do Tribunal de Contas, e aproveito a ocasião para prestar a minha pública homenagem à história e ao papel deste Tribunal, bem como a todos os que nele trabalharam e trabalham, por tudo o que têm feito de positivo pela sociedade portuguesa nestes 160 anos. O Tribunal de Contas é um dos pilares da estrutura do nosso Estado democrático, um garante da boa gestão dos recursos públicos, e todos esperamos que a sua acção e doutrina continuem a dotar o Estado português de uma maior capacidade de gestão dos recursos públicos.

Essa difícil tarefa de aumentar a qualidade das finanças públicas e da gestão dos recursos públicos tem sido, aliás, uma das principais prioridades deste Governo, que, ao longo desta legislatura, tem empreendido um esforço sério de congregação de reformas nas finanças públicas e de modernização da nossa Administração, sem par no âmbito europeu, quer no modelo de gestão dos recursos afectos à actividade pública – recursos humanos, financeiros, materiais, patrimoniais – quer na orientação para a melhoria do atendimento e prestação do serviço público aos cidadãos e empresas.

A ideia base por detrás destas reformas é permitir aquilo que é essencial para o futuro do sector público em Portugal – o aumento da sua produtivi-

dade —, através da melhoria da capacidade dos dirigentes e actores públicos de gerir e retirar mais valor dos recursos públicos que estão afectos à actividade dos serviços públicos, ora racionalizando o seu uso e eliminando desperdícios, ora planeando e controlando melhor a actividade, sempre com vista a uma despesa pública de maior qualidade e geradora de um efeito positivo sobre o desenvolvimento do País e da qualidade de vida das pessoas.

Neste âmbito, destacam-se as reformas introduzidas na gestão de recursos humanos, em particular a reforma do emprego público, tendo-se substituído um regime de emprego público perto do ingovernável e financeiramente insustentável, por um novo regime que alinha as motivações de dirigentes e funcionários com a necessidade de melhorar a prestação de serviços públicos com menos recursos. Com este novo modelo complementou-se a normal execução dos procedimentos administrativos determinados legalmente, com a criação de incentivos aos dirigentes e trabalhadores, através da avaliação de desempenho, para que, por sua própria iniciativa e mérito, atinjam a excelência na prestação do serviço público.

Para tal foi necessário desenvolver o sistema de planeamento, controlo e avaliação dos serviços públicos, reforçando a orientação para a gestão por objectivos e a capacidade dos sistemas de informação de gestão fornecerem informação atempada, relevante e fidedigna que permita a tomada das melhores decisões por parte de dirigentes e funcionários.

Ao mesmo tempo, reforçou-se o controlo de admissões e contratação de pessoal, que permitiu uma inédita redução de cerca de 50 mil funcionários públicos desde o início da legislatura, e reformaram-se os mecanismos de planeamento e mobilidade de funcionários.

Redimensionou-se a organização da Administração Central do Estado, através do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), foi iniciada a implementação da gestão partilhada de recursos, promovida a centralização das compras públicas e foram introduzidas reformas na gestão do património imobiliário público e da dívida pública.

O Programa Simplex (Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa) trouxe uma nova mentalidade e propensão à simplificação, transparência e tramitação célere dos processos administrativos, facilitando a vida de cidadãos e empresas. Investiu-se numa maior qualidade e proximidade dos serviços aos utentes, designadamente pela ampliação do leque de servi-

ços públicos em sistema de *one-stop-shop* e através da expansão das lojas do cidadão.

O Programa “Pagar a Tempo e Horas” e o “Programa de Regularização Extraordinária de Dívidas do Estado” têm promovido a adaptação, gradual e sustentada, das práticas de pagamento das entidades públicas, visando a redução dos prazos de pagamento a fornecedores, através de um maior acompanhamento, controlo e uma maior transparência dessas práticas de pagamento. O cumprimento e redução dos prazos de pagamento requerem uma luta diária contra as más práticas e uma constante atenção por parte dos decisores públicos.

A melhoria do rigor dos procedimentos orçamentais e o alargamento progressivo do universo e da tempestividade da informação sobre a execução orçamental dão-lhe uma maior qualidade e credibilidade, o que se torna crucial para a transparência das contas públicas e para o controlo atempado da execução orçamental. Esta foi uma área onde também se verificaram bons progressos. Aproveito, a propósito, para enaltecer o contributo dado pelo Tribunal de Contas que, através das suas sucessivas recomendações, sem sido um factor catalisador de muitos destes progressos.

Enfim, todo este conjunto de reformas e inovações que citei visam tornar a nossa Administração mais bem preparada face à crescente complexidade da sociedade, uma Administração mais objectiva e eficiente, com uma mentalidade virada para a resolução célere de problemas para melhor servir os seus utentes.

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Considero positivos estes progressos, mas sabemos que é sempre possível fazer um esforço para melhorar. E este esforço materializa-se hoje em áreas como a implementação da gestão partilhada de recursos, a reformulação dos processos de gestão financeira do sector público, ou o desenvolvimento da orçamentação por programas, cujos impactos positivos na disciplina orçamental podem contribuir para a sustentabilidade das finanças públicas.

A implementação da gestão partilhada de recursos é hoje uma das principais apostas na estratégia do Governo de melhoria da qualidade das finanças públicas e de aumento de produtividade do sector público, visando a

melhoria da gestão interna dos serviços, através de ganhos de eficiência, economias de escala e eliminação de desperdícios nas actividades de suporte com carácter repetitivo, e da reorientação dos recursos públicos para actividades de maior valor acrescentado e para o cumprimento das suas verdadeiras missões.

A gestão partilhada de recursos na Administração Pública proporcionará uma mudança na forma como os organismos públicos desenvolvem os seus processos administrativos e tecnológicos, no sentido da uniformização de regras e procedimentos, da racionalização de estruturas, equipamentos e recursos.

O programa de gestão de recursos na Administração Pública disponibilizará um conjunto de soluções integradas de gestão de recursos, em quatro domínios: a gestão de recursos humanos, a gestão de recursos financeiros e orçamentais, a disponibilização e gestão de infraestruturas e outras soluções e serviços analíticos para gestão.

Este modelo base foi testado e monitorizado nos organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública desde o início de 2009, e os seus resultados positivos permitem afirmar que o Ministério, através da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública (GeRAP), está agora preparado para dar resposta já em 2010 às solicitações dos restantes ministérios, de forma sustentada e informada.

Por outro lado, sabemos que os actuais processos de gestão financeira no sector público podem ser ajustados para ir ao encontro das melhores práticas de gestão financeira e das potencialidades oferecidas pelas tecnologias de informação e de comunicação. O redesenho dos processos financeiros nas diferentes etapas do processo de planeamento e controlo orçamental – elaboração do orçamento, execução orçamental e prestação de contas – deve surgir, também, como uma prioridade para os próximos anos. Tendo em conta as melhores práticas neste domínio, deverá ser promovida a redefinição dos processos e circuitos financeiros assente num quadro plurianual para a despesa, na transparência dos processos e na autonomia na gestão e responsabilização pelos resultados.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

À necessidade de prosseguir com o rumo de melhoria da gestão financeira no sector público, acrescentam-se agora os desafios adicionais para as finanças públicas e as exigências acrescidas criados por este período de crise económica e financeira, não tanto no que respeita a uma possível adaptação dos princípios que norteiam a boa gestão financeira, que não foram abalados, mas pela necessidade de os agentes públicos conseguirem reunir e dispor, ainda que temporariamente, de uma capacidade adicional para implementar novas políticas, acções e instrumentos públicos.

Acresce que deve existir a sabedoria para dirigir as políticas públicas anti-cíclicas para a origem dos principais desafios económicos, procurando evitar a sua dispersão e, assim, maximizar o impacto estabilizador dos recursos públicos.

Por outro lado, a preocupação com a sustentabilidade de longo prazo e com a qualidade das finanças públicas vê reforçada a sua importância, nomeadamente como suporte de uma estratégia de saída credível e do reforço do potencial de crescimento da economia.

A crise veio também mostrar-nos quão difícil é a implementação de um modelo de gestão por objectivos, orientado para os resultados, cujos incentivos garantam a adopção de práticas alinhadas com a criação sustentada de valor e de regras de comportamento ético e socialmente responsável.

Defendo por isso que a implementação das reformas no sector público seja feita de forma devidamente planeada, com base numa sequência lógica e gradual, e atendendo ao contexto político, social e até histórico da Administração Pública portuguesa, procurando minimizar perturbações que podem advir de uma filosofia de implementação de reformas baseadas em “terapias de choque” que alguns advogam.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

São muitos os desafios para uma gestão pública eficiente, eficaz e com qualidade que conduza a bom porto os objectivos das políticas públicas. Diria mesmo que o caminho para uma boa gestão pública não tem fim, e nunca deveremos estar inteiramente satisfeitos. Devemos sim continuar a

questionar sempre se a forma como gerimos os recursos públicos é a mais correcta e oferecendo novas soluções, premiando os bons exemplos, melhorando a tempestividade, relevância e credibilidade da informação divulgada sobre a actividade do sector público, melhorando a definição de regras associadas ao processo de elaboração, execução, monitorização e avaliação dos orçamentos públicos, simplificando e melhorando o atendimento aos cidadãos.

Em suma, dar o nosso melhor na concretização desta difícil agenda de prestar mais e melhor serviço público com menos recursos.

Muito obrigado.

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

Guilherme d'Oliveira Martins
Presidente do Tribunal de Contas

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Concluídos os debates realizados no âmbito deste Colóquio Internacional, quero exprimir o quanto me sinto honrado por termos tido a oportunidade de promover em Portugal uma reflexão tão abrangente e simultaneamente profícua sobre este momentoso tema.

Trata-se de uma matéria que, pode dizer-se, está ligada a muitas das iniciativas de reforma que têm vindo a ser amplamente decididas em grande parte das Administrações Públicas do Mundo, e cujas repercussões vão geralmente muito para além do próprio âmbito em que são decididas.

Penso que poderei dizer termos ficado certamente ainda mais conscientes acerca das exigências que se colocam à *Moderna Gestão Financeira Pública*. E, porque mais elucidados sobre os temas que debatemos, provavelmente ficámos também, relativamente a alguns pontos, com algumas preocupações acrescidas, que serão decerto motivação para prosseguirmos as nossas análises e busca de soluções.

Pode dizer-se que esta é uma matéria vasta que, como foi possível verificar, apresenta vários pontos de complexidade. Destacaria o facto de a termos situado devidamente no contexto da actual crise económica e financeira – o que simultaneamente lhe conferiu maior aderência às realidades que vivemos no quotidiano, e permitiu reflectir sobre o modo como as transformações exigidas pela *Moderna Gestão Financeira Pública* podem ser colocadas ao serviço das iniciativas e medidas de combate à crise.

Beneficiámos da partilha de experiências que caracterizou este Colóquio, nascidas nos contextos de França e de Portugal.

As perspectivas multidisciplinares que nos foram apresentadas permitiram-nos um contacto muito elucidativo com as diversas vertentes e realidades ligadas à Moderna Gestão Pública e aos seus desafios, que, naturalmente, não se esgotam na dimensão financeira, mas nela encontram razões acrescidas no sentido de promover mudanças, adaptações e transformações.

Permitam-me uma palavra sobre a comemoração em Portugal, este ano, do 160.º aniversário do Tribunal de Contas de Portugal, para confirmar que em boa hora se concretizou a iniciativa de associar a esta comemoração a realização do Colóquio.

Apresento os meus agradecimentos a todos os ilustres convidados, que nos deram a honra de aceitar o convite para participarem neste Colóquio; a todos os oradores, que nos trouxeram o seu saber, os resultados das suas análises e das suas experiências, e com elas nos enriqueceram; aos responsáveis da *FONDAFIP* (*Association pour la fondation internationale de finances publiques*) e do *IDEFF* (*Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*) que, com o Tribunal de Contas de Portugal, participaram na organização do Colóquio.

Muito Obrigado

**THE AFNORTH INTERNATIONAL SCHOOL:
THE LEGAL STATUS AND THE AUDIT MANDATE OF IBAN**

**By Ernesto da Cunha
Board Member**

1. The AFNORTH International School (**AIS**) has been set up under the terms and conditions agreed between 4 participating nations: Canada, Germany, The United Kingdom, and The United States of America. The AIS was registered by material deed by the representatives of the participating nations. The AIS as such has legal personality under Dutch law as “foundation” (“**Stichting**”) constituted (*see, The institutive act of the foundation and the Article 3rd of the AIS Statutes*).

It was initially intended that the Board of Governors (**BOG**) of the AIS would initiate steps with a view to obtaining for the school the status of a “Subsidiary Body” under the Agreement on Statutes North Atlantic Treaty Organisation signed in Ottawa on the 20 December 1951 (*Article 6th of the AIS Statutes*).

The Dutch authorities took the view however, that the AIS did not form part of the Allied Headquarters at JFC Brunssum, and so was not covered by the Paris Protocol, as matter of law.

Despite the aforementioned, the Dutch Undersecretary of State of Finance granted the personnel of the owing nations of AIS the same privileges as Paris Protocol privileged NATO International Civilians. This has been formalised in more recently in the Customs Headquarters AFCENT of 21 April 1989. As the Dutch government has granted the NATO tax exemptions to the School and its staff, it stopped for a new status.

Therefore, the AIS always remains as foundation under the Netherlands law and it came with an independent legal entity, having the rights to enter into obligations, conclude contracts, acquire and dispose of movable property as far as this is necessary for the fulfillment of its task. It is financially independent and has capacity to appear in court as plaintiff or defendant (*Article 6th of the AIS Statutes*).

2. The School is composed of four national schools, each with a head, to be made available by the contracting parties. Each nation has its own independent section but many programmes and activities are common and support the external exchange of children of the different nations. The School sections and staff are financed nationally (*see, IBA-AR(2002)21, Audit Report*

on the Financial Statements of the AFNORTH International School for the years ending, 31 July 1999, 2000 and 2001).

The School provides education for the education of the children of national and of the contracting parties. Children of other nationalities may be admitted in certain circumstances (*Article 2nd of the AIS Statutes*). In fact, subject to the approval of the Host Nation authorities from other NATO and Partnership for Peace countries, it also admitted including children of private firms defendants.

The educational activities of the School, including the examinations are subject to common principles as defined in the Article 4th and 5th of the AIS Statutes.

3. The organs of the School are: the Board of Governors, the School Director, the heads of the national sections and the Advisory Board (*Article 7th of the Statutes of the AIS*). The Board of Governors (*BOG*) is composed by representatives of each contracting parties. An additional representative of The Netherlands government is part of the Board of Governors in an advisory noncapacity (*Article 8th*). The Board of Governors has the free authority in the field of education, finance and administration (*Article 9th of the AIS Statutes*). It watches over and guide the interest of the School, leaving subject to the national requirement of each national section, as defined in the Article 3rd of the AIS Statutes, the detailed internal organisation management to the Director, who is appointed and dismissed by the Board of Governors for a period of three years (*Article 12th.1 and 19th of the AIS Statutes*).

4. The Board of Governors is also responsible for:

- Arranging in conjunction with national governments, for secondment of teachers for work at the School, in a manner preserving their rights of promotion and pension in accordance with applicable national rules and ensuring to them the advantages granted to civil servants of their rank while serving abroad (*Article 10th of the AIS Statutes*);
- Examining and approving the annual budget prepared by the director assisted by the AFCENT Financial Controller (*in our days, the AF-*

NORTH Financial Controller), proceeding for the income and expenditures of the common user requirements of the School;

- Agreeing on the cost-sharing formula according to which the contracting parties contribute to the maintenance of School, for common users and national areas;
- Verifying and approving the accounts at the end of each budget (***Article 13th of the AIS Statutes***).

5. The AFNORTH Financial Controller is also member of the Advisory Board, who meets at regular intervals to support the School Director in his work, to give him advice and hear his reports on the current affairs (***Article 15th, d of the AIS Statutes***).

6. The budget year of the School begins on the first of August and ends on the thirty first of July of each year (***Article 22nd of the AIS Statutes, as amended 2 October 1949***) and is financed by contributions of the contracting parties in accordance with the cost-sharing formally approved by the Board of Governors (***Article 23rd of the AIS Statutes***). The contracting parties agreed since the inception of the activities of the School that the annual accounts are audited by the International Board of Auditors for NATO (***Article 24th***).

The budget year of the School covers the general services and shared facilities such as personnel, operational and capital costs, School bus transport and certain common educational expenses.

7. The staff of the General Services is not under NATO Status: it works under the Dutch labour regulations and is paid as Local Wage Rates (***LWR***) personnel.

7.1 In fact, the AIS has two types of personnel:

- Teachers and equivalents having salaries following the national legislation of the participating nations at the School, who have fiscal indemnities in accordance with troops provided to the Headquarters and ruled by the Memorandum of Understanding (***MOU***) between The Netherlands as the Host Nation and SHAPE, and the above mentioned

decision of the Undersecretary of Finance of the Netherlands Government. The financing and disbursement of those salaries and wages constitute national responsibilities of each contracting parties and are not covered by budget year of the School.

- Local Wage Rates (**LWR**) having salaries, pensions, allowances following the principle of LWR's at Headquarters and obligated to pay taxes, social security laws without having tax exemption and following the regulations of Dutch MOD personnel as much and agreed by the BOE.

7.2 Besides the above mentioned Dutch labour regulations applicable to the Local Wage Rates, the most significant full range of the Netherlands law obligations applicable to AIS are:

- Health and Safety Act (**ArSowet**);
- Civil Code (**Bock Burgelijk Webock**);
- Work Council Act (**Wet op Ondernemingsraden**).

8. In accordance with the Dutch "Wet op de Jaarrekening", the AIS foundation is a not profit organisation exempted from the obligation to publish and or to register the financial statements and yearly corresponding activities report (*see, T. J. (Tymen) Van der Ploeg and H.A (Bert) Brass (Part VIII, Country Report on Public Benefit Organisations in the Netherlands).*

As a matter of fact, only commercial foundations whose net turnover totals more than 4.4 million euros over two consecutive years have to comply with obligatory publication for accounts and registration in Chamber of Commerce. In these cases and only in these cases, the Part 9 of Book 2 of the Dutch Civil Code and the Dutch Accounting Standards Board (Rand Voor Jaarverlaggeving) are applicable to these commercial foundations (*see, "Dutch Accounting Standards" in <http://www.nijnet.nl>International visitors/index.asp, and "Comparisons IFRS with Dutch Law and Regulations, Ernest and Young, Professional Practice Department"; and "Foundation Law Matters. EFC Country Profile April 2007: The Netherlands, <http://www.efc.be/projects/en/legalcountry-profiles.ash>).*

Also only the commercial foundations are subject to the corporate income tax.

The AIS as not profit organization is not subject to corporate governance rules as defined in Part 9 of Book 2 of Dutch Code Civil, has not to comply with the Dutch Accounting Standards and is not subject to the obligation to publish the accounts in compliance with these accounting principles, and to the Corporate Income Tax.

Their accounts are therefore not mandatory to be published and registered in the Chamber of Commerce, and to be certified by Chartered by a Public Accountant, in accordance with the Dutch legislation and the accounting Dutch principles issued by the Dutch Accounting Board and auditing principles, issued by the Dutch Institut of Chartered Accountants.

9. The financial management accounts of AIS were subject to the principles defined in the “*Agreement between Headquarters Allied Forces Central Europe (HQ AFCENT and AFCENT International School concerning the support/services rendered by the HQ AFCENT to the AFCENT International School (ASB-M/5/86), approved by the Board of Governors on its meeting on 14-16 April 1986, as recorded in the concerned minutes.*”

The administrate services support of HQ AFCENT to the AIS were intended to be performed on a non reimbursable basis, except where otherwise agreed and “*in accordance with NATO financial and other pertinent regulations, excepted where otherwise exempted.*”

These services are covered and regulated in detail the intervention of the Financial Controller, Budget Branch, Fiscal Branch, Disbursing Branch (*clause 4 a), b), c), d)*).

Also were included the legal services of the HQ AFCENT Legal Advisor to the Board of Governors and to the Director of the School (*clause 3*).

In the field of the personnel were also covered and regulated the intervention of the Civilian Personal Officer, NAF Administrative Cell (*clause 6*).

10. Regarding the Procurement, the Purchasing and Contracting Section, it should carry out the procurement procedures for the School in accordance

with ACE Directive 60-70 and raise contracts and teachers and place them before HQ AFCENT Award Committee when appropriate (*clause 7*). This means that the most significant aspects of the financial management of the School, were run in accordance with the above-mentioned agreement between the HQ AFCENT Command and the Board of Governors by the HQ Financial Controller and BUDFIN.

11. And as it was explicitly mentioned there that the financial management of the School, and the support administrative by HQ AFCENT Command were subject to NATO financial and other pertinent regulations, excepted where otherwise exempted.

11.1 The most significant exceptions and deviations to NATO Financial Regulations (NFRs) were inserted in the clause 8, as follows:

- The Director should approve the prior commitment of funds within the funding in writing prescribed in the approved budget chapters and items (*clause 8-a*);
- The School should advise BUDFIN (Fiscal Branch) at the end of each fiscal year of the amount committed, for which bills have not been received, to allow the legitimate carry-forward or sufficient unexpended funds to the following year (*clause 8-b*);
- The funding limits prescribed in the approved budget should not be exceeded except where permitted under the following arrangements (*clause 8-c*) :
 - Transfers between charters;
 - The Director should refer, in writing, the proposed transfer of funds between chapters to the chairman of the Board of Governors for decision (*clause 8E-1A*);
 - In an emergency or to meet other extraordinary circumstances, the Director had authority to initiate a transfer of funds, not exceeding Dutch Guilders (DG) 80.000 between chapters after agreement (*clause 2*) with the HQ AFCENT Financial Controller. Subsequently, the Director should seek, in writing, the Chairman of Board of Governors' retrospective approval (*clause 8-c1-a*).
- Transfers between items within a chapter:
 - The Director had authorised the transfers of funds between items within a chapter provided that the total amount of transfers into

one item would not exceed DG 80.000 or 25% of the budget credits originally approved for that item, whichever is the lower. Such transfers should be modified to the HQ AFCENT Financial Controller in writing (clause 8-c-2-a);

- The Director should refer, in writing, the proposed transfer of funds between items in 25% excess of the above limits to the Chairman of the Board of Governors for decision (clause 8-c-2-b);
- In an emergency or to meet other extraordinary circumstances, the Director had authority to initiate the unlimited transfer of funds between items within a chapter after agreement with the HQ AF-CENT Financial Controller. Subsequently, the Director should seek, in writing the Chairman of the Board of Governors retrospective approval (*clause 8-e-2-e*).

11.2 The School should forward all invoices for payment to BUDFIN (*Fiscal Branch*) under cover of ACE Form 26, 50, 97 as appropriate, except that certificate could be given by the Administrative Officer for payment of amounts not exceeding DG 5.000 (*clause 88-d*).

11.3 Contracts for provision of services and goods should be subject to the normal bidding procedures via the purchasing and contracting section and the Headquarters' Contracts Award Committee except when prior approval has been given by the Board of Governors for sole source purchase. Such approval should be normally given in the annual budget. In addition, the Director, in order to overcome emergency or other extraordinary situations, had authority to approve sole source purchase for goods / services when the single contract amounts did not exceed DG 40.000. Such an approval should be recorded in writing (*clause 8-e*).

12. Due to the length of time meanwhile elapsed, and the changes occurred, since 16th April 1986 in the accounting structure of NATO military commands, and the finance area in ACE commands, the IBAN, in its financial report on the accounts of AFNORTH International School for the years ended 31 December 1999, 2000 and 2001 (*IBA-AR(2002)21 – paragraph 5.1*), recognized the obsolescence of the above financial regulations included in the “*Agreement between*” the Financial Controller of RHQ AF-CENT and AFCENT International School.

12.1 The reasons that led to these assertions were:

- Many of the services, titles and funds mentioned no longer exist;
- The description of support provided to the School by RHQ AFNORTH has become irrelevant (*preparation of the annual statements, recruitment of staff, internal audit*);
- Many procedures they describe are longer adhered to transfers, purchase orders, certification of invoices.

12.2 After aligning these reasons, the IBAN concluded “*the current financial guidelines do not provide management with an adequate statutory basis for most of their decisions*”. Moreover, the IBAN stated in its mentioned report “*RHQ is providing support to the school based upon past practices only, which is not a sound situation for the school*” (para. 5.1.2). and recommended: “*The school should, in connection with AF-NORTH Budget and Finance Division, prepare a new agreement including financial regulations for approval by the BOG and signature by the highest authority in RHQ AFNORTH*” (para. 5.1.3).

12.3 In its subsequent financial audit report on the accounts to the AF-NORTH International School for the years 31 July 2002, 2003, 2004 and 2005 (*IBAAR(2005)41*), the IBAN assessed the status of the above recommendation contained in its previous financial report, as follow: “*A new memorandum of agreement (MOA) was signed in May 2003 between AFNORTH International School and SHAPE concerning the provision of garrison services and support by AFNORTH (now JFC HQ Brunsum) to the School. This MOA is currently being revised. It does not include financial regulations for the School. In Parallel, the School defined new standard operating procedures (SOP) for procurement. A comprehensive SOP for finance is still missing. These SOPs should be official documents signed by the Director of the School.*”

12.4 This lack of comprehensive financial rules and regulations and standard operating procedures (*SOP*) for finance has had impact in audit observations and recommendations formulated by the IBAN regarding the accounts of the AFNORTH International School for the years ended 31 July 2002, 2003 and 2004. “*The Board was not able to express an audit opinion because of the absence of reliable data for these years in the new*

EXACT accounting system; missing supporting documentation for these years. These deficiencies resulted in accounts for the years ended 31 July 2002, 2003 and 2004 that were incomplete and inadequate.” The effect of the absence of reliable accounts for these years was material and so pervasive that the Board has not been able to express an opinion (*see detailed explanations in the IBAN Financial Audit Report for the AIS Accounts ended on 31 July 2001, 2002, 2003, 2004 and 2005, (IBA-AR(2005)41, para. 3.4, 3.5 and 3.6).*

12.5 Regarding the accounts ended 31 July 2005, the financial statements audited by the Board were reconstructed during the audit fieldwork based on the accounting system put in place in the School (*Exact*) and supporting documentation (*see more detailed explanations in IBA-AR(2005)41, para. 3.8*). The Board issued an unqualified opinion.

13. The more significant observations contained in the report regarding the 2005 accounts dealt with the lack of compliance with NFRs.

13.1 The first observation concerns to the format and contents of the Financial Statements. In fact the audit report concludes that the Financial Statements were not in compliance with article 26 of NFR. This was due to the fact that the originally presented financial information for 2004-2005 did not meet the minimum requirements of the NFRs. They did not disclose commitments carried forward, extra-budgetary transactions (*tuition income*), contributions called and received and other assets and liabilities (*see, document’s reference IBA-AR(2005)41, para. 5.1.3*). In order to correct this lack of compliance with NFRs, the report recommends that “*for future years, the financial statements should be compliant with the NFRs. For this purpose, a formalized year end closure should take place at the end of each school year*” (*see IBA-AR(2005)41, para. 5.1.4*).

13.2 The second observation is related with the absence of procedures for approval and follow up of commitments. It is mentioned in this report that “*one of the major difficulties in reconstructing the financial position of the School for Financial year (FY) 2004-2005 was the absence of documentation in support of the commitments carried forward. Consequently, it was difficult to verify the compliance of commitments carried forward*

with Art. 11bis/1 of the NFRs.” At that time IBAN considered that “*this verification is an important control in the Board audit procedures*”. That was why “*The commitments carried forward were comprehensively reviewed during the audit.*” After doing so, the Board excluded that “*obtained reasonable assurance that the resulting list gives a true and fair view of commitments carried forward as of 31 July 2005*” (see, IBA-AR(2005)41, paras. 5.3.1, 5.3.2 and 5.3.3).

13.3 In order to correct this insufficiency, the report recommends “*Commitment forms should be approved according to a defined procedure (which could mirror the procurement guidelines of the School), they should be signed by the relevant authority, and followed-up to make sure that no open commitment remains in the books without a reason*” (see document reference IBAAR(2005)41, para. 5.3.4)

14. The final observation in the IBAN financial audit report on the accounts of the AFNORTH International School for the years ended on 31 July 2005 is related with the fact that the School’s budget was not comprehensive and its funding was not transparent.

In fact for the IBAN, “*the School’s budget does not include some important recurring expenditures: security expenditures are spent outside the budget, and major maintenance works are approved by the Board of Governors on a case-by-case basis. Some minor operations like conference fees are also kept outside the budget. The calls for contributions resulting from the budget approval are sometimes netted with the income from tuition fees, which is against generally accepted accounting principles*” (see, IBA-AR(2005)41, para. 5.2.1).

The decisions authorising these practices were difficult to track in the Board of Governors meeting minutes. These practices result in excessive accounting complexity. And this complexity was the origin of many errors found in the past accounts of the school (see, IBA-AR(2005)41, para. 5.2.2).

In order to correct this deficiency, the Board recommended that the budget should include all the predictable transactions necessary to operate and maintain. In fact all school related expenditure should be in the budget. Funding of that budget by the nations should be clearly documented. To

simplify the accounting, the budget should be fully funded up to the amount approved by the Board of Governors, minus the surplus from the previous year. Any surplus should be shared between the nations according to the approved cost-shares. If nations elect to apply current tuition fees against the following year's contributions, this should be clearly documented (*see, IBA-AR(2005)41, para. 5.2.2*). This would limit the various funding arrangements decided by the Board of Governors and subject to different cost shares and special call for funds (*see, IBA-AR(2005)41, paras. 5.2.3 and 5.2.4*).

15. In its financial audit report for the School year ended 31 July 2006 (*see, IBAAR(2007)08*), the Board formulated several observations, identifying similar weaknesses already raised in the above mentioned precedent reports.

15.1 In fact, the Board continued to disclose the persisting weakness in the recording of official documents, such as the official budget and financial statements. The budget was approved as an amount and clearly disclosed in the BOG minutes. However, its breakdown by chapter, item, and sub-item is not an officially approved and recorded document. Similarly, the financial statements produced by the School's Bursar were neither recorded nor signed by the Director. In both cases, this absence of recording made it impossible to have a clear basis for audit: several versions of the budget were included in the audit folder with different figures and without these changes being documented. It is the same for the financial statements: several versions were presented with oral explanations, and the budget execution statement signed by the Chairman of the BOG differed from the one presented for audit. It was noted that a corrected version of the financial statements was signed by the Chairman of the Board of Governors different from the one presented for audit. The budget execution statement was incomplete. In fact, it did not include either budget authorisations carried forward from previous years (*commitment carried forward*) or expenditures made from these authorisations.

15.2 In any case, a corrected version of the Financial Statements, including all those missing transactions in the initial version of the Financial Statements, was signed by the Director during the audit (*see, IBA-AR(2007)08 paras. 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 and 5.2*).

15.3 The most important observation contained in this IBAN financial audit report (*see, IBA-AR(2007)08*) is that one related with budget practices adopted by the Board of Governors, not in line with the NATO financial regulations and the principles of budgeting accounting.

15.3.1 Three examples were given to illustrate this statement:

15.3.1.1 - All remaining budget credits were systematically reported as “savings” either to be added to the following year’s budget or to fund “out-of-budget” expenditures. The Board considered this practice against Article 11 of the NFRs (*see, IBA-AR (2007)08, para. 5.3.1*).

15.3.1.2 - Out-of-budget receipts and expenditures were more and more used to fund various projects that should logically be included in the School’s budget (*see, IBA-AR(2007)08 para. 5.3.1*).

15.3.1.3 - The School still had no defined procedure for commitment accounting. Instead, the last decision from the meeting of the Financial Advisors recommended the School to merge actual commitments and pending commitments in the budget execution statement. When these commitments are carried forward. This procedure would not comply with the requirements of the NFRs, Article 11, according to which a legal liability (*see, IBA-AR(2007)08, para. 5.3.1*).

As a general conclusion, the IBAN recognised “*that the NFRs are not mandatory for the School and that their application had been adopted by the BOG on a voluntary basis. However, the Board is also of the opinion that deviations from the NFR and the basic generally recognised budgetary principles contained therein are detrimental to transparency and accountability in financial reporting and management. Such deviations should therefore be avoided and problems arising resolved within the NFRs*” (*see, IBA-AR(2007)08, para. 5.3.2*).

15.4 Therefore, the Board recommended “that AFNORTH School comply with NFRs”.

15.5 It is important to mention that the content of this conclusion contained in the draft version of this report, sent out for factual comments earlier on the 22 February 2007 was rather different from that one above quoted. In

fact, in the earlier version, the general conclusion was as follow: ***“It seems that the NATO Financial Regulations (NFRs), that are mainly focused on budget execution, do not provide any longer the relevant framework for the current operation of AFNORTH International School. Abiding by these regulations is not mandatory for the School: it only resulted from the original voluntary decision of the BOG to do so.”*** And the recommendation formulated was: ***“The BOG should consider whether it is relevant to keep the School under the NFRs or abide by other standards that would better fit the needs of a foundation under Dutch law (for example, the International Accounting Standards were recommended by the ACO Audit & Inspection Branch last year). In this case, whether the School’s accounts should be audited by IBAN or by a private audit firm could also be considered.”***

This earlier version of the draft report (*see, IBA-AR (2007)08 – 22 February 2007*) raised some delicate issues that were not explicitly address later on in the final version of the report (*see, IBA-AR(2007)08 – 28 September 2007*).

In fact, these issues are quite similar to those raised during the 25 January 2008 (Minutes, para. B 1a) and the 29 February 2008 Board meeting (*see, Minutes, para. VIII, (c) page 10/11*).

16. In order to complete the overview of the current legal, accounting and financial framework, it is important to view the Memorandum of Agreement (***MOA***) signed on the 9 May 2003 between the Allied Forces North Europe International School (***AIS***) and the Supreme Headquarters Allied powers Europe (***SHAPE***) concerning the provisions of Garrison Services and Support by Regional Headquarters Allied Forces North Europe (***RHQ AFNORTH***) to the Allied Forces North Europe International School.

16.1 This MOA superseded the previous Memorandum of Understanding (***MOU***) signed in March 1986 between Headquarters AFCENT and the School. The purpose of this new MOA is to provide specific arrangements for the pensions of Garrison Services and Support by RHQ AFNORTH to the AIS (***Article 2nd***). Nothing in this MOA is intended to contradict national or international law. Should such contradictions occur, the national or international law will prevail and the signatories will notify each other of such contradictions (***Article 2nd, 2.3***).

16.2 The Financial Controller, Assistant Chief of Staff (*ACOS*) J1, legal advisor and the Commander AFNORTH Support Group (*CASE*) are who will provide the RHQ AFNORTH garrison and support services to AIS (*Article 3rd, 3.1*).

16.3 The garrison and support services provided by the RHQ AFNORTH Financial Controller are outlined in Annex A (*Article 5th, 5.2 and Annex A*).

16.4 The garrison and support services provided by the Commander AFNORTH Support Group are outlined in the annexes B to F (*Article 5th, 5.3, and annexes B to F*). The garrison and support services provided by the ACOS J1 are outlined in Annex E (*Article 5th, 5.4*). The RHQ AFNORTH Legal Advisor provides legal advice to the Board of Governors and to the Director of the AIS (*DAIS*) (*Article 5th, 5.5*). The reimbursement of costs by the AIS for support services supplied by RHQ AFNORTH is based on the principles outlined in Article 6th (*6.1, 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3 and 6.1.4*).

Amendments to this MOA will require the unanimous approval of the signatories. All amendments will be in writing and come into effect when accepted in writing by signatories to this MOA (*Article 8th, 8.1*). It is important to mention that inclusion of future Standard Operating Procedures (*SOPs*) will be considered as an amendment to this MOA.

16.5 In fact, the approval of the individual SOPs by signatories will be deemed as formal amendment to this entire agreement (*Article 8th, 8.2*).

16.6 The garrison and support services provided by the Financial Controller to the AIS are as follow:

16.6.1 Budget and Disbursing: (*Annex A1a*)

- Call for funds: prepares the tri-annual special for funds from the four contributing nations.

- Budget Review: assists the Financial Controller in reviewing AIS budget submissions on behalf of the RHQ AFNORTH Chief of Staff.
- Disbursing Function: makes payments and collects revenues on behalf of the AIS using AIS established bank account.

16.6.2 External Audit and Internal Review: the International Board of Auditors, which will report their findings to the Board of Governors, will audit the accounts of the AIS periodically. In addition, the RHQ will verify the budget execution and the internal accounts of the AIS for the intervening years when the IBAN does not conduct an audit (*Annex A 1.b*).

16.6.3 Purchasing and Contracting: the Purchasing and Contracting Officer will procure goods and services for the AIS. The AIS will advise PSC of the contracting regulations both international and national, that are applicable to the AIS.

16.6.4 The garrison support services provided by the Commander ASG Support Services, contained in Annex F, are related with the payroll and personnel administration covered by Regulations Governing Labour Agreements for LWR personnel employed as approved in ASB IRT 2002. The duties of AGS Resources Management Section consist of:

- *“preparing the monthly payroll including the calculations of taxes and social security premiums. To include computing monthly employer’s costs, gross and net salary, the legal yearly holiday allowance (currently 8%) and year-end bonuses;*
- *Initiating the payment of social security contributions to Social Security Officer (GAK), tax to Tax Office and settling of any GAK social security reimbursements;*
- *Maintaining the personnel records of the School LWR employees;*
- *Administering the complementary pension and pension related matters;*
- *Administering timesheet, annual leave and special leave;*

- *Computing and administering compensation Interim Regulations Sickness Costs, Allowances (as applicable), Gratuities and Home Duty Travel Allowance;*
- *computing requests for shortening of working hours;*
- *Terminating employment contracts in cases of extended illness on behalf of the Director of the AFNORTH International School;*
- *Prior to the 20th of each month, the RHQ AFNORTH (ASG Resources Management Section) shall submit to the DAIS, a statement of the costs incurred in the current month. The DAIS shall ensure that these monthly costs are paid into a RHQ AFNORTH designated bank account prior to the fifth working day before the end of the month in question;*
- *The DAIS will inform CASG of basic salary and benefits that apply. The DAIS will also inform the CASG of any changes to salary, allowances or termination of payments, at least six weeks before the effective date. Nevertheless, the DAIS will respect all the obligations arising from the Dutch labour laws and social security regulations that apply to the labour contract of the employee;*
- *The DAIS shall pay the RHQ AFNORTH a monthly charge per person, as determined annually by the Financial Controller, for administrative services resulting from the execution of payroll and administrative services, as well as all costs related to Arbo-dienst Services and the ADP payroll processing costs. CASG shall notify the DAIS of any changes in the monthly charge if possible at least six weeks before the effective date.”*

16.6.5 The garrison and support services provided ACOS J1. Civilian Personnel Services are outlined at Annex E as follow:

- *“The RHQ AFNORTH J1 Civilian Personnel Office (CPO) will provide the provision of data regarding salary adjustments and other legal requirements related to LWR personnel of the AIS.*
- *The RHQ AFNORTH J1 health and Safety Branch will provide the provision of ARBO services in line with the requirements for RHQ AFNORTH.”*

17. This new Memorandum of Agreement signed in 2003 is although silent to applicability of NFRs, to the finance management of the School including budgeting, budgetary discipline, treasury, cash management, accounting, bookkeeping, inventories and financial statements.

This was not the case of the precedent MOA signed in March 1986 between HQ AFCENT and the AIS in which it was clear mentioned that the different branches of BUDFIN would have to comply with NFRs, when fulfilling their duties. Deposits to NFRs were also explicitly foreseen.

18. The *new Memorandum of Agreement* does not cover the finance matters of the School. And the budgeting and accounting practices that were followed in the School after the signature of the new Memorandum of Agreement, were already enacted and inconsistent, and far from the good practices followed either in the public sector, or even in private foundations created by public entities at material level or by governments in the context of international agreements. In fact these entities when financed and funded by public budgets, might be in some circumstances subject to similar budgetary, accounting and auditing provisions as of those in the public sector in certain countries including budgetary, personnel and accounting principles. But also the practices followed by the School were far from the good practices of good governance and financial management of private foundations as they are defined by the European Center of Foundations.

19. Although the AIS is a private foundation created in accordance with Dutch Code Civil and subjects its provisions related with not for profit entities, its financial management was since the beginning very much aligned with NATO practices in the field of finances, budgeting, budgetary, discipline, accounting, cash management, inventory and procurement.

20. Two reasons led to this result:

20.1 Firstly, the original MOU, revised in March 1986 where some provisions, where has foreseen in order to ensure the financial and support services provided by HQ AFCENT to the AIS, required the need of Financial Controller and BUDFIN with NFRs. In this context, the School was indi-

rectly bound to the NFRs, because the garrison and support services provided to the School by the Financial Controller and BUDFIN.

20.2 Secondly, due to the fact that the Dutch legislation related with foundations would not require the need to comply with any specific accounting principles adopted by the Dutch Accounting Board, and also would not require the need of such foundations to publish and register the accounts in the Chamber of Commerce or to comply with Dutch Corporate Governance Code, and with Tax Corporate Insurance Tax Act (*CITA*).

20.3 The Dutch legislation related with private foundations was very liberal. But in the beginning of years 2000, started a discussion in The Netherlands on the risks of such a liberal legislation (*T.J. (Tymen) Van der Phoeg and H.A. (Bart) Brad para. 2 (part VIII) Country report on public benefit organisations in The Netherlands and Hammer Burmatz (see, European Union Foundation law – a Brief Comparative Overview, Seal – <http://www.efc.be>)*). Mainly in the cases where foundations were running very profitable business, with very significant size. And in many instances, there was a risk that many of these profitable business activities could be associated to some criminal activities like terrorism, money laundering and tax evasion (*see, A. Koele, “Update on the Taxation of Philanthropic Entities in The Netherlands: Exemption of Business Profits Destined for Public Cause and to their Important Changes in Tax Law, in the International Journal of Not for Profit Law – Volume five”*), are also subject to the Corporate Income Tax Act (*CITA*).

20.4 Therefore, was recognized the need to adopt a new legislation setting up similar requirements to the big foundations running business activities, as for the corporations. The Dutch Code Civil was therefore amended in order to apply to the commercial foundations. The same requirements foreseen in the Book 2 of the Dutch Code Civil, as for the corporations, in terms of financial management, corporate governance, accounting principles issued by the Dutch Accounting Board, publication and registration of the financial statements in the Chamber of Commerce, and external audit by CPAs in the same terms as of the auditing of financial statements of the corporations. Most of these requirements foreseen in the most recent Dutch legislation for commercial foundations are not applicable to AIS, which is a non profit foundation.

20.5 Therefore, there is not a legal requirement for a not profit foundation like AIS to comply with the Book of the Dutch Code Civil including financial management, accounting principles issued by the Dutch Audit Accounting Board corporations, corporate governance, publication and registration of the accounts.

20.6 It is also important to mention that after a closer involvement of JR Center Command in Brunssum in some of out of area NATO operations, the BUDFIN division, has drastically reduced the traditional administrative and accounting support to the AIS. And most past of implementing procedures related with the preparation and approval of the budget and its execution, its accounting procedures, bookkeeping, cash management, treasury, disbursements, procurement were taken over by the School. During this transition also period serious problems occurred with the implementation of new computerized accounting system. In the past the most part of the financial transactions of the School were run by the JR Center Command (*AFCENT and AFNORTH*) as it was in the Memorandum of Agreement of 1986. Only indirectly, the School was bound to comply with NFRs. And this was basically because it was stated that providing the services of the School, the JR Financial Controller and BUDFIN would have to comply with NFRs. The new Memorandum of Agreement signed in 2003 is completely silent to the compliance by JR Financial Controller and BUDFIN with NFRs.

20.7 But at the same time BUDFIN stopped providing any financial support services to the School. On a legal stand point with the signature of the new memorandum of Agreement in 2003 and with the withdraw of BUDFIN of the financial support services to the School AIS afterwards is not anymore legally bound to comply with the NFRs.

20.8 But the School at the same time did not take the appropriate measures to adopt a proper and suitable set of its own financial rules and regulations accounting principles, implementing procedures and good practices in finance areas in the context to status of independent entity with self government, which includes the autonomy to approve those rules, procedures and accounting principles.

This lack of appropriate regulatory framework led to erratic practices, decided on a case by case approach, deviating from NFRs, in the most part of the cases in a very inconsistent, and form from good practices either in public sector, either in private foundations created and funded by governments, with public money and other public assets.

20.9 At the same time, the transition of responsibilities from BUDFIN to the School of its financial management has been preceded by previous and successive delays by BUDFIN in processing the disbursements to third parties, including contractors.

20.10 When the School took over this responsibility, it has also to face these delays. And this has had also tremendous impact on the way how the School tried to solve these problems. In fact, it was urgent to pay to the suppliers the payments that were due for long time. In fact, the R Center BUDFIN Division stopped to ensure these disbursements for a long period because of lack of resources with its involvement in KFOR and ISAF.

20.11 The lack of payments to the suppliers, led to a very high amount of not used and lapsed budgetary credits, ever without being entered ever before the commitments in previous years. And afterwards as there were outstanding liabilities to be paid, that had not been previously committed against the budget in previous years, the way how face the School faced this outstanding liabilities, not previously committed, and paid to the suppliers did not comply with the budgetary discipline as it was followed by the BUDFIN of Command, regarding the financial transactions of the School in accordance with NFRs. In terms of compliance with NFRs or other similar good practices of budgetary discipline in public, the situation became chaotic.

20.12 Coinciding with the withdraw BUDFIN from the financial and budgetary management of the School, it was need to adopt a new computerized accounting system, that would allow the School to process their own financial transactions. But the new computerized accounting system has been adopted and implemented without a previous definition of the parameters of financial management of the School. In fact, no proper financial rules

and regulations and relevant accounting principles had been previously adopted.

20.13 But the new computerized accounting system was also not aligned with the previous financial regulations and accounting framework followed in the past by BUDFIN and by the School.

20.14 And the result of these circumstances was a significant number of transactions decided, on a case by case basis, and without being referred to a certain regulatory and accounting framework. At the same time, the lack of trained staff operate the computer system also had lead to system errors on the bookkeeping of the transactions which affected seriously the reliability of the financial statements.

20.15 This explains why the Board disclaimed its opinion on the 2002, 2003 and 2004 financial statements. In the years ended in 31 December 2006 and 2007 the Board found improvements on the bookkeeping of the financial transactions and on the reliability of the financial statements.

21. But the Board still found the lack of a proper set of particular financial rules and regulations which could be in line with the specific nature of the School that, as a private foundation, created by the governments of some sovereign NATO nations, which agreed, based on its existence, its scope, its nature, its structure, the type of its operations, its funding and including cost share, and the national and common responsibilities.

22. During the audit of the 2007 already in November 2008, a new set of financial rules have already been approved by the Board of Governors. Some specific items related with budgetary discipline will require more particular attention, in order to specify the nature of not profit foundation and the type of business and operations involved (education). Standards Operating Procedures are expected to be approved by the Board of Governors in order to implement the new set of financial rules and regulations above mentioned.

23. The NFRs will not anymore be applicable. On a legal standpoint since 2003 the School was not anymore bound to comply NFRs. The new set of rules do not conflict with the Dutch legislation on private foundations.

The AIS never constituted a NATO body, as foreseen, in Article 1 of the NFRs. The NFRs were indirectly applicable only due to the MOA of 1986.

Being a not for profit foundation, the AIS has not to comply with the specific requirements of Dutch legislation on commercial foundations. In fact, only these types of foundations are subject to Book 2 of Dutch Code Civil which basically contains the principles of governance and management issuance, publication and certification of accounts, on the same way as off the commercial corporations.

Only these foundations have to comply with the Dutch accounting standards issued by Dutch Accounting Board, and to publish and register their accounts on the Chamber of Commerce, after being mandatory certified by Certified Public Accounts, member of the Dutch Institute of Charter Accounts.

24. The audit mandate of IBAN as agreed among the constituent parties of the foundation, and foreseen in both MOA signed by the representatives of the Nations in the Board of Governors which the AFCENT and AFNORTH Commander, and authorized by Council on the 30th April 1970, on request of the Board of Governors (*see, RDC 70/124; 20/70/172; 20/70/195*).

25. In the case of not profit foundations in The Netherlands, we are far from the legal managerial and accounting and auditing framework that exists in other countries for private foundations created by central regional or local government, or public institutions or and constituted with public assets, and funded, totally or partially with subsidies or grants transferred from public budgets, funded by private and individual donations collected among the public in general.

26. In fact in other countries like **FRANCE** all foundations (“*Fondations reconnues d’utilité publique*”) are subject to provisions of the “*Code de Commerce*” and of the “*règlement du 16 février du CRC*”) and their accounts must comply with the “*Plan Général de Comptabilité*”, with some adaptations concerned with the specific nature of the foundations and of

some of their economic and financial transactions. The contents and format of foundations accounts must be in line with the provisions of those legal instruments and accounting framework of the private sector. They are mandatory to be approved by the Board of Directors, published and certified by a CPA ("*Commissaire aux Comptes*").

26.1 The foundations that are financed and funded with subsidies granted by public subsidies and constituted with assets (*endowments*) provided by public entities (*state, local authorities*), or public executive agencies ("*établissements publics*"), also have to report to the granting of provider entities on the way how the subsidies or the public assets had been used. The purposes, conditions and ratios of the use of these public subsidies or assets are normally defined in contracts signed by the governing bodies of the foundations, when exceed a certain level of amount with the granting of provider public entities. The appropriate instrument to report the use of those public monies or assets, to the public granting or provider entities, constitutes an annex to the financial statements designated as "*compte d'emploi*".

26.2 The CPA when certifies the overall financial statements and expresses an opinion on them, also must ensure on whether the subsidies and assents provided to the foundation had been properly used for the purposes intended, and in line with the granting of providers, conditions and ratios previously defined as such in contracts (see, "*Associations, Fondations, Congrégations 2008/2009 - Memento Pratique (François Lefebvre), juridique, fiscal, social, comptable, page 2087, maxime 1121*"; see also, "*Collectivités Locales – Associations : Bien Gérer les Subventions, Information Financière, Prévention des Risques, Ordre des Experts Comptables, Club Secteur Public, Paris, 2003*").

In this context, should be mentioned as "*fondations d'utilité publique, les fondations de coopération scientifique*", created always by public entities

27. The so called commercial foundations ("*fondations d'entreprise*") are also subject to some different provisions. In any case, their accounts should be published and certified by a CPA ("*Commissaire aux Comptes*").

27.1 As the commercial foundations are running economic activities, the CPA is entitled in the context of the certification of the accounts to start an alert procedure, in order to draw the attention of the Board of Directors on any event that may compromise the continuity of the activity of the foundation, asking to appropriate measures by taken, and to attend the meeting where the issues are discussed. If not appropriate measures will not be taken, the CPA may draw the attention of the public authority concerned (*idem, ibidem page 1138*). The commercial foundations may also be funded with public subsidies and provided whatever the nature of the foundation will be. They can also be funded and financed with individual donations collected among the public in general (“*Organismes faisant appel à la générosité publique*”).

28. Either when funded with public subsidies and provided with public assets, or funded with individual donations collected among the public, the foundations may be subject to the audit mandate and jurisdiction of the Chamber French “*Cour des Comptes*” or of the “*Chambres Régionales*” (*article 111.7 & 111.8 du Code des Juridictions Financières*, concerning the first to the “*Contrôle des organismes faisant appel à la générosité publique*” and the second to the “*Court des organismes privés bénéficiaires de concours financiers publics*”) (see also Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan et Jean-Pierre Lassale, *Finances Publiques*, 9ème édition, L.G.D.J. Paris, 2008, page 521, Stéphane Damary “*Finances Publiques*, 2ème édition, Gualino, Paris 2008”).

29. Besides these general provisions of the “*Code des Juridictions Financières*”, there are some specific provisions of the same Code that subject on a permanent basis the “*Fondation du Patrimoine*” and the “*Fondation pour les Etudes Comparatives*” to the audit mandate and jurisdiction of the Cour des Comptes (see, Mathilde Conan, Alain Dovel, Bernard Poujade et Jean- Philippe Vachia, *Code des Juridictions Financières*, 2ème édition, Editions “*Le Moniteur*”, page 57, 63, 69 et 71).

30. See also the following reports issued by the French Cour des Comptes: “*Rapport d’observations définitives de la Cour des Comptes sur la qualité de l’information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique – Octobre 2007 ; Rapport d’observations définitives de la Cour des Comptes sur les comptes*

d'emploi pour 2002 à 2004 des ressources collectées auprès du public par la Fondation Aide à Toute Détresse (ATD chapitre Monde) – septembre 2006 ; Rapport d'observations définitives de la Cour des Comptes sur les comptes d'emploi 1999 à 2003 des ressources collectées auprès du public par la Fondation Abbé Pierre pour le logement des défavorisés ; Rapport d'observations de la Cour des Comptes sur les comptes d'emploi pour 1994 à 1998 des ressources collectées auprès du public par la Fondation de France – Juillet 2002.”

31. In spite of this legal, financial and accounting, and auditing framework, the private foundations in France, even when totally funded by public budgets are not subject to the budget discipline of the public sector, neither their budget are part of the state local or executive agencies budgets (*see, François, Adam, Olivier Fenaud, Rémy Rious Finances Publiques 2ème édition revue et mis à jour, Dalloz, Paris, 2007, page 257*)

32. The situation is rather different in Spain and in Portugal.

33. In *Spain*, it is important to be distinguished between private and public foundations (*public sector foundations*). There is very wide and complete range of rules regulations on foundations. Those enacted by the national parliament (*Las Cortes*) and those adopted by the parliament of the regional autonomous communities (*Navarra, Cataluña, Galicia, Canarias, Pais Vasco, Madrid, Castilla y Hion, Asturias, Comunidade Valenciana and Baleares*).

34. The foundations in Spain constitute in general terms legal entities with juridical personality. They are independent and mainly subject to private law. The foundations of the public sector are also considered as legal entities created under private law but are also subject to specific requirements very close to financial budgetary discipline and accounting framework of the public sector (*see, Ley 50/2002, 26 de diciembre, de Fundaciones*).

35. The foundations may be created by either individuals, inter vivos or mortis causa, or by legal private or public entities (*article 8th.1 & 4*). The private foundations are allowed to run commercial or economic activities,

including the involvement in the management and in the capital shares of commercial or civil corporations (*On the foundations in Spain, see, Maria Eugenia, Serrano Chamorro, Las Fundaciones: Dotation y Patrimonio 2º edicion, Thomson Civitas, Madrid, 2003*).

36. The accounting, the finance and the auditing of the private foundations are subject to very detailed and demanding requirements. The structure, the contents and the format of the accounts of the foundations are subject to specific requirements foreseen in article 25th of Ley das Fundaciones. In the case of commercial foundations, they have also to comply with the requirements foreseen in the law for commercial corporations (*Codigo de Comercio*) including the need to consolidate their accounts when has dominant position in the capital of commercial corporations (*article 25th de la Ley de Fundaciones*).

37. In certain cases, when the assets and the turnover will not exceed 150.000 euros, the foundations are allowed to adopt simplified accounting framework, including the financial reporting and accounts, on the same way as foreseen in the law for commercial corporations (*Codigo de Comercio*) when the assets and turnover of the foundations will exceed 2.400.000 euros and their staff will exceed 50 people, their accounts are mandatory and subject to external audit, to be certified by a CPA. The external audit of the accounts of the private foundations shall comply with the requirements foreseen in the Ley 19/1988, de 12 Julio, de Auditoria de Cuentas, which covers the audit of all entities of private sector, including civil and commercial corporations, private associations and private foundations.

38. The accounts of not profit private foundations must comply with “*Plan General de Contabilidad*” approved by the Real Decreto 1514/2007 de 16 Noviembre, and the adapted accounting framework for not profit entities, approved by Real Decreto 776/1998, 30 de Abril (*por el qui se a prueban las normas de informacion pressusteria de estas entidades*).

39. The accounts of commercial foundations must comply with “*Plan General de Contabilidad*” approved by the Real Decreto 1514/2007, de 16 Noviembre, with the adaptation introduced by the Real Decreto

776/1998 de 30 Abril, above mentioned and with article 23rd, apartado de la Ley 30/1994, and article 42nd of Code de Comercio and article 25th apartado 9 de la Ley 50/2002 de 26 Diciembre, de Fundaciones, specially when they have consolidated their accounts with accounts of the commercial corporations where they have a dominant position in their capital.

40. The foundations of public sector are subject to the most part of the provisions of **Ley 50/2002, de 26 Diciembre, de Fundaciones**. In any cases, there are some particular provisions in the chapter XI (articles 44th to 46th) related with the foundations of public sector. To be considered as a foundation of public sector, should a foundation be constituted with a majority of endowments that constitutes its initial assets, provided by public entities included in state public administration, including autonomous executive agencies and state own companies or whether the total permanent assets are provided in more than 50% by the above mentioned entities of public sector (article 45th Ley das Fundaciones).

41. The foundations of public sector are subject to the following restrictions: a) they can not have prerogatives of public authority; b) they are allowed to pursuit activities that are within the scope of jurisdiction's scope of the public entities that decided to create and establish the foundation.

42. In terms of finance, budgeting, accounting and auditing, the foundations of the public sector are part of the state budget and subject to the discipline of Chapter V of Ley 47/2003, de 26 Diciembre, "**General Presupuestaria**" (see, **Juan Martin Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Jose M. Tejerizo López, Cabriel Casado Ollero Gabriel, "Curso de Derecho Financiero y Tributario", 18° edicion, y puesta al dia, Madrid, 2007, page 802; Miguel Angel Martinez Lago, Leonardo Garcia de la Mora, "Leciones de Derecho Financiero y Tributario", cuarta edicion, 2007, Madrid, page 191; Luis Maria Carola Prieto, "Derecho Financiero y Tributario, Parte General", 8° edicion, 2007, Madrid, page 194; Alejandro Menéndez Moreno, "Derecho Financiero y Tributario", "Lecciones de Catedra" 7° Edicion, 2007, Madrid, page 451; e Leopoldo Conz alo y Gonzales, "El Sector Publico en Estanba", 3° edicion, actualizada, Madrid 2005, page 72**). Their accounts must comply with the "**Plan General de Contabilidade**", adapted to not profit entities (**articles 121st, Ley 47/2003 de 26 de Noviembre e Real Decreto 776/1998, de 30 de Abril, por el que**

prueban las normas de adaptation des Plan General de Contabilidade a las entidades sin fin lucrativos y las normas de informacion Presupuestaria de estas entidades).

43. The accounts of the foundations of “**Public Sector**” of the public sector are audited by the “**Intervencion General de la Administracion del Estado**” (*article 46th apartado 3 de la Ley 50/2002 de 26 de Diciembre, de Fundaciones e articles 159th, apartado 1 infine, 163 apartado 164, 167 apartado 3, de la Ley 19/1988, de 12 Julio de Auditoria de Cuentas. See, Fundaciones Estatales Informe economic-financiero, 1999; idem; 2000; idem; ibidem; 2001; idem; 2002; idem; ibidem; 2003; idem; ibidem; 2004; idem; ibidem; 2005; idem; ibidem; 2006; El Sector Empresarial y Fundacional Composicion y Estrutura 2003; idem; ibidem; 2004; idem; ibidem; 2005; idem; ibidem; 2006).*

44. The foundations of the public sector are subject also to the audit mandate and jurisdiction of the Tribunal de Cuentas (*article 2nd alinea b*), articles 4th, 9th, 13th de la Ley Organica 2/1982 de 12 Mayo; Tribunal de Cuentas, articles 38th, 39th, 40th, 41st, 42nd, 43rd of the Ley 7/1988 de 5 de Abril, Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (*see, Informe de la Fiscalizacion Internacional y para Ibero America de Administracion e Politicas Publicas; Ejercicio 2003; Informe de la Fiscalizacion de la Fundacion de la Formacion en las zonas Mineras Del Carbon, Ejercicio 2002 and Informe de Fiscalizacion de la Biodiversidade ejercicio 2003*)

45. In **Portugal**, the private foundations are subject to the provisions of the Code Civil. Their accounts must comply with the requirements of the Charter of Accounts of Private Sector (“**Plano Oficial de Contabilidade**”) and shall be published and audited by CPA hired as external auditors, by their governing bodies.

46. When the private foundations are endowed and funded on a regular basis with public subsidies and assets granted by the state, regions, local authorities, its central government and executive agencies, they are subject to the audit mandate and jurisdiction of the Court of Accounts (**Tribunal de Contas**) on the extend of subsidies and assets endowed and granted (*articles 2nd, 3rd and article 5th, alinea c), d) da Lei n° 98/97 de 26 de Agos-*

to, as amended by the Lei n° 48/97 de 29 de Agosto). (See, the following Portuguese Court of Accounts audit reports: Relatório de Auditoria n° 22/01; 2° Secção Proc N° 5/01; Audit - Acção de Controlo Financeiro sobre a Fundação da Prevenção Rodoviária and Relatório de Auditoria n° 28/02, 2° Secção, Processo n° 05/01 Audit; idem; ibidem; 2° Fase).

47. Their accounts, when funded in more than 50% of their income, should comply with the Charter of Accounts for Public Sector (*Plano de Oficial de Contabilidade Pública, POC/P, approved by Decreto-Lei 232/97, de 3 Setembro, and the sectorial Charter of Accounts for Public Sector, in the field of Education (approved by the Portaria n° 794/2000, de 20 Setembro) in the field of Health (approved by the Portaria n° 898/2000, de 28 de Setembro), and in the field of Social Security (approved by Decreto – Lei n° 12/2002 de 25 Janeiro)*).

48. The accounts of the private foundations endowed and funded on regular basis with public subsidies and public assets granted by local authorities must comply with the Charter of Accounts for Private Sector (Plano Oficial de Contabilidade) and not to the Charter of Accounts for Local Authorities (Plano Oficial de Contabilidade das Autagrias, POCAL, approved by Decreto -Lei n° (*see, Instruções 1/2004, Tribunal de Contas*)).

49. In any case, these accounts of private foundations funded in more than 50% their income with public subsidies granted by public entities or revenues generated by public assets endowed by public entities should be subject to the audit to the Court of Accounts (*Tribunal de Contas, article 51st, alínea 1 of the Lei n° 98/97 de 26 de Agosto, as amended, by the Lei n° 48/07, de 2 9 Setembro*)).

These foundations are not included in the state budget, in the regional budgets and in the budget of local authorities (*antigo 2nd e 3rd da Lei do Enquadramento do Orçamento do Estado, Lei n° 91/2001 de 20 de Agosto , as amended by the Lei Orgânica 2/2002, de 28 de Agosto, pela Lei n° 23/20 03, de 2 de Jullio, e pela Lei 48/2004, de 26 de Agosto ; artigo 3rd n°1 da Lei do Enquadramento do Orcamento de Região Autónoma da Madeira*) Therefore their budgets are not subject state , regional or local authorities budgetary discipline (*see, Guilherme d'Oliveira Martins, Guilherme, Waldemar D'Oliveira Martins, e Maria d' Oliveira Martins, “A*

Lei de Enquadramento, Orçamental, Anotada e Comentada”, Coimbra, 2007 Almedina, pag 32; see also, Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição de República Portuguesa, Anotada”, Coimbra Editora, Seguintes 2007, Volume I, pag 1103, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo II, with Eduardo Paz Ferreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada” pag 297, seguintes; and Paulo Otero e Rui Guerra da Fonseca, “Comentário à Constituição da República Portuguesa”, II Volume, Almedina, 2008, pag 923 e seguintes). In the absence of similar provisions regarding the foundations funded with subsidies from the Regional Budget of Azores and from the budget of local authorities, similar interpretation is followed by the Court of Accounts (*see, Instruções n° 1/2004 do Tribunal de Contas*). In these cases the format and content of the financial statements of those private foundations do not have to include the statement of the budget execution, because these foundations must not comply by law with such a budgetary discipline, specific of the state, regions and local authorities but must identify all the revenues and assets providing from subsidies granted or endowed by public entities and the use done of them.

50. All these private foundations created and established by public entities are subject to the provisions of the Code Civil, but its existence to be valid requires a specific permit contained in a general rule (*article 3rd of the Lei Quadro dos Institutos Publicos Lei n° 3/2004, de 15 de Janeiro*) ; (*see on these foundations on private law the follow important legal advices, issued by the Conselho Consultivo da Procuradoria Geral de República : Parecer n° 22001, publicado no DR, II Série n° 248 de 10 de Junho e Parecer n° 6112, publicado no DR, II Série de 6 de Março de 2001*).

51. Aside the private foundations created and funded by public entities, endowed with public assets and funded with subsidies, it is also foreseen the existence of public foundations subject to a public law discipline, and not subject to the Code 50 Civil (*see, Vital Moreira e Rodrigo Esteves de Oliveira Relatório do Grupo de Trabalho Para os Institutos Publicos – Relatório e Proposta de Lei Quadro*).

52. These public foundations are considered as executive agencies of the central and regional governments, with a large level of autonomy. But they are part of state and regional budgets, and subject to the financial, budgeta-

ry, discipline, treasury management and accounting framework of the public sector. Their accounts must comply with the relevant financial regulations as “*Lei de Enquadramento Orçamental, Lei de Organização e Funcionamento Tribunal de Contas, Instruções do Tribunal de Contas n° 2/2004* ” (article 39th da *Lei Quadro dos Institutos Públicos, Lei n° 3/2004*). Their accounts must be rendered to, and to be audited by the Court of Accounts (*Tribunal de Contas*); (*Idem, ibidem*).

53. Their format and content of financial statements of these public foundations are foreseen in the different Charter of Accounts for Public Sectors on an accrual basis (*POC/P, POC/E, POCMS and PCISSSS and in the Instruções n° 1/2004 – and n° 2/2004 of Tribunal de Contas*). Their accounts must also include a statement of budget execution, in the same terms of all autonomous bodies included in the state and regional budgets.

54. These public foundations are basically subject to a public law discipline. And its permanent staff is subject to the provisions of labour code as adapted for the public sector.

It is possible therefore to distinguish between public foundations on private law and public foundations on public law. The public foundations on private law are not part of the local regional and state budgets and are not subject to the budgetary discipline of the public sector. The public foundations on public law, are part of state budget and subject to budgetary discipline of public sector.

55. The public universities in Portugal may also adopt the statutes of public foundations with the authorisation of the government. In any case, they are mainly subject to private law including financial and managerial terms, and subject to specific restrictions in order to comply with public interest (*article 134th, Lei n° 2/2007 de 10 de Setembro, Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior*).

These new model of public university foundations are still very recent and they still do not exist as foreseen in the law. Only when the new statutes will be approved by the Central Government, they will be possible to assess in deep the legal, financial, managerial, budgetary and accounting framework.

56. In any case, they will be subject to the audit mandate and jurisdiction of the Court of Accounts and their accounts must comply with the Charter of Accounts for Public Sector in the field of Education (*POC/E*). And their accounts should be also consolidated with the accounts of all departments and facilities of the concerned universities. The funding by state should be foreseen in annual year programming contracts with the length non inferior to 3 years. Their budgets will not be part of the state budget, and will not be subject to budgetary discipline of the public sector.

CONCLUSIONS

- I. The AFNORTH International School (*AIS*) is a private foundation created by governments of Canada, Germany, The United States of America and The United Kingdom under the Dutch Code Civil.
- II. In accordance with the relevant Dutch legislation applicable, only the commercial foundations that are running commercial activities must publish their accounts, and register them in the Chamber of Commerce. And only the accounts of commercial foundations must comply with same provisions as off the commercial corporations, regarding the corporate governance, accounting principles issued by the Dutch Accounting Board, auditing by an external auditor hired from the members of the Dutch Institut of Chartered Accounts, and Dutch Corporate Tax Code.
- III. The AIS is considered as a non profit entity and is not subject to the provisions mentioned in paragraph II.
- IV. Initially, the AIS was subject to the provisions of the NFRs and to the audit mandate of IBAN, on a voluntary basis.
- V. Since 2003, the AIS is not anymore legally bound to NFRs.
- VI. As private foundation the AIS has autonomy to approve its own financial rules and regulations and relevant accounting principles.
- VII. In the absence of a proper private set of financial rules and regulations, IBAN used the NFRs as audit criteria against which audit the AIS accounts.

- VIII. The audit mandate of IBAN does not conflict with the provisions of Dutch legislation on private foundations, even funded with subsidies granted by the governments of sovereign Nations.
- IX. Private foundations created and funded by public entities and public budget may be or not subject to the budgetary discipline of public sector, mainly of the state budget.
- X. Private foundations created and funded by public entities and public budget may be subject to:
- a) the audit of external auditor hired from public firms of auditing;
 - b) the audit of internal auditors of central governments;
 - c) the audit mandate of supreme audit institutions of public sector, as the Court of Accounts, or the General Controller Offices.
- XI. In 2008, the Board of Governors of AIS, as result of several recommendations formulated by IBAN, adopted a new set of financial rules and regulations.
- XII. There is not any legal reason that will impede IBAN to audit the AIS accounts.
- XIII. If IBAN will decide to continue to audit the AIS accounts in the context of the current audit arrangement authorized by the Council, it should use the INTOSAI and IFAC auditing standards, and should use as audit criteria with effect to 2008 the new set of financial rules and regulations approved by the Board of Governors, and all regulatory framework connected to not profit foundations in the Netherlands in general and to the AIS in special. The legal basis to continue doing this audit is the article 1st of the IBAN's Charter, as amended in 1998.

XIV. Other options can be considered :

- The AIS to be audited by a national internal or external auditor of the public sector of the participating Nations, on a rotation basis;
- The AIS to be audited by a public firm of auditing and being the cost beared by the AIS;
- The AIS to be audited by IBAN, only in a reimbursable basis, in accordance with the decision that will be taken by NAC on the advice of AHGFC, on this matter; on the same way as will be decided the reimbursement with the costs of the audit of the multinational entities. The legal basis to do the audit will be the article 1st of the IBAN's charter.

XV. If IBAN will continue to audit the AIS accounts, it should do it at least on an annual basis, until the audit of the financial statements ended by the 31st July 2010. The reason is to ensure the follow up of the implementation of the new set of financial rules and regulations approved by the Board of Governors including the new standards operational procedures, that are expected to be approved meanwhile. For the subsequent, financial statements would be advisable to adopt the cyclic approach used by IBAN for the other multinational entities.

Brussels, 20 January 2009

Ernesto da Cunha

Board Member

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 2009 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

(IN) VALIDADE DE UMA DELIBERAÇÃO DO EXECUTIVO CAMARÁRIO, QUE DECIDE A ASSUNÇÃO DO PASSIVO DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS, DETIDA EM 50% PELO RESPECTIVO MUNICÍPIO	
Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL	232
ACOLHIMENTO DE RECOMENDAÇÕES	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
ACORDO DE COOPERAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
ACORDO QUADRO	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
AGÊNCIA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
AJUSTE DIRECTO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
Decisão nº 002/2009 - SRA	257
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
Acórdão nº 096/2009 - 1ª S/SS	213
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
ALVARÁ	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240

ANULABILIDADE	
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
ANÚNCIO DE RESULTADOS	
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
APRECIACÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 096/2009 - 1ª S/SS	213
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
AQUISIÇÃO DE BENS	
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
ARTIGO 131.º, N.º 1 DO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
ATENUAÇÃO DA PENA	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
AUDIÊNCIA PRÉVIA	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
AUDITORIA FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS	245
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
AUDITORIA HORIZONTAL	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
AUDITORIA INTEGRADA	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
AUDITORIA OPERACIONAL	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
AUDITORIA ORIENTADA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA	258
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
AUTORIZAÇÃO DE DESPESA ILEGAL	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
AUTORIZAÇÃO DE PAGAMENTO	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
AVALIAÇÃO DA CULPA	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261

AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
AVALIAÇÃO DOS CONCORRENTES	
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
BALANÇO E DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADOS	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
BEM IMÓVEL	
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
BOAS PRÁTICAS	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
CABIMENTO ORÇAMENTAL	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
CADASTRO E INVENTÁRIO DOS BENS DO ESTADO	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS	245
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
CAPACIDADE DE ENDIVIDAMENTO	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
CAPACIDADE TÉCNICA	
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
CESSÃO DE CRÉDITOS	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
COBRANÇA DE RECEITAS	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
CONCEITO INDETERMINADO	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
CONCURSO INTERNACIONAL	
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
CONCURSO PÚBLICO	
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214

Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA INEXISTÊNCIA DOS ESTUDOS TÉCNICOS A QUE SE REPORTA O ART.º 9.º DA LEI N.º 53-F/2006, DE 29 DE DEZEMBRO	
Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL	232
CONSIGNAÇÃO DA OBRA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
CONSÓRCIO	
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
CONTA DE GERÊNCIA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS	245
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
CONTABILIDADE ANALÍTICA	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
CONTRATAÇÃO <i>IN HOUSE</i>	
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
CONTRATAÇÃO PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA	258
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
CONTRATO COM ENTIDADE FINANCEIRA COM A FINALIDADE DE CONSOLIDAR DÍVIDA DE CURTO PRAZO (ART.º 38.º, N.º 12 DA LFL)	
Acórdão nº 001/2009 - 1ª S/PL	220
CONTRATO DE CONCESSÃO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	
Decisão nº 002/2009 - SRA	257
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO	
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO A LONGO PRAZO	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO A MÉDIO PRAZO	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
CONTRATO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238

CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
CONTRATO DE TRABALHO A TERMO CERTO	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
CONTRATO PROGRAMA	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA	
Decisão nº 002/2009 - SRA	257
CONTROLO ANÁLOGO	
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
CONTROLO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
CONVITE PARA A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
CULPA	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
CUSTO CONTROLADO	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
CUSTO-BENEFÍCIO	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
CUSTOS CONTROLADOS	
Decisão nº 002/2009 - SRA	257
DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
DEMONSTRAÇÃO FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
DEPÓSITO BANCÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
DESPESA PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA	258
DESPESAS DE FUNCIONAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
DESVIOS FINANCEIROS	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
DIFERENCIAL DE INTEGRAÇÃO	

Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I.....	251
DIRECTOR CLÍNICO	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I.....	251
DISPENSA DA PENA	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
DÍVIDA A FORNECEDORES	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
DOCUMENTOS	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
DOLO	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
DOTAÇÃO ORÇAMENTAL	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
ECONOMIA, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
ELEMENTO ESSENCIAL	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
Acórdão nº 106/2009— 1ª S/SS	214
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
EMPOLAMENTO DE PREÇOS	
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
EMPREITADA POR SÉRIE DE PREÇOS	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM.....	262
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL	
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL	232
EMPRÉSTIMO PARA REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO DO MUNICÍPIO	
Acórdão nº 001/2009 - 1ª S/PL	220
ENCARGO FINANCEIRO	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
ENCARGO PLURIANUAL	

Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
ENCARGOS ADICIONAIS	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
ENDIVIDAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
ENTIDADE COMPRADORA VOLUNTÁRIA	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
ESCLARECIMENTO SUPLEMENTAR	
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211
ESTUDOS E PROJECTOS	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
EXECUÇÃO ORÇAMENTAL	
Relatório de Acompanhamento nº 002/2009 - 2ª S/SS	247
FACTURAÇÃO	
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
FALTA DE ELEMENTO EM MAPAS-RESUMO DE QUANTIDADES DE TRABALHO E EM LISTA DE PREÇOS UNITÁRIOS	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
FASES DA REALIZAÇÃO DA DESPESA	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
FINANÇAS LOCAIS	
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
FINANCIAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL	247
FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
FISCALIZAÇÃO PRÉVIA	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
FORMA DOS ACTOS	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
FORMALIDADE ESSENCIAL	
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
FORMALIDADE NÃO ESSENCIAL	
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	
Acórdão 063/2009 - 1ª S/SS	211
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210

FUNDAMENTAÇÃO	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
FUNDO DE MANEIO	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
GESTÃO CORRENTE	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
HABILITAÇÃO A CONCURSO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
HABITAÇÃO SOCIAL	
Decisão nº 002/2009 - SRA	257
HORAS EXTRAORDINÁRIAS	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
HOSPITAL CIVIL	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
HOSPITAL MILITAR	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
IMPUTAÇÃO SUBJECTIVA DA RESPONSABILIDADE	
Sentença nº 002/2009 - SRM	261
INFORMAÇÃO DE CABIMENTO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
INTERNAMENTO HOSPITALAR	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
INVESTIMENTO MUNICIPAL	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
LIMITE DE ENDIVIDAMENTO	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
LISTA DE PREÇOS UNITÁRIOS	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
MAPAS-RESUMO DE QUANTIDADES DE TRABALHOS	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
MARCAS E PATENTES	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
MEDIÇÃO DOS TRABALHOS	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
MINUTA	
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
MINUTA DE ESCRITURA PÚBLICA	

Decisão nº 002/2009 - SRA.....	257
MODELO	
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
MODELO DE AVALIAÇÃO	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
NÃO PUBLICAÇÃO DO ANÚNCIO DO PROCEDIMENTO NO JOUE	
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
NEGLIGÊNCIA	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
NOTAS JUSTIFICATIVAS DE PREÇOS	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
NULIDADE	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
Decisão nº 002/2009 - SRA.....	257
NULIDADE DA SENTENÇA	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
OBJECTO DO CONTRATO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
OBRAS PÚBLICAS	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL.....	247
OMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO	
Decisão nº 002/2009 - SRA.....	257
OMISSÃO DE PRONÚNCIA	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
ORDEM ESCRITA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
ORIENTAÇÃO ESTRATÉGICA	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL.....	247
PARCERIA PÚBLICO PRIVADA	
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
PATRIMÓNIO HABITACIONAL SOCIAL	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA.....	258

PERMUTA DE BENS	
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PARA A EDUCAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
PODER DISCRICIONÁRIO	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
PRAZO	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
PRAZOS DE EXECUÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA	258
PREÇO ANORMALMENTE BAIXO	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
PREÇO DE FORNECIMENTO DOS DOCUMENTOS DO CONCURSO	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
PREÇOS	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
PREJUÍZO PARA O ERÁRIO PÚBLICO	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
PRESTAÇÃO DE CONTAS	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
Acórdão nº 096/2009 - 1ª S/SS	213
PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DAS REGRAS CONCURSAIS	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
PRINCÍPIO DA IGUALDADE	
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
Acórdão nº 096/2009 - 1ª S/SS	213
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	

Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211
PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOUREARIA	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS	
Acórdão nº 001/2009 - 1ª S/PL	220
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA DECISÃO DE CRIAÇÃO DE EMPRESAS MUNICIPAIS	
Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL	232
PROCEDIMENTO COM CONSULTA PRÉVIA	
Acórdão 024/2009 - 1ª S/PL	234
PROCEDIMENTO CONTRADITÓRIO ESPECÍFICO EM CASO DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
PROCESSO DE CONCURSO	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
PROGRAMA DE FINANCIAMENTO PARA ACESSO À HABITAÇÃO (PROHABITA)	
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
PROIBIÇÃO DE ADJUDICAÇÃO POR PREÇOS ANORMALMENTE BAIXOS	
Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL	222
PUBLICIDADE DE CONCURSO	
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
RECEITA PÚBLICA	
Relatório de Acompanhamento nº 002/2009 - 2ª S/SS	247
RECEPÇÃO PROVISÓRIA DA OBRA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
RECOMENDAÇÃO ANTERIOR	
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211
RECOMENDAÇÕES	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
RECONCILIAÇÃO BANCÁRIA	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL	245
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
RECUPERAÇÃO DE VERBAS INDEVIDAMENTE PAGAS	

Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS	245
RECUSA DE VISTO	
Acórdão nº 001/2009 - PG	203
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 019/2009 - 1ª S/PL	230
Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL	236
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
Acórdão nº 096/2009 - 1ª S/SS	213
Acórdão nº 106/2009 - 1ª S/SS	214
Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
RECUSA DE VISTO POR NULIDADE RESULTANTE DE FALTA DE ELEMENTO ESSENCIAL	
Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL	231
REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
REGIME DO SECTOR EMPRESARIAL LOCAL (LEI N.º 53- F/2006, DE 29 DE DEZEMBRO)	
Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL	232
REGISTO CONTABILISTICO	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
REGISTO INFORMÁTICO	
Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS	246
REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
RELATÓRIO	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO	
Relatório de Acompanhamento nº 002/2009 - 2ª S/SS	247
RELATÓRIO DE ANÁLISE DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
RELEVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
REMUNERAÇÃO	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
RESPONSABILIDADE FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262

Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA.....	258
RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA	
Acórdão nº 001/2009 - 3ª S/PL	252
RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/SS	207
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
Acórdão nº 036/2009 - 1ª S/SS	208
Acórdão nº 113/2009 - 1ª S/SS	217
Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS	219
RESULTADOS OPERACIONAIS	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
RETROACTIVIDADE	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
SERVIÇOS DE HOTELARIA	
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
SISTEMA DE CONTROLO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL.....	245
SISTEMA DE INFORMAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL.....	247
SISTEMA DE INFORMAÇÃO CONTABILÍSTICA	
Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS	245
SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 028/2009 - 1ª S/PL	238
SOCIEDADE ANÓNIMA	
Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL	225
SUPLEMENTO	
Sentença nº 001/2009 - 3ª S/1ª I	251
SUSPENSÃO DOS TRABALHOS	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
TESOURARIA DO ESTADO	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS	245
TRABALHOS A MAIS	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA.....	258
TRABALHOS A MENOS	
Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM	262
TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE	
Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS	246
TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE	

Acórdão nº 111/2009 - 1ª S/SS	216
UTILIZAÇÃO NA MEDIDA ESTRITAMENTE NECESSÁRIA	
Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL	234
VÍCIO DE FORMA	
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
VIOLAÇÃO DA LEI	
Acórdão nº 075/2009 - 1ª S/SS	212
VISTO COM RECOMENDAÇÕES	
Acórdão nº 026/2009 - 1ª S/PL	237
Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL	240
Acórdão nº 051/2009 - 1ª S/SS	210
Acórdão nº 063/2009 - 1ª S/SS	211

PLENÁRIO GERAL

Sumário:

1. A 1.ª Secção do Tribunal de Contas, à qual compete o exercício da fiscalização prévia tem a possibilidade e o dever legal expresso de verificar a observância dos limites ao endividamento municipal.
2. A contracção pelos Municípios de empréstimos a médio e longo prazo para aplicação em investimentos pressupõe a demonstração de que os mesmos têm capacidade de endividamento para o efeito, como resulta do disposto no n.º 6 do artigo 38.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 14/2007, publicada no D.R. de 15 de Fevereiro de 2007, e alterada pelas Leis n.ºs 22-A/2007, de 29 de Junho, e 67-A/2007, de 31 de Dezembro;
3. A referida capacidade de endividamento é calculada com base nos critérios estabelecidos nos artigos 36.º, 37.º, n.º 1, e 39.º, n.º 2, da mesma Lei, com referência à data da contracção dos empréstimos.
4. A falta de demonstração dessa capacidade de endividamento constitui fundamento de recusa de visto aos contratos, nos termos da al. b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

CAPACIDADE DE ENDIVIDAMENTO / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO A LONGO PRAZO / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO A MÉDIO PRAZO / ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL / INVESTIMENTO MUNICIPAL / LIMITE DE ENDIVIDAMENTO / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

1ª SECÇÃO

CONTROLO PRÉVIO

Sumário:

1. Os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos de obras públicas devem reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as disposições do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 daquele preceito legal ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.
2. A aplicação dos valores constantes da Tabela das Taxas pela Concessão de Licenças e Prestação de Serviços Municipais no cálculo do custo do processo de concurso, sem demonstração de que os mesmos correspondem ao seu preço de custo, viola o disposto no art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que estabelece que os interessados podem solicitar que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a preços de custo, cópias devidamente autenticadas das peças processuais.
3. Em caso de atraso na aprovação do Orçamento, manter-se-á em execução o Orçamento em vigor no ano anterior, com as modificações que, entretanto, lhe tenham sido introduzidas até 31 de Dezembro. Durante o período transitório, os documentos previsionais podem ser objecto de modificações (cfr. ponto 3 e 5 do ponto 2.3. do POCAL).
4. Na presente empreitada, não basta a informação de cabimento dada com base nos valores do Orçamento de 2008. Impõe-se durante o período transitório, se for necessário, introduzir as modificações legalmente permitidas no orçamento prorrogado, e “recabimentar” a despesa pelos novos valores que, no caso, face à data da consignação e ao prazo de execução da empreitada terão de ser diferentes (cfr. al. d) do n.º 2.3.4.2 e n.º 2.6.1 do POCAL).
5. A violação do disposto no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, é susceptível de restringir, real ou poten-

cialmente, o universo dos concorrentes e, consequentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto.

6. Por outro lado, não estando demonstrado que se tenha cumprido o disposto na al. d) do n.º 2.3.4.2 e no n.º 2.6.1 do POCAL, verifica-se, igualmente, fundamento de recusa de visto nos termos da previsão da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
ALVARÁ / DOCUMENTOS / HABILITAÇÃO A CONCURSO /
INFORMAÇÃO DE CABIMENTO / PREÇOS / PROCESSO DE CON-
CURSO / RECUSA DE VISTO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão n.º 036/2009 - 1ª S/SS

Processo n.º: 1482/2008

1ª Secção em Subsecção – 18/02/2009

Sumário:

1. Os procedimentos concursais conducentes a aquisição de bens móveis por parte dos municípios, de valor igual ou superior a €124.699,00, carecem de ser publicitados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), sob pena de violação dos arts. 190.º, al. b), 194.º, n.º 1, 80.º, n.º 1 e 87.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
2. A *ratio legis* que preside à obrigatoriedade de publicitar um determinado concurso no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) é a de dar a possibilidade do seu conhecimento às empresas nacionais e comunitárias, efectivando-se, por esta via, a igualdade de oportunidades entre todos os operadores económicos do espaço comunitário.

3. A não publicitação do concurso no JOUE é uma ilegalidade grave, por violar o núcleo essencial do princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da igualdade.
4. A definição dos subfactores que integram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação qualitativa, após o prazo estabelecido para a entrega das propostas por parte dos concorrentes, viola o disposto no art.º 94.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
5. A definição dos subfactores que integram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação quantitativa, após o prazo de entrega das propostas, mais não é do que uma “fraude” ao princípio da concorrência e à confiança dos interessados nas regras postas pela Administração a concurso, consubstanciando-se numa violação do princípio da estabilidade das regras concursais, que é um dos corolários do princípio da concorrência.
6. Trata-se, por isso, de uma ilegalidade grave, por violar o núcleo essencial dos princípios da transparência e da imparcialidade, violando também o princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da estabilidade das regras concursais.
7. As ilegalidades supra mencionadas, pelas razões supra descritas, são fortemente susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato, constituindo, por isso, fundamento de recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei 98/97, de 26 Agosto.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / CRITÉRIO DE ADJUDICA-
ÇÃO / PRAZO / PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DAS REGRAS
CONCURSAIS / PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE / PRINCÍPIO DA
CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE / PRINCÍPIO DA
TRANSPARÊNCIA / PUBLICIDADE DE CONCURSO / RECUSA DE
VISTO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: Helena Ferreira Lopes

Sumário:

1. A apreciação e hierarquização dos projectos ou planos apresentados pelos concorrentes, bem como o relatório em que se propõe o resultado do concurso, devem conter a respectiva fundamentação, nos termos dos artigos 173.º, n.º 3 e 176.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e 125.º do Código do Procedimento Administrativo.
2. A falta ou a insuficiente fundamentação da valoração e hierarquização dos projectos contidos nas propostas apresentadas ao concurso consubstancia um acto eivado do vício de forma, por falta de fundamentação, anulável, nos termos do art.º 135.º do Código do Procedimento Administrativo.
3. A ocorrência de uma ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato constitui fundamento de recusa de visto, de acordo com o disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
4. Não estando adquirida a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato e não tendo a entidade adjudicante sido objecto de quaisquer recomendações quanto à violação dos normativos mencionados, mostra-se justificado o uso da faculdade prevista no art.º 44.º, n.º 4 da LOPTC.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
ANULABILIDADE / APRECIACÃO DAS PROPOSTAS / CONTRATO
DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / FUNDAMENTAÇÃO LEGAL /
VÍCIO DE FORMA / VISTO COM RECOMENDAÇÕES

Conselheiro Relator: António Santos Soares

Sumário:

1. A comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório fundamentado sobre o mérito das propostas, ordenando-as para efeitos de adjudicação, de acordo com o critério de adjudicação e com os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação fixados no programa de concurso (cfr. art.º 100.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e arts. 124.º e 125.º do Código do Procedimento Administrativo).
2. Não contendo o relatório de análise das propostas, nos termos citados no ponto anterior, a respectiva fundamentação, que permita suportar a atribuição da valoração atribuída ao factor “Valia Técnica da Proposta”, por forma a que um destinatário normal possa perceber o percurso cognoscitivo da comissão de análise, para chegar à pontuação atribuída a tal factor, configura um acto eivado de vício de forma, por falta de fundamentação, o que acarreta a sua anulabilidade.
3. A inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, viola o disposto no art.º 65.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
4. A falta de publicitação dos esclarecimentos prestados aos concorrentes viola os requisitos de publicidade estabelecidos no art.º 81.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, destinados a preservar a transparência e o princípio da concorrência nos concursos.
5. A violação dos preceitos normativos citados é susceptível de restringir o universo dos potenciais concorrentes e, consequentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da 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.

6. Não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro do contrato, mas tendo já a entidade adjudicante sido objecto de recomendações anteriores relativas à inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, não se mostra reunido o condicionalismo que permitiria o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art. 44.º da referida Lei – concessão do visto com recomendações.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
ESCLARECIMENTO SUPLEMENTAR / FUNDAMENTAÇÃO LEGAL
/ MARCAS E PATENTES / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRIN-
CÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / PUBLICIDADE DE CONCURSO /
RELATÓRIO / RECOMENDAÇÃO ANTERIOR / VISTO COM RECO-
MENDAÇÕES

Conselheiro Relator: António Santos Soares

Acórdão n.º 075/2009 - 1ª S/SS

Processo n.º: 181/2009

1ª Secção em Subsecção – 15/04/2009

Sumário:

1. À data da abertura do concurso e das peças concursais – programa do concurso e caderno de encargos – o único sócio da sociedade adjudicatária era membro do Conselho de Administração da sociedade adjudicante;
2. Nestas circunstâncias, haverá ou “pairará” sempre a suspeita de que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos foram feitos “à medida” da sociedade adjudicatária, já que o seu único sócio por certo que terá participado na elaboração daquelas peças concursais (ou mesmo que não tivesse participado ou conhecido podia e devia ter conhecido) com vantagem sobre os demais concorrentes, podendo, por esta via, adequar aquelas peças procedimentais ao conteúdo da proposta por si a apresentar, por forma a que a obra lhe fosse adjudicada, ou lhe fosse adjudicada com um grande grau de probabilidade.

3. Ao admitir a concurso a sociedade adjudicatária, a entidade adjudicante incorreu em vício de violação de lei do art.º 58.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e ponto 8.1. do Programa do Concurso, bem como dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência (vide arts. 9.º e 10.º do Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicável “ex vi” do art.º 4.º, n.º 1 do mesmo diploma legal, e art.º 266.º, n.º 2 da CRP).
4. O vício de violação de lei mencionado, bem como a violação dos princípios supra referidos são fundamento de recusa de visto por violarem o núcleo central dos princípios da contratação pública, que são susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato (art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto).

ADJUDICAÇÃO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / RECUSA DE VISTO / VIOLAÇÃO DA LEI

Conselheiro Relator: Helena Ferreira Lopes

Acórdão n.º 096/2009 - 1ª S/SS

Processo n.º: 47/2009

1ª Secção em Subsecção – 28/04/2009

Sumário:

1. As propostas que resultem da prática de actos ou acordos susceptíveis de falsear as regras da concorrência devem ser excluídas (cfr. art.º 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
2. As empresas concorrentes que apresentam uma identidade nominal de membros nos Conselhos de Administração, devem ser consideradas, para efeitos concursais, uma única empresa.
3. Não admitindo o Programa de Concurso a apresentação de duas propostas pelo mesmo concorrente, nem a apresentação de propostas alternativas ou variantes, e considerando-se que as propostas apresentadas são propostas de uma única empresa, a entidade

adjudicante ao admiti-las violou o disposto no art.º 12.º, n.º 1 a 3 do Programa de Concurso a que se auto-vinculou e que se con-substancia num vício de violação de lei, atenta a natureza regulamentar daquela peça procedimental.

4. Violou, consequentemente, os princípios da igualdade e da concorrência, o que implica a exclusão das mesmas nos termos do art.º 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
5. As ilegalidades mencionadas, por violarem o núcleo central dos princípios da contratação pública – princípios da igualdade e da concorrência – são fundamento de recusa de visto ao contrato, por serem manifestamente susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei 98/97, de 26 Agosto.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / PRINCÍPIO DA IGUALDADE /
PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: Helena Ferreira Lopes

Acórdão n.º 106/2009 - 1ª S/SS

Processo n.º: 193/2009

1ª Secção em Subsecção – 11/05/2009

Sumário:

1. A qualificação de uma relação contratual como “*in house*” depende da verificação cumulativa de dois requisitos:
 - a) o controlo análogo, ou seja, o controlo exercido pela(s) entidade(s) adjudicante(s) sobre a entidade com a qual pretende(m) celebrar o contrato deve ser análogo àquele que a(s) entidade(s) adjudicante(s) exerce(m) sobre os seus próprios serviços;
 - b) o essencial da actividade exercida pela entidade adjudicatária é em proveito da entidade(s) adjudicante(s).

2. O facto de o capital social da “Parque Expo, SA” ser detido por entes públicos a que acrescem os poderes de orientação e intervenção na gestão concedidos ao Estado, bem como as directrizes emanadas pelo Estado no que respeita à gestão da “Parque Expo, SA”, permite concluir que o Estado exerce uma influência determinante naquela, motivo por que se tem por preenchido o requisito da existência de um controlo análogo.
3. A “Parque Expo, SA” realiza parte da sua actividade para o Estado, que a controla; no entanto, tendo em conta o volume de negócios, o seu grande envolvimento é com o sector privado, pelo que não pode dar-se como preenchido o segundo requisito – o da essencialidade da actividade ser desenvolvida em proveito da entidade adjudicante.
4. Não se encontram preenchidos os requisitos previstos no art.º 5.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, que permitiriam o recurso ao ajuste directo – com exclusão das regras gerais da contratação pública – sendo que, face ao valor dos serviços contratados, a sua adjudicação deveria ter sido precedida da realização de um concurso público, ou de um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do art.º 20.º, n.º 2, al. b) do mesmo Código.
5. A falta de concurso público, ou concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente exigíveis acarreta a nulidade do procedimento e, consequentemente, do contrato, por preterição de um elemento essencial, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 d 185.º do Código do Procedimento Administrativo, a qual constitui fundamento da recusa de 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 PÚBLICO / CONTRATAÇÃO *IN HOUSE* / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / CONTROLO ANÁLOGO / ELEMENTO ESSENCIAL / FACTURAÇÃO / NULIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Sumário:

1. A aquisição de imóveis que ainda não existem no mercado e que estão a ser, ou vão ser, construídos para responder a necessidades previamente contratualizadas, através de um compromisso assumido pelos municípios de os adquirir quando concluída a respectiva construção, deve ser reconduzida ao regime das empreitadas de obras públicas.
2. A circunstância de as obras incluídas no objecto do contrato serem realizadas por encomenda e no interesse do Município, destinando-se o produto final a ser por ele adquirido, conduz a que as mesmas, e não obstante a configuração dada ao negócio, sejam qualificáveis como empreitadas de obras públicas e, portanto, sujeitas ao respectivo regime procedimental. Assim, face ao seu valor, deveriam as mesmas ter sido precedidas da realização de concurso público, com publicitação no Jornal Oficial da União Europeia (arts. 48.º, n.º 2 e 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no art.º 6.º da Directiva n.º 93/37/CE, com as alterações da Directiva n.º 97/52/CE).
3. Mesmo que o negócio jurídico em causa fosse qualificável com uma permuta de bens imóveis ou como uma parceria público-privada institucionalizada, os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis imporiam a necessidade de oferecer a todos os operadores económicos interessados a possibilidade de manifestarem o seu interesse em participar na operação, numa base equitativa e transparente, o que não sucedeu. O procedimento realizado se revestiu da publicidade, transparência e concorrência necessárias.
4. O concurso público, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta origina a nulidade do acto procedimental e, consequentemente, do contrato nos termos do art.º 133.º, n.º 1 e 185.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

5. Nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, a nulidade é fundamento da recusa de visto.

AQUISIÇÃO DE BENS / BEM IMÓVEL / CONCURSO PÚBLICO / ELEMENTO ESSENCIAL / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / MINUTA / NULIDADE / PARCERIA PÚBLICO PRIVADA / PERMUTA DE BENS / RECUSA DE VISTO / TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Acórdão n.º 113/2009 - 1ª S/SS

Processo n.º: 524/2009

1ª Secção em Subsecção – 12/05/2009

Sumário:

1. Quando se destina a proporcionar a um contraente público o gozo temporário de bens móveis, a locação financeira deve considerar-se como uma modalidade de locação de um bem móvel, a que se aplica, por força do art.º 432.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o regime dos contratos de aquisição de bens móveis dele constante.
2. O valor de um contrato de locação financeira inclui, para além do preço do bem, o montante dos juros devidos pela locação financeira, os encargos a suportar relativamente à contratação e à gestão do contrato e o valor residual.
3. Atento o valor do contrato, superior a €206.000,00, limiar estabelecido na al. b) do art.º 7.º da Directiva 2004/18/CE, na redacção do Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, era obrigatória a realização de concurso público de âmbito internacional e respectiva publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), conforme o disposto nos arts. 1.º, n.ºs 2, al. d), e 9, 7.º, al. b), 35.º, n.º 2, 36.º e Anexo VIII da Directiva referida.

4. A celebração do contrato cujo anúncio do concurso não tenha sido publicitado no JOUE, nos termos supra referidos, viola o disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b) do Código dos Contratos Públicos, e determina a nulidade do mesmo, conforme o estabelecido nos arts 3.º, n.º 4 da Lei das Finanças Locais e 283.º, n.º 1 do CCP, o que constitui fundamento da recusa de visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
5. A realização do procedimento e a assunção de encargos plurianuais sem a devida autorização da Assembleia Municipal, em desrespeito pelo disposto nos n.ºs. 1 e 6 do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, constitui violação directa de uma norma financeira, fundamento da recusa de visto, nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
6. A fixação de um prazo para apresentação de propostas inferior ao estabelecido no n.º 1 do art.º 136.º do CCP – 47 dias - é susceptível de reduzir a concorrência e limitar o universo das propostas apresentadas.
7. A insuficiência dos elementos relativos ao modelo de avaliação das propostas constitui uma ilegalidade que pode interferir, de forma negativa, na imparcialidade do processo de escolha (cfr. arts. 132.º, n.º 1, al. n) e 139.º do Código dos Contratos Públicos).
8. A insuficiente fundamentação para a fixação de um prazo contratual superior a três anos acarreta encargos financeiros acrescidos e viola os art.º 440.º, n.º 1 do CCP, aplicável aos contratos de locação de bens móveis ex vi dos arts. 432.º e 48.º do mesmo diploma legal.
9. As ilegalidades referidas são susceptíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto no termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS /
CONCURSO INTERNACIONAL / CONCURSO PÚBLICO /
CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA / ENCARGO PLURIA-

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Acórdão nº 123/2009 - 1ª S/SS

Processo nº: 541/2009

1ª Secção em Subsecção – 26/05/2009

Sumário:

1. Deve entender-se que é executada por “conta” de um Município uma obra executada no seu interesse e benefício, sobre um bem cuja administração lhe cabe, por ordem sua e, maioritariamente, a suas expensas. Tal conclusão não é alterada pela circunstância de os custos e a direcção da obra serem partilhadas com uma sociedade privada, tanto mais que, no caso, a comparticipação desta sociedade é minoritária.
2. Respeitando a obra à recuperação e ampliação de um bem imóvel, e sendo executada por conta de um contraente público, a mesma é, nos termos do art.º 343.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, uma obra pública.
3. Por força do disposto no art.º 19.º, al. b) do Código dos Contratos Públicos, o valor da despesa, respeitante ao contrato de empreitada de obra pública em apreço, implica a realização de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
4. A realização de concurso público ou limitado por prévia qualificação, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta origina a nulidade do acto procedimental, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, o que constitui fundamento de recusa de visto, como estabelece a al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
5. A ilegalidade resultante de não ter sido assegurada a devida concorrência, com a realização de concurso público ou limitado por prévia qualificação é, também, susceptível de conduzir à alteração

do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / CONCURSO PÚBLICO / ELEMENTO ESSENCIAL / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Acórdão n.º 001/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 06/2008

Processo n.º: 1460/2008

1ª Secção em Subsecção – 06/01/2009

Sumário:

1. O contrato cujo o visto foi recusado, tem por objectivo a reestruturação de passivos diversos, nos quais se inclui várias dívidas do Município, resultantes de créditos do BPI e BCP, no valor de €28.880.169,42, créditos esses comprados por aqueles Bancos a fornecedores da Câmara e que constam do Anexo I;
2. As dívidas listadas no indicado Anexo, resultantes dos fornecimentos de produtos/serviços prestados àquela Câmara, reportam-se a facturas cuja data de vencimento é, em regra, de um mês, o que, na sua génese, configura a prática de uma relação jurídica de curto prazo, escriturada contabilisticamente como dívida de curto prazo, e que, pelo decurso do tempo não perderam tal qualidade, para efeitos do n.º 12 do art.º 38.º da LFL, designadamente com os acordos de pagamentos celebrados entre os Bancos BPI/BCP, que não foram pagas nos períodos contratados/acordados, e que, agora, são apresentadas como se dívidas de médio e longo prazo se tratasse.
3. Ora, para efeitos do estatuído no n.º 12 do art.º 38º da LFL, não é o facto de uma dívida de curto prazo não ter sido paga no prazo

contratado/acordado que a transforma numa dívida de médio e longo prazo;

4. Neste sentido, é irrelevante que aquelas facturas titulem o fornecimento de bens de capital ou de bens correntes, já que o que se pretende pagar com o presente empréstimo, são dívidas originariamente de curto prazo e que pelo decurso do tempo não perderam tal qualidade, para efeitos do n.º 12 do art.º 38.º da LFL;
5. Ao querer-se celebrar um contrato de empréstimo que tem por finalidade amortizar dívidas de curto prazo está-se, naturalmente, a celebrar um empréstimo que também tem por finalidade consolidar dívida de curto prazo, o que é vedado pelo já citado n.º 12 do art.º 38.º da LFL;
6. Um contrato de empréstimo, porque implica uma deliberação autorizadora de realização de despesa, só poderá produzir efeitos jurídicos se tal despesa não for proibida por lei – art.º 3.º, n.º 4, da LFL;
7. Diz o referido art.º 3.º, n.º 4, que: “São (...) nulas as deliberações de qualquer órgão dos municípios e freguesias que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei”;
8. Quer isto dizer que os poderes em que assenta a autonomia financeira, bem como os restantes princípios fundamentais e orientadores da LFL, na medida em que impliquem uma deliberação de qualquer órgão municipal que determine ou autorize a realização de uma despesa, estão sempre limitados por uma regra jurídica que, para aquela situação em concreto, não proíba tal despesa;
9. *In casu*, o contrato de empréstimo, na parte sob apreciação, está vedado pela 1.ª parte do n.º 12 do art.º 38.º da LFL, na medida em que visa consolidar dívida de curto prazo;
10. Ou seja, o legislador mal, ou bem, não quis que, em circunstância alguma, os Municípios celebrassem contratos com entidades financeiras com vista à consolidação de passivos financeiros de curto prazo.

11. *A latere*, sempre se poderá dizer que os princípios não obedecem como as regras jurídicas à “lógica do tudo ou nada”; estes servem ontem, como hoje, para, designadamente, integrar lacunas, e até para interpretar as regras, mas nunca para as derrogar.

EMPRÉSTIMO PARA REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO DO MUNICÍPIO / CONTRATO COM ENTIDADE FINANCEIRA COM A FINALIDADE DE CONSOLIDAR DÍVIDA DE CURTO PRAZO (ART.º 38.º, N.º 12 DA LFL) / PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Conselheiro Relator: Helena Ferreira Lopes

Acórdão nº 013/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 21/2008-R

Processo nº: 257/2008

1ª Secção em Subsecção – 24/03/2009

Sumário:

1. O artigo 107º, nº 1, alínea f) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (RJEOP), estabelece uma proibição de adjudicação da empreitada quando todos os concorrentes apresentam propostas com preços totais anormalmente baixos e as respectivas notas justificativas forem tidas como não esclarecedoras. Trata-se de um comando imperativo dirigido à Administração e ao qual esta está vinculada. É um poder-dever de não adjudicação que constitui uma excepção ao dever de adjudicação que, em geral, impera nos procedimentos visando a contratação pública para realização de obras públicas. Tal proibição é testemunhada pela evolução legislativa nesta matéria.
2. A proibição de não adjudicação pressupõe a verificação de dois pressupostos:
 - a) O preço total apresentado por cada e todas as propostas ser anormalmente baixo, o que constitui um conceito indeterminado;

- b) As notas justificativas dos preços serem consideradas como não esclarecedoras o que envolve o exercício de um poder discricionário na sua apreciação.
3. No exercício do poder discricionário de apreciação das notas justificativas o aplicador do direito, está balizado:
- a) Por um critério de competência: no caso, a comissão de avaliação e a Câmara Municipal que assumiu o relatório daquela tinham competência legal para considerarem como esclarecedoras ou não esclarecedoras as notas justificativas dos preços;
 - b) Pela finalidade da norma: a norma em causa visa evitar a degradação das empreitadas de obras públicas e a execução de trabalhos a um nível de qualidade inferior aos esperados pondo em causa a prossecução do interesse público;
 - c) Por critérios fixados na lei: no caso são relevantes os critérios fixados no n.º 3 do artigo 105.º do RJEOP;
 - d) Pela necessidade de se conduzir um procedimento específico de contraditório, previsto no n.º 2 do artigo 105.º do RJEOP;
 - e) Pela necessidade de fundamentação de rejeição ou de não adjudicação, nos termos do n.º 4 do artigo 105.º do RJEOP.
 - f) Pelos princípios a que se deve subordinar a actividade administrativa, nomeadamente, o da adequação ao interesse público, o da justiça, o da imparcialidade, o da igualdade, o da proporcionalidade e o da boa fé.
4. A enunciação dos motivos justificativos referidos na alínea c) do número anterior – consagrada no n.º 3 do artigo 105.º do RJEOP - deve ser considerada como exemplificativa. Os concorrentes devem poder expor quaisquer motivos que contribuam para a demonstração da seriedade das suas propostas. Igualmente a entidade adjudicante, para avaliar sobre tal seriedade, no exercício do poder discricionário, pode socorrer-se das razões expressamente invocadas pelos concorrentes, nas notas justificativas e noutros elementos das propostas e de quaisquer outras razões, mesmo que não sejam expressamente invocadas.
5. A lei ao estabelecer o conceito de “preço anormalmente baixo” não o determinou, conferindo assim, ao intérprete uma margem

de discricionarieidade. Na determinação de conceito deve o intérprete fazer apelo:

- a) A outros conceitos ou mecanismos legalmente fixados;
- b) A “preenchimentos valorativos” de natureza objectiva e pré-existentes em domínios sociais e económicos relevantes.

6. A que outros conceitos ou mecanismos legalmente fixados deverá o intérprete apelar? Aos seguintes:

- a) Ao de preço base do concurso: contudo ao contrário do que acontece na norma constante da alínea b) do nº 1 do artigo 105º do RJEOP – relativa ao preço total consideravelmente superior – no caso da alínea f) a lei não o refere expressamente o que significa que a margem de discricionarieidade do intérprete é, neste caso, maior.

Assim, o preço base do concurso deve ser considerado como indício que outros elementos podem afastar. Neste caso, o intérprete não está juridicamente vinculado a adoptar o critério do preço base do concurso. E o apelo ao preço base como critério pode ser ultrapassado se houver suficientes indícios de que este foi mal calculado;

- b) A métodos quantitativos como os consagrados no regime de 1986 ou no Código dos Contratos Públicos: uma relação percentual com o preço base ou com a média das propostas. Contudo, não se pode retirar consequências automáticas de tais métodos, porque o RJEOP não os consagra e porque proíbe tais automatismos, na medida em que exige um procedimento específico de contraditório. Tal abordagem quantitativa deve constituir também um mero indício de que se está ou não perante preços anormalmente baixos.

7. Concluindo:

- a) O dono da obra, através de decisão fundamentada, não pode adjudicar a empreitada se, face aos preços propostos, às respectivas notas justificativas e aos esclarecimentos prestados pelos concorrentes em contraditório específico imprescindível, concluir que são preços anormalmente baixos os oferecidos por todas as propostas;

- b) Na apreciação das notas justificativas e esclarecimentos, o dono da obra não está vinculado a atender exclusivamente aos critérios estabelecidos no nº 3 do artigo 105º;
- c) Para decidir sobre se os preços oferecidos são anormalmente baixos, o dono da obra deve atender:
 - i. Ao preço base do concurso, como critério indicativo;
 - ii. Às diferenças quantitativas entre tal preço e os preços oferecidos como indício de se estar (ou não) perante preços anormalmente baixos, mas sem poder extrair conclusões automáticas de tal indício;
 - iii. As avaliações objectivas pré-existentes em domínios sociais e económicos relevantes;
 - iv. À finalidade da norma;
 - v. Aos princípios a que se deve subordinar a contratação pública e que têm consagração bastante na lei.

CONCEITO INDETERMINADO / NOTAS JUSTIFICATIVAS DE PREÇOS / PODER DISCRICIONÁRIO / PREÇO ANORMALMENTE BAIXO / PREÇO DE FORNECIMENTO DOS DOCUMENTOS DO CONCURSO / PROCEDIMENTO CONTRADITÓRIO ESPECÍFICO EM CASO DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO / PROIBIÇÃO DE ADJUDICAÇÃO POR PREÇOS ANORMALMENTE BAIXOS

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão nº 014/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 12/2008-SRMTC

Processo nº: 5, 6 7 e 8/2008-SRMTC

1ª Secção em Subsecção – 31/03/2009

Sumário:

1. A Sociedade de Desenvolvimento do Norte da Madeira, S.A. (SDNM-S.A.), enquanto sociedade anónima de capitais públicos, na qual a Região Autónoma da Madeira detém a maioria do capi-

tal social, é uma empresa pública integrada no sector empresarial da Região Autónoma.

2. Os sectores empresariais das Regiões Autónomas regem-se por legislação especial, com respeito pelas bases gerais do estatuto das empresas públicas.

Na ausência dessa legislação especial, como sucede no caso, aplica-se supletivamente o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto (RSEE), em tudo o que não for incompatível com a autonomia constitucional da Região Autónoma e com os poderes dos respectivos órgãos de Governo e decisão, fazendo-se as necessárias adaptações nessa matéria.

3. A SDNM-S.A. rege-se pelo disposto no Decreto Legislativo Regional que a criou, pelos estatutos aprovados pelo mesmo diploma, pelas normas do Decreto-Lei n.º 558/99 que não sejam prejudicadas pela prevalência do Decreto Legislativo Regional e dos estatutos e pelas normas de direito privado reguladoras das sociedades anónimas.
4. A SDNM-S.A. é uma sociedade comercial, pessoa colectiva de direito privado, dispondo de personalidade jurídica e autonomia patrimonial, autonomia orçamental, autonomia de planeamento e gestão, autonomia creditícia, autonomia organizativa, autonomia para decidir sobre a admissão de pessoal e a sua remuneração, e à qual não são aplicáveis as normas da contabilidade pública.
5. Os contratos de prestação de serviços celebrados entre a Região Autónoma da Madeira e a SDNM-S.A. estão sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, tendo em atenção que, para além de se verificarem os demais requisitos fixados na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas para esse efeito, são celebrados entre pessoas colectivas diferentes, sujeitas a um regime jurídico e financeiro diverso, onde avulta a subordinação a diferentes orçamentos e a diferentes regimes orçamentais e contabilísticos.
6. A Região Autónoma da Madeira, ao criar e atribuir a uma sociedade anónima a prossecução de interesses públicos contidos na

sua esfera de atribuições, não fica privada nem desonerada de realizar esses fins. Mantém até a responsabilidade de dar orientações a essa sociedade sobre a forma de melhor realizar os interesses em causa, de acompanhar e fiscalizar permanentemente essa realização e, em última análise, pode, pela via própria, retirar os poderes transferidos.

Pela devolução de poderes operada a favor da SDNM-S.A, a Região Autónoma da Madeira não deixa de ter atribuições na matéria, nomeadamente no que respeita à administração de bens que se insiram nos seus domínios público ou privado de utilidade pública, pelo que os actos por ela eventualmente praticados no âmbito das finalidades abrangidas por essa devolução não são feridos de incompetência absoluta.

7. Não existe uma clara sobreposição entre o que resulta do objecto social e das normas estatutárias da sociedade e os serviços abrangidos nos contratos submetidos à apreciação deste Tribunal.

Antes da aprovação das Resoluções do Conselho do Governo Regional que aprovaram a celebração dos contratos em análise, a SDNM-S.A. não possuía qualquer título que a habilitasse a exercer a administração dos bens em causa e a gerir e disponibilizar as correspondentes infra-estruturas, pois isso não decorria automaticamente do seu objecto social.

8. Pelos concretos contratos em análise, incumbindo a sociedade de administrar e conservar infra-estruturas públicas, disponibilizando-as ao público de forma gratuita e ilimitada, a SDNM-S.A foi encarregada da gestão de concretos serviços de interesse económico geral.
9. O artigo 19.º, n.º 2, do RSEE determina que, salvo quando a lei dispuser diversamente, os termos em que a gestão dos serviços de interesse económico geral é atribuída e exercida devem constar de contrato de concessão.

Face ao disposto nesta norma legal, os contratos de prestação de serviços submetidos à fiscalização prévia deste Tribunal não são meios idóneos para operar a atribuição da gestão dos serviços em

causa à SDNM-S.A, a qual deveria ter sido feita através de contratos de concessão.

10. O artigo 21.º do RSEE prevê que à gestão de serviços de interesse económico geral possa corresponder a atribuição de indemnizações compensatórias, na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, de acordo com critérios fixados na lei.

Os contratos de prestação de serviços *sub judice* não obedecem também, nem formal nem materialmente, a este regime.

11. Os contratos em apreciação são ilegais por violação do disposto nos artigos 19.º, n.º 2, e 21.º do RSEE, dado o seu objecto não respeitar a forma e o conteúdo fixado nessas normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, nulidade que é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas.

12. As normas em causa protegem ainda a minimização do esforço financeiro público, sendo que a sua violação é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos. O artigo 21.º do RSEE é mesmo qualificável como norma financeira.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, os fundamentos de recusa de visto estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

13. Em processos de contratação pública, antes do acto de adjudicação não é, em princípio, possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa. Isso inviabiliza a atribuição de eficácia retroactiva aos contratos, nos termos do disposto no 128.º, n.º 2, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo, a data anterior à dessa adjudicação.

14. No caso, acresce que não se pode dar a responsabilidade pela gestão e administração dos bens em causa como transferidos senão em 20 de Dezembro de 2007.

Logo, não podem quaisquer contratos que a eles digam respeito retroagir a data anterior, por não se verificarem os pressupostos justificativos de tal retroactividade.

15. Os contratos são, assim, também ilegais por violação do estabelecido nos artigos 127.º e 128.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, aplicável aos contratos administrativos por força do disposto nos artigos 181.º e 185.º, n.º 2, do mesmo Código.

Esta ilegalidade é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos, dada a despesa decorrente dos efeitos retroactivos, pelo que é também fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do já citado artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas.

16. Em consequência, nega-se provimento ao recurso, mantendo a recusa do visto aos contratos.

AJUSTE DIRECTO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS / CONTRATO DE CONCESSÃO / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / FORMA DOS ACTOS / REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA / NULIDADE / OBJECTO DO CONTRATO / RECUSA DE VISTO / RETROACTIVIDADE / SOCIEDADE ANÓNIMA

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Sumário:

1. A intermediação de uma empresa municipal para realizar obras públicas em bens da propriedade de um município, em nome e representação do mesmo, não altera, em nada, o regime jurídico-financeiro de um empréstimo contratado pelo município para financiamento dessas obras, o qual constitui receita do orçamento municipal.
2. O regime especial de contratação de empréstimos para financiamento do acesso à habitação, constante do Decreto-Lei n.º 135/2004, não estabelece a precedência da realização dos trabalhos sobre a contratação dos respectivos instrumentos de financiamento. Ao contrário, do disposto nos artigos 19.º e 20.º do referido diploma legal resulta que os empréstimos devem ser contratados antes da execução dos investimentos e que o seu produto é utilizado na satisfação directa das respectivas despesas, à medida que as mesmas sejam realizadas.
3. A disponibilização das verbas de um empréstimo destinado a compensar despesas já pagas só pode dar resposta ao financiamento de outras despesas, eventualmente preteridas ou prejudicadas pelo pagamento das primeiras. Ora, por força do disposto nos artigos 38.º, n.º 4, e 4.º, n.º 2, da Lei das Finanças Locais, o produto dos empréstimos para investimento municipal não pode ser aplicado noutras despesas que não aquelas que resultem dos concretos investimentos a que se destinam.
4. Assim, estando os investimentos já realizados e pagos, não existe necessidade nem fundamento legal para a contracção de empréstimos destinados a “financiá-los”.
5. A violação das normas referidas constitui fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL /
FINANÇAS LOCAIS / INVESTIMENTO MUNICIPAL / PROGRAMA
DE FINANCIAMENTO PARA ACESSO À HABITAÇÃO (PROHABI-
TA) / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

Acórdão nº 021/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 05/2008-R

Processo nº: 1538/2007

1ª Secção em Subsecção – 02/06/2009

Sumário:

1. O acto de adjudicação de empreitada de obra pública é nulo quando a lei determina expressamente essa forma de invalidade, por estar verificada uma hipótese normativa.
2. O acto de adjudicação de empreitada de obra pública é igualmente nulo quando faltar elemento essencial na sua formação.
3. São elementos essenciais os que, constando de tipologia fixada na lei, esta lhes atribui expressamente características de imprescindibilidade ou de essencialidade, no processo de formação do acto.
4. São igualmente essenciais aqueles elementos que, embora não constem de tipologias fixadas na lei, têm características de essencialidade para a boa formação do acto. Neste caso, a apreciação é feita em concreto perante o elemento em falta e o seu grau de essencialidade para a boa formação do acto de adjudicação.
5. O mapa-resumo de quantidades de trabalhos e a lista dos preços unitários são elementos essenciais para a formação de acto adjudicatório de empreitada de obra pública. A sua ausência fere de nulidade o acto de adjudicação e, por isso, é fundamento de recusa de visto ao contrato que o concretiza.
6. A falta de elemento ou de elementos no mapa-resumo de quantidades de trabalhos e na lista dos preços unitários só gera nulidade

se, a avaliação que dele ou deles for feita, em concreto, na empreitada em que se inserem, concluir que se trata de elemento que, no plano físico ou financeiro, tem uma importância decisiva, estrutural ou indispensável para a boa execução dos trabalhos da empreitada.

ARTIGO 131.º, N.º 1 DO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO / ELEMENTO ESSENCIAL / FALTA DE ELEMENTO EM MAPAS-RESUMO DE QUANTIDADES DE TRABALHO E EM LISTA DE PREÇOS UNITÁRIOS / LISTA DE PREÇOS UNITÁRIOS / MAPAS-RESUMO DE QUANTIDADES DE TRABALHOS / NULIDADE / RECUSA DE VISTO POR NULIDADE RESULTANTE DE FALTA DE ELEMENTO ESSENCIAL

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão nº 023/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 07/2009

Processo nº: 800/2008

1ª Secção em Subsecção – 23/06/2009

Sumário:

1. A criação de uma empresa municipal não decorre de meras operações financeiras que atribuam uma influência (de facto) dominante ao município;
2. Ao invés, a referida influência dominante tem sempre que ser legitimada por um procedimento específico de criação de uma empresa municipal;
3. O procedimento administrativo da decisão municipal da criação de empresas municipais comporta dois momentos, a saber: (i) o da preparação da decisão e (ii) o da decisão;
4. A preparação da decisão é da competência do órgão executivo municipal (art.º 8.º, n.º 1, do RJSEL), já que cabe a este efectuar a proposta, mas só depois de observar todas as exigências legais, designadamente a de realizar os necessários estudos técnicos, a

que se reporta o art.º 9.º, n.º 1, do RJSEL; a decisão de criação de empresas, bem como a decisão de aquisição de participações sociais que confirmam influência dominante é da competência da Assembleia Municipal (art.º 8.º, n.º 1, do RJSEL);

5. A decisão de criação de empresas municipais ou a tomada de participações que confirmam influência dominante, quando não for precedida dos necessários estudos técnicos (art.º 9.º, n.º 1, do RJSEL), é nula;
6. Esta nulidade contamina todos os trâmites seguintes, designadamente, o contrato de sociedade ou a alteração do pacto social;
7. A deliberação da Assembleia Municipal que decidiu homologar a deliberação do executivo municipal, que decidiu a detenção por parte do Município da totalidade do capital social de uma sociedade, anteriormente detida por este em apenas 50%, é nula, sendo, igualmente, nula a transmissão global do património da referida sociedade, que, por esta via, ocorreu para o Município;
8. Não sendo aquela sociedade “de jure” uma empresa municipal, mas sim uma sociedade por quotas, nos termos anteriormente contratualizados, não lhe é aplicável qualquer norma do RJSEL;
9. A assunção do passivo de uma sociedade por quotas, detida em 50% por parte de um Município, com o objectivo de proceder à liquidação de dívidas de terceiros credores, não é, seguramente, susceptível de se enquadrar em qualquer das alíneas do n.º 1 do artigo 13.º da Lei 159/99, de 14/9, ou seja, nas atribuições dos municípios;
10. É nula qualquer deliberação da câmara municipal sobre assunto que não se enquadre nas atribuições do respectivo Município – vide art.º 133.º, n.º 2, alínea b), do CPA, aplicável “ex vi” do artigo 95.º, n.º 1, da Lei 169/99, de 18/09 – e que implique uma autorização de despesa não permitida por lei – vide art.º 95.º, n.º 2, da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, e do art.º 3.º, n.º 4, da Lei 2/2007, de 15/01 (LFL).

REGIME DO SECTOR EMPRESARIAL LOCAL (LEI N.º 53-F/2006, DE 29 DE DEZEMBRO) / EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL / PROCE-

DIMENTO ADMINISTRATIVO DA DECISÃO DE CRIAÇÃO DE EMPRESAS MUNICIPAIS / CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA INEXISTÊNCIA DOS ESTUDOS TÉCNICOS A QUE SE REPORTA O ART.º 9.º DA LEI N.º 53-F/2006, DE 29 DE DEZEMBRO / (IN) VALIDADE DE UMA DELIBERAÇÃO DO EXECUTIVO CAMARÁRIO, QUE DECIDE A ASSUNÇÃO DO PASSIVO DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS, DETIDA EM 50% PELO RESPECTIVO MUNICÍPIO

Acórdão nº 024/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 09/2009

Processo nº: 111/2008-SRMTTC

1ª Secção em Subsecção – 23/06/2009

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 dos artigos 183.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo, e 7.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho;
2. De acordo com o disposto no artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, o procedimento com consulta prévia - como excepção àquele regime regra, - apenas é admitido, independentemente do valor, quando, na medida do estritamente necessário, e por motivos de urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis, não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis às entidades adjudicantes;
3. Não pode invocar-se a urgência imperiosa para a escolha, em Julho de 2008, do procedimento com consulta prévia, com vista à contratação de alojamento hoteleiro para o pessoal técnico e artístico que iria iniciar, em finais de Setembro do mesmo ano, as filmagens de uma telenovela na Região Autónoma da Madeira, quando não estava dependente desse alojamento o início das filmagens, nem era condição *sine qua non* da execução dessas filmagens, a concessão desse alojamento;

4. Sendo o objecto do contrato, o alojamento de 50 pessoas, ao longo de três semanas de cada mês, entre Setembro de 2008 e Maio de 2009, não era possível adopção do procedimento com consulta prévia, não só porque se não verificava a existência de motivos de urgência imperiosa, mas também porque, devendo tal procedimento ser utilizado na medida do estritamente necessário, nada justificava a adopção daquele procedimento com vista à contratação do alojamento para todo o período previsto no contrato, já que era possível cumprir os prazos do concurso público, para a contratação do alojamento para o período compreendido entre Janeiro e Maio de 2009;
5. Não se verificando os pressupostos previstos no art.º 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, não é legalmente admissível o procedimento com consulta prévia, impondo-se, ao invés, a realização de um concurso público, nos termos do art.º 80.º, n.º 1 do referido diploma legal;
6. Tratando-se da aquisição de serviços de hotelaria, previstos no anexo VII ao Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e tendo o contrato um valor superior a 200.000,00€, impõe-se o envio, ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, no prazo de 48 dias após a adjudicação, do anúncio dos resultados do procedimento, com a indicação expressa sobre se a entidade adjudicante concorda ou não com a publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), não sendo necessária a publicação do anúncio do procedimento, no JOUE, atento o disposto nas disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.º 2, a contrario, 191.º, n.º 3 e 196.º, n.ºs 1, 3 e 4 do mesmo diploma legal;
7. A omissão da realização de concurso público, quando obrigatório, é geradora de nulidade, face ao disposto nos artigos 133.º, n.º 1 e 135.º do Código do Procedimento Administrativo;
8. Tal nulidade é fundamento da recusa de visto, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

PROCEDIMENTO COM CONSULTA PRÉVIA / MOTIVOS DE URGÊNCIA IMPERIOSA / UTILIZAÇÃO NA MEDIDA ESTRITAMENTE NECESSÁRIA / SERVIÇOS DE HOTELARIA / ANÚNCIO DE

RESULTADOS / NÃO PUBLICAÇÃO DO ANÚNCIO DO PROCEDIMENTO NO JOUE / NULIDADE / CONCURSO PÚBLICO

Conselheiro Relator: António Santos Soares

Acórdão nº 025/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 06/2009

Processo nº: 1472/2008

1ª Secção em Subsecção – 29/06/2009

Sumário:

1. Os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as disposições do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 2/2004, de 9 de Janeiro, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do referido preceito legal ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca a habilitação referida no n.º 2.
2. A exigência aos concorrentes da detenção das habilitações referidas no n.º 2 do referido art.º 31.º - classificação de empreiteiro geral de construção tradicional (1.ª categoria) da classe correspondente ao valor global da proposta - viola o disposto no art.º 31.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.
3. O cálculo do preço do processo de concurso tendo por base os valores constantes na Tabela das Taxas pela Concessão de Licenças e Prestação de Serviços Municipais, viola o disposto no art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o qual estipula que o valor de aquisição das peças concursais deve ser fixado em correspondência efectiva com o seu custo.
4. As ilegalidades praticadas são susceptíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento e 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.
5. O não acatamento, por parte do município, de recomendações anteriores respeitantes aos normativos em causa impede o uso da

faculdade a que se refere o n.º 4 do art.º 44.º, da referida Lei – visto com recomendações.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
ALVARÁ / CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLI-
CAS / DOCUMENTOS / EMPOLAMENTO DE PREÇOS / HABILITA-
ÇÃO A CONCURSO / PREÇOS / PROCESSO DE CONCURSO /
RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: Pinto Almeida

Acórdão n.º 026/2009 - 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 8/2009

Processo n.º: 1739/2008

1.ª Secção em Subsecção – 29/06/2009

Sumário:

1. Uma recomendação s.o.v. (proferida em sessão ordinária de visto) constitui uma advertência ou injunção expressa destinada a instar os serviços ou organismos a cumprir as disposições legais reguladoras das matérias onde se verificou ter havido desrespeito normativo.
2. As recomendações s.o.v., ainda que possam não ter o efeito prescritivo do art.º 44.º, n.º 3 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, por não terem sido proferidas pela 1.ª Secção do Tribunal de Contas em Subsecção, são motivo bastante para caracterizarem, se não forem obedecidas, um contra-motivo ao uso excepcional do visto com recomendações (n.º 4 do preceito legal citado).
3. Não estando adquirida a ocorrência efectiva de alteração do resultado financeiro do contrato, as ilegalidades com base nas quais foi recusado o visto ao contrato (referência, no mapa de quantidades, a marcas comerciais, sem a menção “tipo” ou “equivalente”, nomeação das comissões de abertura do concurso e de análise das propostas por um período de tempo indeterminado e falta de fundamentação do relatório de análise das propostas) intensificaram-se no desrespeito de recomendações anteriores do Tribunal de

Contas, pondo em causa valores fundamentais da ordem jurídica, nomeadamente, os princípios da igualdade, transparência e as garantias do cidadão perante o governo da coisa autárquica, pelo que é de manter a recusa do visto.

ACOLHIMENTO DE RECOMENDAÇÕES / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO / MARCAS E PATENTES / RECOMENDAÇÕES / RECUSA DE VISTO / RELATÓRIO / VISTO COM RECOMENDAÇÕES

Conselheiro Relator: Carlos Moreno

Acórdão n.º 028/2009 - 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 13/2009

Processo n.º: 109/2009

1.ª Secção em Subsecção – 29/06/2009

Sumário:

1. O Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), definido no Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias;
2. Podem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), entidade criada pelo referido Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro;
3. Tendo um Município aderido ao SNCP, na qualidade de entidade compradora voluntária, pode adquirir bens ao abrigo dos Acordos Quadro anexos ao contrato de adesão, o qual inclui, no seu n.º 6, os acordos quadro relativos aos combustíveis rodoviários;
4. Não viola o disposto no art.º 259.º, n.ºs 1, als. a) e b) e 2 do Código dos Contratos Públicos (CCP) e os n.ºs 4 a 7 do Caderno de Encargos, o facto de o convite para a apresentação de propostas ter incluído o pedido de fornecimento ou manutenção do equipa-

mento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município e outros benefícios comerciais;

5. Viola o disposto no art.º 259.º, n.º 2 do CPP, a omissão da indicação do modelo de avaliação das propostas, no convite referido em 4;
6. A falta de elaboração dos relatórios preliminar e final, de análise das propostas, devidamente fundamentados, e a omissão da realização de audiência prévia dos concorrentes, após a elaboração do relatório preliminar, violam o disposto nos arts. 146.º, n.º 1, 147.º e 148.º, n.º 1 do CPP, aplicáveis *ex vi* do art.º 259.º, n.º 3, do mesmo Código;
7. O facto de o procedimento que antecedeu o contrato celebrado ao abrigo dos Acordos Quadro, supra referidos, não ter incluído uma fase de negociação das propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras, viola o disposto nas disposições conjugadas dos arts. 259.º, n.º 3, 149.º e 118.º, n.º 2 do CPP, bem como nas cláusulas 1.ª e 4.ª do "Acordo Quadro ANCP n.º 2.2, celebrado entre a ANCP e as empresas "Petróleos de Portugal - Petrogal, SA" e "Repsol Portuguesa, SA" e, ainda, no art.º 28.º, n.º 3 do Caderno de Encargos integrante do mesmo Acordo Quadro.
8. Tendo sido realizada uma negociação prévia, apenas entre o Município e a empresa adjudicatária, e tendo o resultado de tal negociação correspondido às condições contratadas, violado foi o disposto nos arts. 118.º, n.º 2 e 119.º a 121.º do CPP, aplicáveis *ex vi* do art.º 151.º do mesmo Código e os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, previstos no art.º 1.º, n.º 4 do referido CCP.
9. As ilegalidades referidas em 7 e 8, implicando a violação dos princípios da legalidade, da igualdade, da transparência e da concorrência, são susceptíveis de consequenciar a alteração do resultado financeiro do contrato, pelo que preenchem o fundamento de recusa de visto estabelecido no art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

COMPRAS PÚBLICAS / ACORDO QUADRO / ENTIDADE COM-
PRADORA VOLUNTÁRIA / CONVITE PARA A APRESENTAÇÃO
DE PROPOSTAS / MODELO DE AVALIAÇÃO / RELATÓRIO DE
ANÁLISE DAS PROPOSTAS / FUNDAMENTAÇÃO / AUDIÊNCIA
PRÉVIA / NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

Conselheiro Relator: António Santos Soares

Acórdão nº 029/2009 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 05/2009-R

Processo nº: 1265/2008

1ª Secção em Subsecção – 29/06/2009

Sumário:

1. De acordo com o regime constante do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, pelo contrato de consórcio não é criada qualquer nova pessoa jurídica. Os membros do consórcio também não exercem uma actividade em comum, pois cada um continua a exercer uma actividade própria, embora concertada com as actividades dos outros membros.
2. Uma vez que a actividade realizada não é uma actividade global do consórcio, mas sim uma actividade individual de cada membro, cujos resultados pertencem a quem a exerce, a experiência decorrente da realização dessa obra é considerada como experiência da própria empresa, devendo ser reconhecida no âmbito da sua qualificação técnica.
3. No entanto, um empreiteiro, inserido num consórcio, só se pode prevalecer da experiência adquirida na execução da parte da obra de que individualmente nele se encarregou, não sendo aceitável que retire do consórcio uma vantagem que exceda a sua específica prestação. De outra forma, estaria a beneficiar de uma qualificação técnica por um trabalho que não desenvolveu e que poderia mesmo não poder desenvolver, por não ter a habilitação necessária (alvará).
4. No caso, a experiência invocada, de realização de uma obra em consórcio, só deveria ser reconhecida como conferindo a aptidão

necessária se estivesse demonstrado que a sua participação na obra correspondeu ao exigido para efeitos de qualificação: "*execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a 717.439,00€*". Este juízo só poderia ser feito perante o conhecimento de qual a concreta parcela da obra que, no consórcio, coube à empresa executar, em termos de avaliar da sua correspondência com a natureza da obra a concurso (incluindo a amplitude e variedade dos trabalhos) e com o valor exigido.

5. Por força do disposto no art.º 98.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, a comissão de abertura do concurso deve avaliar a capacidade técnica dos concorrentes tendo em conta os elementos de referência solicitados no anúncio do concurso, com base nos documentos de habilitação indicados nos arts. 67.º e seguintes do mesmo Decreto-Lei.
6. Na fase de habilitação, a comissão de abertura das propostas cinge-se à mera análise formal da candidatura, verificando a simples existência dos documentos de habilitação, donde decorre que as eventuais insuficiências relativas ao conteúdo e valor probatório desses documentos não são aí apreciadas, devendo ser apuradas na fase seguinte de qualificação e, nela, ser sancionadas com a exclusão, se for caso disso.
7. Os documentos de habilitação, que suportam a análise efectuada na fase de qualificação, devem acompanhar a proposta e ser apresentados no prazo fixado no anúncio de concurso - cfr. arts. 73.º, 82.º e 84.º do Decreto-Lei n.º 59/99.
8. Ora, o documento de habilitação entregue pela empresa não continha o grau de especificação necessário a demonstrar o concreto requisito de qualificação, por não referir qual a parcela da obra que foi realizada pelo concorrente no âmbito do consórcio em que participou. Os elementos complementares que permitiriam eventualmente concluir pela aptidão técnica da concorrente apenas foram entregues por esta empresa em fase de reclamação.
9. O art.º 92.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, apenas consente que possa ser sanada a preterição de formalidades não essenciais em documentos efectivamente apresentados. O suprimento de omis-

sões documentais ou de omissões no conteúdo dos documentos não podem ser considerados no âmbito daquele preceito, como suprimimento de formalidades não essenciais, uma vez que são determinantes no sentido da decisão.

10. Não podia, pois, a comissão de abertura do concurso autorizar a correcção da documentação ou aceitar a junção dos novos elementos na fase de reclamação. Não tendo a concorrente tempestivamente provado ser detentora de um dos requisitos de qualificação, não podia essa comissão tomar outra decisão que não a da sua exclusão do procedimento.
11. Sendo a exclusão da empresa na fase de qualificação dos concorrentes conforme ao disposto no art.º 67.º, n.º 1, al. n), e 98.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, não se verifica a ilegalidade apontada nos pontos III.3 e III.4.4 do Acórdão recorrido, inexistindo o correspondente fundamento para a recusa de visto ao contrato.
12. Subsiste, no caso, a ilegalidade resultante da violação do disposto no art.º 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, apontada no referido Acórdão e não contestada pelo recorrente.
13. Em relação a essa ilegalidade, consideradas as circunstâncias do caso e o facto de o Município não ter sido destinatário de qualquer recomendação anterior nesta matéria, entende o Tribunal ser oportuno usar da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

ALVARÁ / AVALIAÇÃO DOS CONCORRENTES / CAPACIDADE TÉCNICA / CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS / CONSÓRCIO / CONTRATO DE CONSÓRCIO / DOCUMENTOS / FORMALIDADE ESSENCIAL / FORMALIDADE NÃO ESSENCIAL / HABILITAÇÃO A CONCURSO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / VISTO COM RECOMENDAÇÕES

Conselheiro Relator: Helena Abreu Lopes

2ª SECÇÃO

CONTROLO SUCESSIVO

Relatório de Auditoria nº 005/2009 - 2ª S/SS

Processo nº: 18/2008-AUDIT

28.01.2009

ASSUNTO: Auditoria financeira ao Instituto da Vinha e do Vinho, I.P. (IVV) – Gerência de 2006.

AUDITORIA FINANCEIRA / CADASTRO E INVENTÁRIO DOS BENS DO ESTADO / CONTA DE GERÊNCIA / RECUPERAÇÃO DE VERBAS INDEVIDAMENTE PAGAS / TESOURARIA DO ESTADO

Conselheiro Relator: José Luís Pinto de Almeida

Relatório de Auditoria nº 007/2009 - 2ª S/PL

Processo nº: 28/2008-AUDIT

05.03.2009

ASSUNTO: Auditoria à Universidade de Coimbra. Gerência de 2007.

AUDITORIA FINANCEIRA / DEMONSTRAÇÃO FINANCEIRA / FUNDO DE MANEIO / PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PARA A EDUCAÇÃO / PRESTAÇÃO DE CONTAS / PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO / PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOURARIA / RECONCILIAÇÃO BANCÁRIA / SISTEMA DE CONTROLO INTERNO

Conselheiro Relator: António José Avérous Mira Crespo

Relatório de Auditoria nº 008/2009 - 2ª S/SS

Processo nº: 25/2008-AUDIT

05.03.2009

ASSUNTO: Auditoria ao Hospital Curry Cabral.

ACORDO DE COOPERAÇÃO / AUDITORIA FINANCEIRA / CADASTRO E INVENTÁRIO DOS BENS DO ESTADO / CUSTO CONTROLADO / ECONOMIA, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA / FUNDO DE MANEIO / INTERNAMENTO HOSPITALAR / REGISTO CONTABI-

LISTICO / REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES / SISTEMA DE
INFORMAÇÃO CONTABILÍSTICA

Conselheiro Relator: Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

Relatório de Auditoria nº 010/2009 - 2ª S/SS

Processo nº: 29/2007-AUDIT

26.03.2009

ASSUNTO: Auditoria ao Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade.

AUDITORIA OPERACIONAL / CONTA DE GERÊNCIA / DÍVIDA A FORNECEDORES / DOTAÇÃO ORÇAMENTAL / GESTÃO CORRENTE / PLANO OFICIAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA / PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOURARIA / RECONCILIAÇÃO BANCÁRIA / REGISTO INFORMÁTICO

Conselheiro Relator: João Manuel Macedo Ferreira Dias

Relatório de Auditoria nº 014/2009 - 2ª S/SS

Processo nº: 42/2006-AUDIT

23.04.2009

ASSUNTO: Auditoria Orientada à Relação Contratual entre a EMEL -Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, EM e a STREET PARK (ACE).

AUDITORIA ORIENTADA / CESSÃO DE CRÉDITOS / COBRANÇA DE RECEITAS / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTROLO INTERNO / DEPÓSITO BANCÁRIO / RESULTADOS OPERACIONAIS / SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA / TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE

Conselheiro Relator: António Manuel Fonseca da Silva

Relatório de Auditoria nº 017/2009 - 2ª S/PL

Processo nº: 14/2008-AUDIT

28.05.2009

ASSUNTO: Auditoria a Empreendimentos de Obras Públicas por Gestão Directa

AUDITORIA HORIZONTAL / AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS / AVALIAÇÃO DOS CONCORRENTES / BOAS PRÁTICAS / CONTABILIDADE ANALÍTICA / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CUSTO-BENEFÍCIO / DESVIOS FINANCEIROS / ECONOMIA, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA / ENCARGOS ADICIONAIS / ENDIVIDAMENTO / ESTUDOS E PROJECTOS / FINANCIAMENTO / OBRAS PÚBLICAS / ORIENTAÇÃO ESTRATÉGICA / SISTEMA DE INFORMAÇÃO

Conselheiro Relator: Carlos Manuel Botelho Moreno

Relatório de Acompanhamento nº 002/2009 - 2ª S/SS

Processo nº: 2/2009-AEORE

16.06.2009

ASSUNTO: Acompanhamento da Execução do Orçamento da Receita do Estado – Janeiro a Dezembro de 2008.

EXECUÇÃO ORÇAMENTAL / RECEITA PÚBLICA / RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO

Conselheiro Relator: Raul Jorge Correia Esteves

3ª SECÇÃO

RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS

Sumário:

1. Os demandados, membros de um Conselho de Administração de um Hospital deliberaram por unanimidade, com o director clínico, autorizar o pagamento dos diferenciais de vencimento, horas extraordinárias e suplementares, aos prestadores de serviços, colocados em acumulação de funções.
2. Militares, passaram a ser remunerados em conformidade com o regime remuneratório especial e castrense em regime de contrato e de voluntariado, beneficiando ainda mais de uma compensação financeira excepcional.
3. Ora, perante a dificuldade de conseguir bons profissionais, em situação hospitalar crítica, como sabemos ser da experiência comum o ambiente de um Hospital de Infecto-contagiosas e dada a diminuta intensidade da culpabilidade, é suficiente isto mesmo para caracterizar uma severa justificação para ser relevada, com justiça, a reposição pedida em juízo: caberia, como é natural, aos demandados nos termos do art.º 61.º/3 e 63.º da Lei 98/97, 26.08, com as alterações da Lei 48/2006 de 29.08.

DIFERENCIAL DE INTEGRAÇÃO / CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO / HOSPITAL MILITAR / HOSPITAL CIVIL / DIRECTOR CLÍNICO / AUTORIZAÇÃO DE PAGAMENTO / REMUNERAÇÃO / HORAS EXTRAORDINÁRIAS / SUPLEMENTO / ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES / NEGLIGÊNCIA / RELEVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

Conselheiro Relator: António Santos

Sumário:

1. DA NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DE PRONÚNCIA

O Ministério Público arguiu a nulidade da sentença alegando que, no requerimento inicial, imputara à Demandada uma actuação dolosa e que a sentença, na matéria de facto, nada dissera sobre isso pelo que haveria omissão de pronúncia (artº 668º-nº 1-d) do C.P.C., aplicável por força do disposto no artº 80º-a) da Lei nº 98/97).

A questão da culpa constitui matéria de direito, pelo que, não é em sede de matéria de facto que se deve elencar como provada ou não provada a intenção (dolo) ou a negligência das condutas em apreciação, competindo ao juiz, face à matéria de facto adquirida, apreciar e decidir se a conduta é ou não ilícita, se é ou não censurável e a que título. Ora, e reapreciando a matéria de facto na 1ª instância, não se nos suscitam reservas quanto à idoneidade da mesma para sustentar uma decisão fundamentada sobre a questão, como, aliás, ocorreu quando se entendeu que a Demandada agira sem culpa.

Improcede, assim, o alegado vício de omissão de pronúncia, não se declarando a nulidade da sentença.

2. DA ILICITUDE

Face à matéria provada, especificamente, os factos nºs 34, 35,36,37, 41, 42 e 43, reitera-se que as condutas da Demandada se reconduzem à previsão legal do artº 65º-nº1-b) da Lei nº 98/97, uma vez que as autorizações e pagamentos das despesas com os abonos do prémio de refeição e com os telemóveis violaram o disposto no artº 22º-nº 1-a) e nº 2 do Decreto-Lei nº 155/92, de 28 de Julho e o nº 6 da Resolução do Conselho de Ministros nº 112/2002, de 24 de Agosto.

3. DA CULPA

Tendo-se provado que a “*Demandada actuou sempre convicta da legalidade das suas decisões*” há que apurar e decidir se a Demandada evidenciou, no concreto condicionalismo fáctico adquirido nos autos, uma conduta susceptível de censura (artº 17º do C. Penal).

A Demandada estava sujeita ao princípio da legalidade financeira, que impõe e submete os gestores de dinheiros públicos a uma rigorosa disciplina jurídica, sobre eles recaindo especiais deveres de diligência e cuidado quanto à forma como aqueles dinheiros são usados.

Não é, pois, aceitável nem defensável que venha a alegar falta de conhecimentos prévios quem aceitou gerir a “*coisa pública*”. Acresce que, em qualquer das duas situações sindicadas, não se nos afigura sustentável o desconhecimento sobre os elementos de facto e direito que comportam a atribuição de “*subsídios de refeição*” e “*telemóveis de serviço*”.

A falta de consciência da ilicitude é, pois, injustificada e censurável o que determina a culpabilidade da Demandada (artº 17º-nº 2 C. Penal sentença recorrida).

4. DO DANO

Os pagamentos das despesas, para além de ilegais, determinaram um prejuízo para o património público, consubstanciado no facto de se terem despendido dinheiros públicos em prémios extra de refeição e em telemóveis por decisões discricionárias da Demandada dada a sua evidente falta de previsão legal.

Não existiu, assim, qualquer contraprestação efectiva para o património público que se viu empobrecido por decisões assentes em convicções censuráveis da Demandada.

Assim, a Demandada, ao autorizar as despesas e pagamentos em análise, incorreu na prática de uma infracção financeira susceptí-

vel de gerar responsabilidade reintegratória prevista no artº 59º-nº 2 da Lei nº 98/97.

5. DA MEDIDA DA PENA

Estando unicamente em causa a responsabilidade financeira reintegratória (pelo pagamento voluntário anterior da responsabilidade financeira sancionatória artº 69º-nº 2-d) da Lei nº 98/97), decide-se julgar procedente o recurso quanto ao pedido de revogação da decisão absolutória, reduzindo a pena de acordo com o artigo 17º nº 2 do Código Penal, para o montante de 10.000,00 Euros.

NULIDADE DA SENTENÇA / OMISSÃO DE PRONÚNCIA / DOLO / CULPA / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA / PREJUÍZO PARA O ERÁRIO PÚBLICO / AUTORIZAÇÃO DE DESPESA ILEGAL

Conselheiro Relator: Carlos Morais Antunes

SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES

Sumário:

1. A construção de fogos por encomenda e de acordo com as especificações da entidade adjudicante, que, desde logo, assume o compromisso de os comprar, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas.
2. A adjudicação de mais 18 fogos, para além dos que constituíam o objecto do contrato inicial, por ter um valor de €1.484.971,41, deveria ter sido precedida da realização de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio, nos termos do disposto no artigo 48.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março.
3. O concurso público ou o concurso limitado com publicação de anúncio, quando exigível, constitui um elemento essencial cuja omissão é geradora da nulidade do acto de adjudicação, nos termos do artigo 133.º, n.ºs 1 e 2, alínea f), do Código do Procedimento Administrativo.
4. A desconformidade dos actos e contratos com as leis em vigor que implique nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC).

AJUSTE DIRECTO / CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA / CUSTOS CONTROLADOS / HABITAÇÃO SOCIAL / MINUTA DE ESCRITURA PÚBLICA / NULIDADE / OMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO

Conselheiro Relator: Nuno Lobo Ferreira

Relatório de Auditoria nº 002/2009 - FS/SRA

Processo nº: 8/118.03-AUDIT

29.01.2009

ASSUNTO: Auditoria à Sociedade de Promoção e Reabilitação da Habitação e Infra-Estruturas, SA — SPRHI.

AUDITORIA INTEGRADA / BALANÇO E DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADOS / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO PROGRAMA / DESPESAS DE FUNCIONAMENTO / EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / ENCARGO FINANCEIRO / FINANCIAMENTO / PATRIMÓNIO HABITACIONAL SOCIAL / PRAZOS DE EXECUÇÃO

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

Relatório de Auditoria nº 009/2009 - FS/SRA

Processo nº: 8/118.01-AUDIT

19.03.2009

ASSUNTO: Auditoria à Atlanticoline, SA.

AUDITORIA ORIENTADA / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / DESPESA PÚBLICA / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA / TRABALHOS A MAIS

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA

Sumário:

1. Na contratação a termo certo, a omissão, nos respectivos despachos autorizadores, das concretas razões que determinaram a sua celebração, é ilegal e susceptível de originar responsabilidade financeira sancionatória.
2. É igualmente susceptível de originar responsabilidade financeira sancionatória, o desrespeito pelas fases do cabimento prévio e do registo dos compromissos, tal como é exigido pelas normas do POCAL.
3. Só o cumprimento dessas normas permite uma correcta gestão orçamental e impede que se assumam compromissos, para o ano em curso, ou para os seguintes, sem risco de inexistência de dotação, ou que se utilize a mesma dotação para tantas despesas como as que se pretendam.
4. Padecem do vício de incompetência os actos fundamentados em despachos que procedem à delegação ou subdelegação de competências por remissão abstracta e genérica para uma concreta lei, sem serem especificados, objectivamente e por remissão directa, os poderes delegados e subdelegados ou os actos concretos que podiam ser praticados ao abrigo dos mesmos despachos.
5. Não basta julgar os demandados autores materiais das infracções para os mesmos serem por elas condenados em multa. Para isso é necessário que a acção tenha sido praticada com culpa.
6. Para avaliação da culpa, o Tribunal toma em consideração a gravidade dos factos e as suas consequências, o grau de culpa, o montante material dos valores lesados ou em risco, o nível hierárquico dos responsáveis, a sua situação económica, a existência de antecedentes e o grau de acatamento de eventuais recomendações.
7. O art.º 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto não prevê, em sede jurisdicional, a redução ou relevação da responsabilidade financei-

ra sancionatória, contrariamente ao que sucede com a reintegratória.

8. O legislador (cfr. art.º 7.º, alínea a) da Lei n.º 29/99, de 12/05) atribuiu natureza contravencional à responsabilidade sancionatória, pelo que, nos casos em que a lei é omissa, deve recorrer-se aos princípios enformadores do direito penal.
9. Quando, face ao diminuto grau de ilicitude e de culpa do demandado, ao reduzido valor em causa, ao tempo entretanto decorrido e à inexistência de razões de prevenção especial, se mostrar desproporcionado o limite mínimo da multa fixado na Lei n.º 98/97, deve atenuar-se especialmente a pena ou mesmo dispensá-la, por aplicação do disposto no art.º 72.º do Código Penal.

CONTRATO DE TRABALHO A TERMO CERTO / FASES DA REALIZAÇÃO DA DESPESA / DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS / IMPUTAÇÃO SUBJECTIVA DA RESPONSABILIDADE / AVALIAÇÃO DA CULPA / ATENUAÇÃO DA PENA / DISPENSA DA PENA

Conselheiro Relator: Nuno Lobo Ferreira

Relatório de Auditoria nº 005/2009 - FC/SRM

Processo nº: 5/2008-AUDIT

16.04.2009

ASSUNTO: Auditoria a quatro contratos de empreitada da Câmara Municipal de Câmara de Lobos com trabalhos a mais.

AJUSTE DIRECTO / AUDITORIA ORIENTADA / CABIMENTO ORÇAMENTAL / CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA / CONSIGNAÇÃO DA OBRA / EMPREITADA POR SÉRIE DE PREÇOS / FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO / MEDIÇÃO DOS TRABALHOS / ORDEM ESCRITA / RECEPÇÃO PROVISÓRIA DA OBRA / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA / SUSPENSÃO DOS TRABALHOS / TRABALHOS A MAIS / TRABALHOS A MENOS/

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

RELAÇÕES COMUNITÁRIAS E INTERNACIONAIS

JAN/JUN.2009

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 2009, 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. Seminário/Workshop das ISC da União Europeia sobre o papel das ISC face à crise financeira

Uma Delegação do Tribunal de Contas, chefiada pelo Conselheiro Presidente, participou no Luxemburgo, no dia 16 de Fevereiro, no Seminário/Workshop das ISC da União Europeia sobre o papel das ISC face à crise económica e financeira.

Pelo Presidente do Tribunal foi feita uma intervenção sobre o papel e a experiência do Tribunal de Contas de Portugal no contexto da crise económica e financeira.

1.3. **2.^a Reunião do Grupo de Trabalho sobre os Fundos Estruturais IV**

O Tribunal de Contas português participou em Potsdam, (Alemanha) no dia 31 de Março, na Reunião do *Grupo de Trabalho sobre os Fundos Estruturais IV* (GT IV).

1.4. **Reunião do Grupo de Trabalho sobre Contratação Pública**

No dia 7 de Junho, teve lugar em Bruxelas, uma reunião do Grupo de Trabalho sobre a Contratação Pública, na qual o Tribunal de Contas português participou.

1.5. **Reunião plenária do Grupo de Trabalho on *National Reports on EU Financial Management***

O Tribunal de Contas português participou em Budapeste, nos dias 17 a 19 de Junho, na primeira reunião plenária do Grupo de Trabalho *on National Reports on EU Financial Management*, que teve como principal objectivo a discussão pelas ISC da União Europeia dos recentes desenvolvimentos no âmbito das suas actividades, bem como das experiências em termos dos relatórios nacionais respeitantes à gestão financeira da União Europeia.

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 2009, as seguintes acções:

2.1. RELAÇÕES BILATERAIS E COOPERAÇÃO

2.1.1. Visita ao Tribunal de Contas de uma Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Amapá, Brasil

Visitou o Tribunal de Contas, no dia 18 de Maio, a Senhora Auditora Teresinha Botelho do Tribunal de Contas do Estado do Amapá, Brasil, com o objectivo de conhecer a organização, o funcionamento e a actividade do nosso Tribunal.

2.1.2. *Atelier* de formação de dirigentes e quadros das embaixadas, consulados e representações diplomáticas da República de Cabo Verde

A solicitação da Embaixada da República de Cabo Verde em Portugal e do Tribunal de Contas de Cabo Verde, o Tribunal de Contas português organizou no Auditório do Tribunal, nos dias 20 a 22 de Maio, um *Atelier* de formação destinado aos dirigentes e quadros das embaixadas, consulados e representantes diplomáticos da República de Cabo Verde.

Pelo Director-Geral do Tribunal de Contas foi feita uma intervenção subordinada ao tema *O controlo financeiro exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal*.

2.1.3. 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, nos dias 3 a 5 de Junho, o Senhor Auditor Pedro Humberto Teixeira Barretto.

Esta visita teve como objectivo preparar o estágio que o Senhor Dr. Pedro Humberto efectuará no Tribunal de Contas, de 6 de Outubro a 6 de Novembro de 2009.

2.1.4. Visita a Portugal do Ministro do Tribunal de Contas da União, do Brasil, Dr. Marcos Vilaça

No âmbito da visita que o Senhor Ministro Marcos Vilaça efectuou a Portugal no mês de Junho, foi realizada uma reunião no Tribunal de Contas, no dia 26, com o objectivo de serem discutidos diversos assuntos de interesse comum, em particular os incluídos no quadro da CPLP.

2.2. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

2.2.1. XVII Reunião do Comité de Formação da *EUROSAI*

O Tribunal de Contas português organizou em Lisboa, nos dias 29 e 30 de Janeiro, a XVII 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.

Esta reunião teve como principal objectivo reflectir sobre os objectivos estratégicos para o triénio 2008/2011 e avaliar os trabalhos que têm vindo a ser desenvolvidos no âmbito da organização e avaliação dos eventos formativos.

2.2.2. 20.º Seminário Internacional ONU/INTOSAI

O Tribunal de Contas português participou em Viena, nos dias 11 a 13 de Fevereiro, no 20.º Simpósio Internacional organizado conjuntamente pela ONU e pela INTOSAI, que teve como tema *“INTOSAI – Parceiro activo na estruturação internacional da luta contra a corrupção: efectivar a transparência a fim de promover a segurança social e reduzir a pobreza”*.

2.2.3. 1.ª e 2.ª Reuniões da “Task Force para elaboração do Plano Estratégico da EUROSAI”

O Tribunal de Contas português participou nos dias 26 e 27 de Fevereiro e nos dias 9 e 10 de Junho, em Varsóvia, nas 1.ª e 2.ª Reuniões da *“Task Force para preparação do Plano Estratégico da EUROSAI 2011-2017”*.

Estas reuniões tiveram como objectivo discutir e adoptar um projecto de Missão e de Visão e de objectivos estratégicos para a EUROSAI, bem como um projecto de modelo/estrutura para implementação das estratégias a desenvolver, um programa de trabalhos futuro e a divisão de tarefas entre os membros da *Task Force*.

2.2.4. Comissariado de Auditoria de Macau – Seminário no âmbito da Organização das ISC da CPLP

No âmbito da *Organização das Instituições Supremas de Controlo da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)*, realizou-se nos dias 26 e 27 de Fevereiro, em Macau, um Seminário sobre o *Desenvolvimento de Técnicas de Auditoria*, organizado pelo Comissariado de Auditoria de Macau e que contou com a presença do Tribunal de Contas português.

As sessões de trabalho incidiram sobre os seguintes dois temas:

Tema I – *Controlo Interno*;

Tema II – *Desenvolvimento da Auditoria de Resultados*.

Pelo Tribunal de Contas português foi apresentada uma comunicação sobre ambos os Temas.

2.2.5. *II Jornadas EUROSAI/ARABOSAI*

Uma Delegação do Tribunal de Contas de Portugal, chefiada pelo Conselheiro Presidente participou em Paris, nos dias 30 e 31 de Março, nas *II Jornadas EUROSAI/ARABOSAI*, que teve como tema *As relações entre as ISC e os Parlamentos*.

Pelo Presidente do Tribunal foi feita uma intervenção sobre o tema em análise.

2.2.6. *Visita a Portugal de uma Delegação do Ministério das Finanças da Polónia*

A solicitação do Instituto Europeu de Administração Pública e do Tribunal de Contas da Polónia, uma delegação do Ministério das Finanças da Polónia visitou o Tribunal de Contas, no dia 23 de Abril, para se inteirarem do funcionamento do Tribunal de Contas, no que diz respeito às áreas de Orçamento e Finanças.

2.2.7. *Reunião do Comité de Formação da EUROSAI*

O Tribunal de Contas português participou em Paris, no dia 5 de Maio, na Reunião do Comité de Formação da EUROSAI (ETC).

2.2.8. *Reunião dos representantes das Instituições Supremas de Controlo Financeiro dos Países da NATO*

Realizou-se em Bruxelas, no dia 12 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 2008.

2.2.9. ***VI Jornadas EUROSAI/OLACEFS***

O Tribunal de Contas português participou em Porlamar, Isla de Margarita, Venezuela, nos dias 14 e 15 de Maio, nas *VI Jornadas EUROSAI/OLACEFS*.

Estas *VI Jornadas* tiveram como tema:

OS DESFIOS ACTUAIS E FUTUROS DO MEIO AMBIENTE E A PROTECÇÃO E CONSERVAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS,

subdividido em dois Subtemas:

Subtema I – *A função das EFS/ISC na promoção da ética para o desenvolvimento sustentável;*

Subtema II – *Importância das auditorias ambientais conjuntas num mundo globalizado.*

Sublinha-se que na sessão de abertura, o Presidente da EUROSAI e Presidente da ISC da Polónia referiu-se com apreço às anteriores *Jornadas* realizadas em Portugal no mês de Maio de 2007, subordinadas ao tema *Sustentabilidade financeira, prestação de contas e responsabilidade*.

2.2.10. **Colóquio comemorativo do 160.º Aniversário do Tribunal de Contas de Portugal**

O Tribunal de Contas de Portugal, no âmbito do seu 160.º Aniversário, organizou em Lisboa, no dia 19 de Junho, em colaboração com o *IDEFF* da Faculdade de Direito de Lisboa e a *FONDAFIP/Revue Française de Finances Publiques*, um Colóquio Internacional subordinado ao tema *A Moderna Gestão Financeira Pública: um Resposta à Crise Económica?*

2.2.11. *XXXV Reunião do Conselho Directivo da EUROSAI*

Uma Delegação do Tribunal de Contas português, chefiada pelo Conselheiro Presidente, participou em Kiev, no dia 23 de Junho, na *XXXV Reunião do Conselho Directivo da EUROSAI – European Organisation of Supreme Audit Institutions*.