

REVISTA

DO

TRIBUNAL DE CONTAS

FICHA TÉCNICA

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

Conselho de Redacção:

João Figueiredo, Conselheiro da 1ª Secção

António Mira Crespo, 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:

Nº 54 – Julho a Dezembro de 2010

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

DOCTRINA

<i>O Julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização financeira</i>	21
Carlos Morais Antunes	
<i>As Instituições Superiores de controlo e a luta contra a corrupção</i>	53
Luís Queimado	
<i>Uma perspectiva jurídica acerca da figura do comparador do sector público nas parcerias público privadas.....</i>	67
Jorge de Faria Lopes	

CRÓNICA DA JURISPRUDÊNCIA

ÍNDICE DE TEMAS	147
1ª SECÇÃO	
CONTROLO PRÉVIO	161
2ª SECÇÃO	
CONTROLO SUCESSIVO	203
3ª SECÇÃO	
RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS	209
SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES	219
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA	225

NOTÍCIAS

Relações externas do Tribunal de Contas Português — Julho a Dezembro de 2010.....	231
--	-----

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)

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)

**O JULGAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO
DA RESPONSABILIZAÇÃO FINANCEIRA***

*Carlos Alberto Morais Antunes***

* Palestra apresentada no âmbito da VI Assembleia Geral da OISC da CPLP, em S. Tomé, em 11 de Outubro de 2010.

** Juiz Conselheiro, Vice-presidente do Tribunal de Contas

INDICE

I – O TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL

II – A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

A) ORGANIZAÇÃO DA ACTIVIDADE JURISDICIONAL

B) OS PROCEDIMENTOS NA SECÇÃO JURISDICIONAL

1. Competência da secção jurisdicional
2. O processo jurisdicional: âmbito e estruturação normativa
3. O conceito de responsabilidade financeira
4. Os sujeitos de responsabilidade financeira
5. Responsabilidades financeiras e responsabilidades conexas
6. O processo jurisdicional
 - 6.1 O processo jurisdicional no Tribunal caracteriza-se, em 1ª instância, pelos seguintes elementos relevantes:
 - 6.2 Vejamos, agora, a fase dos recursos e demais meios de impugnação das decisões da 1ª instância, assinalando, desde logo, que todas as decisões finais são recorríveis (artº 96º)
 - 6.3 Princípios orientadores do processo jurisdicional
7. Causas de extinção das responsabilidades financeiras
8. A avaliação da culpa; os montantes das multas:
9. Reflexões finais

I - O TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL

A actividade jurisdicional do Tribunal de Contas de Portugal pressupõe que se dê a conhecer os aspectos essenciais, as linhas mestras que estruturam e definem este órgão de soberania.

Vejamos, então, ainda que de forma muito sucinta, como se estrutura e integra o Tribunal de Contas no ordenamento jurídico-constitucional de Portugal.

*

O Tribunal de Contas é um órgão constitucional, colegial, estando consagrado como uma das categorias de Tribunais (art.º 209º, n.º 1, al. c), da CRP).

Como tribunal, o Tribunal de Contas é um órgão de soberania (art.º 110º da CRP), **aplicando-se-lhe, em geral, os princípios gerais aplicáveis aos tribunais estabelecidos na Constituição** – art.º 202º e segs. -, **de que destacamos os seguintes:**

- Princípio da Independência e da exclusiva sujeição à lei (art.º 203º);
- Direito à coadjuvação das outras autoridades (art.º 202º);
- Princípios da fundamentação, da obrigatoriedade e da prevalência das decisões (art.º 205º);
- Princípio da publicidade (art.º 206º).

Estes princípios, valores ou padrões de actuação encontram-se igualmente consagrados na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹ em vigor, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, que a republicou, e pela Lei n.º 35/07, de 13 de Agosto, e em que também são previstas, na linha do disposto no art.º 216º da CRP, como garantias de independência do Tribunal de Contas, o autogoverno, a inamovibilidade e a irresponsabilidade dos seus juízes e a exclusiva sujeição destes à lei (art.º 7.º).

*

- **O Tribunal de Contas tem características distintivas de outras ordens de tribunais, desde logo porque a sua competência não se restringe à função jurisdicional: tem, ainda, importantes funções de controlo prévio de legalidade e de auditoria dos dinheiros públicos enquanto órgão supremo de controlo externo e independente da actividade financeira, nos domínios das receitas, das despesas e do património públicos.**

O Tribunal de Contas, no âmbito do sistema de controlo financeiro nacional é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas (cf. art.º 214º da CRP), devendo, nomeadamente, os serviços de controlo e inspecção da Administração Pública comunicar-lhe os seus programas anuais e plurianuais de actividades e respectivos relatórios de actividades e remeter-lhe os relatórios das suas acções quando contenham matéria de interesse para o Tribunal (cf. art.º 12º - n.º 2).

*

O Tribunal está estruturado em três Secções, com competências específicas:

- a. **A 1.ª Secção**, encarregada da fiscalização prévia dos actos e contratos da Administração e que tem por fim verificar se aqueles estão conformes às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria. Pode ainda, exercer fis-

¹ As referências ulteriores a artigos sem qualquer especificação reportam-se à actual redacção da Lei n.º 98/97.

calização concomitante através de auditorias a actos administrativos que impliquem despesas de pessoal, a contratos que não estejam sujeitos à fiscalização prévia bem como à execução de contratos que foram visados (art.ºs 44.º a 50º);

- b. **A 2.ª Secção**, encarregada da fiscalização concomitante e sucessiva (conforme ocorra durante ou após a respectiva gerência) de verificação, controlo e auditoria dos dinheiros públicos e comunitários, avaliando os respectivos sistemas de controlo interno, apreciando a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira (art.º 50.º);
- c. **A 3.ª Secção**, encarregada da preparação e do julgamento dos processos de efectivação de responsabilidades por infracções financeiras, (art.º 58.º e 79.º - n.º 2).

*

Sublinhe-se que o âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas foi significativamente ampliado com a Lei nº 48/06 a que já aludimos. Desde então, e para além das entidades que integram o denominado sector público administrativo, também passaram a estar sujeitas à jurisdição do Tribunal, entre outras, as entidades públicas empresariais, empresas municipais, concessionárias da gestão de empresas públicas, de sociedades de capitais públicos ou de sociedades de economia mista controladas bem como todas as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos (art.º 2º).

Em síntese, poderemos afirmar que a jurisdição e controlo do Tribunal vai até onde existam dinheiros ou outros valores públicos.

II - A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

A) ORGANIZAÇÃO DA ACTIVIDADE JURISDICIONAL

O Tribunal de Contas integra, como já referido, a organização judiciária portuguesa, e, como os restantes Tribunais, exerce, no âmbito das suas competências constitucionalmente consagradas, a função jurisdicional.

A Lei nº 98/97 restringia à 3ª Secção e aos Juízes das Secções Regionais dos Açores e da Madeira o exercício da função jurisdicional do Tribunal. Este quadro de competência veio a ser alterado com as Leis nºs 48/06 e 35/07, a que já fizemos referência, as quais atribuíram a todos os Juízes do Tribunal poderes de cariz jurisdicional.

Assim, a competência para a aplicação de multas nos processos aos responsáveis pelo incumprimento de prazos legais de remessa de contas, de documentação legalmente exigível, de processos relativos a actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia bem como por falta de colaboração com o Tribunal e outras infracções de cariz adjectivo e processual, passou a ser própria dos Juízes dos respectivos processos (art.º 77º - nº 4 e 78º - nº 4 - e), passando a 3ª Secção a intervir somente na fase de recurso destas decisões (art.º 79º - nº 1-c)).

Também todos os Juízes passaram a poder relevar a responsabilidade por infracção financeira sancionatória indiciada nos respectivos relatórios uma vez verificados todos os requisitos previstos no art.º 65 - nº 8) da LOPTC, na redacção da Lei nº 35/07, e que são:

- a) Evidenciar-se que a acção ou omissão resultam de mera negligência;
- b) Não existir recomendação anterior do Tribunal ou de órgão de controlo interno para correcção da irregularidade detectada;
- c) Ser a primeira vez que o autor da acção ou omissão é objecto de censura pelo Tribunal ou órgão de controlo interno

Sublinhe-se que o instituto da relevação extingue a responsabilidade sancionatória, nos termos do disposto no art.º 69º - n.º 2 - e).

*

Os poderes jurisdicionais atribuídos a todos os juízes não se confundem com o núcleo relevante da actividade jurisdicional do Tribunal: o julgamento, no âmbito de um processo jurisdicional próprio, dos responsáveis financeiros por infracções à legalidade financeira.

É um processo jurisdicional similar aos processos cíveis e penais nos Tribunais Judiciais, que culmina com uma audiência pública, onde é feita a prova testemunhal, os depoimentos dos Demandados, os quais estão, obrigatoriamente, representados por advogado, com a presença do Ministério Público, na busca comum da verdade material.

O julgamento dos processos está atribuído à 3.ª Secção e, nas Secções Regionais, ao juiz da Região a que os factos não dizem respeito.

Os juízes que integram a Secção, bem como o Juiz da Secção Regional não intervêm previamente em qualquer dos procedimentos que conduziram à dedução da acusação, daí se reforçando a independência do julgador, completamente alheio às posições anteriormente assumidas nas outras Secções.

No intuito de acautelar a tecnicidade e qualidade das decisões jurisdicionais do Tribunal, cujas decisões judiciais devem ter a superioridade e qualidade inerentes às decisões de qualquer Supremo Tribunal, a Lei estabeleceu um conjunto de exigências ao nível do recrutamento dos Juízes da Secção de julgamento e do Ministério Público.

Assim, e quanto aos Juízes da Secção, a LOPTC determina que a colocação dos Juízes na Secção Jurisdicional e nas Secções Regionais deve recair, prioritariamente, nos Juízes oriundos das magistraturas art.º15.º - n.º 4. e 18.º - n.º 4.

Este requisito adicional às já exigentes condições gerais para concorrer a Juiz do Tribunal permite e garante uma expectativa de qualidade das decisões judiciais: só podem concorrer a Juiz do Tribunal os magistrados com, pelo menos, 10 anos na respectiva magistratura, que exerçam já funções em Tribunais Superiores e classificados com nota superior a Bom - art.º 19.º - n.º 1 - a).

Também o Ministério Público é um quadro superior da respectiva magistratura, já que são procuradores-gerais-adjuntos – o nível máximo da magistratura do M.ºP.º - quem representa o Procurador-Geral da República no Tribunal de Contas-art.º 29.º - n.º 1.

B) OS PROCEDIMENTOS NA SECÇÃO JURISDICIONAL

1. COMPETÊNCIAS DA SECÇÃO JURISDICIONAL

- **A Secção Jurisdicional funciona em 1.ª instância com um juiz, a quem compete a preparação e o julgamento dos processos de julgamento de contas e de responsabilidades financeiras (art.º 79º - n.º 2 e 3).**

O processo de julgamento de contas utiliza-se quando as responsabilidades resultam evidenciadas em relatórios de verificação externa de contas enquanto que o processo de julgamento de responsabilidades financeiras visa apurar as infracções evidenciadas em relatórios das acções de controlo do Tribunal elaborados fora do processo de verificação externa ou em relatórios dos órgãos de controlo interno.

A competência da Secção não se esgota na preparação e julgamento destes processos.

Assim, e de acordo como art.º 79.º à 3.ª Secção, em plenário, compete:

- a) Julgar os recursos das decisões proferidas em 1.ª instância, na sede e nas secções regionais;

- b) Julgar os recursos dos emolumentos fixados nos processos de verificação de contas e nos de auditoria;
- c) Julgar os recursos das decisões de aplicação de multas proferidas nas 1ª e 2ª Secções e nas secções regionais;
- d) Julgar os pedidos de revisão das decisões transitadas em julgado, proferidas pelo plenário ou em 1.ª instância.

2. O PROCESSO JURISDICIONAL: ÂMBITO E ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA

O processo jurisdicional visa apurar se foram cometidos factos ou omissões que justificam a responsabilidade financeira que vem imputada ao (s) Demandado (s).

Na verdade, no âmbito da análise dos procedimentos, dos actos e dos contratos sujeitos à fiscalização prévia e concomitante o Tribunal pode detectar situações susceptíveis de responsabilidade financeira por se enquadrarem no conceito de **“infração financeira”**:

“todo o facto culposos, punido com multa e podendo gerar a obrigação de repor, praticado em violação da disciplina dos dinheiros públicos por aqueles que devem concorrer para que aquela seja observada”.

Idêntica situação pode ocorrer quer no decurso dos processos de verificação externa de contas ou de auditorias quer nas acções dos órgãos de controlo interno, determinando a Lei que os processos deverão ser remetidos ao Ministério Público, a fim de serem desencadeados eventuais procedimentos jurisdicionais (art.º57.º).

A Lei nº 98/97 atribuía, exclusivamente, ao Ministério Público, competência para requerer o julgamento dos responsáveis pelas infracções financeiras detectadas.

No entanto, com a Lei nº 48/06, o direito de acção foi alargado aos órgãos de direcção, superintendência ou tutela sobre os visados nos relatórios das acções de controlo do Tribunal bem como aos órgãos de controlo interno responsáveis pelos relatórios das acções que tenham remetido ao Tribunal (art.º 89º - nº 1 - b) e c)).

Este direito é, porém, subsidiário pois só pode ser exercido no prazo de 30 dias a contar da publicação do despacho do Ministério Público que declare não requerer procedimento jurisdicional, publicação que vem sendo feita na 2ª série do Diário da República.

Importa esclarecer que o M. P. não está vinculado às qualificações jurídicas dos factos constantes dos respectivos relatórios da 1ª e 2ª Secções do Tribunal, podendo, pois, em despacho fundamentado, determinar o arquivamento do procedimento se considerar que não estão adquiridos todos os pressupostos para o requerimento de julgamento (art.º 89.º). No entanto, e no que respeita à matéria de facto, o Ministério Público está limitado aos factos constantes dos relatórios, só tendo legitimidade para realizar as diligências complementares que entender adequadas e que se relacionem com os factos apurados (art.º 29 - nº 6).

Anote-se que o direito de acção a título subsidiário só foi, até ao presente, exercido uma vez e sem qualquer êxito processual pois que o requerimento inicial acusatório foi objecto de indeferimento liminar pelo Juiz da 3ª Secção.

O legislador, ao elencar, de forma taxativa, as entidades com legitimidade para introduzirem em juízo requerimentos de julgamento de responsabilidade financeira excluiu a possibilidade de, individualmente, ser accionado o julgamento. Assim, nenhum cidadão, ainda que invocando agir em representação de entidade, associação ou outra pessoa colectiva pública tem legitimidade para requerer o julgamento de responsáveis financeiros, mesmo que exerçam ou tenham exercido funções e por factos ocorridos nesse exercício na entidade ou associação em causa.

É uma opção que, numa primeira análise, poderia ser criticável mas que, em nosso entender, tem toda a justificação e pertinência: os interesses públicos devem estar salvaguardados de acções individuais que, em regra, escondem quezílias partidárias e pessoais, vinganças e ressentimentos que, decerto, contribuiriam para uma litigiosidade perversa que facilmente bloquearia a Secção de julgamento. Daí que as petições e denúncias indivi-

duais devam ser canalizadas, previamente, para os órgãos de controlo interno e ou para o Tribunal que, internamente, accionará os mecanismos legais de averiguação e controlo de que dispõe.

Em síntese, podemos salientar, como o ponto essencial no desenho legislativo do processo jurisdicional, a separação nítida entre as entidades que averiguam, que acusam e que julgam num procedimento articulado, global e coerente e que, esquematicamente se descreve:

- Num primeiro momento, e na sequência de verificações externas ou de auditoria, constata-se factos que podem ser susceptíveis de responsabilidade financeira;
- Tais factos são levados aos relatórios produzidos nas 1.ª e 2.ª Secções;
- E remetidos, com o respectivo processo, ao Ministério Público;
- O Ministério Público está limitado aos factos constantes dos relatórios, não tendo autonomia investigatória;
- Mas não está vinculado à qualificação jurídica que foi feita aos factos, podendo, assim, analisar com total independência as provas apresentadas e decidir-se pela acusação ou pelo arquivamento do processo;
- O Ministério Público é a única entidade com legitimidade própria para instaurar processo jurisdicional;
- Os órgãos de direcção, superintendência ou tutela relativamente aos visados nos relatórios das acções de controlo do Tribunal bem como os órgãos de controlo interno relativamente aos seus relatórios só a título subsidiário têm legitimidade para instaurar procedimento jurisdicional.
- O procedimento jurisdicional não pode ser accionado por cidadão agindo quer individualmente quer em representação de outras entidades, públicas ou privadas.

- Os juízes da Secção Jurisdicional bem como os juízes das Secções Regionais não intervêm, directa ou indirectamente, nos procedimentos que determinaram o pedido de julgamento.

*

3. O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

O processo jurisdicional regulado nos artigos 89.º e sgs. julga as responsabilidades financeiras detectadas no âmbito do controlo financeiro das outras duas Secções e dos órgãos de controlo interno.

Abordaremos, pois, ainda que de uma forma sucinta, o conceito de “responsabilidade financeira”, o qual é indissociável da prática de infracção financeira – conceito que já definimos.

Assim, e num ensaio sobre a delimitação do conceito diríamos que a responsabilidade financeira ocorrerá

“sempre que um agente, investido no dever de observância da disciplina dos dinheiros ou valores públicos, pratica, por acção ou omissão, um facto culposo em violação daquela disciplina ficando sujeito quer a sanções pecuniárias quer à obrigação de reposição de quantias ao património público”.

*

Em razão do objecto, a responsabilidade financeira pode ser reintegratória ou sancionatória.

- **A responsabilidade será reintegratória quando o responsável deva repor as importâncias abrangidas pela infracção**, e ocorrerá quando se tenha apurado que ao mesmo, culposamente, foi imputada uma acção ou omissão que tenha determinado alcances, desvios de dinheiros ou valores públicos ou pagamentos indevidos (art.º59º).

Existirá alcance quando, independentemente da acção de responsável, haja desaparecimento de dinheiro ou de outros valores do Estado ou de outras entidades públicas (n.º 2 do art.º 59º) identificando-se com a situação clássica do responsável não ter em cofre ou com saída devidamente documentada qualquer quantia ou valor que aí devia existir.

O desvio de dinheiros ou valores públicos verificar-se-á quando, por acção intencional de agente público que a eles tenha funcionalmente acesso, ocorrer a perda, absoluta ou relativa, desses dinheiros ou valores (art.º 59º-nº 3).

O conceito de “pagamentos indevidos” está expresso no n.º 4 do art.º 59.º:

“pagamentos ilegais que causarem dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponda contraprestação efectiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada actividade” .

Para além das situações referenciadas, o Tribunal poderá condenar os responsáveis na reposição das importâncias não arrecadadas em prejuízo do património público pela não liquidação, cobrança ou entrega de receitas devido a culpa grave ou dolo daqueles (art.º 60º).

Ocorrerá, ainda, a condenação dos responsáveis na reposição das quantias correspondentes à indemnização que a entidade pública for obrigada a pagar pela violação de normas financeiras e da contratação pública. (art.º 59º - nº 5).

- **A responsabilidade sancionatória ocorre quando, por acção ou omissão, culposamente, se violam normas financeiras** atinentes à assunção, autorização, pagamentos de despesas, não liquidação, cobrança ou entrega de receitas, utilização indevida de fundos, adiantamentos não permitidos e outras, enunciando a LOPTC, no artigo 65.º, algumas das concretas condutas violadoras da legalidade financeira.

Em regra, a responsabilidade sancionatória ocorre sempre que se evidenciam factos susceptíveis de responsabilidade reintegratória. Bastará relembrar que os alcances, desvios de dinheiro, pagamentos indevidos, não liquidação de receitas, só se concretizam se forem, simultaneamente, violados os princípios estruturantes da assunção, autorização e pagamento das despesas públicas bem como os relativos à gestão e controlo orçamental de tesouraria e de património, factos constitutivos de infracções financeiras sancionatórias previstos no art.º 65º.

Na responsabilidade sancionatória, os responsáveis são exclusivamente condenados em multas que têm, como limite mínimo, 15 (UC) e, como limite máximo, 150 Unidades de Conta (UC), correspondendo, actualmente, cada Unidade a 102,00 Euros.

*

4. OS SUJEITOS DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

A responsabilidade financeira pressupõe, sempre, um facto ilícito porque violador de norma financeira, e que se estabeleça o nexo de imputação do facto à acção ou omissão de um determinado sujeito.

A Lei estabelece uma distinção entre responsabilidade directa e subsidiária consoante a intervenção do sujeito tenha sido a causa imediata ou indirecta do facto ilícito.

A Lei elenca e define os sujeitos de responsabilidade financeira nos artigos relativos à responsabilidade reintegratória (artº 61º a 64º) mas vem, no artº 67º - nº 3, estipular que tais normas são aplicáveis à responsabilidade sancionatória, ainda que com as necessárias adaptações.

Temos, pois, um quadro global normativo referenciador dos sujeitos de responsabilidade financeira.

Detenhamo-nos, então, sobre a responsabilidade directa. Assim, a responsabilidade pela reposição das quantias ao património público recai sobre o agente ou agentes da acção (artº 61º - nº 1).

O princípio geral é, pois, o de imputar a responsabilidade ao autor do facto, a quem o praticou ou a quem o omitiu e tinha o dever funcional de o praticar.

Os agentes do facto são, nos termos do referido artigo 61º, o qual, remete, no que concerne aos membros do Governo para um diploma de 1933 os seguintes:

1. Os membros do Governo que praticaram o acto danoso para o património público sem terem ouvido os serviços competentes ou, tendo-os ouvido e sido esclarecidos em conformidade com as leis, tenham decidido de forma diferente;
2. Os gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão, e os exactores;
3. Os funcionários ou agentes que, nas suas informações para os responsáveis, não esclareçam os assuntos de harmonia com a Lei.

Resulta do exposto que a responsabilidade dos membros do Governo não ocorrerá se e quando tiverem decidido de acordo com os pareceres e informações que lhes foram presentes, regime prudente porque não se alheia da vastidão de propostas e informações que diariamente são presentes ao decisor governamental.

Esta limitação não é aplicável aos gerentes e dirigentes das entidades públicas que deverão, pois, adoptar uma conduta cuidada e ponderada face às informações e pareceres dos serviços.

A Jurisprudência da 3ª Secção tem, a este propósito, sido uniforme e pacífica, censurando condutas de responsáveis que alegam ter-se limitado aderir às informações dos Serviços ou a não ter conhecimentos jurídicos e ou preparação técnica bastante para infirmar as propostas que lhes são presentes.

Como se decidiu entre muitos outros, no Acórdão nº 03/07, de 27.06.07 do Plenário da 3ª Secção:

“A própria circunstância de não terem consciência de que estavam a violar disposições legais e a cometer infracções, quando são pessoas investidas no exercício de funções públicas com especiais responsabilidades no domínio da gestão de recursos públicos, sujeitos a uma disciplina jurídica específica, não pode deixar de merecer um juízo de censura”

Não se conclua que nenhuma consequência resulta para os funcionários que informem os dirigentes dos Serviços em desconformidade com a lei, pois, como se referiu, os funcionários incorrem em responsabilidade financeira se, da adesão a informação ilegal, ocorrer a prática de um facto ilícito.

É difícil sustentar que estamos, ainda, em sede de responsabilidade directa porque os funcionários não são os agentes do facto ilícito; porém, e porque a responsabilidade só se verificará se o facto for praticado, o legislador terá estendido o conceito de responsabilidade directa face ao nexo de causalidade que se julga surpreender entre a informação ilegal, a decisão e a prática do facto, sendo pacífico que esta responsabilidade do funcionário não exclui a responsabilidade do decisor, devendo, caso a caso, avaliar-se a conduta do decisor e da que seria exigível a um decisor prudente perante tal circunstancialismo.

*

A responsabilidade subsidiária está prevista no artº 62º-nº 3 e ocorre quando, apesar de não terem praticado o facto ilícito, os dirigentes, por acção ou omissão, tenham descurado deveres de fiscalização e vigilância que propiciaram a prática do facto.

Assim,

- **Os membros do Governo, os gerentes e demais dirigentes elencados podem, mesmo que sejam estranhos ao facto ilícito, ser subsidiariamente responsáveis com o agente do facto se se verificarem os seguintes pressupostos:**
 1. O facto só foi praticado por aquele agente por permissão ou ordem do dirigente uma vez que tais funções não lhe estavam confiadas e não se verificara a falta ou o impedimento do agente competente;
 2. O agente fora designado para aquele cargo por decisão do dirigente, apesar de já ser reconhecida a sua inidoneidade moral;
 3. O dirigente desprezara, com culpa grave, as suas funções de fiscalização.

A natureza deste tipo de responsabilidade (subsidiária) determina que os dirigentes só serão accionados se:

- O dano ao património não for, voluntariamente, repostado, pelo agente do facto;
- Se os bens do agente do facto não forem suficientes para ressarcir o património público.

5. RESPONSABILIDADE FINANCEIRA E RESPONSABILIDADES CONEXAS

O julgamento da responsabilidade financeira dos titulares dos Organismos sujeitos à sua jurisdição é uma competência constitucionalmente deferida pelo art.º 214º-nº 1-c) da Constituição da República.

A exclusividade da jurisdição financeira no Tribunal não prejudica, porém, que, do mesmo facto, resulte outro tipo de responsabilidade, cujo conhecimento compete a outros Tribunais Judiciais.

Estamos a falar, designadamente, de responsabilidades criminais, disciplinares, cíveis, administrativas, que são da competência de outros Tribunais, pelo que há sempre um permanente intercâmbio de informações com os Tribunais em que decorrem ou já decorreram processos por factos que também estão em análise no Tribunal de Contas.

O princípio “*non bis in idem*” tem dignidade constitucional como direito subjectivo fundamental, que garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, proibindo a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infracção.

No entanto, se do mesmo facto resultarem responsabilidades diversas nada obsta a que se instaurem procedimentos competentes e próprios nas diversas jurisdições.

Aliás, a Lei prevê, expressamente, que, para além da responsabilidade financeira, o mesmo facto possa dar origem a outros procedimentos e responsabilidades, em casos de alcance, desvio de dinheiros e pagamentos indevidos (art.º 59º-nº 1).

Assim, e embora o processo pela responsabilidade financeira não tenha que aguardar pelo resultado de outros processos, não poderá é condenar numa reposição de dinheiros aquele que, entretanto, já fora condenado nessa reposição. Já uma absolvição anterior pode não prejudicar o processo neste Tribunal, bastando, para tal, serem diversas as exigências conceituais para a censurabilidade do facto: num caso exigir-se a prova do dolo do agente, no outro ser suficiente a mera negligência, como é a regra do procedimento financeiro.

*

6. O PROCESSO JURISDICIONAL

O legislador de 97 estruturou o processo jurisdicional como um processo simplificado, ainda que garantindo todos os meios de defesa dos Demandados, num contraditório pleno e com audiência pública de julgamento. Os processos são decididos, em 1.^a instância, por um só juiz (art.º79º-n.3).

Daí que os artigos relativos à marcha do processo em 1.^a instância se reduzam a seis (90.º a 96.º). No entanto, e para precaver quaisquer omissões, o legislador determinou a aplicação subsidiária do C.P.Civil, sem prejuízo da aplicação do C.P.Penal sempre que esteja em causa matéria sancionatória (art.º80.º).

*

6.1. O PROCESSO JURISDICIONAL NO TRIBUNAL CARACTERIZA-SE, EM 1.^a INSTÂNCIA, PELOS SEGUINTE ELEMENTOS RELEVANTES:

- Requerimento inicial do Mº Pº, única entidade com legitimidade própria para requerer o julgamento de infracções financeiras. No requerimento devem constar todos os factos relevantes e todas as provas, as razões de direito, o montante concreto da multa a aplicar e / ou da reposição a efectuar pelo Demandado. Podem deduzir-se pedidos cumulativos, ainda que por diferentes infracções, com as correspondentes imputações subjectivas. Não podem ser indicadas mais de três testemunhas a cada facto.

Como já foi sublinhado, o requerimento inicial pode ser apresentado pelas entidades que tenham poderes de direcção ou tutela sobre os visados nos relatórios do Tribunal e pelos órgãos de controlo interno relativamente aos seus relatórios enviados ao Tribunal se o Mº Pº não requerer o procedimento jurisdicional.

- Citação pessoal do Demandado, o qual pode efectuar o pagamento voluntário do pedido constante do requerimento inicial, finalizando o processo, ou contestar o mesmo em 30 dias. O

prazo pode ser prorrogado por mais 30 dias a pedido do citado se a complexidade ou o volume das questões em análise o justificar;

- A contestação é deduzida por artigos e deve conter todas as provas a produzir, mas a falta de contestação não tem efeitos cominatórios;
- O Demandado é obrigatoriamente representado por advogado, que deverá ser nomeado pelo Tribunal nos termos da legislação aplicável se o Demandado não constituir advogado;
- Após a contestação é realizada a audiência pública de julgamento, dispondo o Tribunal de meios audiovisuais de gravação. À audiência aplica-se o regime do processo sumário do C. P. Civil, com as necessárias adaptações;
- O Juiz, na sentença, não está vinculado ao montante peticionado e, em caso de condenação em reposição de quantias, fixará a data a partir da qual são devidos os juros de mora;
- O Juiz pode autorizar o pagamento do montante da condenação até quatro prestações trimestrais, se tal for requerido até ao trânsito em julgado e com juros de mora, se for caso disso.
- O não pagamento voluntário determina o envio de certidão para subsequente instauração de processo de execução fiscal, pois o Tribunal não tem competência executiva.

Como resulta do exposto, o processo é simplificado, permitindo a obtenção de decisões finais céleres, num prazo médio de seis meses.

*

6.2. VEJAMOS, AGORA, A FASE DOS RECURSOS E DEMAIS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES DA 1.ª INSTÂNCIA, ASSINALANDO, DESDE LOGO, QUE TODAS AS DECISÕES FINAIS SÃO RECORRÍVEIS (ART.º96.º).

Este conceito integra todas as decisões que ponham termo ao processo ou que conheçam de questões que, não pondo termo ao processo, excluam da apreciação final certos factos articulados pelo M.ºP.º ou pelos Demandados.

Independentemente da interposição de recursos, podem, ainda, as partes socorrer-se dos outros meios de impugnação das decisões judiciais previstas nos Códigos de Processo Civil (sendo objecto do processo a responsabilidade reintegratória) ou de Processo Penal (sempre que se discutir a responsabilidade sancionatória) e que, como já dissemos, são supletivamente aplicáveis.

Assim, são, entre outras, admissíveis a arguição de nulidades, a reclamação contra a retenção de um recurso. Também se contempla, expressamente, no art.º98.º-n.º1 a reclamação para o plenário da Secção do despacho que não admitiu um recurso.

Os recursos são apreciados em plenário da 3.ª Secção, não podendo ser relatados pelo juiz que proferiu a decisão em 1.ª instância, o qual não intervém no julgamento do recurso. É obrigatória a constituição de advogado por parte dos Demandados, devendo o M.ºPº emitir parecer sobre o teor do recurso, salvo se for o recorrente, pois aí será ouvida a parte contrária.

No recurso, para além da matéria de direito, conhece-se da eventual insuficiência, contradição ou obscuridade da matéria de facto, podendo ordenar-se a repetição do julgamento em 1.ª instância. Não há, assim, possibilidade de renovação da prova em recurso, nem há audiência pública de julgamento. O recurso é decidido em sessão, com o relator a apresentar um projecto de acórdão, sendo a sessão presidida pelo Presidente a quem cabe dirigir a discussão e votar em caso de empate (art.º100.º).

O art.º101.º prevê, ainda, a possibilidade de **recurso extraordinário** de decisões proferidas em plenário da 3.ª Secção.

Assim, se for proferida uma decisão do plenário da 3.^a Secção, que, no domínio da mesma legislação, e relativamente à mesma questão fundamental de direito, tenha optado por solução oposta a outra anteriormente proferida, pode ser interposto recurso extraordinário da última decisão para fixação de jurisprudência.

O recurso pode ser interposto pelo M.^oP.^o ou pelos Demandados e é decidido pelo Plenário Geral do Tribunal e a doutrina que for fixada no Acórdão será obrigatória para o Tribunal, enquanto a lei não for modificada.

Se o relator entender, porém, que não existe a alegada oposição de julgados, leva o projecto de Acórdão ao respectivo plenário da 3.^aSecção. O recurso considera-se findo se o plenário deliberar que não há oposição.

Cabe, por último, referir que **as decisões do plenário da 3.^aSecção** proferidas no âmbito de recursos **podem, ainda, ser recorríveis para o Tribunal Constitucional**, designadamente se o M.^oP.^o ou os Demandados entenderem que a decisão aplicou preceitos já julgados anteriormente inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional ou se fez uma apreciação inconstitucional dos preceitos, ou, ainda, se considerou inaplicáveis normas por entender serem inconstitucionais.

A decisão final do Tribunal Constitucional pode determinar a revogação do Acórdão da 3.^aSecção, a fim de ser proferido novo Acórdão em conformidade com o entendimento daquele Tribunal.

6.3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO PROCESSO JURISDICIONAL

A introdução no Tribunal de um processo jurisdicional de acordo com os princípios estruturantes dos processos judiciais constituiu uma das principais e sábias decisões do legislador de 1997. Na verdade, o julgamento das responsabilidades financeiras em processo próprio, submetido ao princípio do contraditório e com audiência pública de julgamento veio aproximar,

ainda mais, o Tribunal dos Tribunais judiciais, reforçando e consolidando a sua vertente jurisdicional.

O processo jurisdicional, conduzido por Magistrados, visa apurar a verdade dos factos imputados aos responsáveis financeiros num ambiente processual que permite e efectiva todos os meios de defesa dos Demandados garantidos pelos Códigos do Processo Civil e Penal.

Assim:

- Os Demandados têm direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência sem que, no entanto, a tal sejam obrigados e sem que o silêncio possa desfavorecê-lo (artº 343º-nº 1 do C.P.P., bem como podem, sempre, recusar-se a responder a algumas ou todas as perguntas sem que isso os possa desfavorecer (artº 345º-nº 1 do C.P.P.).
- No caso do Demandado declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o Juiz, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção – (artº 344º-nº 1 do C.P.P.).
- Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do Juiz, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência (artº 355º-nº 1 do C.P.P.).
- O ónus da prova dos factos constitutivos da infracção bem como da culpa do agente compete ao Ministério Público ou à entidade que requereu o julgamento, uma vez que a responsabilidade objectiva é totalmente estranha à responsabilidade financeira; é, sempre, necessário que fique provado que a materialidade constitutiva da infracção resulta de acção ou omissão culposa do agente.

Os princípios gerais que acabámos de descrever devem ser rigorosamente observáveis na maioria dos processos de julgamento no Tribunal pois,

como já se referiu, sempre que se evidenciam factos susceptíveis de responsabilidade reintegratória também se indicia responsabilidade sancionatória por violação de normas financeiras.

Daí que, em regra, nos processos de julgamento, o Juiz deva aplicar, subsidiariamente, o C. P. Penal e, logo, os princípios que enunciámos.

No entanto, em situações pontuais, poderemos estar a julgar, exclusivamente, a responsabilidade reintegratória dos agentes: serão os casos em que, a responsabilidade sancionatória inerente aos factos geradores da responsabilidade reintegratória não foi accionada, designadamente, porque foi extinta pelo pagamento voluntário das multas em causa ou pelo decurso do prazo prescricional.

Nos processos em que só se discuta a responsabilidade reintegratória é aplicável o C. P. Civil e os seus princípios norteadores (artº 80º a)) em que o garantismo processual penal se dilui no princípio geral de igualdade das partes.

A aplicação, a título subsidiário, da lei processual civil no julgamento da responsabilidade reintegratória veio, em nossa opinião, introduzir desnecessários factores de instabilidade ao processo jurisdicional financeiro que se bastava com a subsidiariedade do processo penal e dos princípios que o enformam, e que melhor se adequam às especificidades do conceito de responsabilidade financeira assente na prova de factos conducentes ao estabelecimento da culpa do agente.

Na verdade, a culpa é, quase sempre a questão central do julgamento porque os factos apurados, nas auditorias e outros relatórios não suscitam, por norma polemização.

A ambiguidade processual vem, aliás, justificando, designadamente em situações que indiciam alcances, desvio de dinheiros ou valores públicos, uma eventual inversão do ónus da prova da culpa, agora, da responsabilidade dos Demandados. Invocam-se, para tal, os princípios relativos aos contratos de depósito e às obrigações de um fiel depositário (artº 1187º C. Civil) para justificar que incumbe ao responsável a quem foram entregues dinheiros ou valores públicos demonstrar que os administrou de acordo com a lei e de forma diligente e cuidada.

Acresce que, com a Lei nº 48/06, foi introduzido um novo nº 6 ao artigo 61º, em sede de responsabilidade reintegratória, do seguinte teor:

“Aos visados compete assegurar a cooperação e a boa-fé processual com o Tribunal, sendo-lhes garantido, para efeitos de demonstração da utilização de dinheiros e outros valores públicos colocados à sua disposição de forma legal, regular e conforme aos princípios da boa-gestão, o acesso a toda a informação disponível necessária ao exercício do contraditório”.

A redacção do preceito permite o entendimento de que os responsáveis financeiros têm a obrigação de demonstrarem que utilizaram os dinheiros e valores públicos que lhes foram entregues como um cuidadoso e diligente gestor público, e para os fins a que se destinaram.

Assim, e nesta matéria, poder-se-ia enunciar, como princípio geral, que uma vez demonstrada a entrega dos dinheiros e outros valores públicos pelo Ministério Público, deverá o Demandado justificar que nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada, designadamente, pelo desaparecimento ou aplicação para fins não legais nem previstos.

7. CAUSAS DE EXTINÇÃO DAS RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS

(art.º69.º e 70.º da LOPTC):

- I. Prescrição – dez ou cinco anos, conforme se trate de responsabilidade reintegratória ou sancionatória; o prazo inicia-se na data da infracção, ou, não sendo possível apurá-la, desde o último dia da gerência; suspende-se com a entrada da conta ou o início da auditoria até à audição do responsável, sem poder ultrapassar dois anos;
- II. Pagamento da quantia a repor ou da multa;
- III. Morte do responsável em responsabilidade sancionatória;

IV. Amnistia em responsabilidade sancionatória;

V. Relevação das responsabilidades.

8. A AVALIAÇÃO DA CULPA; OS MONTANTES DAS MULTAS:

- I. A responsabilidade financeira exige, sempre, a prova da culpa do agente – art.º 61.º - n.º 5 e 67.º - n.º3;
- II. A negligência permite a redução ou a relevação da responsabilidade financeira reintegratória - art.º 64.º - n.º2;
- III. O grau de culpa é avaliado tendo em atenção as competências do cargo, a índole das funções do responsável, o volume dos valores e fundos movimentados, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal, o montante da lesão patrimonial e os meios humanos e materiais existentes no serviço ou organismo em causa – art.º 64.º - n.º1;
- IV. A graduação das multas tem em atenção a gravidade do facto, o grau de culpa, o montante da lesão, o nível hierárquico, a situação económica e os antecedentes do agente e o grau de acatamento de anteriores recomendações do Tribunal – artº 67º - nº 2.

9. REFLEXÕES FINAIS

É tempo de concluir pois já vai longa a exposição e não pretendemos abusar da vossa gentileza e paciência.

A criação em 1997, de uma nova secção exclusivamente direccionada para

o julgamento das responsabilidades financeiras veio consolidar e aprofundar a reforma profunda instituída pela Lei nº 86/89 que integrou o Tribunal no novo ordenamento constitucional, democrático e garantístico dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos. O Tribunal foi estruturado como um órgão de soberania, constituído por Juízes com total independência de decisão, num modelo próprio dos tribunais judiciais dos sistemas democráticos.

A implementação da nova Secção exigiu, compreensivelmente, uma reestruturação dos meios humanos, logísticos e físicos do Tribunal que não possuía qualquer experiência no domínio do julgamento, em audiência pública, das responsabilidades.

Assim, e numa primeira fase, foram criados espaços e meios humanos afectos à Secção, que, necessariamente, receberam formação especializada.

Também se instalou uma Secretaria privativa da Secção judicial, dotada dos equipamentos imprescindíveis a uma Secretaria Judicial, nomeadamente, aparelho de fax ligado permanentemente e apto a receber, a qualquer momento, os articulados e restantes peças processuais remetidos pelos mandatários e demais intervenientes processuais, possibilitando-se, assim, o controlo dos prazos processuais que, como é sabido, são, por norma, peremptórios.

A coordenação da Secretaria Judicial é feita por um oficial de justiça com experiência dos tribunais judiciais, situação que só recentemente se concretizou mas que era fundamental para reforçar a qualidade no cumprimento processual.

A colocação dos meios humanos orientou-se pela qualidade em detrimento da quantidade e pela afectação exclusiva de funcionários ao cumprimento dos despachos processuais e demais diligências determinadas pelos Juízes, os quais, convém sublinhar, vêm, progressivamente, a redigir as sentenças e recursos por meios informáticos próprios.

Uma Secção Judicial sem sala de audiências não funciona. Dai que se tenha adaptado um espaço afecto às sessões da 1ª Secção para aí se realizarem as audiências de julgamento.

Para o efeito, a sala foi munida de meios técnicos que permitem, quer a gravação áudio, quer vídeo-conferências para a produção de prova na audiência de julgamento e a inquirição de testemunhas e demais intervenientes que, para esse efeito, se deslocam aos tribunais judiciais sediados pelas Comarcas do País.

*

Será, porventura, prematuro fazer uma avaliação global da actividade jurisdicional da 3ª Secção e das Secções Regionais uma vez que se verificavam alguns constrangimentos que se repercutiram, negativamente, no funcionamento da 3ª Secção.

Esclareça-se, desde já, que a 3ª Secção não tem qualquer interferência no maior ou menor número de processos que movimenta. A sua proactividade é nula, limita-se a receber os processos instaurados pelo M. Público ou pelas entidades a quem a lei atribui o direito de acção, subsidiário, se e quando o M. Público não requerer procedimento jurisdicional.

Por sua vez, o M. Público só tem a iniciativa de requerer o julgamento com base nos factos apurados nos relatórios das acções de controlo do Tribunal e do controlo interno, estando vinculado à factualidade ali apurada e limitado à realização de diligências complementares que se relacionem com essa factualidade.

Acresce que os responsáveis poderão, antes da propositura da acção, procederem ao pagamento voluntário, quer das multas quer das quantias a repor, extinguindo as correspondentes responsabilidades (artº 69º-nº 1 e 2-d), procedimento que o Ministério Público vem (e bem) seguindo com sucesso face ao considerável volume dos pagamentos voluntariamente efectuados.

Todos estes factores propiciam que à 3ª Secção seja distribuído um número consideravelmente menor do que os dos processos com evidenciação de infracções apuradas no Tribunal. A via é estreita porque, como se disse, aprovado relatório com infracções, é necessário que o Ministério Público:

- a) Concorde que a factualidade ali apurada integra infracções financeiras;
- b) Avalie se a prova recolhida é bastante para o sucesso da acção;
- c) Conclua que foram observados todos os requisitos e exigências legais relativas à audição dos eventuais responsáveis, especificamente, o direito do serem ouvidos sobre os factos que lhe são imputados, a respectiva qualificação, o regime legal e os montantes a pagar ou a repor (artº 13º-nº 2);
- d) Que tenha um acervo documental e factual que lhe permita, com probabilidade séria, estabelecer a imputação dos factos materiais integradores das infracções aos concretos agentes da acção ou omissão;
- e) Que, finalmente, não ocorra o pagamento voluntário.

*

Outro tipo de constrangimentos surgiu directamente relacionado com a implementação da 3ª Secção. Compreender-se-á que a novidade absoluta de se instalar uma Secção de julgamento público da responsabilidade financeira tenha causado algum sobressalto de que, aliás, demos breve nota anteriormente: novos meios humanos e logísticos, exigências próprias da constituição e funcionamento de uma Secção jurisdicional com um processo próprio mas muito lacunar em que as dúvidas e perplexidades sobre o “iter” processualmente adequado se suscitavam permanentemente afectaram a desejável estabilização funcional da Secção.

Mais tarde, com a entrada em vigor das Leis nº 48/06 e 35/07 foram introduzidas alterações relevantes em sede do processo de julgamento bem

como de conceitos estruturantes como o já referido conceito de “*pagamentos indevidos*”. Também o âmbito da jurisdição foi alargado a todo o sector empresarial público e às entidades, mesmo privadas, desde que beneficiárias de fundos públicos, o que se saúda, mas que não foi acompanhado de uma reformulação do catálogo infraccional próprio do sector público administrativo mas estranho aos novos domínios de jurisdição.

As vicissitudes e constrangimentos, descritos justificam que tenhamos recolhido os dados referentes ao último quinquénio (anos 2005 a 2009 inclusive) para elucidar a actividade da 3ª Secção e Secções jurisdicionais.

Assim:

- Foram pagas voluntariamente antes do julgamento pelos Demandados multas no valor global de *131.939,00€*;
- Foram aplicadas, por sentenças, multas aos Demandados no valor global de *181.395,00€*;
- Foram, voluntariamente, feitas reposições pelos Demandados no valor global de *13.430,00€*;
- Foram ordenadas, por sentença, reposições no valor global de *904.930,00€*;
- A quantia global recuperada para o património público foi de *1.231.694,00 Euros*.

Lisboa, 6 de Outubro de 2010

(Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes)

**AS INSTITUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLO
E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO**

*Luis Queimado**

* Auditor do Tribunal de Contas (DCP – Departamento de consultadoria e planeamento).

ÍNDICE

1. A corrupção, flagelo a nível mundial
2. Cooperação internacional, principais convenções
3. O papel das ISC na luta contra a corrupção – o Tribunal de Contas de Portugal
4. Conclusão

1. A CORRUPÇÃO, FLAGELO A NÍVEL MUNDIAL

Nos últimos quinze a vinte anos tem vindo a assistir-se a uma preocupação crescente com o fenómeno da corrupção, por parte dos Governos, dos agentes dos sectores da justiça e da investigação, de todos aqueles que operam na área das finanças públicas, quer decisores e gestores quer os que se encontram envolvidos em actividades de fiscalização e controlo, bem como de organizações internacionais, incluindo a própria a ONU, e também o Banco Mundial, a OCDE e o FMI, e organizações de instituições superiores de controlo, como a INTOSAI, a EUROSAI, a ASOSAI e a OLACEFS.

A consciencialização da gravidade dos efeitos económicos, sociais e políticos da corrupção, e da fraude, de que é inseparável, levou a que se considere hoje, consensualmente, que o fenómeno da corrupção constitui um verdadeiro flagelo que é necessário combater com a maior determinação, utilizando todos os meios disponíveis, e com a plena consciência de que se trata de um combate que exige uma ampla cooperação a nível internacional. A este propósito, importa notar que a corrupção não faz distinções políticas ou económicas estando presente em todos os tipos de regimes e modelos socioeconómicos, através do suborno, do tráfico de influências, do logro, da extorsão, do desfalque, da falsificação, do conluio e da conspiração, entre outros.

A persistência, alastramento e vulgarização da corrupção é favorecida, no plano socioeconómico, pela existência de elevados índices de pobreza, em especial em países com grandes desigualdades, em que vastas populações com fortes carências coexistem com um número reduzido, em termos relativos, de detentores de grande riqueza, situações propícias à generalização de atitudes de indiferença, resignação, tolerância ou mesmo aceitação da corrupção. No plano financeiro, pela falta de transparência das decisões, operações e procedimentos, e pela deficiente responsabilização, em especial das autoridades de mais alto nível na hierarquia do Estado, da administração pública e do sector público empresarial. Numa outra perspectiva,

não podem deixar de referir-se os *off shores*, que, para além de constituírem meios privilegiados de evasão fiscal, permitem a ocultação de verbas incalculáveis provenientes de práticas criminosas de diversa natureza, incluindo, naturalmente, a fraude e a corrupção. E não será irrelevante mencionar igualmente a existência em alguns países de legislação que, sem motivos claros, protege de forma extremada o sigilo bancário, colocando assim fortes obstáculos à detecção de situações e práticas indiciadoras de envolvimento em actos de fraude e de corrupção.

Os efeitos da corrupção são conhecidos: corrói a confiança nas instituições, designadamente as instituições políticas e judiciais, conduzindo ao menosprezo pelo primado da lei, distorce a afectação de recursos e desvirtua o funcionamento dos mercados, tem efeitos gravíssimos sobre o investimento, interno e externo, e sobre o crescimento e o desenvolvimento, causando importantes danos aos mais pobres em consequência dos desvios de verbas necessárias ao financiamento de serviços públicos essenciais, nomeadamente nas áreas da saúde e da educação. Favorece ainda a subsistência e o fortalecimento do crime organizado, que recorre sistematicamente a diversas formas de fraude e corrupção, que constituem afinal as condições essenciais da sua existência e proliferação.

2. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, PRINCIPAIS CONVENÇÕES

A cooperação a nível internacional tem-se traduzido, nomeadamente, na aprovação de diversas convenções e outros instrumentos, em que se recomenda às instituições nacionais a adopção de um conjunto de normas, políticas e procedimentos capazes de assegurar uma maior eficácia no combate à corrupção.

São de destacar, nomeadamente, as seguintes:

- A “*Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*”, que entrou em vigor em 2005, e que visa a promoção e o reforço das medidas que visam prevenir e combater de forma mais eficaz a corrupção e promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica em matéria de prevenção e de luta contra a corrupção.
- A “*Convenção da OCDE Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais*”, adoptada em 1997, em que os Estados-Membros acordam em tomar as medidas necessárias para tipificarem como infracção penal os actos de corrupção que envolvam agentes públicos estrangeiros no exercício de funções oficiais no âmbito do comércio internacional.
- A “*Convenção Relativa à Protecção dos Interesses Financeiros da Comunidade Europeia*”, adoptada em 1995, que tem em vista assegurar a contribuição eficaz das legislações penais dos Estados-Membros contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade Europeia.
- A “*Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da União Europeia*”, aprovada em 1997, que determina que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para que os comportamentos que configurem actos de corrup-

ção activa ou passiva cometida por funcionários sejam puníveis criminalmente, podendo estar sujeitos a penas de prisão bem como dar lugar a extradição.

- A “*Convenção Penal sobre a Corrupção*”, adoptada pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa em 1999, visando a incriminação de forma coordenada de um amplo conjunto de condutas de corrupção, que identifica.
- A nível regional, a “*Convenção Interamericana contra a Corrupção*”, da Organização dos Estados Americanos, aprovada em 1966, que visa promover o desenvolvimento pelos Estados membros de mecanismos destinados a prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como incentivar a cooperação entre os Estados a fim de assegurar a eficácia das medidas e acções desencadeadas naquele sentido.

3. O PAPEL DAS ISC NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO – O TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL

Considerando ser imperioso deter o alastramento da corrupção, e tendo em conta igualmente as especiais dificuldades com que depara a detecção de actos de corrupção, pela sua própria natureza, e muito embora a investigação não deva em caso algum ser descurada, antes se tornando necessário o reforço e aperfeiçoamento dos meios ao dispor dos departamentos de investigação, considera-se hoje que é a prevenção a arma mais poderosa no combate à corrupção.

As actividades de controlo financeiro e da boa gestão desenvolvidas pelas ISC, que compreendem a avaliação dos sistemas de controlo interno, a verificação da existência de boas práticas de gestão, com observância dos princípios da economia, eficiência e eficácia, e o exame das demonstrações financeiras, com vista a assegurar-se do seu rigor e fiabilidade, inserem-se no conjunto de políticas, procedimentos e acções que visam a prevenção deste fenómeno, assumindo aí um papel da maior importância.

Com efeito, e relativamente ao Tribunal de Contas de Portugal, verifica-se que a actividade que desenvolve:

- Promove a transparência, ao zelar pela prestação regular de contas e pela clareza das operações e actividades;
- Defende a legalidade e promove a responsabilização, fiscalizando e tornando públicas as situações de irresponsabilidade, de ilegalidade e de má gestão;
- Incentiva a boa gestão e defende o primado do interesse público, questionando a justificação e utilidade das acções e promovendo a recurso a processos concorrenciais;

- Contribui para o aperfeiçoamento das instituições e dos seus sistemas de controlo e gestão, ao detectar deficiências, apontando formas de as superar, e identificando áreas de risco;
- Estimula o respeito pelos princípios éticos que vinculam os serviços públicos, designadamente no tocante a conflitos de interesses, a incompatibilidades e a acumulações.
- Incentiva o aperfeiçoamento da legislação e regulamentação aplicável aos seus domínios de controlo, evidenciando falhas e lacunas e propondo as alterações que considera adequadas;
- Torna públicos os resultados das auditorias, divulgando as violações aos princípios da legalidade, bem como da economia, eficiência e eficácia, nos actos praticados por entidades públicas ou pelos seus agentes;
- Detecta e comunica indícios de corrupção ao Ministério Público, com vista ao eventual desencadear de procedimentos de investigação criminal.

O Tribunal de Contas de Portugal conduz as suas actividades, nomeadamente as acções de auditoria, com especial atenção às recomendações feitas pelas instituições internacionais. De entre estas há que destacar as seguintes:

- Reforçar a cobertura do universo de controlo;
- Intensificar e aperfeiçoar a avaliação dos sistemas de controlo interno;
- Reforçar o controlo em áreas de maior risco de fraude e corrupção;
- Reforçar o controlo de situações de conflitos de interesses;
- Reforçar o controlo das omissões e falsificações contabilísticas;

- Elaborar relatórios compreensíveis, acessíveis à generalidade dos cidadãos;
- Promover a divulgação pública dos relatórios;
- Incentivar a adopção de processos de gestão de pessoal na função pública que promovam a selecção e motivação de funcionários que se distingam pela sua integridade e competência;
- Reforçar a cooperação e a troca de experiências e informações com outras entidades nacionais e internacionais envolvidas no combate à corrupção;
- Criar e aperfeiçoar mecanismos adequados à recepção e tratamento de denúncias de irregularidades;
- Promover formação regular no domínio das técnicas e procedimentos de detecção de situações indiciadoras de corrupção.

De referir ainda que existe actualmente um amplo consenso no sentido de que o reforço da eficácia das auditorias na detecção de indícios de fraude e corrupção exige que se assuma como tarefa primordial, para além das técnicas e procedimentos tradicionais geralmente aceites, a análise das organizações na sua globalidade.

Para além destas orientações de carácter mais genérico, é também necessário considerar na realização de auditorias as normas internacionais de auditoria, “International Standards on Auditing”, da “International Federation of Accountants”, IFAC, que o Comité de Normas de Auditoria da INTOSAI tem vindo a adaptar à especificidade das acções executadas pelas ISC.

A experiência do Tribunal de Contas português levou a concluir, de forma semelhante, aliás, a Tribunais de Contas e instituições congéneres de outros países, que constituem áreas de especial risco, as seguintes operações e sectores da administração pública:

- As privatizações;
- Os contratos públicos, com destaque para os contratos de empreitadas de obras públicas e os de fornecimento;
- A atribuição de subsídios;
- A gestão, incluindo a venda, de propriedades públicas;
- Os licenciamentos;
- O recrutamento e gestão de pessoal;
- A administração local;
- A administração fiscal.

Por sua vez, considera-se que devem merecer especial atenção no planeamento e execução das auditorias, entre outros, os seguintes aspectos, susceptíveis de favorecer ou indiciar actos de fraude e corrupção:

- A excessiva concentração de poderes;
- A reduzida segregação de funções;
- A não correcção de deficiências de controlo anteriormente identificadas;
- A evidência de conflitos de interesses ou de falta de controlo nesse âmbito;
- A alteração de documentos;
- Os estudos ou projectos desnecessários ou redundantes;
- As contratações sem correspondência em necessidades reais;

- A utilização de procedimentos não concorrenciais;
- A falta de publicitação adequada dos concursos;
- A falta de separação clara, nos processos de contratação, nos planos pessoal ou institucional, entre candidatos e responsáveis pela fiscalização.

Será ainda oportuno referir a criação, em 2008, do Conselho de Prevenção da Corrupção, a que preside, por inerência, o Presidente do Tribunal de Contas. Ao Conselho, que funciona junto do Tribunal de Contas mas com inteira autonomia relativamente a este, compete, designadamente, centralizar a recolha e tratamento da informação necessária à detecção e prevenção da corrupção; dar parecer sobre a elaboração de legislação e regulamentação nacional ou internacional de prevenção ou repressão da corrupção; avaliar regularmente a eficácia dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adoptadas pela administração pública e pelo sector empresarial público para a prevenção e combate da corrupção; e colaborar na adopção de medidas internas de carácter preventivo, como sejam os códigos de conduta e as acções de formação dos agentes da administração pública.

4. CONCLUSÃO

Por fim, e numa outra perspectiva, é de sublinhar que, para além da eficácia na execução das acções de fiscalização e controlo que desenvolvem, e também como condição dessa eficácia, deverá ser uma prioridade para as ISC constituírem-se como referências de integridade, transparência, rigor e isenção política, para o que dispõem de uma situação privilegiada dada a sua vasta experiência de escrutínio das práticas vigentes em organizações muito diversas, o que especialmente as habilita e motiva para a adopção das melhores práticas.

**UMA PERSPECTIVA JURÍDICA
ACERCA DA FIGURA DO COMPARADOR DO SECTOR PÚBLICO
NAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS***

*Jorge de Faria Lopes***

* Dissertação final de Mestrado em Direito Administrativo e Contratação Pública - Orientador, Dr. Lino Torgal – Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa – 1 de Novembro de 2010.

** Mestre em Direito.

I §. Nota introdutória - delimitação do objecto

I. O “Direito da crise²”: Foi a expressão que me inspirou para redigir esta breve nota introdutória. A crise financeira ímpar que tem vindo a assolar a República Portuguesa, desde o final de 2007³, revela-se um necessário e profícuo objecto de investigação doutrinária, no plano jurídico. Enquanto conjunto de normas e princípios que ordenam a vida em sociedade segundo uma ideia de Justiça⁴, o Direito caracteriza-se pela elasticidade e adaptabilidade face às mutações, diárias, que a vida humana e social sofre nas suas múltiplas vertentes⁵, o que obriga o Jurista a um esforço constante de actualização doutrinária, legislativa e jurisprudencial, bem como, desejavelmente, de contributo para a inovação da Ciência Jurídica.

No contexto actual de crise dos mercados financeiros, crescente endividamento público e subida dos juros da dívida pública, urge reflectir sobre o papel do Estado na economia de Portugal, numa perspectiva jurídica. O modelo de governação pública em que o Estado surge como Regulador⁶ (e não Responsável Directo) da prestação de serviço público aparenta ser o que, por ora, se afigura mais ajustado. Mas a que custo?

² Expressão utilizada na Revista “O Direito”, da Faculdade de Direito de Lisboa, sob direcção de Inocêncio Galvão Telles, Ano 141.º, IV, 2009, contracapa.

³ A crise financeira mundial de 2007 a 2010 apresenta, de forma genérica, os seguintes momentos cruciais: Início da crise do *subprime* norte-americano em 2007; Crise do mercado interbancário; Falência do *Northernrock* em 2008; Receios de falência da AIG; Falência da *Lehman Brothers*; Para mais desenvolvimentos sobre a evolução cronológica dos factos relevantes desta crise, veja-se Carmen M. Reinhart e Kenneth S. Rogoff, *This Time is Different – Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2009

⁴ No sentido da definição *abreviada* proposta por Mário Bigotte Chorão, *Introdução ao Direito – O conceito de Direito*, Volume I, Almedina Coimbra, 1998, p. 55

⁵ Para uma noção do Direito como fenómeno humano e social, traduzível na conhecida expressão latina *ubi ius ibi societas*, José Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª Edição, Almedina, 2001, páginas 17 e seguintes.

⁶ Neste sentido e para um enquadramento sobre a evolução do papel do Estado na satisfação de necessidades colectivas, vide Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 16; Pedro Siza Vieira, “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 482 e seguintes; Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º9, Almedina, 2009, páginas 29 a 31.

II. A convocação, pelo Estado, de parceiros privados para o desempenho de tarefas públicas tem vindo, de forma crescente, a revelar-se a solução jurídico-financeira mais adequada em função do lenitivo fenómeno de desorçamentação que provoca, com os impactos suavizantes no endividamento público do Estado, e permitindo apresentar a contínua implementação de novas infra-estruturas de utilidade pública.

Porém, os sucessivos processos de reequilíbrio financeiro a favor de parceiros privados no âmbito de modificações contratuais operadas pelos parceiros públicos, constituem um evidente *senal de alerta* para a forma como as referidas parcerias público-privadas têm vindo a ser *preparadas* e concretizadas.

III. Por seu turno, o contribuinte destinatário (e, por vezes, utilizador) das infra-estruturas projectadas, construídas, financiadas e exploradas em *modelo PPP* desconhece o seu real *impacto* financeiro: não sabe o *quanto* e *quando* lhe vai custar a prestação de serviço público executada por aquela via.

Contudo, este desconhecimento generalizado não é mais do que a consequência de uma patologia hodiernamente em voga: a *falta de transparência* dos contornos financeiros inerentes à utilização de dinheiros públicos, designadamente no que concerne à *preparação* e *montagem* das equações financeiras que fundamentam o lançamento pelo Estado Regulador de parcerias público privadas.

À míngua de informação relevante segue-se o défice de *controlo* da natureza e impacto futuro das obrigações que o Estado Regulador assume, cada vez que celebra uma PPP, contratual ou institucionalizada. A impossibilidade de *controlo* origina, por sua vez, o *não apuramento de responsabilidades* quando, por lapso ou imprevisão, os encargos financeiros a suportar pelo erário público numa determinada PPP crescem de forma inesperada e exponencial.

IV. Neste cenário de cariz *kafkiano*, algumas perguntas inevitáveis surgem no horizonte: Estar-se-á a preparar o lançamento destas parcerias de forma rigorosa, com recurso a conhecimentos técnicos especializados? De que forma poderá o Estado Regulador evitar processos de reequilíbrio financeiro em prejuízo dos seus interesses? Será a fiscalização jurisdicional do Tribunal de Contas suficientemente eficaz para garantir o lançamento de PPP eficientes e financeiramente sustentáveis?

A resposta a estas questões deve situar-se no plano da *razão e ciência* jurídicas, tendo presente o quadro legal em vigor aplicável ao lançamento e contratação das parcerias público-privadas, não se dispensando um olhar crítico sobre a sua *real* efectividade no contexto de desconfiança sobre a bondade da via PPP, em especial no tocante aos encargos que transporta para as gerações vindouras.

V. Por esta altura do *caminho crítico* da presente reflexão, surge o seu objecto de análise: o comparador do sector público.

Ainda que de forma *subtil*, descortina-se a sua referência expressa no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril – diploma que “*tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas*”. De facto, apenas no seu preâmbulo o conceito é *expressamente* utilizado pelo legislador, referindo-se que «*o presente diploma avança ainda na consagração plena, no ordenamento jurídico português, do princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador do sector público*».

Mas, afinal, qual *a função* deste comparador do sector público? Qual a sua relevância jurídica no contexto da avaliação prévia sobre a viabilidade económico-financeira de uma PPP? *Quem* calcula o comparador? De que *forma*? *Quando* se calcula o comparador? *Como se controla* o comparador?

Na ausência de esclarecimento cabal destas questões no ordenamento jurídico português, o recurso ao conhecimento e experiência de outros países, sobre esta matéria, afigura-se imprescindível. O direito inglês e direito australiano surgem, *prima facie*, como pontos de referência nesta

matéria, uma vez considerada a origem do fenómeno das PPP (*public private partnerships*⁷).

Por outro lado, e na *malha* de procedimentos do direito da união europeia contra défices excessivos em que Portugal se move, nunca será demais sublinhar a necessidade de reflectir sobre estas questões numa *perspectiva de controlo*. Quais as melhores formas de *controlar* o rigor das avaliações e estudos financeiros prévios à concretização de uma PPP, tendo em vista uma equitativa repartição de encargos pelas gerações futuras?

VI. Pese embora a riqueza do *potencial jurídico* que a figura do comparador do sector público encerra para efeitos de investigação científica (designadamente, no que respeita à sua relevância no âmbito da execução contratual de uma PPP), a reflexão jurídica problematizante que se propõe incidirá, essencialmente, sobre três planos:

i) o da *relevância jurídica e função* do comparador do sector público, no âmbito do *procedimento de formação* de uma parceria público-privada;

ii) o da *insuficiência* do comparador no regime em vigor e necessidade de *harmonização sistemática* com o regime da contratação pública previsto no recente Código dos Contratos Públicos; e

iii) o da *necessidade de controlo* dos pressupostos de *lançamento* de uma PPP.

Na firme expectativa de poder contribuir para o levantamento e delimitação científica de algumas interrogações jurídicas que a figura do comparador do sector público suscita, deixo o seguinte plano geral de apresentação das matérias a abordar:

II §. Nota de direito comparado: as experiências inglesa e australiana

III §. O comparador do sector público na legislação portuguesa em

⁷ Para uma nota evolutiva sobre este fenómeno, John Quiggin, “Risk, PPPs and the Public Sector Comparator”, *Australian Accounting Review*, Jul 2004, 14, 2, p.51

vigor

A) – Excurso sobre as principais normas regentes: o comparador e os princípios da subsidiariedade, eficiência, responsabilidade intergeracional e controlo financeiro das PPP

B) – Contributo do controlo do Tribunal de Contas para o enquadramento jurídico do comparador do sector público

IV §. Reflexão sobre a figura do comparador do sector público

A) – Da revogação parcial do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril

B) - Das insuficiências do comparador e necessidade de harmonização sistemática com o Código dos Contratos Públicos

C) – A necessidade de controlo externo do comparador

V §. Notas finais

II §. Nota de Direito Comparado: as experiências inglesa e australiana

I. Por razões metodológicas na exposição das matérias, e tendo em vista uma maior facilidade na sua compreensão, optou-se pela autonomização da nota de direito de comparado, em momento prévio à reflexão sobre a figura do comparador do sector público no ordenamento jurídico português.

Cremos que, por esta via, abre-se caminho para uma pré-compreensão “*saudável*” da *função* desempenhada pelo comparador do sector público no quadro jurídico de dois países com experiência consolidada na sua utilização.

II. No Reino Unido a colaboração entre o sector público e sector privado sob a forma de parcerias público privadas surge em 1992, na sequência da reforma operada pelo Governo Conservador de Margaret Thatcher, e da política governamental inspirada nas regras estabelecidas pelo Secretario de Estado do Tesouro, Sir William Ryrie (*Ryrie Rules*), em 1981⁸.

Assente no princípio fundamental do *Value for Money*⁹, a decisão pública de lançamento de PPP sob o formato *Private Finance Initiative*¹⁰ encontra-se sujeita a um conjunto de orientações vinculativas¹¹ dimanadas de várias entidades governamentais, como sucede com o *Her Majesty's Treasury (HM Treasury)* e o *Office of Government Commerce (OGC)*.

III. Constituindo um dos elementos financeiros *quantitativos*¹² integrantes da análise *Value for Money* de projectos *PFI*¹³, o “*Public Sector Comparator*” (*PSC*) representa, antes de mais, uma projecção/estimativa do custo actualizado líquido de um projecto caso seja adquirido por uma via de contratação pública convencional¹⁴. Este valor servirá para ser com-

⁸ Para um enquadramento sumário da evolução política subjacente às *public private partnerships* no Reino Unido, veja-se David Heald, “Value for Money Tests and Accounting Treatment in PFI Schemes”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Vol. 16, n.º 3, 2003, p.344.

⁹ Conceito definido no HM Treasury’s *Value for Money Assessment Guidance*, November 2006, disponível em http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm, como «*optimum combination of whole-of-life costs and quality (or fitness for purpose) of the good or service to meet the user’s requirement. VfM is not the choice of goods and services based on the lowest cost bid*».

¹⁰ Ainda que direccionadas para este tipo de PPP, as orientações poderão aplicar-se a outras PPP caso as autoridades britânicas assim o entendam, conforme HM Treasury’s *Value for Money Assessment Guidance*, ob. citada, p.6.

¹¹ Entre outras, veja-se HM Treasury’s *Value for Money Assessment Guidance*, August 2004 e November 2006, *Value for Money Quantitative Assessment User Guide*, March 2007, disponíveis em http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm

¹² Conforme prevê o *Value for Money Quantitative Assessment User Guide*, ob. citada, p. 2, A.7

¹³ Em síntese, traduz um modelo concessório em que a remuneração do parceiro privado resulta de pagamentos por disponibilidade – em função de parâmetros de desempenho – efectuados pelo parceiro público. Veja-se, sobre esta matéria, António Pombeiro, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, 2003, páginas 52 a 65.

¹⁴ Conforme E. R. Yescombe, *Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance*, Elsevier, 2007, p.62, «A *PSC* (Public Sector Comparator) is an assumption of what the NPV cost (sometimes known as the net present cost (NPC)) of the Project would have

parado ao custo actualizado líquido de um projecto a desenvolver pela via PPP.

Configurando um instrumento financeiro de estimativa dos custos (e apenas destes) numa análise *custo-benefício* do projecto¹⁵, deve o mesmo ser calculado numa *fase prévia* à decisão pública de *lançamento* do procedimento de formação de uma PPP, integrando o Case Base preliminar (*Outline Business Case* - *OBC*) que estabelece, entre outros elementos, a equação financeira e os limites de sustentabilidade orçamental (*affordability*) onde se alicerça o projecto¹⁶.

IV. Na avaliação das vias possíveis de satisfação de uma determinada necessidade colectiva (*Option Appraisal*), o *OBC* integra uma avaliação do *custo-eficiência* (*cost-effectiveness*¹⁷) de um projecto desenvolvido sem recurso a uma PPP. Este valor referencial integrará uma das vias *alternativas* de concretização do projecto, face à via PPP e à via de *nada fazer* ou *fazer o mínimo* (*status quo* / *fall back position*¹⁸).

Para a elaboração da avaliação quantitativa (*quantitative assessment*) que deverá integrar o *OBC*, a entidade pública contratante deverá socorrer-se, na medida do possível, de dados relativos a outros projectos desenvolvidos, pelo que o elemento histórico – elaboração de uma base de dados (*evidence*) – configura um dos aspectos fundamentais para uma (cada vez maior) riqueza e fundamentação dos estudos que precedem a decisão pública de lançamento de uma PPP.

Para alcançar este desiderato, a experiência inglesa aponta a neces-

been had it been acquired through a conventional public-sector procurement, which is then compared with the NPV cost of the PPP».

¹⁵ Neste sentido, E. R. Yescombe, *Public-Private Partnerships* (...), ob. citada, p. 62.

¹⁶ Conforme se define no HM Treasury's *Value for Money Assessment Guidance*, 2004, o PSC configura «(...) *part of an early rigorous economic appraisal of an individual project at the stage an Outline Business Case is produced, prior to the procurement of the project, to allow projects to proceed down alternative procurement routes where they offer better value for money*» [sublinhado nosso].

¹⁷ Veja-se sobre estes conceitos, *The Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, Treasury Guidance, London, disponível para consulta em http://www.hm-treasury.gov.uk/d/green_book_complete.pdf, páginas 3 e seguintes.

¹⁸ Sobre estes conceitos também se pronuncia David Heald, *Value for Money* (...), ob. citada, p. 346.

cidade de as avaliações económico-financeiras serem disseminadas, a nível interno, pelos serviços das entidades públicas contratantes e, quando possível, publicitadas¹⁹.

Naturalmente que numa fase inicial de implementação das orientações vinculativas o grau de *certeza* das estimativas que integram a avaliação quantitativa do OBC será reduzido, dada a pouca informação (*evidence*) existente sobre a qual se possa efectuar os cálculos de custos, o que poderá conduzir facilmente à desconfiança dos operadores sobre a credibilidade dos valores apresentados.

Especial cuidado deverá, igualmente, merecer a elaboração do OBC numa fase em que os interesses políticos em presença poderão originar uma distorção (*psychological bias*) nas estimativas, através de uma escolha *premeditada* ou *arbitrária* de variáveis e parâmetros financeiros²⁰.

Por seu turno, a elaboração de um comparador do sector público em situações em que o projecto *não pode* ser implementado com recurso aos meios de provimento e financiamento do parceiro público afigura-se um exercício irrelevante²¹ para os efeitos a que se destina.

V. Para evitar alguns destes problemas, a elaboração do OBC (no plano qualitativo e quantitativo) está submetida a uma *metodologia* detalhadamente enunciada nas orientações aprovadas pela HM Treasury, compreendendo duas fases prévias ao procedimento pré-contratual (*Programme e Project Assessment*²²). Destaca-se, neste âmbito, o facto de as alterações

¹⁹ Como é referido em HM Treasury's *Value for Money Assessment Guidance*, 2004, p.11, 2.12

²⁰ Neste sentido, veja-se David Heald, *Value for Money (...)*, ob. citada, p.359, referindo que «*The fact there is no possibility of implementing the PSC because funding or borrowing approvals are not made lead to a subconscious psychological bias*». Sobre alguns dos problemas de natureza financeira que o PSC levanta, E. R. Yescombe, *Public-Private Partnerships*, ob. citada, páginas 63 e seguintes.

²¹ Conforme é referido por James Leigland / Chris Shugart, "Is the public sector comparator right for developing countries?", Gridlines note n.º 4, April 2006, Public Private Infrastructure Advisory Facility, disponível em www.ppiag.org; No mesmo sentido, Peter Fitzgerald, *Review of Partnerships Victoria Provided Infrastructure, Final Report to the Treasurer*, 2004, p. 31 «*The use of a PSC should be discontinued in circumstances where public provision has not been done in the past and is not a reasonable option going forward*».

²² Veja-se, no Anexo I, as principais questões (elencadas em *check list*) que deverão ser analisadas nestas fases, para avaliar do V/M de um projecto.

de custos entre o *OBC* e o *Final Business Case* (que acompanha a decisão de adjudicação) não implicarem, necessariamente, uma reanálise da decisão pública de lançamento do procedimento e dos estudos que a fundamentam. Os motivos desta alteração não prevista de custos deverão, então, ser analisados e integrados a base de dados (*evidence*) para o lançamento de futuros procedimentos²³.

VI. Do outro lado do globo, o Estado de Victoria foi o precursor australiano na adoção da via PPP para a realização de infra-estruturas públicas, com uma média anual de 10% do investimento público, sendo um dos estados australianos com maior experiência acumulada nesta área²⁴, reflectindo-se nas orientações vinculativas que têm sido emitidas, desde 2000, pela *Partnerships Victoria*, unidade da Divisão Comercial do Departamento do Tesouro e das Finanças (*DTF*) do *State Government of Victoria*.

Como princípios-chave regentes do modelo de governação pública implementado pelo *National Public Private Policy Framework*²⁵ relativo à utilização da via PPP, destacam-se os princípios do valor acrescentado (*Value for Money*²⁶), da prossecução do interesse público (*Public Interest*²⁷), da alocação do risco (*Risk Allocation*²⁸) e da transparência (*Trans-*

²³ HM Treasury's *Value for Money Assessment Guidance*, 2006, p.44, 5.16

²⁴ Veja-se, neste sentido, John Quiggin, "Risk, PPPs and the Public Sector Comparator", ob. citada, p. 56; Em Portugal, Pedro Silva, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público Privadas na Saúde*, Almedina, 2009, páginas 73 e 74.

²⁵ Refere-se no *National Public Private Policy Framework*, December 2008, Australian Government, disponível em <http://www.infrastructureaustralia.gov.au>, p.4, que «*The objectives of the National PPP Policy Framework are to (...) provide a framework and streamlined procedures for applying PPPs across Australia*». As orientações vinculativas que serão mencionadas incorporam referências às directrizes dimanadas da *Partnerships Victoria*, não obstante algumas terem sido substituídas pelas orientações previstas no *National Public Private Partnership Policy and Guidelines*.

²⁶ No *National Public (...)*, ob. citada, p. 10, e enquadrado no princípio do *Value for Money*, alude-se à figura do comparador do sector público: «*Quantitative factors are tested by comparing the outputs and costs of PPP proposals against a neutral benchmark, called the Public Sector Comparator, which is adjusted for risk (where these risks can be reliably quantified.*» [sublinhado nosso].

²⁷ *National Public Private (...)*, ob. citada, p. 10.

²⁸ Conforme resulta do *National Public Private (...)*, ob. citada, p. 10: «*The principle governing risk transfer is one of optimal risk allocation. Risk will be allocated to whoever is best able to manage it, taking into account public interest considerations*» [sublinhado nosso].

parency²⁹).

VIII. Assumindo posição de destaque na análise do VfM de um projecto na fase de preparação, lançamento e contratação de uma PPP, surge o conceito de “*Public Sector Comparator*”, definido como o custo *hipotético* de determinado projecto desenvolvido sem recurso a uma parceria público privada, ou seja, através exclusivamente dos meios financeiros ao dispor do Estado e pelo recurso a procedimentos de contratação pública tradicional³⁰.

Este custo *hipotético* deverá reflectir uma estimativa do valor dos riscos a suportar³¹ pela entidade pública. Neste sentido, o comparador do sector público materializa-se num valor que constitui um meio para a determinação do preço dos riscos a assumir na execução de um projecto e, subsequentemente, para a avaliação sobre a necessidade da sua transferência para um parceiro privado³².

²⁹ Destaca-se no *National Public Private (...)*, ob. citada, p. 10, a propósito do princípio da transparência: «*There should be an emphasis on transparency and disclosure of the processes and outcomes, acknowledging the need to protect commercial confidentiality where appropriate*» [sublinhado nosso].

³⁰ Veja-se a definição dada pelo *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, December 2008, disponível em <http://www.infrastructureaustralia.gov.au>, p.7: «*The PSC is an estimate of the hypothetical, whole-of-life cost of a public sector project if delivered by government*». Relativamente ao princípio da eficiência que subjaz ao cálculo do comparador no âmbito de um procedimento de contratação pública tradicional refere-se (p.7), ainda, que o PSC «*(...) is based on the most efficient likely method of providing the defined output currently available to the public sector*». Encontramos a mesma definição conceptual na *Public Sector Comparator Technical Note*, June 2001, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>, p.6.

³¹ Na terminologia utilizada no *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 7, o PSC «*(...) takes into account the potential impact of risks on the costs (and revenues) associated with a proposal over its life*».

³² De acordo com o disposto no *Practitioners' Guide*, p.4, «*(...) the Public Sector Comparator establishes a means for pricing risk*», sendo também uma importante ferramenta para determinar “*whether risks should be assumed by government, rather than government paying a higher price for their allocation to the private party*».

IX. Na experiência australiana consideram-se os seguintes quatro elementos integrantes do PSC³³:

a) O PSC *base* (o designado *Raw PSC*³⁴) que traduz o custo hipotético de um determinado projecto desenvolvido pelo Estado, com recurso aos métodos tradicionais de contratação pública e mantendo-se os bens na propriedade da entidade pública - este PSC ainda não incorpora os riscos a suportar pelo Estado e aqueles que deverão ser transferidos para o co-contratante;

b) Riscos *transferíveis* (*Transferable risks*³⁵) cujo valor deverá ser suportado pelo parceiro privado caso o projecto seja desenvolvido através de uma PPP;

c) Riscos *retidos* (*Retained risks*³⁶) cujo montante deverá permanecer junto do parceiro público, na eventualidade de o projecto ser desenvolvido através de uma PPP;

d) *Taxa de desconto* (*Discount rate*) – integrante da componente de *neutralidade competitiva*³⁷ - cujo valor representa a possível variação dos fluxos de dinheiro gerados pela infra-estrutura a ser desenvolvida, por virtude da materialização de riscos.

³³ Conforme a Partnerships Victoria's *Public Sector Comparator Technical Note*, obra citada, p. 6.

³⁴ Nos termos da definição prevista no *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 17, «*The Raw PSC is an estimate of the cost to government of delivering the reference project before taking into account adjustments for competitive neutrality and risk*» - sublinhado nosso.

³⁵ Veja-se no *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 39, «*Transferred Risks are those that are likely to be transferred to the private sector under the PPP arrangement. The type and number of risks which are classified as Transferred Risks needs to be assessed on a project by project basis*».

³⁶ Veja-se no *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 43, «*Retained Risks are those risks or parts of a risk that government proposes to bear itself under a PPP arrangement. Governments retain any risks that are not transferred to the private sector. The cost of Retained Risk provides a comprehensive measure of the full cost to government*».

³⁷ Conforme se refere no *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 23, «*Competitive Neutrality removes the net competitive advantages that accrue to a government business by virtue of its public sector ownership. This allows a like-with-like value for money assessment between a PSC and private bids, by removing the effects of public ownership and including equivalent costs that would otherwise be incurred*» - sublinhado nosso.

Das orientações da *Partnerships Victoria* retira-se que o PSC integra, apenas, *um dos elementos* a ter em consideração aquando da avaliação do valor acrescentado (VfM) de um projecto a lançar via PPP: caracteriza-se como um elemento comparativo *quantitativo*³⁸.

X. Tendo em consideração as funções³⁹ do PSC no âmbito de um procedimento de formação de uma PPP, podemos afirmar, em suma, que o mesmo integra duas modalidades:

a) Uma primeira que designaríamos de comparador do sector público *preliminar*, a integrar o *Business Case* do procedimento. Este comparador *preliminar* deverá, na medida do possível, apresentar uma estimativa global dos valores relativos aos quatro elementos acima mencionados, incluindo, portanto, estimativas do valor do risco a suportar pelo parceiro público e do risco a transferir para o parceiro privado⁴⁰;

b) Uma segunda modalidade que representa a versão *integral*⁴¹ do comparador a elaborar na fase de desenvolvimento do projecto (*Project Development*), ainda antes da divulgação do comparador do sector público no mercado – com a publicação do *Reference Project*⁴².

³⁸ Neste sentido, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 9, «A PSC is used when considering a quantitative value for money assessment in delivering a project using a PPP arrangement. In these cases, a benchmark and formal evaluation process is to be used for PPP projects to assist in the quantitative assessment of whether bids offer better value for money than public procurement» - sublinhado nosso.

³⁹ Veja-se o Anexo II, extraído do *Partnerships Victoria's Public Sector Comparator Technical Note*, páginas 70 e 71.

⁴⁰ Conforme se prevê no *Partnerships Victoria's Public Sector Comparator Technical Note*, páginas 71 e 72.

⁴¹ Com a indicação, se possível, dos quatro componentes supra identificados, conforme dispõe a *PSC Supplementary Technical Note* da *Partnerships Victoria*, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>, p.5, e baseado na construção de um *Reference Project*: «The reference project is the most likely and efficient form of public service delivery that could be employed to satisfy all elements of the output specification, as outlined in the Project brief, based on the current best practice» [sublinhado nosso].

⁴² Relativamente ao conceito de *Reference Project* salienta-se *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, obra citada, p. 7 que «The PSC reference project will be defined and costed to provide the same level and quality of service expected of the private sector» - sublinhado nosso.

Em regra, a divulgação da versão *integral* do comparador deve ocorrer com a publicação do *Reference Project*, sendo que o comparador poderá, ainda, ser *ajustado/alterado* após a recepção das propostas dos concorrentes, verificadas determinadas circunstâncias⁴³.

III §. O comparador do sector público na legislação em vigor

Tendo presentes as noções gerais enunciadas no capítulo anterior sobre a *função* e *alcance prático* do comparador do sector público, analisemos em que medida esta figura encontra acolhimento no ordenamento jurídico português, e qual a sua relevância no plano de *juridicidade* da actuação administrativa.

A) – Excurso sobre as principais normas regentes: o comparador e os princípios da subsidiariedade, eficiência, responsabilidade intergeracional e controlo financeiro das PPP

I. Após um período em que o Estado assegura, directamente e pelos seus meios, a prossecução de actividades públicas – integrante de um modelo típico de administração *prestadora* de serviços do *Welfare State* – surge um novo paradigma de modelo de governação pública com reflexos directos no tipo de responsabilidade que a Administração Pública passa a assumir no desenvolvimento e execução de tarefas públicas.

Deixa de existir uma responsabilidade *máxima* do Estado pela *execução* das tarefas de prestação para passar a existir uma responsabilidade pública de *garantia* ou de *controlo* das tarefas públicas desenvolvidas pelos particulares. E porque estas actividades públicas privatizadas são, em regra, actividades de interesse geral, o Estado passa de responsável pela tarefa administrativa de prestação – que foi *privatizada* – a *regulador* da mesma⁴⁴.

⁴³ «*The PSC should be changed after bids are received if it becomes apparent a significant component has been mispriced or omitted*» [sublinhado nosso], conforme resulta da *PSC Supplementary Technical Note* da *Partnerships Victoria*, p.15.

⁴⁴ Neste sentido veja-se Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*, obra citada, páginas 16 e seguintes.

Na verdade, o excessivo endividamento público resultante de um modelo de Estado prestador de serviço público originou a necessidade de convocar o sector privado para o desempenho de tarefas públicas, permitindo retirar-se proveito da capacidade de gestão das entidades de direito privado, tendo em vista a melhoria da qualidade do serviço prestado aos utentes/contribuintes e a racionalização e eficiência na utilização dos dinheiros públicos⁴⁵.

II. Consabidamente, uma das formas de colaboração jurídica entre o Estado e o sector privado na prestação de serviços públicos é o desenvolvimento de parcerias público-privadas (PPP)⁴⁶.

No ordenamento jurídico português existe um diploma legal que tem, precisamente, por objecto, a «*definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas*»⁴⁷; o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (doravante designado RJPPP)⁴⁸.

⁴⁵ Conforme dispõe o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

⁴⁶ Sobre o conceito de parceria público privada, Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, 2005, p.328, refere que «*independentemente dos seus específicos contornos legais, a noção de parceria público-privada refere-se a uma qualquer forma de cooperação entre actores públicos e actores privados para a realização de determinados objectivos. A cooperação pode ter subjacente uma complementariedade de fins entre a intervenção pública e privada (“parcerias em rede”) ou uma divergência de finalidades e objectivos a alcançar por via da parceria: o parceiro público participa para cumprir as suas missões de interesse público e o parceiro privado participa para obter lucros (“parcerias contratuais” e “associativas”). Quanto à sua génese, a parceria poderá resultar de uma cooperação informal, mas, na maior parte dos casos, é formalizada, num contrato de sociedade (parcerias associativas ou institucionais) ou de cooperação (parcerias contratuais)*» [sublinhado nosso]. Sobre os tipos de contratos que uma PPP pode consubstanciar, veja-se Pedro Siza Vieira, “Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal”, *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, 2004 e António Pombeiro, *as PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, obra citada, páginas 52 a 65, onde invoca os conceitos britânicos de *Contract Services* e *Turnkey Projects* (onde se incluem os contratos *PFI – Private Finance Initiative*, onde a remuneração do parceiro privado resulta de pagamentos por disponibilidade – em função de parâmetros de desempenho – efectuados pelo parceiro público).

⁴⁷ Conforme artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

⁴⁸ Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril que sofreu alterações com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho. Sobre a vocação, finalidade e *marca genética* deste diploma, por confronto com o Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decre-

Não obstante a existência de alguma discussão⁴⁹ em torno da sua revogação com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro, é nele que encontramos uma definição *legal*⁵⁰ de parceria público-privada, consistindo esta no «*contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*».

As suas finalidades essenciais traduzem-se no «*acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria significativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público*»⁵¹ [sublinhado nosso].

to-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, veja-se Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, obra citada, páginas 147 e seguintes.

⁴⁹ Sobre os contornos específicos do problema levantado pela “*confusa*” norma prevista no artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro que aprova o Código dos Contratos Públicos, veja-se Pedro Siza Vieira, no sentido da revogação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril pelo CCP, in “O Códigos dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 512 a 517; Em sentido contrário pronuncia-se Pedro Nuno Rodrigues, “As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular”, *Revista de Direito Público e Regulação do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, n.º 3, Setembro de 2009, páginas 63 a 69.

⁵⁰ Cfr. artigo 2.º, n.º1, do RJPPP.

⁵¹ Veja-se o artigo 4.º do RJPPP.

III. Deste modo, e sob a égide do princípio da *eficiência*⁵² na utilização de recursos públicos, o RJPPP vem estabelecer, no seu artigo 6.º, um conjunto vasto de pressupostos a reunir para o *lançamento*⁵³ de uma parceria público privada. Deles resultam alguns princípios basilares de uma

⁵² Parâmetro de organização da Administração Pública (cfr. artigo 267.º, números 1 e 2 e artigo 81.º, n.º1, alínea c), da CRP) ou vector da acção administrativa (cfr. artigo 10.º do CPA), este princípio traduz «o modo de realização óptima dos fins da Administração», conforme Pedro Melo, “O juízo de eficiência na alteração das circunstâncias das parcerias público-privadas”, *Revista O Direito*, Ano 141, IV, Almedina, 2009, páginas 913 a 925, trabalhando este Autor na construção dogmática do princípio da eficiência da actividade administrativa e respectiva articulação com o regime das parcerias público-privadas. Sobre o enquadramento constitucional da *regra de eficiência* na actuação administrativa, Paulo Otero, *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995, páginas 638 a 649, onde o Autor refere que a Administração Pública é chamada a concretizar a tarefa fundamental de promoção do bem-estar como verdadeiro *dever constitucional*, implicando este dever uma regra obrigatória de *eficiência* na actividade administrativa. Veja-se, também, Diogo Freitas do Amaral, com a colaboração de Lino Torgal, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2001, páginas 38 a 40, referindo-se ao *dever jurídico imperfeito* de boa administração, ou o princípio da eficiência, insusceptível de controlo jurisdicional ao contrário dos verdadeiros deveres jurídicos resultantes dos princípios da proporcionalidade e imparcialidade cujo desrespeito representa uma ilegalidade susceptível de invalidação judicial.

⁵³ Afigura-se necessário efectuar um esforço hermenêutico de articulação dos conceitos jurídicos de *decisão de lançamento* de uma parceria público-privada (previsto no artigo 10.º do RJPPP) e a *decisão de contratar* ou de *abertura* de um procedimento pré-contratual contemplada nos artigos 36.º e 37.º do CCP. A *decisão de lançamento* de uma parceria público-privada integra uma avaliação política, administrativa, jurídica e financeira sobre a viabilidade da parceria público-privada face a meios alternativos de configuração jurídica do projecto, a integrar um *procedimento prévio* ao procedimento adjudicatório, conforme refere Mark Kirkby, “O diálogo concorrencial”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, página 307. Assim, e num esforço de harmonização sistemática entre o disposto no artigo 10.º do RJPPP e as normas dos artigos 36.º e 37.º do CCP, diremos que a *decisão de lançamento* de uma parceria público privada representa o culminar de um *sub-procedimento prévio* ao procedimento pré-contratual propriamente dito, sem prejuízo de “materialmente” consubstanciar uma verdadeira *decisão de contratar* para efeitos de determinar o início do procedimento de formação da parceria público privada. A propósito do momento em que o procedimento de formação de um contrato público se *inicia*, veja-se Margarida Olazabal Cabral, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1997, p. 142; Sobre a caracterização da *decisão de contratar* como *acto inicial e propulsivo* do procedimento pré-contratual que «envolve necessariamente a apreciação de um ou mais interesses públicos cuja prossecução represente atribuição do Estado e a identificação do contrato e, dentro deste amplo género, de um contrato com determinada causa-função, como meio mais idóneo para satisfazê-lo(s)», veja-se Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina Coimbra, 1987, páginas 537 e seguintes. Este Autor aborda, igualmente, a questão relativa à *gênese jurídica* da *decisão de contratar* (páginas 663 e seguintes), realçando que «a *decisão ou deliberação de contratar* apoia-se primeiramente numa *escolha do fim a prosseguir através do contrato*, na qual por seu turno se conclui uma *hierarquização de necessidades vitais para a comunidade* correspondente às atribuições da pessoa colectiva, cujas premências têm de ser

actividade cujo traço identificador consiste no «*desenvolvimento de projectos estruturantes e a inerente criação de encargos de médio ou longo prazo para o parceiro público ou para o Estado, que poderão perdurar por várias gerações*»⁵⁴.

Desde logo, e com relevância para a matéria sob apreciação, destaca-se o princípio da *subsidiariedade* das parcerias, impondo que estas devem apresentar *vantagens* relativamente a outras formas de alcançar os mesmos fins⁵⁵. Esta ideia de *subsidiariedade* encontra o seu fundamento na referida *eficiência e racionalização de meios a utilizar* em que deve alicerçar-se a própria *autonomia pública contratual*⁵⁶ subjacente à decisão de contratar pela via PPP.

Encontramos algumas manifestações deste princípio de *subsidiariedade* na letra do RJPPP, designadamente:

a) No artigo 6.º, n.º1, alínea c), quando se determina que o *lançamento e a contratação de uma parceria público-privada pressupõem «(...) a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental, (...)»* [sublinhado nosso];

b) A norma prevista no artigo 8.º, n.º 7, alínea d), determina que «*Compete à comissão de acompanhamento (...) apresentar, quando solici-*

ponderadas comparativamente segundo um critério teleológico, isto é, à luz de um interesse público de grau superior aos interesses hierarquizados para o efeito de ordem de satisfação, que é o interesse da racionalização dos meios a utilizar, erigido, no artigo 267.º, n.º 4, da Constituição, em critério fundamental da actividade administrativa. Deste interesse público, que é ao mesmo tempo um critério de valoração de outros interesses públicos, recebe a Administração em cada momento uma directriz de actuação preparatória que condiciona o exercício de todos os seus poderes, incluindo os contratuais» [sublinhado nosso]. Sobre a articulação dos conceitos de “decisão de contratar”, “decisão de escolha do procedimento” e “decisão de autorização de despesa”, Tiago Duarte, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 172 a 179.

⁵⁴ Conforme resulta do segundo parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁵⁵ Neste sentido, vide Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas (...)*, obra citada, p. 329.

⁵⁶ Veja-se, neste sentido, Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual (...)*, ob. citada, páginas 664 a 667.

tado, o desenvolvimento e aprofundamento do estudo estratégico da parceria e a justificação do modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira»;

c) A propósito da função da comissão de avaliação das propostas, no decurso do procedimento de formação de uma PPP, o artigo 9.º, n.º2 *estende a relevância da avaliação do pressuposto enunciado na alínea a) anterior para a fase do procedimento pré-contratual, «(...) para além da avaliação do respectivo mérito relativo(...)» das propostas;*

d) No tocante ao acto de adjudicação em procedimento de formação de parceria público privada, o artigo 11.º, n.º1 vem sublinhar, novamente, a necessidade de avaliação da conformidade do relatório apresentado pela comissão de avaliação de propostas *«(...) com o disposto no n.º1 do artigo 6.º e no artigo 7.º, bem como nas alíneas c) a g) do n.º 4 do artigo anterior»;*

e) No artigo 11.º, n.º3⁵⁷ quando se releva que *«A qualquer momento da escolha do processo de selecção do parceiro privado pode dar-se por interrompido ou anulado o processo em curso, mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial e sem direito a qualquer indemnização, sempre que, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até então e os resultados das negociações levadas a cabo com os candidatos não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria, incluindo a respectiva comportabilidade dos encargos globais estimados»* [sublinhado nosso].

IV. Dos excertos legais transcritos no ponto anterior resulta, então, que o princípio da *subsidiariedade* das parcerias implica a *avaliação das vantagens financeiras comparativas* de uma PPP *face a formas alternativas* de alcançar os mesmos fins. Esta avaliação de vantagens comparativas deve efectuar-se, de acordo com o disposto no RJPPP, em 3 momentos:

a) *antes* do lançamento da PPP, de acordo com o disposto no artigo

⁵⁷ Adiante será analisada a revogação desta norma face à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos.

6.º, n.º1, c) e artigo 8.º, n.º7, alínea d) daquele diploma;

b) *durante* o procedimento de formação de uma PPP, nos termos do disposto no artigo 9.º, n.º2 e artigo 11.º, n.º3, do mesmo diploma legal; e

c) especificamente, *antes* do acto de adjudicação, conforme resulta do artigo 11.º, números 2 e 3.

V. Consciente da necessidade de assegurar a efectividade dos princípios da *eficiência* e *subsidiariedade* no recurso à via PPP, o legislador promove, no RJPPP, um «*incremento do controlo financeiro no lançamento de novas parcerias, nas alterações a contratos de parcerias já celebrados ou em outras situações susceptíveis de gerarem um aumento de encargos para o parceiro privado*»⁵⁸.

Neste contexto, o aumento de efectividade dos princípios da *subsidiariedade* e *eficiência* das PPP, através do controlo financeiro sobre «*o rigor e a exacta ponderação dos custos e benefícios das opções tomadas, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental*»⁵⁹ e a verificação de uma *efectiva transferência de risco* para os parceiros privados⁶⁰, permite assegurar o respeito pelo princípio da *responsabilidade inter-geracional*⁶¹ na repartição futura de encargos originados em parcerias público privadas.

⁵⁸ Descobre-se esta *intenção* do legislador da leitura do parágrafo quarto do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁵⁹ Cfr. segundo parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁶⁰ Conforme sublinha Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas (...)*, obra citada, p. 330, realçando o Autor um princípio inerente ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas de «*identificação clara da partilha de riscos e da efectiva transferência de risco para o parceiro privado*». A partilha de riscos releva, igualmente, para efeitos de contabilização *off balance* dos encargos do Estado com as parcerias público-privadas, conforme as regras definidas pelo Eurostat, através da sua Decisão n.º 18/2004, de 11 de Fevereiro.

⁶¹ Como adiante voltará a ser mencionado, a propósito da intervenção do Tribunal de Contas no controlo financeiro externo das parcerias público privadas, a necessidade de *controlo* das contas públicas afigura-se imprescindível para a garantia da ética de responsabilidade inter-geracional e, por outro lado, para o conhecimento, de forma *transparente*, dos verdadeiros impactos macroeconómicos da acção do sector público. Neste sentido, veja-se Vítor Bento, “A Desorçamentação das Despesas Públicas”, *Colóquio sobre o tema Controlo Orçamental e Desorçamentação, Ordem dos Economistas, 9 de Outubro de 2000, Revista do Tribunal de Contas, n.º34, 2000*, páginas 25 a 28.

Assim, podemos afirmar que o princípio de controlo financeiro que perpassa as normas do RJPPP, ainda que numa perspectiva de controlo *interno*⁶², integra um vector fundamental na actividade de preparação, lançamento e contratação de PPP, assegurando a efectiva *operatividade* dos instrumentos jurídico-financeiros que lhe subjazem.

Nunca será demais enaltecer que estes princípios da actividade administrativa⁶³, enquanto *comandos de maximização* ou “*mandatos de optimização*”⁶⁴, afiguram-se susceptíveis de reger qualquer PPP que a Administração Pública decida lançar, na medida do possível, não abrangendo apenas os projectos que envolvam, cumulativamente, um *encargo acumulado actualizado* de, no mínimo, 10 milhões de euros e um *investimento* de, no mínimo, 25 milhões de euros⁶⁵.

VI. Repare-se que a necessidade de observância destes princípios (em especial, da *eficiência*) resulta, igualmente, de uma leitura do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto⁶⁶, quando se sublinha a necessidade de a contratação de PPP na área da saúde dever ser precedida de uma *avaliação prévia sobre a sua economia, eficiência e eficácia*.

⁶² Neste sentido, veja-se, entre outras, as normas previstas nos artigos 5.º, 10.º, números 3 e 4, 11.º, n.º1, 12.º e 13.º do RJPPP. Por outro lado, a Parpública, Participações Públicas (SGPS) está incumbida de prestar apoio técnico ao controlo interno efectuado pelo Ministro das Finanças, cfr. Despacho Normativo n.º 35/2003 de 20 de Agosto.

⁶³ Enquanto manifestações associadas ao princípio da prossecução do interesse público (artigo 266.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa e artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo).

⁶⁴ Conforme a terminologia utilizada por Robert Alexy, “Sobre la Estructura de Los Principios Jurídicos”, *Três Escritos Sobre Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Los Principios*, 2003, p. 95 *apud* Pedro Melo, “O juízo de eficiência (...)”, obra citada, p. 915.

⁶⁵ Conforme resulta do *limite* relativo ao âmbito de aplicação *objectivo* do RJPPP previsto no artigo 2.º, n.º5, alínea d), do RJPPP, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho. Veremos, adiante, qual o papel reservado aos princípios jurídicos previstos no RJPPP no que respeita ao sentido a atribuir à norma daquele preceito legal.

⁶⁶ Prevê um regime sectorial especial, definindo (cfr. artigo 1.º), «os princípios e os instrumentos para o estabelecimento de parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, entre o Ministério da Saúde ou instituições e serviços no Serviço Nacional de Saúde e outras entidades». Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 2º deste diploma, o estabelecimento de parcerias em saúde tem por objecto a «associação duradoura de entidades dos sectores privado e social à realização directa de prestações de saúde, ao nível dos cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, ou o apoio directo ou indirecto à sua realização no âmbito do serviço público de saúde assegurado pelo Serviço Nacional de Saúde».

Por outro lado, no plano do controlo financeiro, estabelece-se que a competência para *superintender no acompanhamento e fiscalização da execução da parceria* cabe ao Ministro da Saúde, e que a competência para *controlar as implicações financeiras decorrentes da celebração dos contratos de gestão*, em momento prévio à adjudicação, e assegurar o *controlo concomitante e a posteriori* da execução contratual da parceria é atribuída ao Ministro das Finanças⁶⁷.

VII. Encontram-se, igualmente, repercussões destes comandos de *maximização* na Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto - Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)⁶⁸.

Conforme foi referido supra⁶⁹, o artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP determina que um dos pressupostos para o lançamento de uma PPP consiste na «*configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental (...)*».

Ora, a *eficiência e subsidiariedade* no recurso à via PPP reflecte-se no artigo 19.º, n.º2, da LEO quando prevê que «*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sem-*

⁶⁷ Cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea f) e artigo 12.º, n.º2, do referido diploma legal. Neste sentido, veja-se João Parente, Fernanda Xirepe Silveiro e Paula Louro, “Estudo n.º 13/2002 – DCP – Parcerias em Saúde”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º38, 2002, p.74. Em 2001, já havia sido criada a Estrutura de Missão Parcerias Saúde, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 162/2001, de 16 de Novembro, com a função de, na directa dependência do Ministro da Saúde, executar estratégias de promoção de formas inovadoras de gestão no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, designadamente através de parcerias público privadas. Esta estrutura foi extinta, a partir de dia 31 de Dezembro de 2010, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 136/2010, de 27 de Dezembro, por integração na Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (ACSS, I.P.).

⁶⁸ Para uma visão geral sobre o enquadramento orçamental das PPP, Teodora Cardoso, “Enquadramento Orçamental das PPP”, *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, 2004; Lei que sofreu alterações introduzidas pela Lei n.º2/2002, de 28 de Agosto, Lei n.º 23/2003, de 02 de Julho, Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto e Lei n.º 48/2010, de 19 de Outubro.

⁶⁹ III. §, A), Ponto III.

pre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida» [sublinhado nosso].

Por seu turno, e para além das normas atinentes aos enunciados princípios da *eficiência* e *subsidiariedade* das PPP, o artigo 18.º, n.º3, alínea d), da LEO vem estabelecer que a estruturação do orçamento por programas deve aplicar-se às *despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado*.

Por esta via, o princípio da *responsabilidade inter-geracional* cristaliza-se nas normas da LEO cuja lógica inerente de racionalização e optimização da despesa pública de uma PPP permite o enquadramento orçamental num «*horizonte temporal mais dilatado do que o ano económico, sendo que a economicidade, eficiência e eficácia na execução do orçamento dependem, em grande medida do grau de perspectivação das verbas inscritas num contexto plurianual*», por um lado, porque a rigidez da despesa pública obriga a que as prioridades do Governo sejam pensadas num período mais alargado do que o anual e, por outro, porque o orçamento só cumprirá uma função de estabilização da economia se for feito numa perspectiva plurianual⁷⁰» [sublinhado nosso].

Em sentido complementar, e reforçando a ideia de controlo⁷¹ da despesa pública com base no estabelecimento, pelo legislador, de limitações de natureza *substantiva*⁷², o artigo 31.º, n.º1, alínea l), da LEO vem determinar que do articulado da Lei de Orçamento de Estado conste a

⁷⁰ Conforme é referido por Guilherme d'Oliveira Martins, Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins e Maria d'Oliveira Martins, *Lei de Enquadramento Orçamental – comentada e anotada*, 2ª edição, Almedina, 2009, p.131, nota 2. Veja-se, igualmente, Teodora Cardoso, “Enquadramento orçamental das PPP”, obra citada, quando salienta a necessidade do enquadramento orçamental das PPP «passar a incorporar critérios e regras de sustentabilidade das despesas e da dívida públicas a médio e longo prazo, para além da simples fixação anual das dotações e previsões de receitas».

⁷¹ O controlo da despesa pública pode ser enquadrado em três tipos de fiscalização: administrativa, jurisdicional e política. A este propósito, veja-se a anotação ao artigo 58.º da Lei de Enquadramento Orçamental, sob a epígrafe “Controlo orçamental”, de Guilherme d'Oliveira Martins, Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins e Maria d'Oliveira Martins, *Lei de Enquadramento (...)*, obra citada, páginas 272 a 282.

⁷² Neste sentido, veja-se Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público-Privadas*, ob. citada, p.198; Já Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual (...)*, ob. citada, p.673, a propósito da possibilidade de controlo jurídico negativo da “relação fim-meio” inerente à decisão de contratar, referia que «Um característico limite de legalidade da decisão ou deliberação de contratar é o cabimento em verba orçamental legalmente aplicável dos encargos resultantes do contrato previsto» [sublinhado nosso].

«determinação do limite máximo de eventuais compromissos a assumir com contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado» [sublinhado nosso].

Do acervo de normas enunciadas resulta clara uma específica intenção de promover o desenvolvimento de parcerias público-privadas que assentem em condições financeiras *sustentáveis* ao longo do respectivo período de vigência, procurando evitar-se a assunção futura de encargos que sejam inoportunos para o erário público⁷³. Esta *finalidade* apenas poderá ser alcançada através da utilização pela Administração Pública, no espaço de autonomia pública contratual que dispõe, dos *meios* que se revelem mais adequados, indispensáveis e razoáveis⁷⁴, em conformidade com os parâmetros jurídicos extraídos, essencialmente, da lei e dos princípios estruturantes da actividade de lançamento e contratação de parcerias público-privadas acima enunciados.

VIII. Efectuado o enquadramento dos princípios da *eficiência, subsidiariedade, responsabilidade inter-geracional e controlo financeiro*⁷⁵ na preparação, lançamento e contratação de parcerias público-privadas nos diplomas legais em vigor, afigura-se oportuno efectuar, desde já, algumas considerações preliminares.

Em primeiro lugar, convirá salientar a ausência de consagração legal *expressa* da figura do comparador do sector público e respectivos contornos individualizadores em qualquer dos diplomas legais acima mencionados.

⁷³ Neste sentido, e sobre a relação entre as parcerias público-privadas e a lei de enquadramento orçamental, vide Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009, páginas 330 a 337.

⁷⁴ Relativamente à necessidade de se atender, igualmente, a parâmetros jurídicos resultantes do *princípio da proporcionalidade*, enquanto *limite interno* da decisão de contratar, Sérvulo Correia, *A Legalidade e Autonomia Contratual (...)*, ob.citada, páginas 668 a 674.

⁷⁵ Sobre a concepção teórica das funções do Estado em que a vertente da *fiscalização e controlo* surgem autonomizadas face à decisão política conformadora ou fundamental e a execução da decisão política através de legislação, administração e jurisdição, conforme preconizou Karl Loewenstein, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000, páginas 15 e 16, nota 2.

Da interpretação jurídica conjugada dos artigos 6.º, n.º1, alínea c), RJPPP e 19.º, n.º2, da LEO apenas resulta, de forma *implícita* (atendendo ao disposto no preâmbulo do RJPPP), que o comparador do sector público integrará um *programa alternativo* à opção PPP, visando a obtenção dos mesmos objectivos desta mas com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas.

Não obstante o referido, verificamos que a figura do comparador do sector público, ainda que imperfeitamente expressa na letra da lei, irradia uma *normatividade* assente em princípios estruturantes da actividade administrativa e em normas jurídicas.

Por um lado, a necessidade de elaboração de um comparador do sector público encontra fundamento em diversos princípios estruturantes da actividade administrativa de preparação, lançamento e contratação pública de parcerias público privadas, com especial destaque para os princípios da *eficiência* e da *prosecução do interesse público*, por força do disposto no artigo 266.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa e artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo.

Por outro lado, e numa perspectiva mais restrita⁷⁶, a elaboração do comparador do sector público resulta de uma exigência de *preferência* ou *prevalência de lei*⁷⁷, sob pena de violação das vinculações legais previstas nos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP⁷⁸ e 19.º, n.º2, da LEO.

Sem prejuízo da configuração *aberta*⁷⁹ das referidas normas, resulta clara uma *vinculação legal* de *elaboração* de um *programa alternativo* (presumimos, o comparador do sector público), em momento prévio ao lançamento de uma PPP, que permita uma avaliação da sua economia,

⁷⁶ Considerando que a lei, no sentido de preferência de lei, passou a ser concebida como preferência da ordem jurídica globalmente considerada, como *bloco de legalidade* que funciona como parâmetro da *juridicidade* da actividade administrativa. Neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, 3ª Edição, Dom Quixote, página 157.

⁷⁷ Sobre as diferentes dimensões do princípio da legalidade, veja-se Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª Edição, págs. 85 a 91.

⁷⁸ Veremos, adiante, o entendimento perfilhado quanto à revogação (apenas) parcial do RJPPP com a entrada em vigor do CCP.

⁷⁹ Sobre as vinculações legais dos pressupostos e elementos da conduta administrativa e limites imanentes da margem de livre decisão, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais*, obra citada, páginas 201 a 205.

eficiência e eficácia em comparação com formas alternativas de provimento da tarefa pública.

Para além da vinculação legal de *elaboração* do comparador do sector público em momento prévio ao *lançamento* de uma PPP, resulta da letra do RJPPP uma exigência de *avaliação* da vantagem económico-financeira da PPP, face a formas alternativas de provimento (onde se inclui a via de contratação pública tradicional), a efectuar em 3 momentos expressamente consagrados: *antes* do lançamento da PPP, *durante* o procedimento de formação, e, especificamente, *antes* do acto de adjudicação⁸⁰. Esta avaliação económico-financeira deverá considerar, entre outros elementos, o *instrumento* do comparador do sector público.

Afigura-se, igualmente, relevante salientar que resulta do RJPPP que as entidades responsáveis pela elaboração e avaliação dos elementos financeiros (entre eles, o comparador do sector público) de suporte ao lançamento e contratação de uma PPP variam consoante a fase dos respectivos procedimentos: antes do lançamento da PPP, esta tarefa caberá, quando solicitado, à *comissão de acompanhamento* (cfr. art. 8.º, n.º 7, alínea d)).

IX. Tendo em consideração o enquadramento normativo do comparador do sector público e sua relevância no plano de *juridicidade*⁸¹ da acti-

⁸⁰ Cfr. artigos 8.º, n.º7, alínea d), 10.º, números 2 e 3 (na fase prévia ao lançamento da PPP), 9.º, n.º2 (durante o procedimento pré-contratual) e 11.º, n.º1 (antes da adjudicação), do RJPPP.

⁸¹ Decorre da análise ao enquadramento normativo da figura do comparador do sector público no ordenamento jurídico português que a sua relevância jurídica se apura no quadro da vinculação legal constante do artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e do artigo 19.º, n.º2, da LEO, e das manifestações de vários princípios gerais de direito que apontam para a necessidade de avaliação do *Value for Money* da via PPP em momento prévio ao seu lançamento e durante o respectivo procedimento de formação, tendo em vista a sustentabilidade económico-financeira do projecto. Conforme ensina Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública* (...), obra citada, p. 290, «a noção operativa da legalidade não se circunscreve hoje às normas positivas criadas no âmbito de uma postura voluntarista das estruturas decisórias do poder político: o desenvolvimento do Direito Administrativo de um Estado de Direito material impõe que a legalidade administrativa, sem prejuízo de compreender também uma dimensão de legalidade democrática (...) não se circunscreva ao Direito positivo ou Direito escrito, albergando também no seu seio um “Direito inorganizado ou não escrito”, compreendendo o costume, os princípios gerais de Direito e a própria “ideia de Direito”, incluindo-se aqui princípios jurídicos fundamentais que, independentemente de estarem ou não positivados, vinculam e limitam todo o poder público, desde o legislador constituinte até ao mais modesto agente ou funcionário administrativo. Neste contexto reside o cerne

vidade da Administração Pública, consideramos oportuno analisar, ainda que de forma perfunctória, o trabalho de fiscalização realizado pelo Tribunal de Contas aos procedimentos de formação e respectiva execução contratual de parcerias público-privadas: julgamos que da análise da vertente do *controlo financeiro* resultará, por um lado, um contributo para a compreensão da *função* do comparador do sector público no procedimento de formação de uma PPP e, por outro lado, uma base para a reflexão adiante efectuada sobre a *necessidade de controlo externo* do comparador.

B) – Contributo do controlo do Tribunal de Contas para o enquadramento jurídico do comparador do sector público

I. Ao lado do controlo financeiro *interno*⁸² levado a cabo por entidades integrantes do poder executivo, sempre existiu a necessidade de, em Estados Democráticos de Direito, confiar a actividade de fiscalização da legalidade e boa gestão dos dinheiros públicos a entidades com verdadeira independência institucional, órgãos de soberania com estatuto constitucional⁸³, *externos* ao Governo⁸⁴.

do princípio da juridicidade e a base de um Estado de Direito material ou Estado de juridicidade» [sublinhado nosso].

⁸² Sobre a diferença entre *controlo interno* (ou *auto-controlo*) e *controlo externo* da actividade administrativa, José F. F. Tavares, *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, Almedina, 2004, páginas 223 a 227. Para um enquadramento sobre as diferenças entre a actividade de *avaliação* e a actividade de *controlo da legalidade* e *controlo da boa gestão* desenvolvidas pelo Tribunal de Contas, José F. F. Tavares, *Estudos de Administração (...)*, ob. citada, páginas 189 a 195.

⁸³ O artigo 214.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa qualifica o Tribunal de Contas como o *órgão supremo de fiscalização* da legalidade das despesas públicas. Para uma breve caracterização jurídico-constitucional do Tribunal de Contas, como órgão titular de poderes de *controlo financeiro* e de, *complementarmente*, poderes *jurisdicionais* de julgamento da responsabilidade financeira e concessão ou recusa de visto, veja-se José F. F. Tavares, “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º71, Setembro/Outubro 2008, páginas 38 e 39.

⁸⁴ Conforme aponta António de Sousa Franco, “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro com Carácter Jurisdicional”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 19 e 20, Julho/Dezembro 1993, Tomo I, páginas 38 a 41, a fiscalização interna, em democracia, «*não garante juízos fiáveis*», uma vez que se encontra «*sempre dependente, sempre comprometida com a própria responsabilidade de gestão*», sendo o princípio da responsabilidade financeira de todos os que gerem dinheiros públicos essencial para a *democracia financeira* e constituindo, por conseguinte, a necessidade de fiscalização jurisdicional e téc-

Deste modo, e no contexto português de controlo financeiro externo em que vigora um *Sistema de Tribunal de Contas*⁸⁵, é a este órgão soberano que cabe a fiscalização jurisdicional e técnica das despesas públicas envolvidas na concretização de parcerias público-privadas, atendendo, em especial, à economia, eficácia e eficiência dos projectos⁸⁶.

II. Constatada a necessidade de avaliar a legalidade – numa perspectiva *substancial*⁸⁷ – dos procedimentos de formação e respectivos contratos celebrados em regime de parceria público privada, e com base na experiência e conhecimentos recolhidos na última década⁸⁸, o Tribunal de

nica pelo Tribunal de Contas uma manifestação do princípio da separação de poderes e funções do Estado.

⁸⁵ Para uma caracterização do *Sistema de Tribunal de Contas*, por contraposição ao *Sistema de Auditor-Geral* (existente no Reino Unido e na Austrália), veja-se António de Sousa Franco, “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro (...)”, obra citada, páginas 48 a 56, caracterizando-se o Sistema de Tribunal de Contas por ter uma *estrutura colegial*, dotada de *poderes jurisdicionais* e de *poderes não jurisdicionais de mero controlo financeiro*. Em sentido similar, Sérgio Gonçalves do Cabo, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes, Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, páginas 129 a 135 e José F. F. Tavares, *Estudos de Administração* (...), páginas 233 a 236.

⁸⁶ Neste sentido, veja-se António de Sousa Franco, “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro (...)”, obra citada, páginas 48 a 56 e 97 a 102, referindo que o *controlo técnico*, atendendo a critérios objectivos económico-financeiros, pelo Tribunal de Contas não implica a formulação de juízos políticos de *oportunidade* ou *conveniência* e a violação do princípio da separação de poderes. No mesmo sentido pronuncia-se José F.F. Tavares, “Extensão e limites (...)”, obra citada, p. 39.

⁸⁷ No sentido da necessária fiscalização da legalidade em sentido *substancial*, «*integrando critérios de avaliação da utilidade social conseguida pela actividade financeira e não meramente formal ou exterior*», veja-se António de Sousa Franco “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro (...)”, obra citada, p. 101.

⁸⁸ Para uma contextualização sobre os principais relatórios de auditoria elaborados pelo Tribunal de Contas no âmbito da sua actividade de fiscalização da economicidade e eficiência na utilização de dinheiros públicos, veja-se *Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvido de Auditorias Externas a PPP*, Tribunal de Contas, 2008, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/LinhasOrientaPPP.pdf>, páginas 2 a 5. Relatório de Auditoria do TC n.º 31/2000 (Concessão Lusoponte); Relatório de Auditoria do TC n.º 47/2000 (Concessão Lusoponte); Relatório de Auditoria do TC n.º 24/2002 (Concessão de transporte ferroviário); Relatório de Auditoria n.º 14/2003 (Concessões SCUT); Relatório de Auditoria do TC n.º 31/2005 (Concessão Fertagus); Relatório de Auditoria do TC n.º 33/2005 (Encargos Públicos com PPP); Relatório de Auditoria do TC n.º 46/2006 (Concessão Metro Sul do Tejo); Relatório de Auditoria do TC números 34/2005 e 04/2007 (Concessões SCUT e Encargos com PPP); Relatório de Auditoria do TC n.º 10/2008 (Concessões Rodoviárias); Relatório de Auditoria n.º 26/2009 – 2ª Secção

Contas aprovou um conjunto de directrizes (*guidelines*⁸⁹) para a realização de auditorias externas à preparação, lançamento e contratação de PPP.

Numa perspectiva *complementar* ao controlo interno efectuado pelos Ministros das Finanças e da Tutela sectorial, o controlo externo efectuado pelo Tribunal de Contas procura «*ter em conta as principais etapas do ciclo de gestão de uma PPP, que subjazem ao actual quadro institucional e jurídico que as regula, assim como perceber o papel dos diferentes parceiros (stakeholders) que intervêm ao longo destas fases*»⁹⁰.

III. Assente numa metodologia⁹¹ de avaliação do *Value for Money* (*VfM*)⁹² das PPP, o controlo externo efectuado pelo Tribunal de Contas incide, essencialmente, sobre a *avaliação da vantagem relativa* das PPP face ao modelo tradicional de contratação pública.

Para o efeito, e por via das referidas directrizes, definiu-se uma *check list* para diagnóstico da performance do Estado no lançamento e contratação de PPP⁹³. Como vimos, esta metodologia é utilizada no Reino Unido e na Austrália para assegurar o maior rigor (possível) na elaboração do próprio comparador do sector público, em diversos momentos prévios à celebração do contrato⁹⁴.

(Terminal de Alcântara); Relatório de Auditoria n.º 15/2009 – 2ª Secção (PPP Saúde – “Hospitais de 1ª Vaga”).

⁸⁹ António Garcia, Francisco Machado, Carlos Moreno, *Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP*, Tribunal de Contas, 2008, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/LinhasOrientaPPP.pdf>, p. 25.

⁹⁰ Conforme apontam António Garcia, Francisco Machado, Carlos Moreno, *Linhas de Orientação (...)*, obra citada, p. 25.

⁹¹ Metodologia que assenta, na terminologia utilizada por António Garcia, Francisco Machado, Carlos Moreno, *Linhas de Orientação (...)*, obra citada, em *cinco pilares de controlo* do *Value for Money* de uma parceria público privada e que tem como subjacentes as práticas e normas aceites pela International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), da qual o Tribunal de Contas é membro fundador: 1) o planeamento do projecto, 2) o procedimento de contratação, 3) o projecto contratualizado, 4) a “*performance*” do parceiro público e 5) a “*performance*” do parceiro privado.

⁹² A propósito da definição deste conceito, veja-se António Pombeiro, *As PPP/PFI (...)*, obra citada, p. 51.

⁹³ Conforme enunciam António Garcia, Francisco Machado, Carlos Moreno, *Linhas de Orientação (...)*, obra citada, páginas 41 a 43; Veja-se, *infra*, o Anexo III.

⁹⁴ No sentido da necessidade de definição legal de um conjunto de *guidelines* para as diversas áreas e valências da contratação e gestão de projectos, veja-se a recomendação efectuada

IV. Estas directrizes resultaram, essencialmente, de um conjunto de *vicissitudes* ocorridas em vários procedimentos de preparação, lançamento e contratação de parcerias público privadas em Portugal.

Neste contexto, repare-se que no recente Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro⁹⁵, apurou-se a *falta de elaboração* do comparador do sector público no procedimento de concurso público internacional lançado para a formação da PPP consubstanciada no contrato de subconcessão celebrado entre a Estradas de Portugal, S.A. e a AENOR DOURO – Estradas do Douro Interior, S.A., relativo à concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de via integrados na subconcessão.

Conforme resulta da fundamentação do referido aresto, a ausência do estudo de comparador público traduz-se numa *ilegalidade* que pode alterar, com fortíssima probabilidade, o resultado financeiro do procedimento, configurando uma das situações típicas de recusa de visto, por aplicação do artigo 44.º, n.º3, alínea c), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, doravante designada LOPTC).

No Acórdão n.º 12/2010, de 26 de Março⁹⁶, o Tribunal de Contas, não obstante ter concedido o visto ao referido contrato de subconcessão *reformado*, reitera a necessidade de o procedimento de formação (e de lançamento) de uma PPP ser precedido da elaboração de um comparador do sector público, conforme sucede, noutro plano, com a exigência legal de obtenção de *declaração de impacte ambiental*, prevista no artigo 6.º, n.º1, alínea d) e n.º4, do RJPPP.

Por outro lado, e em sede de fiscalização sucessiva, detectou-se, entre outras vicissitudes, a inexistência de um sistema «*formal, sistemático e periódico de recolha e análise pública de casos relevantes, para efeitos*

por António Garcia, Cristina Richter Salvador e Francisco Machado, in Relatório n.º 10/2008, 2ª Secção, *Gestão das Parcerias Público-Privadas – Concessões Rodoviárias*, p.66.

⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro, 1ª Secção, processo n.º 1787/2008, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac160-2009-1sss.pdf>

⁹⁶ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 12/2010, de 26 de Março, 1ª Secção, processo n.º 81/2010, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1sss/ac012-2010-1sss.pdf>

de futura gestão das PPP (*lessons learned*)⁹⁷» ignorando-se a relevância do elemento histórico na melhoria da qualidade das estimativas e projecções a efectuar no âmbito da avaliação *Value for Money* e, ainda, a ausência de *linhas de orientação*⁹⁸ para a elaboração do comparador do sector público e definição de premissas para os processos de reequilíbrio económico-financeiro.

IV §. Reflexão sobre a figura do comparador do sector público

Munidos de um enquadramento sumário relativo à função do comparador do sector público e sua consagração na lei, vejamos agora algumas questões suscitadas pela *falta de densificação normativa* do comparador no regime jurídico em vigor e necessidade de *harmonização sistemática* com o regime da contratação pública previsto no Código dos Contratos Públicos.

Posteriormente, deixamos um breve apontamento sobre a *necessidade e forma de controlo* pelo Tribunal de Contas dos pressupostos de lançamento de uma PPP.

⁹⁷ Veja-se, entre outros, António Garcia, Cristina Richter Salvador e Francisco Machado, Relatório n.º 10/2008, 2ª Secção, *Gestão das Parcerias Público-Privadas – Concessões Rodoviárias*, páginas 29 e 30; António Garcia e Francisco Machado, Relatório n.º 04/2007, 2ª Secção (Concessões SCUT e encargos com PPP), p.16 e Relatório de Auditoria n.º 15/2009, 2ª Secção, PPP Saúde “Hospitais de 1ª Vaga”, p. 14, 2.2.13.

⁹⁸ Neste sentido, António Garcia e Francisco Machado, Relatório n.º 04/2007, 2ª Secção (Concessões SCUT e encargos com PPP), p.17, referem que «o comparador do sector público, embora estabelecido por lei e sendo já prática corrente, de acordo com o que a Parpública e a EP informaram o Tribunal, não mostra ter tido uma abordagem uniforme quanto à sua elaboração e aplicação, dadas as diferentes interpretações de que foi objecto”, tendo sido formulada uma recomendação ao Governo no sentido de que «*Linhas de orientação esclarecedoras, sobre tarefas essenciais à contratação em PPP, deverão ser desenvolvidas e divulgadas pelos organismos potencialmente interessados*», não devendo tais orientações serem susceptíveis de «*ser tomadas pelos destinatários, com o grau de obrigatoriedade das normas legislativas, devendo manter-se a adequada flexibilidade quanto ao que for tecnicamente aplicável e se mostre capaz, com racionalidade económica, de defender melhor o interesse público*» [sublinhado nosso].

A) – Da revogação parcial do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (RJPPP)

I. A vinculação legal de elaboração do comparador do sector público, enquanto pressuposto da decisão de lançamento de uma PPP, surge ancorada num diploma legal cuja revogação tem sido discutida com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (que, consabidamente, vem determinar, na sua Parte II, regras de contratação pública) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

De facto, a *amplitude* da norma prevista no artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, permite uma interpretação que aponte no sentido da revogação⁹⁹ do RJPPP pelo Código dos Contratos Públicos, situação esta que afastaria do ordenamento jurídico o pressuposto de lançamento de uma PPP previsto no artigo 6.º, n.º1, alínea c) daquele diploma.

Não obstante, julgamos que a norma do artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro deverá ser objecto de uma interpretação jurídica que não resulte numa revogação global¹⁰⁰ e ilimitada de regimes específicos de contratação pública.

Desde logo, a inserção *sistemática*, por conexão¹⁰¹, do preceito levanta dúvidas sobre o sentido a atribuir à norma do artigo 14.º, n.º2, na medida que o n.º1 do mesmo preceito prevê um conjunto delimitado e individualizado de diplomas revogados pelo CCP. Ora, se a intenção do legislador fosse a de revogar, *globalmente*, as normas referentes a matérias reguladas pelo CCP, “*sejam ou não com ele incompatíveis*”, não teria procedido à *individualização* prevista no n.º1.

Por outro lado, considerando a relação de *especialidade substancial*¹⁰² entre as normas do RJPPP e as normas do CCP, podemos convocar o princípio de que a *lei geral não revoga a lei especial*, previsto no artigo

⁹⁹ Conforme Pedro Siza Vieira, “O Códigos dos Contratos Públicos (...)”, ob. citada, p.513

¹⁰⁰ Revogação global *expressa*, nos termos sugeridos por José de Oliveira Ascensão, *O Direito (...)*, ob. citada, p.303.

¹⁰¹ Veja-se, a este propósito, José de Oliveira Ascensão, *O Direito (...)*, ob. citada, p.395.

¹⁰² Relação justificada pela especial configuração do regime de preparação, lançamento e contratação de parcerias público privadas, no contexto da contratação pública em geral. A propósito da relação de *especialidade substancial*, veja-se José de Oliveira Ascensão, *O Direito (...)*, ob. citada, p. 519, ponto III.

7.º, n.º3, do Código Civil.

Neste contexto, da interpretação da norma prevista no artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, não resulta uma *conclusão qualificada*¹⁰³ no sentido da intenção *inequívoca* do legislador em revogar o RJPPP, pelo que, atendendo ao elemento sistemático acima referido, propendemos para a *restrição* do potencial de aplicação declarativo da norma e apreciar, *caso a caso*, a eventual revogação de regimes especiais de contratação pública.

II. Nesta análise *casuística*, para efeitos da presente reflexão, deverá ser avaliado se o Código dos Contratos Públicos regula, de facto, as matérias previstas no RJPPP. Caso *não regule* estas matérias, dever-se-á considerar que o CCP não procedeu à sua revogação global, atendendo a uma interpretação sistemática e restritiva do artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

Da análise do RJPPP, resulta evidente a intenção do legislador em configurar regras *gerais* aplicáveis ao sector *específico* da contratação pública de parcerias público-privadas, com especial enfoque na fase de *preparação* da decisão de lançamento da parceria, consubstanciada no procedimento tendente à emissão do despacho pelos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial previsto no artigo 10.º, n.º3 deste diploma legal.

Ora, o Código dos Contratos Públicos *não regula*¹⁰⁴, entre outros aspectos constantes do RJPPP, a matéria atinente aos *pressupostos* de lançamento de parcerias público-privadas (entre eles, a necessidade de elaboração do comparador do sector público) nem o procedimento de avaliação prévia da eficiência e comportabilidade orçamental da PPP – previstos nos artigos 6.º, 8.º e 10.º do RJPPP.

Deste modo, e atendendo aos argumentos supra expostos, julgamos que o CCP não procedeu à revogação *global* do RJPPP, designadamente nas matérias contempladas nos artigos 6.º, 8.º e 10.º.

¹⁰³ Neste sentido, a propósito do artigo 7.º, n.º3, do Código Civil, veja-se José de Oliveira Ascensão, *O Direito (...)*, ob. citada, p. 520.

¹⁰⁴ Sobre as matérias relativas à contratação pública de parcerias público-privadas efectivamente reguladas pelo CCP, Pedro Siza Vieira, “O Códigos dos Contratos Públicos (...)”, ob. citada, p.511.

III. No entanto, e sem prejuízo do que vem sendo enunciado, convirá reflectir sobre a possibilidade de o CCP ter revogado *parcialmente* algumas normas do RJPPP. A título exemplificativo, e com relevância para a presente análise, vejamos a norma prevista no artigo 11.º, n.º3, do RJPPP.

Afigura-se bastante duvidoso considerar que a matéria estabelecida na previsão normativa do artigo 11.º, n.º3, do RJPPP não se encontra, também, regulada nas normas dos artigos 76.º, n.º1 e 79.º, n.º1 alínea d) e n.º 4, do CCP.

Encontrando-se a entidade adjudicante adstrita a um *dever de adjudicação*¹⁰⁵ no âmbito do procedimento de formação de uma PPP, e assumindo que a previsão legal da norma do artigo 11.º, n.º3, do RJPPP abrange, tal como a norma do artigo 79.º, n.º1, alínea d), do CCP, um conjunto de circunstâncias *supervenientes* relativas aos pressupostos (incluindo os de natureza jurídico-financeira, como será a elaboração do comparador do sector público) da decisão de contratar que justificam a não adjudicação da PPP, parece-nos duvidoso admitir, nos termos daquele preceito, que a entidade adjudicante *não* se encontra adstrita ao *dever de indemnização* contemplado no artigo 79.º, n.º4, do CCP¹⁰⁶. Com a entrada em vigor do CCP, a matéria relativa à ocorrência de circunstâncias supervenientes que alterem os pressupostos em que assentou a decisão de contratar passou a estar *regulada em sentido divergente* do disposto no artigo 11.º, n.º3, do RJPPP.

A coexistência destes preceitos legais (artigo 11.º, n.º3, do RJPPP e artigos 76.º, n.º1 e 79.º, n.º1, alínea d) e n.º4, do CCP) origina uma incoerência e falta de unidade do sistema jurídico cuja solução poderá passar,

¹⁰⁵ Nos termos do disposto no artigo 76.º, n.º1, do CCP. «A consagração de um dever legal de adjudicar assenta na lógica de que a entidade adjudicante, quando inicia um procedimento pré-contratual, dando dele conhecimento ao mercado (através de convite ou de anúncio), fica vinculada a essa espécie de “oferta ao público”, não podendo, em nome do princípio da boa fé, defraudar as legítimas expectativas de contratar que suscitou junto dos operadores económicos. Como contrapartida deste dever, os concorrentes têm o direito de recorrer a uma acção administrativa especial de condenação à prática do acto legalmente devido para obrigar a entidade adjudicante a tomar a decisão de adjudicação, caso se encontre ultrapassado o prazo de manutenção das propostas», conforme Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL, *Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e Serviços, Do Início do Procedimento à Celebração do Contrato*, 2008, p. 44.

¹⁰⁶ Estabelece este preceito que nos casos em que o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º1 do artigo 79.º do CCP, a entidade adjudicante *deve indemnizar os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas propostas*.

cremos, por convocar a aplicação da norma do artigo 14.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, numa interpretação *restritiva*, ou seja, considerando que a entrada do CCP apenas operou uma revogação *parcial* do RJPPP, atingindo, entre outras, a norma do artigo 11.º, n.º3.

IV. Indo um pouco mais longe, e sem prejuízo do referido, sempre se dirá que da interpretação jurídica do segmento normativo do artigo 11.º, n.º3, do RJPPP “*qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado*” não resulta determinado o *momento temporal concreto* em que a interrupção ou anulação do *processo de selecção* do parceiro privado pode ocorrer.

Esta indeterminação suscita, inevitavelmente, a dúvida sobre a efectiva incompatibilidade entre o CCP e o RJPPP nesta matéria, uma vez que o dever de adjudicação consagrado no artigo 76.º, n.º1, do CCP apenas deverá releva em sede de procedimento pré-contratual e não em sede de procedimento *prévio ao lançamento*¹⁰⁷ de uma PPP regulado no RJPPP.

Assim, e face à entrada em vigor do CCP, a redacção do artigo 11.º, n.º3, do RJPPP levanta dúvidas sobre o seu verdadeiro alcance (e, por conseguinte, sobre a sua efectiva revogação), uma vez que:

i) Podemos interpretar o preceito no sentido de considerar que a expressão “*qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado*” se reporta a qualquer momento do procedimento pré-contratual propriamente dito, iniciado após a decisão de contratar, conforme dispõe o artigo 36.º, n.º1, do CCP; ou

ii) Podemos considerar que o legislador, ao utilizar a referida expressão, quis englobar na previsão da norma, para além do procedimento adjudicatório, o procedimento *prévio ao lançamento* da PPP, previsto nos artigos 8.º e 10.º do RJPPP.

Na hipótese levantada em *i*), e não descurando a utilização incorrec-

¹⁰⁷ Sobre a diferença entre o subprocedimento *prévio* à decisão de lançamento e o procedimento de formação do contrato que se inicia após a decisão de contratar, veja-se ponto III, capítulo III.§, A) *supra*.

ta do termo *processo*¹⁰⁸, propendemos para o entendimento (já enunciado) de que a entrada em vigor do CCP veio revogar *parcialmente* o RJPPP, ou seja, procedeu à revogação do seu artigo 11.º, n.º3, por incompatibilidade com as normas previstas nos artigos 76.º, n.º1 e 79.º, n.º1, alínea d) e n.º4, do CCP. Deverá ser equacionado, neste caso, o dever de indemnização pelos encargos em que os concorrentes não excluídos comprovadamente tenham incorrido com a elaboração das suas propostas.

Neste contexto, cremos que a situação de responsabilidade pré-contratual¹⁰⁹ estabelecida no artigo 79.º, n.º4, do CCP pode verificar-se nos casos de alteração *superveniente*¹¹⁰ dos pressupostos *financeiros* da decisão

¹⁰⁸ Na medida em que o procedimento de formação de um contrato público não configura um *processo administrativo* mas sim um verdadeiro *procedimento administrativo*, nos termos definidos no artigo 1.º, n.º1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA). Para a diferença entre os conceitos, vide Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2ª Edição, páginas 43 a 62.

¹⁰⁹ Segundo o recente Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) n.º1/2010, para uniformização de jurisprudência, de 22 de Outubro de 2009, processo 557/08, o «*fundamento de ilicitude (violação da confiança por não celebração do contrato) é que conforma a lesão sofrida e confere ao lesado o direito a ser indemnizado por essas despesas que têm realmente a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efectiva conexão com a sua apresentação a concurso, com a (por todos) almejada perspectiva da sua escolha como adjudicatário, e, por todas essas razões, com a violação, pelo dono da obra, da tutela da confiança in contrahendo*» [sublinhado nosso]. Veja-se sobre o referido Acórdão, Vera Eiró, “Adjudicar, contratar...e indemnizar”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril de 2010, páginas 42 a 49. Ainda sobre esta questão, na perspectiva de responsabilidade civil por acto *lícito* resultante da decisão de não adjudicação por motivos de interesse público, Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997, páginas 231 a 233.

¹¹⁰ Uma questão diferente resultará de uma situação em que a entidade adjudicante, no decurso do procedimento de formação da parceria público privada, entenda não adjudicar o contrato porque considera que o comparador não contemplou todas as necessidades que o projecto visou salvaguardar, prejudicando a análise de *Value for Money* efectuada sobre o lançamento da PPP. Neste caso, assumindo que não existe nenhuma *circunstância superveniente* que tenha alterado os pressupostos da decisão de contratar mas sim uma «*má apreensão (...) de necessidades por parte do poder adjudicador*» aquando da preparação da decisão de lançamento da PPP – conforme refere Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública – III*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 247, nota 29 - coloca-se a questão de saber se a decisão de não adjudicação é *legalmente admissível* com este fundamento. Não parece que a *letra* do artigo 79.º, n.º1, alínea d), do CCP acolha este tipo de situação, exigindo-se sempre a ocorrência de *circunstâncias supervenientes ao início do procedimento* (atendendo, igualmente, ao disposto no artigo 80.º, n.º2, do CCP). Neste sentido, Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público (...)*, obra citada, p. 211 e 231.

de contratar que justifique, num espaço de livre decisão administrativa¹¹¹, a invocação pela entidade adjudicante de uma causa de não adjudicação, ao abrigo do disposto no artigo 79.º, n.º1, alínea d), do CCP.

A título ilustrativo, podemos equacionar a hipótese de uma *diminuição* do valor do comparador do sector público, na sequência de modificações na repartição de riscos¹¹² prevista no Case Base operadas durante o procedimento adjudicatório, da qual venha a resultar um desequilíbrio na avaliação do *Value for Money* do projecto em desfavor da via PPP¹¹³.

Outra hipótese poderá ser a de, por circunstâncias supervenientes, e no âmbito de um procedimento de concurso público dotado de fase de negociações, se verifique uma degradação das propostas finais face às versões iniciais apresentadas¹¹⁴, passando a situar-se o valor das mesmas *acima* do comparador do sector público. Uma alteração dos pressupostos financeiros em que a entidade adjudicante assentou a decisão de lançamento da PPP pode conduzir à *modificação* do interesse público (e razões de eficiência) subjacentes ao recurso à via PPP que, por conseguinte, justifique uma decisão de não adjudicação e consequente *revogação da decisão de contratar*¹¹⁵.

¹¹¹ Neste sentido, Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração (...)”, obra citada, páginas 233 e 240, nota 19, quanto à verificação, em concreto, da situação individualizada prevista, através de conceitos indeterminados, no artigo 79.º, n.º1, alínea d), do CCP.

¹¹² A este propósito, o Partnerships Victoria’s *Public Sector Comparator*, p. 69, prevê que “*In general, the PSC should only be refined after release of the Project Brief if the scope of the project changes, or it becomes apparent that a significant component has been mispriced or omitted. For example, this may occur where a material and quantifiable risk has not been included but has later been brought to the attention of the procurement team*”[sublinhado nosso].

¹¹³ Nos termos do Partnerships Victoria *National PPP Guidelines, January 2010 (Version 2)*, Annexure 6, p. 6, pode haver lugar a uma *revisão* do comparador quando, em qualquer fase do procedimento, haja alterações do seu valor, para mais ou menos 20%.

¹¹⁴ À semelhança do que sucedeu no âmbito de alguns procedimentos de formação de contratos de subconcessão de infra-estruturas da rede rodoviária, em regime de PPP, lançados pela EP - Estradas de Portugal, S.A., em que, por efeito da crise económico-financeira, a diminuição da disponibilidade de concessão de empréstimos por parte das instituições financeiras originou a apresentação de propostas finais pelos concorrentes menos atractivas do que as versões iniciais. A este propósito, e ainda sobre a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias à fase de formação de um contrato público, Sérvulo Correia, Lino Torgal e Pedro Fernández Sánchez, “Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública – III*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, páginas 149 e seguintes.

¹¹⁵ Conforme dispõe o artigo 80.º, números 1 e 2, do CCP. Qualificando o poder de renúncia à adjudicação como uma «*prerrogativa de natureza excepcional ao dispor da Administração*»,

Por outro lado, entendemos que a definição pela entidade adjudicante, logo no programa do procedimento, de uma cláusula que preveja uma *reserva de não adjudicação*, caso o valor a pagar no âmbito da melhor proposta seja superior ao comparador do sector público, não colide com o enunciado previsto no artigo 79.º, n.º1, do CCP. De facto, para além da *autonomia regulamentar*¹¹⁶ que assiste à entidade adjudicante na definição das normas do programa do procedimento, não parece que a norma do artigo 79.º, n.º1, do CCP apresenta, de forma *taxativa*¹¹⁷, as causas possíveis que fundamentam o exercício do poder de não adjudicação.

Na linha do que vem sendo exposto, os princípios da prossecução do interesse público e da eficiência na contratação pública de parcerias público privadas podem justificar a necessidade de a entidade adjudicante definir, no programa do procedimento, causas de não adjudicação *específicas* relativas aos pressupostos económico-financeiros da decisão de contratar. Na verdade, e atento o teor da alínea d), do n.º1, do artigo 79.º do CCP, julgamos que a previsão de uma cláusula normativa deste tipo traduzir-se-ia, apenas, no *preenchimento antecipado*, por parte da entidade adjudicante, dos conceitos indeterminados que constam daquele preceito. Porém, especial cuidado deverá revestir a redacção destas cláusulas para evitar situações de “*reservas em branco*”¹¹⁸ de não adjudicação.

Finalmente, na segunda situação acima enunciada em ii) poder-se-ia, à partida, considerar a situação de a norma do artigo 11.º, n.º3, do RJPPP, atendendo à sua inserção sistemática – ou seja, no âmbito de um diploma que também regula o procedimento de lançamento das PPP -, não ter sido (integralmente) revogada com a entrada em vigor do CCP. Neste

a actuar apenas em casos absolutamente contados, em que se imponham imperativos de preeminente interesse público», estando o exercício deste poder necessariamente adstrito a um «dever agravado de fundamentação» e devendo o acto em que o poder se objectiva ser assumido como «acto lesivo dotado de eficácia externa para efeitos da respectiva impugnação pelos destinatários do mesmo potencialmente ofendidos», veja-se Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração (...)”, obra citada, páginas 246 a 248.

¹¹⁶ Cfr. artigo 132.º, n.º4, do CCP.

¹¹⁷ Partilhamos do entendimento de Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público (...)*, obra citada, p. 211 e 231, e de Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração (...)”, obra citada, páginas 223 a 252, sobre esta matéria.

¹¹⁸ Veja-se, neste sentido, Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público (...)*, ob. citada, p. 231 e 232, quando refere que «A *admissão de uma cláusula genérica de anulação do concurso significaria aceitar que o concurso se tornasse numa aparência, impossibilitando o estabelecimento de uma relação de confiança entre a entidade que o promove e os concorrentes que o concurso pressupõe. A entidade adjudicante pode, sim, reservar-se o direito de não adjudicar se o interesse público superveniente o exigir*» [sublinhado nosso].

caso, apenas as situações de anulação ou interrupção do procedimento *prévio* ao lançamento de uma PPP não se afigurariam susceptíveis de, à partida, originar qualquer dever de indemnização¹¹⁹.

Contudo, pensamos que este entendimento não deverá proceder sob pena de se restringir demasiado a norma, operando-se uma inadmissível redução teleológica¹²⁰ do preceito, sem a correspondência mínima na sua letra¹²¹. Por seu turno, os restantes números do preceito legal em apreço apontam no sentido de que o legislador do RJPPP quis, efectivamente, regular aspectos inerentes ao procedimento adjudicatório das PPP o que nos remete para o entendimento anteriormente referido, ou seja, o de que a entrada em vigor do CCP veio revogar *parcialmente* o RJPPP, atingindo a norma do artigo 11.º, n.º3, por *incompatibilidade* com as normas previstas nos artigos 76.º, n.º1 e 79.º, n.º1, alínea d) e n.º4, do CCP.

B) – Da insuficiência do comparador: necessidade de densificação normativa e harmonização sistemática com o Código dos Contratos Públicos

Feita a avaliação sumária da revogação parcial do RJPPP pela entrada em vigor do CCP, vejamos alguns aspectos relativos à (in)suficiência das normas jurídicas previstas no RJPPP e na LEO onde o comparador do sector público encontra acolhimento.

I. Uma primeira nota para o facto de que, na ausência de uma delimitação (legal) dos contornos exactos do conceito de comparador do sector público, enquanto instrumento da teoria económica ao serviço do direito da contratação pública, não resulta evidente a sua *autonomia* conceptual face a

¹¹⁹ E conforme será adiante focado, este entendimento revelar-se-ia coerente com o disposto no artigo 79.º, n.º1, alínea f), do CCP, no caso em que estivéssemos perante o lançamento de um procedimento de diálogo concorrencial, e num esforço de harmonização do sistema jurídico.

¹²⁰ A propósito deste conceito, vide José de Oliveira Ascensão, *O Direito (...)*, ob. citada, p.415.

¹²¹ Conforme dispõe o artigo 9.º, n.º2, do Código Civil. Por outro lado, resulta do n.º 3 deste preceito que na fixação do sentido da norma, deve presumir-se que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, o que vem sublinhar o entendimento proposto.

outros tipos de estudos preparatórios de avaliação financeira quantitativa ou avaliação qualitativa do *Value for Money* de um projecto, ou, ainda, face à própria figura do *Caso Base*¹²².

Por seu turno, a prática revela uma inequívoca falta de *uniformidade na metodologia* de cálculo do comparador do sector público. De facto, o Tribunal de Contas já se pronunciou¹²³ sobre a necessidade de se introduzir uma abordagem *uniforme* quanto à elaboração do comparador do sector público, «*dadas as diferentes interpretações de que foi objecto*». Não sendo conhecida uma fórmula ou procedimento fixos para o cálculo do comparador do sector público em projectos de diferentes sectores de actividade, as variáveis utilizadas na sua composição, bem como os restantes estudos preparatórios encerram, inevitavelmente, uma vertente *casuística*¹²⁴.

Assim, convirá analisar o *sentido* da vinculação prevista nas normas dos artigos 6.º, n.º1, alínea c) e 19.º, n.º2, da LEO, tendo em vista uma avaliação sobre a efectiva *operatividade jurídica* da figura do comparador do sector público.

Ora, num contexto normativo de *flexibilidade*¹²⁵ da legalidade enquanto padrão de conformidade da actuação (cada vez mais) complexa e tecnocrática da Administração Pública, afigura-se necessário atender aos efeitos de processos de *juridificação*¹²⁶ de determinadas realidades extraju-

¹²² Para uma definição de Caso Base, ou *Outline Business Case*, António Pombeiro, *As PPP/PFI (...)*, ob. citada, páginas 21 e 22, referindo que o comparador é um dos elementos integrantes do *Outline Business Case*.

¹²³ Em sede de fiscalização sucessiva, conforme supra exposto em III. §, B), ponto IV.

¹²⁴ Neste sentido, veja-se Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas, n.º06/2008, 2ª Secção (Novo Hospital de Cascais), p. 41, quando se menciona que «*não existe fórmula legal prescrita que especifique o referido “comparador público”, entendendo-se que os critérios utilizados devem ser definidos casuisticamente e com correlativa discricionariedade, própria da avaliação que lhe está subjacente*» [sublinhado nosso].

¹²⁵ Numa perspectiva crítica sobre o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade, e em especial sobre a flexibilidade (e debilitação) da legalidade enquanto padrão conformativo da actividade administrativa, veja-se Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2007, páginas 1083 a 1098, onde o Autor refere o fenómeno de *erosão da legalidade*, enquanto normatividade definidora de critérios seguros de actuação administrativa, por via da proliferação das “normas legais em branco” e crise do papel heterovinculativo da lei face à Administração Pública que, de forma crescente, assume protagonismo na própria *elaboração* da legalidade administrativa.

¹²⁶ Sobre o fenómeno da juridificação da actividade administrativa, em especial no tocante a condutas reguladas por normas técnico-científicas, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública (...)*, obra citada, páginas 763 a 768.

rídicas como sucede, no caso concreto, com o pressuposto de elaboração de um comparador do sector público contemplado no RJPPP e na LEO.

Na verdade, a relevância jurídica do comparador afere-se, no quadro do direito positivado, por referência ao disposto nas normas dos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e 19.º, n.º2, da LEO. Atendendo à caracterização e funções que o comparador desempenha no âmbito dos procedimentos de lançamento e formação de parcerias público privadas, consideramos que o conteúdo normativo dos referidos preceitos legais traduz um processo de *juridificação* de um instrumento pertencente ao domínio da teoria económica.

Este processo de juridificação do comparador do sector público alinha-se numa remissão, ainda que *implícita*¹²⁷, para as regras técnicas (da teoria económica) que possibilitam a sua elaboração. De facto, apesar de a *letra* dos referidos preceitos legais apontar, somente, para a exigência de *elaboração* de um programa alternativo que demonstre *vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins* - não mencionando ao abrigo de que regras, em concreto, esse programa deve ser elaborado -, a plena concretização das respectivas estatuições legais *pressupõe* a execução de tarefas e formulação de *juízos* e *valorações técnicas* em conformidade com as regras aplicáveis da teoria económica¹²⁸.

Isto significa que a conduta administrativa necessária ao cumprimento da vinculação legal dos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e 19.º, n.º 2, da LEO, deve pautar-se, igualmente, pelas regras técnicas que forem

¹²⁷ No que respeita ao processo de juridificação de normas de natureza técnico-científica por via da *remissão implícita* prevista em normas jurídicas, veja-se Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública* (...), obra citada, página 763

¹²⁸ Tendo em consideração o trabalho desenvolvido pela equipa multidisciplinar do Observatório das Parcerias Público Privadas sobre comparador do sector público, e no que respeita ao apoio bibliográfico utilizado pelo Professor Doutor Fernando Branco na análise da vertente de teoria económica, deixam-se as seguintes (escassas) obras de referências nesta matéria: Branco, Fernando, “The design of multidimensional auctions,” *The Rand Journal of Economics*, Vol. 28, No. 1, Spring 1997, Págs. 63-81; Branco, Fernando, “On the superiority of the multiple round ascending bid auction,” *Economics Letters*, Vol. 70, No. 2, February 2001, Págs. 187-194; Che, Yeon-Koo, “Design competition through multidimensional auctions,” *The Rand Journal of Economics*, Vol. 24, No. 4, Winter 1993, Pág. 668-680; Martimort, David e Pouyet, Jerome, “To build or not to build: Normative and positive theories of public-private partnerships,” *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, No. 2, March 2008, Págs. 393-411; Maskin, Eric e Tirole, Jean, “Public-private partnerships and government spending limits,” *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, No. 2, March 2008, Págs. 412-420.

aplicáveis, de forma implícita, por força destes preceitos legais: por via indirecta, aquelas regras técnico-científicas passam a gozar de *obligatoriedade jurídica*.

Não obstante ser uma questão controvertida¹²⁹, afigura-se que, no âmbito de juridificação de realidades extrajurídicas, as regras técnico-científicas passam a assumir uma vinculatividade jurídica *dependente* da norma jurídica remissiva, o que parece apontar para que o incumprimento das referidas normas extrajurídicas pela Administração Pública consubstancie, por via indirecta, uma violação da *própria norma jurídica que para elas remete*, representando, por isso, uma *ilegalidade* susceptível de controlo contencioso¹³⁰.

Implicando a avaliação do *Value for Money* de uma PPP (com base, entre outros elementos, no estudo de comparador do sector público) *juízos técnicos de probabilidade* ou *valorações técnico-científicas*¹³¹ de factos ou de circunstâncias pela Administração Pública, a respectiva decisão de lançamento fica, ainda assim, *vinculada* às soluções resultantes dos *critérios objectivos* constantes das referidas normas extrajurídicas da teoria económica, o que pode significar a redução (ou, no limite, o afastamento), *tendencial*, do espaço de *discrecionariade técnica* na tomada de decisão administrativa.

Esta redução do espaço de discrecionariade técnica será tanto maior quanto o desenvolvimento, no futuro, da teoria económica sobre o papel do comparador do sector público nas parcerias público privadas¹³².

¹²⁹ Assunto para o qual chama a atenção Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública* (...), obra citada, p. 763.

¹³⁰ Neste sentido, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública* (...), obra citada, p. 764. Esta susceptibilidade de controlo contencioso da *legalidade substancial* de actos - avaliando a conformidade da actuação da Administração Pública face a regras técnico-científicas *absorvidas* pela força jurídica vinculativa das normas jurídicas do RJPPP e da LEO - já havia sido brevemente enunciada (§3, B), II supra) a propósito da actividade de controlo exercida pelo Tribunal de Contas. Adiante voltaremos a abordar, ainda que de forma perfunctória, a possibilidade de esta entidade controlar (e em que medida) os pressupostos de lançamento de uma PPP.

¹³¹ Sobre a distinção entre juízos técnicos de existência (ou de “*ascertainment técnico*”) e juízos técnicos valorativos ou juízos técnicos de probabilidade, Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual* (...), páginas 171 e 172.

¹³² Veja-se, neste sentido, Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual* (...), p. 171, quando refere que «*Não é correcto o uso da expressão discrecionariade naqueles casos em que a Administração se limite a proceder ao “ascertainment” de um facto verificável de modo seguro com base em conhecimentos e instrumentos técnicos de aplicação exacta. Em*

Ora, sem prejuízo do enquadramento que vem sendo exposto a propósito do significado da vinculação legal de elaboração do comparador, afigura-se que, no ordenamento jurídico português, o processo de juridificação do comparador contribuiu, apenas, para a consagração de (mais) “normas legais em branco”, uma vez que o grau de *indeterminação* e *abertura densificadora* das normas em apreço não permite a identificação, *em concreto*, dos *critérios técnicos objectivos* em que assenta a elaboração do comparador do sector público.

Por outro lado, e ainda que se admita a hipótese de a juridificação do comparador implicar, *em abstracto*, a vinculação da Administração Pública a regras técnico-científicas dotadas de obrigatoriedade jurídica – que impliquem uma redução do espaço de discricionariedade técnica na tomada de decisão –, convém salientar que a escassez de trabalhos de qualidade no domínio da teoria económica sobre o significado, cálculo e alcance do comparador, bem como a falta de consolidação científica na matéria, constituem sempre derradeiros obstáculos à *operatividade jurídica* deste instrumento *financeiro*.

Neste contexto, julgamos que a (inequívoca) falta de densificação normativa da figura do comparador enquanto pressuposto de lançamento de parcerias público-privadas, resultante da utilização, pelo legislador, de conceitos indeterminados nas normas dos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e 19.º, n.º2, da LEO encontra uma *justificação* assente, precisamente, em duas ordens de razões: i) por um lado, na ausência de *consolidação científica* na própria teoria económica sobre a figura do comparador do sector público; e ii) por outro, na *dimensão casuística* que a construção de um comparador do sector público encerra, em função das características específicas de cada projecto a desenvolver pela via PPP.

*tais casos, está-se apenas perante uma operação de determinação da materialidade de um facto», acrescentando (p.171) a propósito do juízo técnico valorativo que este «(...) envolve valoração de factos e circunstâncias susceptíveis de apreciação vária ou, por outras palavras, juízos de probabilidade baseados em circunstâncias de carácter técnico», assim acontecendo «tanto mais quanto menos exacta for a natureza das disciplinas envolvidas» [sublinhado nosso]. Por seu turno (p.172) «(...) enquanto que um defeito no “accertamento” de um pressuposto acarreta desde logo uma ilegalidade, os juízos técnicos valorativos (discricionariedade técnica em sentido estrito) alinham com a livre ponderação de interesses em conflito (discricionariedade) no plano do mérito (...)». Em sentido idêntico, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública (...)*, páginas 766 a 768.*

Ainda assim, e sem prejuízo do recurso excessivo a uma *normatividade principialista*¹³³, o RJPPP elenca um conjunto de pressupostos e formalidades a observar no procedimento de lançamento de uma PPP que, não se encontrando regulados no CCP, afiguram-se indispensáveis para a garantia de eficiência e sustentabilidade económico-financeira dos projectos a desenvolver pela via PPP, sendo próximos das orientações que encontramos, sobre esta matéria, em Inglaterra e na Austrália.

II. Uma segunda nota, relativa à insuficiência de densificação normativa da figura do comparador no quadro normativo do RJPPP, prende-se com a questão de saber se a elaboração do comparador do sector público deve ocorrer em procedimentos de lançamento de parcerias público-privadas que consubstanciem as designadas “Concessões Clássicas”¹³⁴ - em que a remuneração do concessionário fique exclusivamente dependente da cobrança de taxas aos utentes da infra-estrutura ou serviço público.

Esta questão incide, por conseguinte, sobre o *objecto* do comparador do sector público: Em relação a que tipos de parcerias público-privadas faz sentido a utilização deste instrumento financeiro, como elemento de análise da eficiência e sustentabilidade financeira de um projecto?

O enunciado de natureza *exemplificativa* da norma prevista no artigo 2.º, n.º4, do RJPPP parece englobar¹³⁵ os modelos concessórios clássicos, o que permite, num primeiro momento de análise, reflectir sobre a *real utilidade* de cálculo do comparador nos casos em que o parceiro público (concedente) não tem que efectuar qualquer despesa associada ao desenvolvimento da parceria público-privada.

¹³³ Sobre a transfiguração da legalidade administrativa de “Direito de regras” para “Direito de princípios”, representativa da demissão do papel garantístico da lei, contribuindo para a insegurança e incerteza jurídica na actuação administrativa, e propiciando a transferência para os Tribunais da função de limitação do poder e protecção dos particulares que o “Direito das regras” assegurava, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública (...)*, obra citada, páginas 164 a 171.

¹³⁴ Relativamente ao conceito de “Concessões Clássicas” e distinção face ao conceito de contratos de *Private Finance Initiative (PFI)*, veja-se Pedro Siza Vieira, “O Código dos Contratos Públicos (...)", obra citada, páginas 507 e 508.

¹³⁵ No mesmo sentido, Pedro Siza Vieira, “O Código dos Contratos (...)", obra citada, páginas 505 a 508

Em Portugal, o passado recente mostra que alguns modelos concessórios inicialmente projectados como auto-suficientes do ponto de vista financeiro (com “custo zero” para o Estado) foram posteriormente convertidos em modelos com pagamentos regulares pelo parceiro público¹³⁶, envolvendo avultadas despesas públicas não previstas inicialmente.

Não obstante a dificuldade subjacente à previsão¹³⁷, num momento inicial, dos custos associados ao desenvolvimento de um projecto (e estimativa de despesas relativas a eventuais reequilíbrios financeiros), verifica-se que, em Portugal, as concessões originam frequentemente processos de reequilíbrio financeiro, muitas vezes implicando encargos por trabalhos adicionais não previstos inicialmente.

Estas deficiências detectadas no lançamento, contratação e execução de PPP suscitam a questão de saber se, mesmo nas concessões em que a remuneração do parceiro privado é efectuada através de pagamentos pelos utilizadores das infra-estruturas, o pressuposto contemplado no artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP não deve ser exigido, tendo em vista a definição de um *tecto máximo*¹³⁸ de compromissos a assumir pelo parceiro público (Concedente) no decurso da execução contratual da parceria (incluindo a possibilidade de ocorrência de modificações do contrato e eventuais reequilíbrios financeiros), alicerçada numa adequada repartição de riscos.

Assim, a propósito da reflexão sobre a utilidade do comparador do sector público no lançamento e contratação de Concessões Clássicas, encontra-se uma via para conhecer as *diferentes* funções que este instrumento pode desempenhar. De facto, para além de servir como instrumento de avaliação das vantagens comparativas da via PPP face a formas alternativas de provimento da tarefa pública, afigura-se que a elaboração de um comparador (integrando as quatro componentes identificadas supra em II §., IX) pode assegurar, igualmente, o cumprimento dos pressupostos elen-

¹³⁶ Tal sucedeu, por exemplo, na Concessão *Fertagus*, objecto de renegociação pelo facto de o volume tráfego registado não corresponder às expectativas demasiado optimistas previstas na equação financeira do Caso Base. Veja-se, Tribunal de Contas, *IV Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP*, Centro de Estudos e Formação, Lisboa, 2007, p.217.

¹³⁷ Dificuldade para a qual, no entendimento de Quiggin (“Risk, PPPs and the Public Sector Comparator” (...), obra citada, p.57), concorre o *cenário político* em que determinada PPP é lançada, quando todos os interessados no projecto têm interesse em *afastar* o comparador do sector público, promovendo-se projectos assentes em estimativas demasiado optimistas.

¹³⁸ Neste sentido, veja-se a recomendação do Tribunal de Contas, *IV Assembleia Geral da Organização* (...), obra citada, p. 222.

cado no artigo 6.º, n.º1, alíneas a), b) e e), do RJPPP¹³⁹.

Na verdade, o comparador do sector público apresenta-se como um indicador desprovido de *efectiva vocação referencial* para efeitos de avaliação *comparativa* de vantagens face a qualquer outro método alternativo de contratação pública, em *momento anterior* ao lançamento da PPP¹⁴⁰. Em bom rigor, essa vocação referencial apenas surgirá após a decisão de lançamento da parceria, designadamente quando o parceiro público já tiver recebido o valor de cada uma das propostas apresentadas¹⁴¹.

Neste contexto, e não obstante o longo caminho ainda por trilhar nestas matérias, consideramos haver margem suficiente para se equacionar uma nova *função* do comparador do sector público na fase anterior ao lançamento da PPP, atendendo às orientações e recomendações do Tribunal de Contas e à experiência de direito comparado¹⁴², acima enunciadas. O comparador poderia assumir uma função de indicador financeiro que instruisse, num momento prévio ao lançamento da PPP, uma avaliação sobre o valor máximo de despesa a assumir pelo parceiro público, atendendo ao objecto do contrato pretendido celebrar (em termos de *output* desejado), e tendo em

¹³⁹ Estes pressupostos consistem no cumprimento das normas sobre programação financeira plurianual nos termos da lei de enquadramento orçamental (artigo 6.º, n.º1, alínea a)), a clara definição dos objectivos da parceria em termos de definição do *output* pretendido (artigo 6.º, n.º1, alínea b)) e, em termos sumários, modelos que minorizem, na medida do possível, a possibilidade de ocorrência de modificações contratuais e processos de reequilíbrio financeiro (artigo 6.º, n.º1, alínea e)).

¹⁴⁰ No Relatório de Auditoria do TC, n.º 06/2008, 2ª Secção (Novo Hospital de Cascais), p. 42, refere-se expressamente que o comparador do sector público (ou custo público comparável) «*é utilizado para avaliar a economia, eficiência e eficácia da realização da parceria, mediante a sua comparação com os valores das propostas que os concorrentes apresentam no contexto dos procedimentos de contratação*» [sublinhado nosso], acrescentando-se que «*Portanto, o CPC [custo público comparável] constitui uma referência para efeitos de comparação e selecção das propostas e considerando que a economia, eficiência e eficácia do projecto constituem critérios que fundamentam a demonstração do interesse público, o valor da proposta que vier a ser adjudicada não deve situar-se acima do CPC*» [sublinhado nosso].

¹⁴¹ Veja-se, neste sentido, Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público-Privadas: (...)*, obra citada, páginas 501 e 502, quando refere que «*Em princípio, a condução de um teste VfM só há-de ser conseguida plenamente uma vez reunidas as condições para efectuar a comparação financeira entre a opção PPP e a opção não PPP. Deste modo, só se torna possível a aferição final no termo do processo de contratação, após a selecção da proposta do concorrente preferido*» [sublinhado nosso].

¹⁴² Cfr. supra exposto, relativamente à função do *Outline Business Case* e do *comparador preliminar*, no Reino Unido e Austrália, respectivamente, §II, IV e X. Vimos que o comparador preliminar assume uma *função* de suporte à análise da comportabilidade orçamental (*affordability*) de uma PPP.

consideração os limites de enquadramento orçamental existentes. Assente numa lógica *dinâmica*, o comparador poderia voltar assumir a sua função *típica* em momento prévio ao acto de adjudicação.

Sem prejuízo do referido, e num segundo momento de análise, vejamos se, com base nas disposições normativas vigentes, a elaboração do comparador do sector público (nas suas diferentes funções) é exigida no lançamento de Concessões Clássicas.

Nesta matéria, ter-se-á de atender, forçosamente, ao disposto na norma prevista no artigo 2.º, n.º5, alínea d), do RJPPP. Dispõe este preceito legal o seguinte: “*Excluem-se do âmbito de aplicação do presente diploma (...) todas as parcerias público privadas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros*”.

Consideramos válido um entendimento que exclua, de *forma automática* e com base na *letra* do referido preceito legal, as Concessões Clássicas do âmbito de aplicação do RJPPP o que, por sua vez, determina a não exigência de elaboração do comparador do sector público nestes casos. De facto, neste tipo de modelos concessórios auto-sustentáveis, os encargos do parceiro público (assumindo uma configuração de “custo zero”) serão sempre *inferiores* ao montante previsto na lei.

Porém, tendo em consideração as funções que o comparador do sector público pode desempenhar (e que vêm sendo enunciadas) e a *potencialidade* de aplicação a modelos concessórios clássicos, cremos ser juridicamente admissível equacionar um entendimento diverso, assente na seguinte ordem de ideias:

a) Por um lado, a norma do artigo 2.º, n.º5, alínea d), do RJPPP deve ser alvo de uma interpretação jurídica que atenda à sua *inserção sistémica* no quadro normativo do mesmo diploma, onde encontramos manifestações de que o regime jurídico nele previsto pode ser aplicado a Concessões Clássicas:

i) O artigo 2.º, n.º4 contém uma enumeração *meramente exemplificativa* dos tipos de instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados, o que

aponta, igualmente, para a possibilidade de inclusão das Concessões Clássicas entre os instrumentos acolhidos pelo diploma;

ii) O artigo 6.º, n.º1, alínea g), do RJPPP dispõe que “*O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) a identificação expressa da entidade pública que tem a responsabilidade de suportar os encargos decorrentes de pagamentos a realizar ao parceiro privado, quando se preveja que os mesmos venham a ter lugar, bem como a identificação da origem dos respectivos fundos*” (sublinhado nosso). Admite-se, expressamente, a possibilidade de não existirem encargos decorrentes de pagamentos a realizar ao parceiro privado, o que aponta para um modelo em que a remuneração deste último se efectue através de pagamentos a efectuar pelos próprios utentes da infra-estrutura/ serviço público objecto da PPP;

b) Por outro lado, a *normatividade principialista* que enforma o regime jurídico consagrado no RJPPP (e na LEO), no sentido de assegurar a *eficiência, sustentabilidade e controlo financeiro* das PPP aponta, em nosso entender, para a necessidade de os pressupostos enunciados no artigo 6.º, n.º1 serem exigidos, sempre que possível, de forma *transversal* ao lançamento de *qualquer* parceria público privada. Na verdade, dos princípios jurídicos estruturantes da actividade de contratação pública de parcerias público privadas resultam directrizes hermenêuticas que permitem encontrar a *teleologia* da norma prevista no artigo 2.º, n.º5, alínea d), do RJPPP: abaixo de um determinado valor de encargos para o parceiro público e de investimento para o parceiro privado, a submissão do lançamento de uma parceria público-privada ao regime procedimentalizado do RJPPP afigura-se (apenas) *questionável*, em nome de valores constitucionais como a *proporcionalidade, racionalização de meios e desburocratização*¹⁴³ da actividade administrativa.

Em face destes argumentos, julgamos ser possível efectuar uma interpretação restritiva e teleológica da norma do artigo 2.º, n.º5, alínea d), do RJPPP, atendendo igualmente à sua inserção sistemática, no sentido de a exclusão das parcerias público privadas que se subsumam na sua previsão normativa não se efectue de *forma automática* mas antes por intermédio de uma *decisão administrativa* que, analisando o objecto e “ciclo de vida” do projecto, conclua pela desnecessidade de submissão ao regime de lança-

¹⁴³ Valores com assento constitucional, cfr. artigos 266.º, n.º2 e 267.º, números 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa.

mento e contratação do RJPPP. Em bom rigor, esta decisão integrará, desde logo, uma avaliação preliminar¹⁴⁴ das opções de satisfação da necessidade colectiva detectada.

III. Por seu turno, com a entrada em vigor do CCP, suscita-se a questão de saber se a utilização da figura do comparador do sector público – enquanto pressuposto enunciado no artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP – é conciliável com a tramitação dos procedimentos pré-contratuais previstos no artigo 31.º, n.º1 do CCP, designadamente com o procedimento de diálogo concorrencial¹⁴⁵.

De facto, coloca-se a questão de saber se qualquer umas das funções do comparador do sector público - quer de indicador do *Value for Money* de um projecto, quer de indicador que instrua a avaliação de sustentabilidade orçamental da PPP - pode operar relativamente a um procedimento pré-contratual que se encontra concebido para situações em que a entidade adjudicante se encontra na «*impossibilidade objectiva de especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/jurídicas*»¹⁴⁶.

Tendo em consideração a estrutura *tripartida*¹⁴⁷ do procedimento de diálogo concorrencial, julgamos que a *operatividade* do comparador pode ser questionada, então, em três momentos:

a) antes da decisão de abertura do procedimento de diálogo concorrencial (acompanhada do respectivo programa de procedimento e memória descritiva das necessidades e exigências a satisfazer);

b) antes da fase de apresentação de soluções e de diálogo;

¹⁴⁴ Avaliação que integrará o *estudo estratégico preliminar* referido no artigo 8.º, n.º1, do RJPPP.

¹⁴⁵ Sobre a *aparente* incompatibilidade do procedimento *prévio* ao lançamento de uma parceria previsto no RJPPP e o procedimento de diálogo concorrencial, Mark Kirkby, “O diálogo concorrencial”(…), obra citada, páginas 306 e seguintes.

¹⁴⁶ Conforme dispõe o Considerando 31 da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

¹⁴⁷ Cfr. artigo 205.º, alíneas a), b) e c) do CCP.

c) antes da fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação;

Conforme já foi acima referido, e em regra, o procedimento de formação de uma PPP (à excepção do diálogo concorrencial) traz *acoplado* a si um procedimento *prévio* de preparação do seu lançamento, ou seja, aquele previsto nos artigos 8.º e 10.º do RJPPP, cujas normas – no entendimento que perfilhamos – não foram revogadas pela entrada em vigor do CCP.

Ora, o mesmo não sucede no procedimento de diálogo concorrencial: antes da respectiva decisão de abertura, não existe lugar a qualquer dos actos e formalidades integrantes do procedimento constante dos artigos 8.º e 10.º do RJPPP. Na verdade, a entidade adjudicante não se encontra, sequer, habilitada para aprovar o caderno de encargos ou o Caso Base (com o obrigatório comparador do sector público), peça do procedimento e instrumento que representam o culminar do procedimento *prévio* ao lançamento de uma PPP.

E não o faz porque, precisamente, a entidade adjudicante, no momento em que procede à abertura do procedimento de diálogo concorrencial, não se encontra capaz de:

a) definir as soluções ou os meios técnicos aptos a satisfazer a necessidade de interesse público identificada; ou

b) definir a estrutura jurídica e financeira do contrato a celebrar.

Deste modo, afigura-se-nos de muito difícil alcance a *utilidade* do comparador em momento anterior à decisão de *lançamento* de uma PPP - que, como vimos, precede a decisão de *abertura* do procedimento de diálogo concorrencial -, ou, ainda, em momento anterior à fase de apresentação de soluções pelos candidatos qualificados e de diálogo com mesmos.

Admitimos, ainda que com muitas reservas¹⁴⁸, a eventual *utilidade*

¹⁴⁸ O procedimento de diálogo concorrencial encontra-se vocacionado para projectos de elevada complexidade, onde a própria “construção” do caderno de encargos e do Caso Base é feita *em diálogo* com os candidatos qualificados, assumindo a entidade adjudicante – no momento em que lança o procedimento - a sua incapacidade técnica, jurídica ou financeira de desenvolvimento do projecto sem recurso ao *know-how* que os parceiros privados podem trazer ao mesmo: neste plano, a *forma alternativa* de contratação não entrará, sequer, nas cogitações da entidade adjudicante.

da elaboração do comparador do sector público antes da fase de apresentação e análise de propostas, e com especial incidência nos casos em que a entidade adjudicante já tenha definido a solução mas ainda não saiba quais os meios técnicos aptos a concretizá-la¹⁴⁹ (cfr. artigo 30.º, n.º2, alínea b), do CCP).

Face ao exposto, admite-se que os pressupostos de lançamento e contratação de PPP elencados no artigo 6.º do RJPPP – em especial, o da alínea c), para os efeitos da presente questão – não se adequam ao procedimento de diálogo concorrencial previsto no CCP.

Porém, tal não deverá significar o afastamento do artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP do ordenamento jurídico por *incompatibilidade* com o regime do diálogo concorrencial do CCP.

De facto, no contexto histórico em que aquele preceito foi redigido o procedimento de diálogo concorrencial ainda não se encontrava consagrado no ordenamento jurídico português, não resultando do RJPPP, por outro lado, uma vocação primordial para regular aspectos inerentes ao *procedimento adjudicatório* das PPP. Este entendimento encontra acolhimento, inclusivamente, na letra do artigo 10.º, n.º5, do RJPPP quando se refere que ao *procedimento adjudicatório* é aplicável a «(...) *legislação relativa à contratação pública*».

Por seu turno, configurando o RJPPP um quadro normativo geral - ainda que aplicado a um sector da contratação pública dotado de *especificidades*¹⁵⁰ - encontramos nele normas que demonstram a preocupação do legislador com a *flexibilidade* na contratação pública das PPP: designadamente, o artigo 8.º, n.º5 e o já aludido artigo 11.º, n.º3. Esta postura flexível encontra, hoje, eco na actual legislação de contratação pública, em especial no diálogo concorrencial de origem comunitária, pelo que não será demais enaltecer a *harmonia* de *intenção* dos legisladores do RJPPP e do CCP¹⁵¹,

¹⁴⁹ Conforme Mark Kirkby, “O diálogo concorrencial”(…), obra citada, p. 305, referindo-se a exemplos retirados da Nota Explicativa da Comissão Europeia sobre o Diálogo Concorrencial, de 5 de Outubro de 2005, identifica como exemplo desta situação o projecto de ligação de duas margens de um rio em que a entidade adjudicante, apesar de conseguir definir as especificações de uma ponte ou de um túnel, não saiba se a melhor solução é construir a ponte ou o túnel atendendo à necessidade a satisfazer.

¹⁵⁰ Como seja a necessidade de avaliação prévia obrigatória do *Value for Money* da via PPP, dado o impacto económico-financeiro destas parcerias.

¹⁵¹ Note-se que pode haver lugar a uma causa de não adjudicação quando nenhuma das soluções apresentadas em procedimento de diálogo concorrencial satisfaça as necessidades e as

neste âmbito, ainda que em diferentes períodos temporais e com níveis de aprofundamento das matérias distintos.

Neste contexto, e procurando assegurar a unidade do sistema jurídico, consideramos necessário efectuar uma interpretação que atenda ao contexto temporal¹⁵² em que a redacção do artigo 6.º do RJPPP ocorreu, e que restrinja o seu elemento literal, no sentido de se considerar que os pressupostos nele contidos se aplicam, em geral, ao lançamento de parcerias público privadas, sem prejuízo de eventuais regimes que dispensem a sua exigência, como sucede com as normas jurídicas do CCP que regulam o diálogo concorrencial.

Na falta de alteração legislativa futura do RJPPP que harmonize o seu regime com as regras de contratação pública do CCP, cremos que esta interpretação jurídica salvaguarda a necessária *unidade do sistema jurídico*, sem afastar do ordenamento a norma do artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP cuja utilidade se afigura imprescindível para a garantia de efectividade dos princípios da eficiência, subsidiariedade, responsabilidade intergeracional e controlo financeiro das PPP.

Note-se que a premissa de que o RJPPP não foi revogado, globalmente, pelo CCP mantém-se intocada: de facto, as matérias previstas no artigo 6.º do RJPPP continuam a *não ser reguladas* pelo CCP no âmbito do procedimento de diálogo concorrencial, pelo que a questão coloca-se no plano da eventual *incompatibilidade* entre normas.

IV. Vejamos se o mesmo esforço hermenêutico de harmonização de regimes se mostra necessário quando se aborda a coexistência da figura do comparador do sector público com o conceito de *preço-base* previsto no artigo 47.º, n.º1, do CCP. Em que medida o comparador não desempenha

exigências da entidade adjudicante, conforme dispõe o artigo 79.º, n.º1, alínea f), do CCP. Esta situação não origina o dever de indemnizar previsto no artigo 79.º, n.º4, do CCP o que, também neste ponto, evidencia um ponto de contacto com o disposto no artigo 11.º, n.º3, do RJPPP, não obstante a letra deste preceito não ser isenta de dúvidas, como já vimos.

¹⁵² No sentido apontado pelo artigo 9.º, n.º1, do Código Civil, numa interpretação *actualista* da norma (determinando o sentido actual da norma no contexto das regras de contratação pública entretanto aprovadas com a entrada em vigor do CCP), embora de pendor *subjectivista* (relevando a presumível vontade do legislador, no momento da sua redacção). Sobre a coexistência destas correntes hermenêuticas, José de Oliveira Ascensão, *O Direito* (citada, páginas 385 a 389).

uma função de preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato¹⁵³?

Se no procedimento de lançamento da PPP a lei vincula o parceiro público à elaboração de um comparador como pressuposto da decisão de lançamento, no procedimento adjudicatório o comparador apenas surge como instrumento¹⁵⁴ da avaliação do VfM da via PPP, integrante de um juízo de mérito e não de legalidade. Antes do acto de adjudicação, o comparador constitui um valor-referência¹⁵⁵ a partir do qual a viabilidade económico-financeira do projecto se afigura questionável¹⁵⁶.

Nunca é demais recordar que, em qualquer dos referidos procedimentos, o comparador do sector público nunca deixa de ser um *custo hipotético*, assente numa estimativa¹⁵⁷ realizada com base em variáveis utilizadas caso a caso¹⁵⁸.

¹⁵³ Cfr. resulta da definição legal de *preço-base* constante do artigo 47.º, n.º1, do CCP.

¹⁵⁴ Entendemos que o comparador do sector público consubstancia, por um lado, um *acto instrumental* que integra um *pressuposto* da decisão de lançamento de uma parceria público privada, e, por outro lado, um *documento conformador do procedimento pré-contratual*, muitas vezes *integrado* no próprio programa do procedimento.

¹⁵⁵ A prática de lançamento de parcerias público privadas em Portugal na área da saúde (p.ex., no segundo procedimento lançado para a PPP relativa ao Hospital de Loures e no procedimento lançado para o Hospital de Braga) apresenta situações em que o comparador do sector público surge “formalmente” com outras designações como a de “*Valor referencial*” ou “*Custo Público Comparável*”. Não obstante a designação formal, cremos que o comparador se distingue sempre, do ponto de vista substancial (da sua relevância jurídica), do conceito de preço-base, pelas razões expostas.

¹⁵⁶ Este entendimento parte da premissa que o comparador do sector público não representa, em sede de procedimento pré-contratual, uma vinculação legal de “*pass/fail test*” para efeitos de causa de não adjudicação, mas um elemento de avaliação do *Value for Money* da via PPP, na margem de livre apreciação da Administração Pública. Neste sentido, veja-se Partnerships Victoria’s *Public Sector Comparator Supplementary Technical Note*, obra citada, p. 18, Q.7

¹⁵⁷ Na medida em que o comparador traduz um custo estimado ou projectado, não poderá consubstanciar um valor que represente, fielmente, a realidade. A este propósito, Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público-Privadas: (...)*, obra citada, página 502, refere a *virtualidade* do comparador, numa fase prévia ao lançamento de uma parceria público-privada, fornecer «tão só *elementos informativos sobre as condições em que se torna possível antever ganhos potenciais*» [sublinhado nosso].

¹⁵⁸ Neste sentido, veja-se Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas, n.º06/2008, 2ª Secção (Novo Hospital de Cascais), p. 41, quando menciona que «*não existe fórmula legal prescrita que especifique o referido “comparador público”, entendendo-se que os critérios utilizados devem ser definidos casuisticamente e com correlativa discricionabilidade, própria da avaliação que lhe está subjacente*» [sublinhado nosso].

Sendo uma *estimativa*¹⁵⁹, estamos em crer que o comparador não pode assumir a função de *parâmetro-base* (limite máximo) que qualifica o conceito de preço-base, para efeitos das regras de contratação pública. De facto, o comparador do sector público, dadas as suas funções possíveis e relevância jurídica enquanto pressuposto de *lançamento* de uma PPP, é um *instrumento* cuja violação não é susceptível de implicar, *por si só*, a exclusão de propostas no âmbito do procedimento pré-contratual, nos termos do artigo 70.º, n.º2, alínea b), do CCP.

Assim, consideramos que o comparador do sector público, atendendo à sua natureza *instrumental*, não se afigura susceptível de se subsumir em qualquer uma das previsões normativas elencadas no art. 47.º, n.º1, alíneas a), b) e c), do CCP. Quando muito, poderá servir para, como prática de boa administração, *instruir* o processo de cálculo do valor fixado no caderno de encargos como *parâmetro-base* do preço, não se *identificando*, nunca, com o mesmo.

Por seu turno, em procedimentos pré-contratuais nos quais *não seja* definido um preço-base – nas situações contempladas nas normas do artigo 47.º, n.º2, alíneas a) e b), do CCP – surge a questão de saber qual o papel reservado ao comparador do sector público, enquanto instrumento cuja elaboração é legalmente exigida em momento prévio ao lançamento da PPP e que deve acompanhar o despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial mencionado no artigo 8.º, n.º3, do RJPPP. Pode o comparador assumir, neste caso, a natureza de *parâmetro-base máximo* do procedimento para efeitos de exclusão das propostas apresentadas cujo valor seja superior?

Parece-nos que não. Como vimos, o comparador representa um *acto instrumental* que opera enquanto *pressuposto* da respectiva decisão de lançamento, sendo a sua relevância jurídica no âmbito do procedimento de formação de uma parceria público privada manifestada, essencialmente, no *suporte técnico* à avaliação que a Administração Pública (parceiro público) efectua, no uso de poderes discricionários, sobre o *Value for Money* da via PPP. Neste contexto, entendemos que o comparador, enquanto documento conformador do procedimento, permite uma avaliação técnico-científica, por parte da Administração Pública, sobre o *Value for Money* de uma pro-

¹⁵⁹ Em certa medida, e atendendo à noção de *preço contratual* constante do artigo 97.º do CCP, consideramos que o comparador do sector público *aproxima-se* de uma *estimativa* do preço contratual de um projecto, caso o mesmo seja desenvolvido por um meio de contratação pública tradicional (p.ex. um contrato de empreitada de obras públicas).

posta – podendo, no limite, e segundo o entendimento perfilhado, servir de fundamento à não adjudicação da mesma¹⁶⁰.

Naturalmente que na ausência de uma “*atualização*” do conceito de comparador do sector público, no quadro legal de regulação dos procedimentos de formação de parcerias público privadas, as dúvidas sobre a sua *autonomia* e *delimitação* face a outras figuras jurídicas aparentemente similares continuar-se-ão a suscitar. Admite-se, inclusivamente, que no âmbito do regime de contratação pública anteriormente em vigor, previsto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, esta questão se colocasse com maior acuidade, na medida em que não existia a definição legal¹⁶¹ de *preço-base* que permitisse recortar a sua autonomia face à figura do comparador.

Porém, face a todo o exposto, não cremos que haja qualquer *conflito de regras* neste âmbito, encontrando-se as normas do artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e do artigo 47.º do CCP a regular *aspectos distintos* no âmbito dos procedimentos de lançamento e formação de PPP. Não se dispensa, porém, um esforço de harmonização sistemática de conceitos e regimes jurídicos previstos em diferentes diplomas legais.

C) – A necessidade de controlo externo do comparador

I. Ao *défi*ce de *operatividade jurídica* da figura do comparador do sector público no plano do direito substantivo, acresce o que, em nosso entender, configura um *défi*ce de *efectividade* das decisões do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia das parcerias público-privadas¹⁶²,

¹⁶⁰ Tendo por base que, conforme já foi referido, a *circunstância superveniente* legalmente exigida (artigo 79.º, n.º1, alínea d), do CCP) pode ocorrer, por exemplo, no decurso de um procedimento concursal com fase de negociações, quando se verifique uma degradação das condições económico-financeiras da proposta que se traduza num aumento do respectivo preço, acima do comparador do sector público.

¹⁶¹ Ainda que essa noção fosse utilizada, designadamente no âmbito do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 Março - aplicável aos procedimentos de formação de empreitadas de obras públicas – diploma, entretanto, revogado pela entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, *ex vi* artigo 14.º, n.º1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

¹⁶² Ultrapassada, necessariamente, a questão de saber se as parcerias público privadas estão submetidas ao controlo do Tribunal de Contas face à inexistência de qualquer referência nesse sentido no RJPPP, atendendo à materialidade que subjaz aos âmbitos subjectivo e objectivo de jurisdição deste órgão e competência material em sede de fiscalização preventiva, conforme artigo 5.º, n.º1, alínea c), da LOPTC. Veja-se, sobre alguns problemas susci-

num Estado Regulador em que os princípios da *necessidade de fiscalização* e da *responsabilidade* devem ser respeitados, no quadro da actividade administrativa financeira¹⁶³.

A recusa do visto ao contrato de subconcessão celebrado entre a Estradas de Portugal, S.A. e a AENOR DOURO – Estradas do Douro Interior, S.A., acima referida, um ano após a respectiva celebração, quando grande parte do investimento e execução dos trabalhos já se encontravam realizados, constitui um evidente *senal de alerta* para a necessidade de o início da execução contratual das parcerias público-privadas não ocorrer *antes* da notificação do Tribunal de Contas sobre a decisão de concessão ou recusa de visto.

Uma vez que a fiscalização prévia é realizada em momento *posterior*¹⁶⁴ à prática do acto/celebração do contrato sobre que incide, embora deva *anteceder* a sua produção de efeitos, coloca-se a questão de saber qual a sua *efectiva utilidade* quando incide sobre contratos que, entretanto, produziram, ainda que não integralmente, os seus efeitos jurídicos (e que, por força do artigo 45.º, n.º3, da LOPTC, produzirão efeitos financeiros).

II. Neste contexto, a ausência de um controlo plenamente eficaz do Tribunal de Contas sobre a eficiência e sustentabilidade financeira de uma PPP, em momento *prévio* à respectiva execução contratual e realização de investimentos, traduz-se, igualmente, na total *inoperatividade* de instrumentos cuja principal função é a de, em momento prévio ao *lançamento e adjudicação* da PPP, assegurar a *eficiência* dos projectos e *solidez dos compromissos financeiros* a assumir pelo Estado, a médio e longo prazo. Um destes instrumentos é, consabidamente, o comparador do sector público.

Neste contexto, urge equacionar um modelo de fiscalização prévia *efectivo* dos contratos, em especial aqueles que consubstanciam parcerias

tados pela actividade de fiscalização prévia, Diogo Duarte de Campos e Pedro Melo, “Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas”, *Revista de Direito Regulação do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, n.º 5, páginas 27 a 46.

¹⁶³ Sobre estes princípios, José F.F. Tavares, *O Visto do Tribunal de Contas, Conceito, Natureza e Enquadramento na Actividade da Administração*, Almedina, 1998, páginas 197 e 198.

¹⁶⁴ Conforme José F.F. Tavares, *O Visto (...)*, obra citada, p.218

público privadas abrangidas¹⁶⁵ pelo regime jurídico de lançamento e contratação pública definido no RJPPP. Sugere-se, para o efeito, e sem prejuízo do seu carácter *preliminar* e *prospectivo* na economia do presente estudo, a seguinte ordem de ideias:

a) Assentando no entendimento de que o controlo técnico, pelo Tribunal de Contas, da *legalidade financeira* atende a critérios objectivos¹⁶⁶ de ordem económica e financeira – pressupondo um controlo sobre a actividade de “*accertamento técnico*” da Administração Pública e não implicando, por isso, juízos de mérito¹⁶⁷ em violação do princípio da separação de poderes¹⁶⁸;

b) Tendo em consideração as razões que fundamentam os casos de *visto antecipado*¹⁶⁹ sobre minutas de contratos (cfr. artigo 46.º, n.º1, alínea c), da LOPTC);

¹⁶⁵ Note-se que por força do disposto nos artigos 46.º, n.º1, alínea b) e 48.º da LOPTC e artigo 152.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, durante o ano orçamental de 2011 ficam isentos de fiscalização prévia os contratos cujo montante não exceda 350.000,00 Euros.

¹⁶⁶ Conforme já foi aflorado supra (III §., B), ponto I), veja-se António de Sousa Franco, “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro (...)”, obra citada, páginas 48 a 56 e 97 a 10.

¹⁶⁷ A diferenciação entre controlo jurídico (de legalidade) e controlo de oportunidade (de mérito) reside em que o primeiro se orienta pelos fins estabelecidos pelas normas, ao passo que o segundo pode também respeitar a fins desprovidos de base normativa, podendo ser problemática a sua destrição no âmbito da *administração prestadora* para efeitos de delimitação do âmbito de controlo jurídico, conforme ensina Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual* (...), ob. citada, p. 672, nota 492.

¹⁶⁸ Num plano paralelo, o controlo *técnico* (em sentido lato, abrangendo aspectos de legalidade e de mérito) do Tribunal de Contas, enquanto actividade tendente a garantir a efectividade dos princípios da prossecução do interesse público e controlo democrático da realização de despesa pública no respeito pela separação de poderes, encontra um ponto de contacto com os limites processuais de controlo jurisdicional da actividade administrativa contemplados no artigo 71.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos que, como sabemos, impõe o respeito pela *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* mas permite ao julgador “*explicitar as vinculações a observar pela administração na emissão do acto devido*”. A este propósito, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito Administrativo* (...), ob. citada, p. 186

¹⁶⁹ Veja-se, a propósito da lógica preventiva (de intensidade máxima) do *visto antecipado* sobre contratos de elevado valor, José F. F. Tavares, *O Visto* (...), ob. citada, p.243, José Tavares / Lídio de Magalhães, *Tribunal de Contas Legislação Anotada*, Almedina, 1990, p. 77, nota 16. Foram fundamentos de *ordem prática* ou *pragmática* que levaram à previsão da fiscalização prévia de minutas de contratos, tendo em vista a finalidade de *antecipar o momento do exercício da fiscalização prévia*, fazendo-a incidir sobre um “projecto” de contrato, acautelando-se que a produção de efeitos financeiros não ocorresse *antes* do controlo pelo Tribunal de Contas.

c) Relevando a natureza e regime jurídicos do visto¹⁷⁰, designadamente a *ineficácia financeira*¹⁷¹ dos actos e contratos abrangidos pelo mecanismo de fiscalização prévia até à notificação da decisão de concessão ou recusa de visto, nos termos do disposto no artigo 45.º, n.º1, da LOPTC;

d) Atendendo ao significado e alcance das *recomendações*¹⁷² do Tribunal de Contas, conforme resulta da aplicação conjugada do disposto no artigo 44.º, n.º1, n.º3 alínea c) e n.º4, da LOPTC e regime da responsabilidade financeira *sancionatória*¹⁷³ previsto nos artigos 65.º, n.º1, alínea j) e 67.º da LOPTC; e

e) Considerando a integração da fiscalização prévia numa lógica articulada e *complementar*¹⁷⁴ dos mecanismos de fiscalização do Tribunal de Contas, assente na dinâmica evolutiva de alguns pressupostos financeiros, e sem significar um “*compromisso de posição*” do Tribunal na sua actividade de fiscalização jurisdicional e técnica posterior,

afigura-se-nos necessário equacionar uma fiscalização prévia/preventiva sobre o cumprimento dos pressupostos de *lançamento* de

¹⁷⁰ Sobre a natureza jurisdicional ou administrativa do acto de recusa de visto e suas implicações na respectiva força jurídica vinculativa, Guida Coelho Jorge, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização legislativa do actual regime de fiscalização prévia de actos e contratos pelo Tribunal de Contas”, *Revista O Direito*, 141, p.861; Qualificando o visto como *decisão materialmente jurisdicional* de um Tribunal, constituindo um acto de controlo jurídico externo, prévio e preventivo sobre actos e contratos da administração, relativamente aos quais é um *requisito de eficácia*, José F. F. Tavares, *O Visto (...)*, ob. citada, páginas 243 a 245.

¹⁷¹ Conforme José F. F. Tavares, *O Visto (...)*, ob. citada, p. 181, «*Em suma, em princípio, o visto é directa e imediatamente, um requisito de eficácia financeira, que, por sua vez, ou seja, imediatamente, condiciona a manutenção da eficácia total do acto ou do contrato (...)*».

¹⁷² Sobre o regime jurídico da recomendação do Tribunal de Contas, enquanto «*acto externo de um Tribunal, corolário do exercício da sua função de controlo, traduzindo a sua posição sobre determinados actos ou situações relativos à actividade financeira pública que carecem de medidas correctivas e para as quais se aponta um ou mais caminhos, tendo em vista a melhor prossecução do interesse público*», veja-se José F. F. Tavares, *Recomendações do Tribunal de Contas – Conceito, Natureza e Regime*, Almedina, 2008, Edição Digital.

¹⁷³ Sem prejuízo da possibilidade de o não acatamento da recomendação por parte da entidade adjudicante originar, *a jusante*, uma situação de responsabilidade política, criminal, civil ou disciplinar – cfr. José F. F. Tavares, *Recomendações do Tribunal de Contas – Conceito, Natureza e Regime*, Almedina, 2008, Edição Digital, p. 26

¹⁷⁴ Cfr. dispõe o artigo 46.º, n.º3, da LOPTC quando determina que «*O Tribunal e os seus serviços de apoio exercem as respectivas competências de fiscalização prévia de modo integrado com as formas de fiscalização concomitante e sucessiva*».

uma PPP (designadamente, sobre a existência e adequada elaboração do comparador do sector público).

Este *controlo técnico preventivo* incidiria sobre a *decisão de lançamento da PPP*, consubstanciada no despacho dos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial previsto no artigo 10.º, n.º3, do RJPPP: na ausência de alteração futura do artigo 46.º, n.º1, a abrangência da letra do artigo 5.º, n.º1, alínea c), da LOPTC não obsta ao entendimento de que o Tribunal tem competência material para o efeito.

Tendo por base a natureza do *controlo técnico* exercido por parte do Tribunal de Contas, deveria esta actividade de fiscalização *pré-via/preventiva* incidir sobre os aspectos de legalidade (numa perspectiva *substancial*) relativos aos pressupostos da decisão de lançamento da PPP.

Num esforço de “depuração” dos parâmetros de vinculação relativos aos pressupostos de lançamento de uma parceria público privada, cremos que o respectivo *controlo de legalidade* poderia incidir, designadamente, sobre:

a) Se a decisão de lançamento da PPP se afigura em conformidade com as normas de enquadramento orçamental relativas à *programação financeira plurianual* e aos *limites máximos* com encargos com parcerias público privadas, nos termos exigidos pelos artigos 6.º, n.º1, alínea a) e 10.º, n.º4, alínea g), do RJPPP;

b) Se a decisão de lançamento da PPP integra, ou não, a *elaboração* de um estudo do comparador do sector público, nos termos da aplicação conjugada das normas previstas nos artigos 6.º, n.º1, alínea c), 10.º, n.º4, alíneas c) e f), do RJPPP e artigo 19.º, n.º2, da LEO;

c) Se o estudo do comparador do sector público apresenta algum *lapso manifesto*¹⁷⁵ do qual resulte a impossibilidade de avaliação das vantagens da via PPP face a formas alternativas de provimento da tarefa pública;

¹⁷⁵ Entendendo-se que nos casos de *erro manifesto* a Administração exorbita dos seus poderes e sai abertamente do campo da discricionariedade para entrar num campo de legalidade susceptível de controlo jurisdicional, conforme Diogo Freitas do Amaral, em colaboração com Lino Torgal, *Curso de Direito Administração* (...), ob. citada, p. 84. Numa perspectiva crítica do controlo judicial circunscrito aos casos de erro manifesto da actividade administrativa decorrente da aplicação de normas técnico-científicas, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública* (...), páginas 767 e 768.

d) Se o estudo de comparador do sector público não apresenta um *custo actualizado líquido* (ou não apresenta este valor de acordo com a taxa de desconto nominal prevista no Despacho do Ministro das Finanças¹⁷⁶), nos termos do disposto no artigo 19.º, n.º2, da LEO.

Por esta via, e assente num controlo de *legalidade financeira*, o Tribunal poderia conceder ou recusar o *visto preliminar* sobre a decisão de lançamento da PPP. Até à concessão ou recusa do *visto preliminar* teríamos uma situação de ineficácia *financeira* da decisão de lançamento da PPP, nos termos do artigo 45.º, n.º1, da LOPTC, não se podendo, por conseguinte, originar quaisquer *despesas com o respectivo procedimento adjudicatório*. Após uma eventual decisão de recusa do visto preliminar, a decisão ilegal passaria a sofrer de *ineficácia jurídica*¹⁷⁷.

Finalmente, cremos que o regime jurídico das *recomendações* poderia ter aplicação no caso do visto *preliminar* ser recusado, nos termos da aplicação conjugada do disposto no artigo 44.º, n.º1, n.º3 alínea c) e n.º4, da LOPTC. Isto significaria que o não acatamento injustificado, por parte da entidade adjudicante, da recomendação formulada pelo Tribunal de Contas sobre a necessidade de elaboração do comparador do sector público em conformidade com os parâmetros de legalidade em vigor poderia constituir uma infracção financeira e, consequentemente, implicar uma situação de responsabilidade financeira *sancionatória*¹⁷⁸ (cfr. artigos 65.º, n.º1, alínea j) e 67.º da LOPTC). Este mecanismo de responsabilidade financeira sancionatória poderia ser despoletado caso a actividade de fiscalização prévia *sobre o contrato* revelasse que as recomendações formuladas aquando da fiscalização preventiva *sobre a decisão de lançamento da PPP* não tinham sido devidamente acatadas pela entidade adjudicante.

¹⁷⁶ Conforme resulta do artigo 6.º, n.º 2, do RJPPP. Actualmente, o valor é de 6,08% nos termos do Despacho n.º 13208/2003, de 7 de Julho.

¹⁷⁷ Ilustrativo da falta de consenso na jurisprudência sobre o desvalor jurídico de um acto sobre o qual tenha recaído uma recusa de visto, designadamente no sentido da sua invalidade e não mera ineficácia, veja-se Acórdão do TCA Sul, de 1 de Junho de 2006, Proc. n.º 12 612/03; No sentido da ineficácia do acto, Acórdão do STA (3ª Subsecção), de 18 de Junho de 2003, disponíveis em www.dgsi.pt

¹⁷⁸ Sem prejuízo da possibilidade de o não acatamento da recomendação por parte da entidade adjudicante originar, *a jusante*, uma situação de responsabilidade política, criminal, civil ou disciplinar – cfr. José F. F. Tavares, *Recomendações do Tribunal de Contas – Conceito, Natureza e Regime*, Almedina, 2008, Edição Digital, p. 26.

III. Esta reflexão sobre o controlo externo do Tribunal de Contas, sem prejuízo do seu carácter embrionário, permite “*fechar o círculo*” na análise da figura do comparador do sector público, numa perspectiva de suficiência e efectividade da sua previsão legal no ordenamento jurídico português.

Questionamo-nos, pois, sobre se a configuração de um mecanismo de *controlo técnico preliminar* por parte do Tribunal de Contas sobre os pressupostos de lançamento de uma PPP não poderia assegurar, numa lógica *preventiva*, o respeito pelos princípios da eficiência, subsidiariedade e responsabilidade inter-geracional acima enunciados, evitando-se o *facto consumado*¹⁷⁹ que resulta, i) das despesas (avultadas) inerentes a procedimentos de formação de PPP que *assentem* em pressupostos financeiros errados ou *omitam* a sua verificação e, ainda, ii) da celebração dos respectivos contratos e realização imediata de investimentos.

V §. Notas Finais

Face ao exposto, e sem carácter de síntese das posições adoptadas e argumentos enunciados, deixamos algumas notas de enquadramento sobre a *matéria assente* da nossa reflexão:

I. Da aplicação conjugada do artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e artigo 19.º, n.º2, da LEO resulta uma *vinculação legal* de elaboração de um programa alternativo que demonstre a vantagem comparativa da via PPP face a formas alternativas de contratação pública.

II. Da interpretação sistemática do RJPPP, atendendo à letra do seu preâmbulo, resulta, com alguma margem de incerteza, que o comparador do sector público integra o *programa alternativo* exigido nos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e 19.º, n.º2, da LEO.

¹⁷⁹ Não obstante a falta de especial atenção sobre estas matérias na doutrina portuguesa, veja-se, em sentido convergente com a hipótese enunciada, Guida Coelho Jorge, “Inconstitucionalidade (...)”, ob. citada, p.866.

III. Atenta a experiência de direito comparado analisada, o comparador do sector pública representa um *instrumento financeiro* cuja função consiste no suporte técnico à avaliação da sustentabilidade orçamental (*affordability*) e *Value for Money* de uma PPP face a formas alternativas de contratação pública.

IV. Dos princípios da actividade administrativa que perpassam o regime jurídico aplicável ao lançamento e contratação de PPP, resulta um comando normativo dirigido à Administração Pública no sentido de avaliar, em momento prévio ao lançamento de uma PPP, a sua eficiência, sustentabilidade orçamental, e vantagem comparativa face a outras formas de realizar a tarefa pública.

V. A *norma aberta* prevista no artigo 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP, não garante a operatividade jurídica da figura do comparador do sector público, transferindo para o intérprete e aplicador do Direito a tarefa de concretização da sua função, utilidade e alcance prático, no âmbito do procedimento de lançamento de uma PPP, de forma totalmente casuística, sem uma *metodologia uniforme* para o seu cálculo similar à que se encontra consagrada no Reino Unido e Austrália.

VI. O processo de juridificação do comparador do sector público, enquanto figura da teoria económica, contribuiu, apenas, para a criação no ordenamento jurídico português de “normas legais em branco”, dada a (inequívoca) falta de densificação normativa da figura do comparador enquanto pressuposto de lançamento de parcerias público-privadas, resultante da utilização, pelo legislador, de conceitos indeterminados nas normas dos artigos 6.º, n.º1, alínea c), do RJPPP e 19.º, n.º2, da LEO.

VII. Porém, a falta de densificação normativa do comparador encontrará uma justificação assente, por um lado, na ausência de *consolidação científica* na própria teoria económica sobre a figura do comparador do sector público e, por outro, na *dimensão casuística* que a construção de um comparador do sector público encerra, em função das características específicas de cada projecto a desenvolver pela via PPP.

VIII. A ausência de actualização do RJPPP face à entrada em vigor do CCP (designadamente no que concerne à compatibilização do procedimento de *lançamento* das PPP com os respectivos procedimentos adjudicatórios), não promove a certeza jurídica na aplicação do Direito, sendo necessário um esforço hermenêutico de articulação de regimes, no sentido da preservação da unidade do sistema jurídico.

IX. À falta de densificação normativa da figura do comparador do sector público acresce o respectivo défice de efectividade resultante da ausência de um controlo externo por parte do Tribunal de Contas que assegure, *em tempo útil*, no âmbito das suas competências legais e fazendo uso de conhecimentos especializados, a *legalidade financeira* dos actos praticados durante os procedimentos de lançamento e contratação pública de PPP, nomeadamente do comparador do sector público que deve acompanhar a decisão de lançamento de uma PPP vertida no despacho dos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial previsto no artigo 10.º, n.º3, do RJPPP.

Por último, deve referir-se que no quadro de crise financeira instalada em que vivemos é ao Tribunal de Contas, enquanto *órgão de soberania independente*, que incumbe o exercício de uma actividade de *controlo externo preventivo* da despesa pública associada à constituição de parcerias público privadas. É este o desígnio do Tribunal de Contas enquanto garante da legalidade financeira dos contratos públicos celebrados no nosso país – o garante da efectividade do “Direito da Crise” a que aludimos nas primeiras linhas desta reflexão. Conforme já se referia no preâmbulo do Decreto n.º 5525, de 8 de Maio de 1919, a propósito do visto, «*em toda a parte se tem a noção de que mais vale prevenir do que remediar e que a efectivação de responsabilidades desde o Ministro até ao mais modesto administrador de fundos públicos, depois dos factos consumados, é ineficaz*»¹⁸⁰. A actualidade desta afirmação é, no contexto presente e face a todo o exposto, inquestionável.

Lisboa, 1 de Novembro de 201

¹⁸⁰ Decreto que instituiu o Conselho Superior de Finanças, órgãos substitutivo do Tribunal de Contas após a implantação da República.

Bibliografia consultada

Australian Government, *National Public Private Policy Framework*, December 2008, disponível em <http://www.infrastructureaustralia.gov.au>

Australian Government, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 4 Public Sector Comparator Guidance*, December 2008, disponível em <http://www.infrastructureaustralia.gov.au>

Ascensão, José Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª Edição, Almedina, 2001

Azevedo, Bernardo, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública – II*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010

Azevedo, Maria Eduarda, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009

Bento, Vítor, “A Desorçamentação das Despesas Públicas, Colóquio sobre o tema Controlo Orçamental e Desorçamentação”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 34, 2000

Cabo, Sérgio Gonçalves do, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes*, Estudo de Direito Português e de Direito Comparado, Tribunal de Contas, Lisboa, 1993

Cabral, Margarida Olazabal, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1997

Cabral, Margarida Olazabal, “Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto, 2007

Cabral, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º 9, Almedina, 2009

Campos, Diogo Duarte / Melo, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas”, *Revista de Direito Regulação do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, n.º 5, Março 2010, disponível em www.fd.uc.pt/cedipre

Cardoso, Teodora, “Enquadramento Orçamental das PPP”, *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, 2004

Chorão, Mário Bigotte, *Introdução ao Direito – O Conceito de Direito*, Volume I, Almedina Coimbra, 1998

Correia, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina Coimbra, 1987

Correia, Sérvulo / Torgal, Lino / Sánchez, Pedro Fernández, “Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública – III*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010

Duarte, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 71, Setembro/Outubro 2008

Eiró, Vera, “Adjudicar, não contratar e...indemnizar”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010

Estorninho, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português*, Almedina, 2006

Fitzgerald, Peter, *Review of Partnerships Victoria Provided Infrastructure, Final Report to the Treasurer*, 2004

Franco, António de Sousa, “O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro com carácter Jurisdicional”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 19 e 20, Julho/Dezembro, Tomo I, 1993

Garcia, António / Salvador, Cristina Richter / Machado, Francisco, *Gestão das Parcerias Público-Privadas – Concessões Rodoviárias*, Relatório n.º 10/2008, 2ª Secção

Gonçalves, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999

Gonçalves, Pedro , *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005

Gonçalves, Pedro, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, *Estudos de Contratação Pública – III*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010

Heald, David, “Value for Money Tests and Accounting Treatment in PFI Schemes”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Vol. 16, n.º3, 2003

HM Treasury, *The Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, Treasury Guidance, London, disponível em <http://www.hm-treasury.gov.uk>

HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, November 2006, disponível em <http://www.hm-treasury.gov.uk>

HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, August 2004, disponível em <http://www.hm-treasury.gov.uk>

HM Treasury, *Value for Money Quantitative Assessment User Guide*, March 2007, disponível em <http://www.hm-treasury.gov.uk>

Jorge, Guida Coelho, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização legislativa do actual regime de fiscalização prévia de actos e contratos pelo Tribunal de Contas”, *Revista O Direito*, 141, 2009

Kirkby, Mark, “O diálogo concorrencial”, *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008

Leigland, James / Shugart, Chris, “Is the public sector comparator right for developing countries?”, *Gridlines note n.º 4*, April 2006, Public Private Infrastructure Advisory Facility, disponível em www.ppiag.org

Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1987

Macedo, Adalberto José Barbosa, “Das infracções e responsabilidade financeira”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º21 e 22, Janeiro/Dezembro, 1994

Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983

Martins, Guilherme d’Oliveira, “A Responsabilidade Financeira do Gestor da Coisa Pública”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume II, Almedina, 2010

Martins, Guilherme d’Oliveira / Martins, Guilherme Waldemar d’Oliveira e Martins, Maria d’Oliveira, *Lei de Enquadramento Orçamental – comentada e anotada*, 2ª edição, Almedina, 2009

Melo, Pedro, “O juízo de eficiência na alteração das circunstâncias das parcerias público-privadas”, *Revista O Direito*, Ano 141, IV, Almedina, 2009

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000

Moreno, Carlos, “O Controlo Externo do TC Relativo às Parcerias Público Privadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume II, Almedina, 2010

Oliveira, Mário Esteves / Gonçalves, Pedro Costa / Amorim, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª Edição, Almedina, 2007

Otero, Paulo, *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995

Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2007

Parente, João / Silveiro, Fernando Xarepe / Louro, Paula, “Estudo n.º 13/2002 – DCP – Parcerias em Saúde”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 38, 2002

Partnerships Victoria, *National PPP Guidelines – Partnerships Victoria Requirements*, January 2010, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>

Partnerships Victoria, *Practitioners’ Guide*, June 2001, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>

Partnerships Victoria, *Public Sector Comparator Technical Note*, June 2001, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>

Partnerships Victoria, *PSC Supplementary Technical Note*, July 2003, disponível em <http://www.partnerships.vic.gov.au>

Pombeiro, António, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, 2003

Quiggin, John, “Risk, PPPs and the Public Sector Comparator”, *Australian Accounting Review*, Jul 2004, 14, 2, *Accounting & Tax Periodicals*

Reinhart, Carmen M. / Rogoff, Kenneth S., *This Time is Different – Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2009

Rodrigues, Pedro Nuno, “As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular”, *Revista de Direito Público e Regulação do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, n.º 3, Setembro de 2009, disponível em www.fd.uc.pt/cedipre

Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL, *Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e Serviços, Do Início do Procedimento à Celebração do Contrato*, 2008

Silva, Pedro, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público Privadas na Saúde*, Almedina, 2009

Sousa, Marcelo Rebelo de / Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, 3ª Edição, Dom Quixote

Tavares, José F. F., *Do Visto em Especial - Conceito, Natureza e Enquadramento na Actividade da Administração*, Almedina, 1998

Tavares, José F. F., *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, Almedina, 2004

Tavares, José F. F., “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º71, Setembro/Outubro 2008

Tavares, José F. F., *Recomendações do Tribunal de Contas – Conceito, Natureza e Regime*, Almedina, 2008, Edição Digital

Tribunal de Contas – IV Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP, Centro de Estudos e Formação, Lisboa, 2007

Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvido de Auditorias Externas a PPP, 2008

Relatório de Auditoria do TC n.º 31/2000 (Concessão Lusoponte)

Relatório de Auditoria do TC n.º 47/2000 (Concessão Lusoponte)

Relatório de Auditoria do TC n.º 24/2002 (Concessão de transporte ferroviário)

Relatório de Auditoria n.º 14/2003 (Concessões SCUT)

Relatório de Auditoria do TC n.º 31/2005 (Concessão Fertagus)

Relatório de Auditoria do TC n.º 33/2005 (Encargos Públicos com PPP)

Relatório de Auditoria do TC n.º 46/2006 (Concessão Metro Sul do Tejo)

Relatório de Auditoria do TC números 34/2005 e 04/2007 (Concessões SCUT e Encargos com PPP)

Relatório de Auditoria do TC n.º 10/2008 (Concessões Rodoviárias)

Relatório de Auditoria n.º 26/2009 – 2ª Secção (Terminal de Alcântara)

Relatório de Auditoria do TC, n.º 06/2008, 2ª Secção (Novo Hospital de Cascais)

Viana, Cláudia, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007

Vieira, Pedro Siza, “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008

Vieira, Pedro Siza “Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal”, *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, 2004

Vieira, Pedro Siza, “Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho-Agosto, 2007

Vinter, Graham D., *Project Finance*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998

Yescombe, E. R., *Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance*, Elsevier, 2007

Anexo I

(Check List extraída do HM Treasury, Value for Money Guidance, August 2004)

Documentation Check list

Stage 1 (1-5 should be included in Spending review submissions or equivalent)

1. Viability, Desirability and Achievability questions answered and the overall position signed off for each heading.
2. A table listing the assumptions behind each of the spreadsheet inputs. Where there is a lack of supporting evidence this should be stated and the method used to approximate the input detailed.
3. A plan and timetable to address any gaps in the information collected.
4. A table setting out the key scenarios run for the programme spreadsheet and the reasoning behind these.
5. The final programme documentation should include:
 - * an assurance that there is sufficient flexibility within the overall capital programme to allow some projects to switch to a conventional procurement route if they are not VIM as a PFI, and they are considered a priority within the overall capital investment programme (no project should proceed as a PFI if it is not VIM);
 - * a commitment to pass on the programme analysis to the appropriate project teams;
 - * an assurance that the Procuring Authority has/will have the skills and resources to deliver the programme; and
 - * an affordability calculation and the commitment that the specification falls within this envelope.
6. A table setting out the programme and the estimated project breakdown with timetables where possible for publication with the Departmental Investment Strategy (or equivalent). See PES guidance.

Stage 2 (for inclusion in the Outline Business Case)

7. Viability, Desirability and Achievability questions answered and the overall position signed off for each heading.
8. A table listing the assumptions behind each of the spreadsheet inputs. Where there is a lack of supporting evidence this should be stated and the method used to approximate the input detailed.
9. A table setting out the key scenarios run for the programme spreadsheet and the reasoning behind these.
10. Analysis of the quantitative spreadsheet outputs and conclusions.
11. A table setting out the reasoning behind changes made from the programme analysis.
12. An updated affordability calculation and an assurance that the project specification falls within this.
13. An undertaking that sign off was given pre OJEU and that all standard documentation has been followed (and explanations for any exceptional deviations).

Anexo II

(Funções do PSC no decurso de procedimento de formação de uma PPP, extraídas da Partnerships Victoria Public Sector Comparator Technical Note, Junho, 2001)

Stage	Public Sector Comparator actions
1. Establish need	Consider issues which are relevant to construction of a PSC (e.g. output specification, risk identification)
2. Option appraisal	Identify potential procurement options including the Reference Project
3. Business case	- Cost options - Develop the Reference Project in detail - Conduct detailed risk analysis and determine optimal risk allocation - Develop main PSC costs, including valuation of key project risks
4. Project development	- Form procurement team with appropriate skills and resources to fully develop a comprehensive PSC - Department of Treasury and Finance to be involved in the construction and approval of a PSC for significant projects - Further develop the PSC - Portfolio Minister and Cabinet (or relevant committee) to sign off on the PSC
5. Bidding process	- In documentation inviting Expressions of Interest, refer to the nature and role of the PSC - Finalise PSC (before release of the Project Brief) - Determine PSC disclosure policy for the project - In the Project Brief, publish the disclosure policy for the specific project - Release of PSC information in accordance with disclosure policy - Evaluation of bids against PSC (and other factors) - Ensure each bid reflects the level of risk transfer proposed by government in the PSC
6. Project finalisation review	Portfolio Minister formally confirms to the Treasurer that the approved PSC has been met or improved on by an acceptable bid
7. Final negotiations/ contract awarded	Ensure the final negotiated contract conforms to the output specification and delivers better value for money compared to the PSC
8. Contract management	Monitor service delivery and contract performance to develop cost and risk information for future PSCs

Anexo III

(Check List extraído das *Guidelines* e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP, Tribunal de Contas, 2008)

Check list exemplificativo para diagnóstico do nível de "performance do Estado-parceiro público" no tocante à contratação, gestão e fiscalização de uma PPP

✓ Estudo e preparação da PPP

- 1 De que forma foi justificada o interesse público e o nível de prioridade do projecto a desenvolver?
- 2 Foram estudadas hipóteses alternativas ao projecto, bem como aos respectivos modelos de execução a desenvolver?
- 3 Foi fixado algum tecto/limite de contribuição do Estado para o Projecto?
- 4 Foi elaborado um credível comparador público que demonstre o VFM da opção PPP face a outras alternativas?
- 5 Foram apresentados diversos estudos de procura? Os mesmos foram devidamente validados?
- 6 Que estudos de viabilidade económico financeira da PPP foram realizados?
- 7 Foi elaborado um adequado *outline business case* que defina as grandes linhas estratégicas do projecto a prosseguir pelo Estado/parceiro público

↓

✓ Gestão do processo de contratação (procurement)

- 8 Foi apresentada em sede de concurso alguma minuta base, com as principais condições/cláusulas do contrato a celebrar?
- 9 Foram admitidas em sede de concurso propostas variantes ao nível da concepção, operação e financiamento?
10. Em sede de avaliação, foram tidos em consideração critérios de qualificação dos concorrentes (situação e capacidade financeira, know-how e experiência) e de avaliação das propostas (preço, qualidade técnica e risco)?
11. Foram estabelecidos no CE critérios mínimos de qualidade das propostas?
12. Foi fixado por via do comparador público (CPC) um preço máximo a pagar pela PPP?
13. Foram estabelecidos *pricing* para propostas com diferentes níveis de risco?
14. As alterações/ajustamentos efectuados na proposta preferida até à assinatura do contrato estão em conformidade com o CE?
15. Existiram derrapagens relativas a calendarização inicial do processo de adjudicação da PPP? Que causas deram origem a essas derrapagens?

↓

✓ *Gestão a contratação externa (outsourcing)*

- 16. Foram adoptados critérios e procedimentos competitivos para escolha dos consultores
- 17. Foram estabelecidos mecanismos para avaliação do trabalho dos consultores
- 18. Foram implementados procedimentos para internalização de conhecimentos?

↓

✓ *Controlo do desempenho da PPP*

- 19. Foram estabelecidos contratualmente mecanismos de partilha de benefícios da PPP com o parceiro privado?
- 20. Foram estabelecidos contratualmente mecanismos de pagamento associados à qualidade do serviço prestado? (Ex: deduções por quebra de performance)
- 21. Foram estabelecidos indicadores de alerta para monitorar e fiscalizar parâmetros qualitativos do projecto nas suas diversas fases?
- 22. Foram estabelecidos indicadores de alerta no tocante à monitorização financeira do projecto? (Ex: investimento realizado, custos operacionais, receitas do projecto, volume de procura, rendibilidades e apuramento de desvios em relação ao Caso Base - rendibilidades)
- 23. As rendibilidades accionistas encontram-se ajustadas ao perfil de risco do projecto e resultam da eficiência da sua gestão?
- 24. Existem "benefícios sombra" para o parceiro privado? (montantes de investimento não realizados, receitas acessórias não previstas, grandes manutenções/reparações adiadas, impostos sobre lucros inferiores aos previstos, etc)

↓

✓ *Gestão do risco público*

- 25. Foi estabelecido formalmente um plano de gestão de riscos da PPP?
- 26. Os processos de REF e seu impacto financeiro têm sido reduzidos ao mínimo?
- 27. Foram transferidos para o parceiro privado essencialmente riscos de construção e riscos de procura/disponibilidade?
- 28. Existem acréscimos de encargos com a PPP aprovados tacitamente pelo parceiro público?
- 29. Existem estudos e projectos aprovados tacitamente pelo Estado/parceiro público?
- 30. Os pressupostos e as variáveis do modelo financeiro - Caso Base relativos à proposta adjudicada foram devidamente auditados e validados pelo Estado/parceiro público?
- 31. As declarações de impacto ambiental foram emitidas previamente ao lançamento da PPP?
- 32. As autorizações, licenciamentos e pareceres administrativos que condicionam a boa execução da PPP foram obtidas previamente ao lançamento da PPP?

↓

✓ Prestação de contas
(accountability) da PPP

33. Existe um adequado sistema de reporte público das PPP que promova a accountability? (Ex: Relatórios de ponto de situação por projecto de PPP)



✓ Boas práticas e linhas
de orientação (best
practices e guidelines)

34. Foram elaborados, por parte do parceiro público, manuais de procedimentos internos para gestão e fiscalização de contratos de PPP?

35. Existem guidelines públicos que promovam as boas práticas de lançamento, contratação, gestão e fiscalização de contratos de PPP?



✓ Fiscalização da PPP

36. Existem equipas e programas de fiscalização dimensionados e adequados à complexidade das valências envolvidas nas diversas áreas de controlo do projecto de PPP?

37. Foram detectadas situações de incumprimento contratual por parte do parceiro privado?

38. Foram aplicadas multas em caso de incumprimento contratual?

39. Tem sido feita regularmente, por parte do parceiro público, uma avaliação da qualidade do serviço prestado pelo parceiro privado?

40. Existe um tratamento estatístico das reclamações efectuadas pelos utentes do serviço?

41. Foram formuladas recomendações ao parceiro privado tendo em vista a melhoria do serviço?



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 Julho e Dezembro de 2010 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

ABERTURA DE CRÉDITO	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
AÇÃO DE ACOMPANHAMENTO	
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL	205
ACESSO A BENS E SERVIÇOS	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
ACESSO A DOCUMENTOS	
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
ACORDO-QUADRO	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE	
Acórdão nº 035/2010 - 1ª S/PL	197
ÁGUA	
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
AJUSTE DIRETO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
Acórdão nº 033/2010 - 1ª S/SS	171
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS	172
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
ALTERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
ALVARÁ	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191

ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
ANÚNCIO DO CONCURSO	
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
AQUISIÇÃO DE BENS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
ASSESSORIA JURÍDICA	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
ATIVO IMOBILIÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
AUDITORIA DE PROJETO	
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
AUDITORIA EXTERNA	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
AUDITORIA FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
AUDITORIA INTEGRADA	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
AUDITORIA OPERACIONAL	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
AUDITORIA ORIENTADA	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS	208
Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS	207
AUDITORIA TEMÁTICA	
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS	
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL	205
AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
BENEFÍCIO FISCAL	
Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS	207
BOAS PRÁTICAS	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
CADERNO DE ENCARGOS	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Decisão nº 012/2010 - SRA	221

CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS	
Acórdão nº 029/2010 - 1ª S/SS	166
CAUÇÃO	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
CENTRAL DE COMPRAS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL	194
CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
COLOCAÇÃO DE PESSOAL MÉDICO	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
COMPENSAÇÃO FINANCEIRA	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL	
Acórdão nº 010/2010 - 3ª S/PL	215
CONCURSO INTERNACIONAL	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
CONCURSO PÚBLICO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
CONCURSO PÚBLICO URGENTE	
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA	
Acórdão nº 009/2010 - 3ª S/PL	213
CONSELHO CONSULTIVO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206

CONSTITUCIONALIDADE DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
CONTA BANCÁRIA	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
CONTABILIDADE	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
CONTAGEM DO PRAZO	
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
CONTRATAÇÃO IN HOUSE	
Acórdão nº 035/2010 - 1ª S/PL	197
CONTRATAÇÃO PARA FUNÇÕES PÚBLICAS	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
CONTRATAÇÃO PÚBLICA	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
CONTRATO ADMINISTRATIVO	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
CONTRATO DE CONCESSÃO	
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
CONTRATO DE EMPREITADA	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
Decisão nº 012/2010 - SRA	221
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196
CONTRATO DE GESTÃO	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 033/2010 - 1ª S/SS	171

Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS	172
CONTRATO-PROGRAMA	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
CONTRATO-PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DESPORTIVO	
Decisão nº 014-FP/2010 - SRM.....	227
CONTRATOS ADICIONAIS AOS CONTRATOS VISADOS	
Acórdão nº 010/2010 – 3ª S/PL.....	215
CONTROLO DE GESTÃO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
CONTROLO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
CULPA	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
CUSTAS JUDICIAIS	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
CUSTO-BENEFÍCIO	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL.....	205
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
DEFERIMENTO TÁCITO	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
DESPESA FISCAL	
Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS	207
DIRETIVA N.º 2004/18/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 31 DE MARÇO	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
DISCRICIONARIEDADE	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
DISPENSA DE MULTA	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
DIVERGÊNCIA ENTRE O CADERNO DE ENCARGOS E A PROPOSTA ADJUDICATÁRIA	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
DIVERGÊNCIA ENTRE O PROGRAMA DO PROCEDIMENTO E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	

Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
DOCUMENTOS	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS	208
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL	205
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
ELEMENTO ESSENCIAL	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
EMPRÉSTIMO	
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL	205
ENDIVIDAMENTO LÍQUIDO	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
ENTIDADE COMPRADORA VINCULADA	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FACTO	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
ERRO SOBRE A PUNIBILIDADE	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
ERRO SOBRE OS ELEMENTOS DE FACTO E DE DIREITO	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
ERROS E OMISSÕES	
Acórdão nº 036/2010 - 1ª S/SS	173
Decisão nº 012/2010 - SRA	221
ESCLARECIMENTO SUPLEMENTAR	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA	
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
ESTATUTO DA APOSENTAÇÃO	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
ESTUDOS E PROJETOS	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
EXCLUSÃO DE PROPOSTA	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181

EXECUÇÃO DA OBRA	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
EXECUÇÃO DO CONTRATO	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
EXECUÇÃO ORÇAMENTAL	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
FINANCIAMENTO	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL	205
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
FISCAL ÚNICO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
FISCALIZAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS	208
Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS	207
FISCALIZAÇÃO PRÉVIA	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
FORMAÇÃO DO CONTRATO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
FORMALIDADE ESSENCIAL	
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
FORNECIMENTO DE PESSOAL MÉDICO	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
FUNCIONÁRIOS APOSENTADOS	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
GESTÃO DE RISCOS	
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
GESTÃO E CONTROLO	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
GESTÃO FINANCEIRA MUNICIPAL	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196
HABILITAÇÃO A CONCURSO	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
HABILITAÇÃO DE HERDEIROS	
Sentença nº 007/2010 - 3ª S/SS	211
IDENTIFICAÇÃO NOMINAL E FUNCIONAL	

Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
ILEGALIDADES VERIFICADAS E RESPETIVAS	
CONSEQUÊNCIAS	
Acórdão nº 029/2010 - 1ª S/SS	166
IMPACTO DA ATIVIDADE	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
IMPOSTOS	
Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS	207
INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO UTILIZADO	
Acórdão nº 029/2010 - 1ª S/SS	166
INCONSTITUCIONALIDADE	
Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL	194
INDEMNIZAÇÃO COMPENSATÓRIA	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
INFORMAÇÃO DE CABIMENTO	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
INFRACÇÃO FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA	
Acórdão nº 009/2010 - 3ª S/PL	213
INFRACÇÃO FINANCEIRA SANCIONATÓRIA	
Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL	211
INSCRIÇÃO ORÇAMENTAL	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
INSTÂNCIA SUSPENSÃO	
Sentença nº 007/2010 - 3ª S/SS	211
INVENTÁRIO	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
INVESTIMENTO FINANCEIRO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
ISENÇÃO DE VISTO	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA	
Acórdão nº 035/2010 - 1ª S/PL	197
LEI DAS FINANÇAS LOCAIS	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196
LEI DE ENQUADRAMENTO ORÇAMENTAL	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196

MANUAL DE PROCEDIMENTOS	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
MARCAS E PATENTES	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
MODELO	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
MODIFICAÇÃO DO CONTRATO	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
MODO DE IDENTIFICAÇÃO PELOS CONCORRENTES	
Acórdão nº 036/2010 - 1ª S/SS	173
MOTIVO ARTÍSTICO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
MOTIVO TÉCNICO	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
NEGLIGÊNCIA	
Acórdão nº 010/2010 - 3ª S/PL	215
NORMA FINANCEIRA	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
NULIDADE	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
NULIDADE DA SENTENÇA	
Acórdão nº 010/2010 - 3ª S/PL	215
OBRIGAÇÃO DE PRONÚNCIA PELA ENTIDADE COMPETENTE PARA A DECISÃO DE CONTRATAR	
Acórdão nº 036/2010 - 1ª S/SS	173
OMISSÃO DE PRONÚNCIA	
Acórdão nº 010/2010 - 3ª S/PL	215
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO	
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
PAGAMENTOS INDEVIDOS	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
PATRIMÓNIO	

Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
PLANO, ORÇAMENTO E RELATÓRIOS DE CONTAS	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
PLATAFORMA ELETRÔNICA	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
PRAZO	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS	172
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
PRÊMIO POR ANTECIPAÇÃO DE CONCLUSÃO DE OBRA	
Acórdão nº 033/2010 - 1ª S/SS	171
PRESTAÇÃO DE CONTAS	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS	208
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
PRINCÍPIO DA IGUALDADE	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA	
Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL	188
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS	178
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOUREARIA	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL	205
PRINCÍPIO ORÇAMENTAL	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196

PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL	
Acórdão nº 024/2010 - 1ª S/PL	185
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
PROCESSO PRINCIPAL PENDENTE	
Sentença nº 007/2010 - 3ª S/SS	211
PRODUÇÃO DE EFEITOS	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
PROGRAMA ANUAL E PLURIANUAL	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
PROGRAMA DO PROCEDIMENTO	
Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL	181
PROGRAMA PLURIANUAL	
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS	174
PROJETO	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
PRORROGAÇÃO DO PRAZO	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS	172
Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS	206
PROTOCOLO	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO	
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
PUBLICIDADE DE CONCURSO	
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
RECEITA PÚBLICA	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
RECOMENDAÇÕES	
Decisão nº 012/2010 - SRA.....	221
RECONCILIAÇÃO BANCÁRIA	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
RECURSO	
Acórdão nº 009/2010 - 3ª S/PL	213
RECUSA DE VISTO	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 027/2010 - 1ª S/SS	165
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL	191

Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS.....	168
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS.....	170
Acórdão nº 033/2010 - 1ª S/SS.....	171
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS.....	172
Acórdão nº 038/2010 - 1ª S/SS.....	174
Acórdão nº 039/2010 - 1ª S/SS.....	175
Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS.....	178
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS.....	180
Decisão nº 014-FP/2010 - SRM.....	227
REGALIAS E BENEFÍCIOS SUPLEMENTARES	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS.....	206
REGIME JURÍDICO DO SETOR EMPRESARIAL DO ESTADO	
Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL.....	194
REGRA ORÇAMENTAL	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL.....	196
REGULAMENTO (CE) N.º 213/2008, DA COMISSÃO, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2007	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL.....	186
REGULAMENTO DE GESTÃO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS.....	206
REGULAMENTO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS.....	205
REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS.....	208
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS.....	207
REJEIÇÃO DO APELO A MODALIDADES DE EMPREGO PÚBLICO	
Acórdão nº 029/2010 - 1ª S/SS.....	166
REMUNERAÇÕES	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS.....	205
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
REPOSIÇÃO	
Acórdão nº 009/2010 - 3ª S/PL.....	213
RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL.....	191
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/SS.....	172
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS.....	180
REVISÃO DO PROJETO	
Decisão nº 012/2010 - SRA.....	221

SANEAMENTO BÁSICO	
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
SERVIÇO DE CARÁTER SOCIAL	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
SERVIÇO DE SAÚDE	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186
SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS (SUCH)	
Acórdão nº 035/2010 - 1ª S/PL	197
SISTEMA COMUM DE COMPRAS	
Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL	194
SISTEMA DE CONTROLO INTERNO	
Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS	205
SISTEMA DE INFORMAÇÃO	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207
SISTEMA DE SAÚDE	
Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL	194
SISTEMA INFORMÁTICO	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
SITUAÇÃO PATRIMONIAL	
Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS	208
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
SOCIEDADE DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	
Acórdão nº 032/2010 - 1ª S/SS	170
SUSTENTABILIDADE	
Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS	206
TARIFA	
Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS	207
TAXAS DE JUSTIÇA	
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
TITULARES DE CARGOS PÚBLICOS	
Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL	215
TRANSFERÊNCIAS	
Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL.....	205
Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL.....	205
URGÊNCIA	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/SS	163
Acórdão nº 042/2010 - 1ª S/SS	180
UTENTE	
Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS	207

VALOR DO CONTRATO	
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS.....	168
VIOLAÇÃO DE NORMA FINANCEIRA	
Acórdão nº 034/2010 - 1ª S/PL	196
VISTO COM RECOMENDAÇÕES	
Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL	183
Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/SS	168
VOCABULÁRIO COMUM DOS CONTRATOS PÚBLICOS	
Acórdão nº 026/2010 - 1ª S/PL	186

1ª SECÇÃO
CONTROLO PRÉVIO

Sumário:

1. Compete à Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. (ANCP) centralizar a negociação e celebração dos Acordos Quadro, cabendo às entidades adquirentes comprar e pagar os bens nas condições neles fixadas.
2. A Direcção de Abastecimento da Marinha, enquanto entidade compradora vinculada, está sujeita ao disposto no n.º 4 do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, de acordo com o qual está proibida de adoptar procedimentos tendentes à contratação directa de bens que se insiram em categorias abrangidas por acordos vigentes, que para ela são obrigatórios, salvo autorização prévia, expressa, do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada.
3. Estando em vigor, à data dos factos, para aquisição de combustíveis rodoviários em postos de abastecimento públicos, um Acordo Quadro celebrado pela ANCP, a Direcção de Abastecimento da Marinha estava obrigada a adquirir os combustíveis rodoviários através daquele Acordo Quadro.
4. A pendência da ulimação de um processo de centralização das compras de combustíveis rodoviários no âmbito do Ministério da Defesa Nacional, não interfere com a vinculação já existente ao Acordo Quadro em referência.
5. Nos termos do art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, aplicam-se ao presente procedimento as regras constantes do Código dos Contratos Públicos (CCP).
6. De acordo com o disposto nos arts. 26.º, n.º 1, al. e), 252.º, n.º 1, al. a) e 258.º, n.º 1 do referido Código, o procedimento de ajuste directo pode ser utilizado quando esteja em causa a aquisição de bens ao abrigo de um Acordo Quadro celebrado com uma única entidade, correspondendo, nesse caso, o conteúdo dos contratos às condições contratuais estabelecidas

nesse Acordo Quadro, como determina o n.º 2 do art.º 258.º.

7. Quando estejam em causa Acordos Quadro celebrados com várias entidades, como é o caso, o art.º 259.º do CCP, reportado à alínea b) do n.º 1 do art.º 252.º, determina que a entidade adjudicante deve dirigir a todos os co-contratantes do Acordo Quadro convite à apresentação de propostas.
8. A invocação de dificuldades no acesso à plataforma electrónica da ANCP não dispensa a entidade de fazer a aquisição nos termos do Acordo Quadro aplicável, uma vez que, tal como estabelece o art.º 115.º do CCP, o convite às várias entidades poderia ser enviado simultaneamente por correio ou por qualquer meio de transmissão escrita ou electrónica de dados.
9. A escolha do procedimento de ajuste directo por razões de urgência imperiosa não procede, porquanto o Acordo Quadro é uma forma que permite aquisições expeditas, podendo a entidade adquirente fixar um prazo curto para resposta às consultas. Não procede, ainda, por não se ter demonstrado que a urgência resultasse de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, e que o ajuste directo tenha sido adoptado na medida do estritamente necessário.
10. Nos termos do art.º 5.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 37/2007, os contratos celebrados em violação das normas mencionadas são nulos. A nulidade 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.
11. A ilegalidade verificada impediu, ainda, que se criassem condições de concorrência entre os três fornecedores, facto que impediu a obtenção de condições financeiras mais vantajosas para a entidade adjudicante.
12. As ilegalidades que alterem, ou possam alterar, o resultado financeiro do contrato constituem também fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44 da referida Lei n.º 98/97.

ACORDO-QUADRO / ENTIDADE COMPRADORA VINCULADA / AQUISIÇÃO DE BENS / CENTRAL DE COMPRAS / CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS / AJUSTE DIRETO / APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / PLATAFORMA ELETRÓNICA / URGÊNCIA / ALTERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / NULIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes

Acórdão n.º 027/2010 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 521/2010

1.ª Secção em Subsecção – 13/07/2010

Sumário:

1. O recurso ao procedimento de ajuste directo, para a celebração do contrato para aquisição de Sistemas de Comunicações por Satélite Militar SHF, com base na al. e) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, é inadmissível por existirem no mercado internacional outros fornecedores autorizados, não só do equipamento específico, como de sistemas similares que podem satisfazer os fins que o sistema de comunicação por satélite SHF cumpre.
2. Tendo em conta o valor do contrato, deveria ter sido seguido o procedimento de concurso público ou de concurso limitado com prévia qualificação, com publicação do respectivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).
3. A falta de concurso público ou de concurso limitado com prévia qualificação, quando legalmente exigíveis, torna nulos a adjudicação e o subsequente contrato por preterição de uma formalidade essencial, nos termos do art.º 133.º do Código do procedimento Administrativo e do n.º 2 do art.º 284.º do CCP.
4. A nulidade, constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão n.º 029/2010 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 574/2010

1.ª Secção em Subsecção – 16/07/2010

Sumário:

1. A qualificação dos contratos apoia-se menos na respectiva denominação ou configuração formal e mais no circunstancialismo que os envolve e, bem assim, nos objectivos que se propõem realizar.

Na esteira de tal critério, o contrato em apreço deve denominar-se “contrato de aquisição de serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem”;

2. Nos termos do Anexo II-B, da Directiva n.º 2004/18/CE, o fornecimento de pessoal de enfermagem não configura a prestação de algum serviço de saúde ou de carácter social [vd. nomenclatura CPU-Directiva n.º 2004/18/CE];
3. «In casu», aliando a qualificação normativa inscrita em legislação comunitária à materialidade do objecto do contrato sob apreciação, não se nos depara a aquisição dos serviços de saúde constantes do Anexo II-B, da Directiva n.º 2004/18/CE.

E, consequentemente, tal contrato não se mostra abrangido pela excepção contida no art.º 5.º, n.º 4, al. f), do Código dos Contratos Públicos;

4. As entidades que integram o Serviço Nacional de Saúde e incluídas no sector público administrativo só podem recorrer à celebração dos contratos de aquisição de serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem na estrita observância do disposto no art.º 35.º, da Lei n.º 12-A/2008, de 27.2;

Ou seja, tais contratos de prestação de serviços, ainda segundo aquela regra e diploma legal [vd. n.º 2, al. a) e n.º 3, do art.º 35.º], só podem ser celebrados para a execução de trabalho não subordinado, limitando-se, ainda, tal contratação às modalidades de tarefa ou avença;

5. Atento o modo de exercício da actividade pelo pessoal de enfermagem no âmbito dos Centros de Saúde [subordinação a horários e à disciplina e direcção implementadas pela entidade contratante], o correspondente contrato de aquisição de serviços de pessoal de enfermagem [agora sob fiscalização prévia] não configura as modalidades de tarefa ou avença;
6. Sendo aplicável a Parte II do Código dos Contratos Públicos à formação do presente contrato e considerado o valor [€ 452 293,60] deste, impunha-se o apelo ao concurso público ou limitado por prévia qualificação [vd. art.º 20.º, n.º 1, als. a) e b) e n.º 3, do C.C.P.], facto que não ocorreu;
7. A ausência de concurso [obrigatório no caso em apreço] e a celebração de contratos de prestação de serviços sem a necessária observância dos requisitos previstos no art.º 35.º, n.º 2, da Lei n.º 12-A/2008, geram a nulidade da adjudicação e dos instrumentos contratuais mencionados [vd. art.ºs 133.º, n.º 1, do C.P.A. e 36.º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008];

E, daí, a recusa do Visto.

CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS / INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO UTILIZADO / REJEIÇÃO DO APELO A MODALIDADES DE EMPREGO PÚBLICO / ILEGALIDADES VERIFICADAS E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS.

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

Sumário:

1. O art.º 138.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril dispõe que ficam isentos de fiscalização prévia os actos e contratos, considerados isolada ou conjuntamente com outros que aparentemente estar relacionados entre si, cujo montante não exceda o valor de € 350 000.
2. Os contratos em apreço, apesar de consagrarem isoladamente um valor inferior àquele, não se enquadram na previsão de isenção de fiscalização prévia, uma vez que estão relacionados entre si, designadamente por resultarem de um único procedimento de formação. Além disso, havendo uma prorrogação contratualmente prevista que abrange um período temporal de 3 anos, o valor dos contratos deve corresponder à despesa estimada para todo esse período de vigência e não apenas à do primeiro ano da sua execução.
3. A exigência, numa fase em que ainda não eram exigíveis, de documentos de habilitação a todos os concorrentes viola o disposto no art.º 81.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece que os documentos de habilitação devem ser apresentados apenas pelo concorrente adjudicatário.
4. A enumeração das causas de não adjudicação constante do art.º 79.º deve considerar-se exaustiva, não sendo admissível a consagração no Programa do Procedimento (PP) de outras causas de não adjudicação para além das previstas na lei.
5. De acordo com o disposto no art.º 139.º, n.º 4 do CCP, é inadmissível a definição de modelos de avaliação de propostas com factores ou subfactores que dependam de atributos de outras propostas.
6. A não avaliação de propostas admitidas ao concurso infringe o princípio da legalidade, na medida em que viola o disposto no n.º 1 do art.º 70.º do CCP, que estabelece que as propostas

são analisadas em todos os seus atributos representados pelos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação.

7. As violações de lei mencionadas podem, potencialmente ter alterado o resultado financeiro do contrato, o que constitui motivo de recusa de visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
8. A escolha de propostas mediante critérios que não constam dos documentos concursais, ou seja, sem modelo de avaliação que fundamente tal escolha, viola o disposto no art.º 139.º, n.º 1 do CCP, dado que o critério de adjudicação adoptado foi o da proposta economicamente mais vantajosa.
9. Tal situação configura a falta de um elemento essencial que, nos termos do art.º 133.º do Código do Procedimento Administrativo, fere de nulidade o acto adjudicatório, nulidade esta que se transmite ao contrato nos termos do n.º 1 do art.º 283.º do CCP, e que constitui fundamento de recusa de visto, de acordo com o disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / ISENÇÃO DE VISTO / VALOR DO CONTRATO / DOCUMENTOS / ADJUDICAÇÃO / MODELO / AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS / PRINCÍPIO DA LEGALIDADE / CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / VISTO COM RECOMENDAÇÕES / ELEMENTO ESSENCIAL / NULIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Sumário:

1. De acordo com o disposto no art.º 8.º, n.º 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, a actividade de locação financeira.
2. A empresa General Electric Portuguesa, SA., por não ser uma instituição de crédito, nem uma sociedade financeira, não está legalmente autorizada a celebrar contratos de locação financeira.
3. A celebração de negócios jurídicos contra disposição legal imperativa é nula, de acordo com o disposto no art.º 294.º do Código Civil.
4. A celebração de um contrato de locação financeira devia ter sido antecedida da realização do adequado procedimento pré-contratual, no caso, e atendendo ao respectivo valor, devia ter sido seguido um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação (cfr. arts. 20.º, n.º 1, al. b) e 437.º do CCP).
5. A omissão de concurso público ou concurso limitado com prévia qualificação, quando legalmente exigíveis, torna nulo o acto de adjudicação e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 do CPA e 284.º do CCP).
6. A nulidade é, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamento de recusa de visto.

CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA / SOCIEDADE DE LOCAÇÃO FINANCEIRA / PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL / CONCURSO PÚBLICO / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFI-

CAÇÃO / ELEMENTO ESSENCIAL / NULIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Acórdão nº 033/2010 - 1ª S/SS

Processo nº: 831/2010

1ª Secção em Subsecção – 12/10/2010

Sumário:

1. Salvo quando a natureza do contrato ou a lei não o permitam, o contraente público pode atribuir ao co-contratante, prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato (cfr. art.º 301.º do Código dos Contratos Públicos).
2. A estipulação, no Caderno de Encargos da atribuição ao adjudicatário de um prémio de 10% do preço contratual com o intuito de incentivar a minimização dos erros e das omissões, de forma a obter, uma melhor qualidade do projecto não tem fundamento legal, uma vez que apenas é possível a atribuição de prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato.
3. A desconformidade dos contratos com as leis em vigor, que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato, 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, fundamento de recusa de visto.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / PRÉMIO POR ANTECIPAÇÃO DE CONCLUSÃO DE OBRA / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Sumário:

1. O prazo de vigência dos contratos de aquisição de serviços não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução (cfr. art.º 440.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, aplicável ex vi do art.º 451.º do mesmo diploma legal).
2. Tendo em conta o volume do investimento e a amortização do seu montante, é possível o estabelecimento de um prazo de 8 anos para a duração inicial do contrato. Todavia, a possibilidade de prorrogação do mesmo por igual período é manifestamente excessiva, face ao espírito e à letra da lei, uma vez que ultrapassa largamente o período de três anos consentido por aquela.
3. A eternização da vigência do contrato tem como consequência a compressão do princípio da concorrência e a possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, com agravamento do seu valor, 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.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / PRAZO / PRORROGAÇÃO DO PRAZO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Sumário:

1. Da norma contida no art.º 61.º, n.º 7, do Código dos Contratos Públicos, não decorre o seguimento de alguma fórmula especial para a evidenciação do modo de suprimento dos erros e omissões, importando, isso sim, que da proposta resulte, sem equívoco, o modo de efectivação do suprimento dos erros e omissões, bastando, para tanto, a indicação dos elementos requeridos e já em conformidade com os erros e omissões aceites pela entidade adjudicante;
2. À expressão legal “identificação expressa e inequívoca” contida no art.º 61.º, n.º 7, do Código dos Contratos Públicos, não é alheio o intuito da delimitação rigorosa técnico-contratual [vd. art.º 57.º, n.º 1, al. b), do C.C.P.] pretendida pelo legislador e o acentuar do compromisso dos concorrentes com a detecção de erros e omissões na fase pré-contratual;

A expressão legal “expressa e inequívoca” referida não se reporta, no essencial, à forma de apresentação da proposta, mas, fundamentalmente, à salvaguarda do interesse financeiro polarizado na entidade adjudicante;

3. Da interpretação a conceder ao art.º 61.º, n.º 7, do Código dos Contratos Públicos, não decorre, assim e exemplificativamente, para o concorrente, a obrigação de, separadamente, juntar uma lista identificadora dos erros e omissões aceites e uma outra, definitiva e global, respeitante às condições do concorrente no domínio dos vários atributos;

A exclusão de alguma proposta com base na não apresentação, em separado, das referidas listas não se ajusta à literalidade e sentido da norma contida no art.º 61.º, n.º 7, do Código dos Contratos Públicos;

Sendo o critério de adjudicação o do mais baixo preço e verificando-se a circunstância de a proposta excluída com base na não apresentação, em separado, das mencionadas listas apre-

sentar valor inferior ao indicado pelos demais concorrentes, é óbvia a alteração do resultado financeiro do contrato;

E esta circunstância funda a recusa do Visto [vd. art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto].

ERROS E OMISSÕES / MODO DE IDENTIFICAÇÃO PELOS CONCORRENTES / OBRIGAÇÃO DE PRONÚNCIA PELA ENTIDADE COMPETENTE PARA A DECISÃO DE CONTRATAR

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

Acórdão n.º 038/2010 - 1ª S/SS

Processo n.º: 922/2009

1ª Secção em Subsecção – 29/10/2010

Sumário:

1. Os projectos que impliquem despesas orçamentais a realizar por investimentos devem ser discriminados no Plano Plurianual de Investimentos (PPI), só podendo ser realizados aqueles que nele estejam inscritos. No PPI deve igualmente constar a fonte de financiamento de cada projecto ou acção a executar com financiamento externo à própria autarquia local.
2. As despesas só pode ser cativadas, assumidas, autorizadas e pagas se, para além de serem legais, estiverem inscritas no orçamento e com dotação igual ou superior ao cabimento e ao compromisso, respectivamente.
3. No caso em apreço, face ao despacho de excepcionamento proferido ao abrigo da Lei das Finanças Locais e à situação de excesso de endividamento líquido apresentado pela autarquia, o financiamento para a abertura de crédito em instituição bancária, inicialmente previsto para suportar 64,8% do investimento que o contrato concretiza, não está assegurado, nem é seguro que se venha a concretizar.
4. A informação de cabimento deve transmitir informação de que há recursos necessários à execução integral da despesa, ainda

que só parte deles estejam comprometidos para o ano em causa. Não tendo sido inscrito o necessário valor em “reforços” do orçamento inicial, não há verdadeira informação de cabimento.

5. A autorização da celebração do contrato e da despesa correspondente, sem estarem assegurados os financiamentos previstos no PPI viola materialmente o disposto no n.º 2.3.1 e no 2.3.3 do POCAL, normas de indubitável natureza financeira.
6. A falta de adequada informação de cabimento, na medida em que nela se refere receitas que não estão asseguradas, viola o disposto na al. b) do n.º 6 do art.º 42.º da Lei do Enquadramento Orçamental e na al. d) do n.º 2.3.4.2 e no n.º 2.6.1 do POCAL.
7. A desconformidade dos actos e contratos que implique encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras constitui fundamento de recusa de visto, nos termos da al b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização de Processo do Tribunal de Contas.

PROGRAMA PLURIANUAL / FINANCIAMENTO / ABERTURA DE CRÉDITO / INSCRIÇÃO ORÇAMENTAL / ENDIVIDAMENTO LÍQUIDO / INFORMAÇÃO DE CABIMENTO / NORMA FINANCEIRA / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão n.º 039/2010 - 1ª S/SS

Processo n.º: 1175/2010 a 1178/2010

1ª Secção em Subsecção – 03/11/2010

Sumário:

1. Os contratos de aquisição de serviços celebrados por institutos públicos estão sujeitos a visto do Tribunal de Contas quando impliquem despesa de valor igual ou superior a € 350.000 (valor fixado nos termos do art.º 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas para os anos 2009 e 2010).

2. De acordo com o disposto no art.º 138.º da Lei n.º 3-B/2010, os contratos que, considerados conjuntamente com outros que aparentem estar relacionados entre si, sejam de valor superior a € 350.00, embora de valor unitário inferior àquele montante, estão inequivocamente sujeitos a fiscalização prévia daquele Tribunal.
3. Os institutos públicos podem recorrer à contratação externa de serviços de assessoria jurídica apenas quando tal método assegure um controlo mais eficiente dos custos e da qualidade do serviço prestado.
4. No caso, as matérias objecto da assessoria jurídica enquadram-se nas competências de natureza corrente do instituto público e não é apresentada justificação suficiente para a contratação externa. Assim, não se encontram verificados os pressupostos estabelecidos nos arts. 5.º, n.º 2 e 33.º, n.º 3 da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, no art.º 9.º, n.º 6 da Lei n.º 58/2005 e no art.º 42.º, n.º 6, al. c) da Lei de Enquadramento Orçamental.
5. O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.
6. Assim, para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados.
7. A contratação de serviços por ajuste directo, tal como descrito no art.º 112.º do Código dos Contratos Públicos, constitui um procedimento fechado, que não integra qualquer nível de concorrência, pelo que só deve aceitar-se a sua utilização quando se mostre inviável qualquer outra solução procedimental que melhor salvaguarde a concorrência.
8. A utilização de ajuste directo para aquisições de serviços intelectuais, e eventualmente jurídicos, de elevado valor, tem

de estar inequivocamente justificada, fundamentada e demonstrada, em termos de afastar, em concreto e não em abstracto, a viabilidade de qualquer outra solução concorrencial.

9. Nos contratos de aquisição de serviços para a elaboração de planos no domínio do ordenamento do território, e nos termos do n.º 4 do art.º 27.º do CCP, está proibido o recurso ao ajuste directo ao abrigo do disposto na al. b) do n.º 1 do mesmo artigo.
10. Não ficou demonstrado que a natureza das prestações envolvidas não permitisse a elaboração de especificações contratuais adequadas à fixação de um critério de adjudicação, com elementos qualitativos e quantitativos, pelo que não se encontra justificada a aplicação do disposto no art.º 27.º, n.º 1, al. b), do CCP.
11. A falta de obtenção ou procura de outras propostas conduziu à aceitação simples do que foi proposto pela única sociedade convidada, sem que tenha ocorrido qualquer negociação para obtenção de melhores condições, nomeadamente financeiras.
12. No que se refere ao regime de pagamentos, considerando que o preço contratual corresponde a um determinado número de horas de prestação de serviços, o pagamento adiantado do mesmo sem contrapartida em prestações realizadas de igual valor, consubstancia uma violação do disposto no art.º 292.º do CCP, uma vez que não foi prevista qualquer caução para aqueles adiantamentos.
13. As ilegalidades verificadas implicam a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro dos procedimentos, o que constitui fundamento de recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
14. As normas violadas são, ainda, normas de protecção dos interesses financeiros públicos, pelo que igualmente se verifica a violação de normas financeiras referida na al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / FISCALIZAÇÃO PRÉ-VIA / ASSESSORIA JURÍDICA / CUSTO-BENEFÍCIO / AJUSTE DIRETO / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO / ANTECI-PAÇÃO DE PAGAMENTO / CAUÇÃO / ALTERAÇÃO DO RESUL-TADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / NORMA FINANCEIRA / RECUSA DE VISTO

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes

Acórdão nº 040/2010 - 1ª S/SS

Processo nº: 1303/2010

1ª Secção em Subsecção – 03/11/2010

Sumário:

1. O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.
2. Assim, na formação dos contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados.
3. O ajuste directo constitui um procedimento fechado, que não integra qualquer nível de concorrência, pelo que só se deve aceitar a sua utilização quando se demonstre inviável qual-quer outra solução procedimental que melhor salvaguarde a concorrência.
4. Os princípios referidos nos pontos anteriores aplicam-se aos contratos celebrados pelos Hospitais E.P.E., mesmo nos casos dos contratos cujos valores estejam abaixo dos limiares fixados para aplicação das directivas comunitárias e aos quais não se apliquem as regras pré-contratuais estabelecidas no Código dos Contratos Públicos (CCP).

5. A decisão de que um determinado contrato deve ser excepcionalmente subtraído às regras da concorrência tem de ser efectuada em função das circunstâncias concretas de cada caso e fundamentada numa justificação clara e aceitável à luz dos princípios explicitados.
6. No caso, nem a norma regulamentar invocada nem as circunstâncias concretas fornecem uma justificação razoável no sentido de que um procedimento aberto era inviável ou injustificado, não se demonstrando que o recurso a uma solução concorrencial não era possível.
7. A introdução no caderno de encargos de especificações técnicas discriminatórias, favorecendo ou desfavorecendo determinados operadores económicos ou determinados produtos, é proibida por directa aplicação dos princípios já invocados.
8. As ilegalidades verificadas implicam a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento de recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
9. A realização de procedimentos concorrenciais e não discriminatórios protege o interesse financeiro de escolha das propostas que melhor e mais económica e eficientemente se ajustam às necessidades públicas, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos arts. 42.º, n.º 6 e 47.º, n.º 2 da Lei de Enquadramento Orçamental. Verifica-se, assim, também a violação de norma financeira, igualmente fundamento de recusa de visto nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA /
PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE /
AJUSTE DIRETO / ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA / ALTERAÇÃO DO
RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / NORMA FINAN-
CEIRA / RECUSA DE VISTO

Acórdão n.º 042/2010 - 1.ª S/SS

Processo n.º: 1307/2010

1.ª Secção em Subsecção – 16/11/2010

Sumário:

1. O art.º 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, estabelece que pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos arts. 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:
 - a. se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários;
 - b. o valor do contrato seja inferior ao referido na al. b) do art.º 19.º do Código dos Contratos Públicos;
 - c. o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.
2. Face ao disposto no art.º 155.º do CCP, o recurso a esta possibilidade pressupõe que se esteja perante um caso de urgência, no caso o risco de se perderem os financiamentos comunitários.
3. Nos termos do art.º 157.º, n.º 2 do CCP, os documentos do procedimento devem constar do anúncio, pois, havendo urgência, os potenciais interessados no procedimento devem de imediato poder aceder aos seus documentos ou, em alternativa, poderá o anúncio remeter para plataforma electrónica onde constem tais documentos.
4. Havendo ambiguidade no anúncio em matéria de contagem do prazo – após o lançamento do procedimento na plataforma electrónica ou a partir da data e hora do envio do anúncio para publicação no Diário da República – e constando nele referência aos documentos acessíveis na plataforma, deve

concluir-se que não se facilitou o acesso aos documentos, pelo que se encontra violado o art.º 157.º, n.º 2 do CCP.

5. A contradição existente no anúncio do concurso em matéria de contagem do prazo associada à fixação de um prazo curtíssimo para apresentação de propostas (24 horas), viola, ainda, os princípios da igualdade e da concorrência fixados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP.
6. As violações de lei mencionadas são susceptíveis de restringir o universo dos potenciais concorrentes e, em consequência, susceptíveis de terem alterado o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

CONCURSO PÚBLICO URGENTE / URGÊNCIA / ACESSO A DOCUMENTOS / ANÚNCIO DO CONCURSO / PRAZO / CONTAGEM DO PRAZO / APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Acórdão nº 020/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 9/2010

Processo nº: 10/2010-SRM

1ª Secção em Plenário – 06/07/2010

Sumário:

1. Nos termos do artigo 50º, nºs 1 e 2 do Código dos Contratos Públicos (CCP) os esclarecimentos necessários à boa compreensão das peças do procedimento devem ser solicitados, por escrito, no primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas e prestados, também por escrito, até ao termo do segundo terço do mesmo prazo.

2. O pedido de esclarecimentos, mencionado no ponto anterior, pode ser efectuado por meio de correio electrónico.
3. Havendo divergência entre o estipulado no Programa do procedimento e o disposto no citado artigo 50.º, n.º 1, do CCP, prevalece o estabelecido neste normativo, ex vi do artigo 51.º do mesmo Código.
4. Por força do disposto no artigo 50º, nº4, do CCP, os esclarecimentos prestados, além de ser notificados aos interessados que tiverem adquirido cópia das referidas peças, devem ser disponibilizados na plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante.
5. De acordo com o artigo 63º, nº1, do CCP, o prazo para a apresentação das propostas é fixado livremente, com respeito pelos limites mínimos estabelecidos no CCP, e, quando o anúncio do concurso público seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, não pode ser inferior a 47 dias, como impõe o artigo 136, nº1, do mesmo compêndio normativo.
6. Tendo em conta o disposto nos artigos 70º, nº2, al. b) e 49º, nº4, do CCP, a existência de divergências, entre o exigido no Caderno de Encargos e o apresentado na proposta do adjudicatário, não constitui fundamento de exclusão da proposta, no caso de esta não apresentar atributos que violem os parâmetros base fixados naquele Caderno e de o concorrente demonstrar, de forma adequada e suficiente, que as soluções apresentadas na sua proposta satisfazem, de modo equivalente, as exigências definidas, naquela peça procedimental, relativamente às especificações técnicas.
7. Sendo a ilegalidade resultante da violação do disposto no artigo 50º, nºs 1, 2 e 4, do CCP, geradora de anulabilidade e não resultando do processo ter havido efectiva alteração do resultado financeiro do contrato, estão reunidos os pressupostos justificativos da concessão do visto, com a formulação de uma recomendação, se for expectável que, no futuro, a entidade adjudicante não volte a incorrer na referida ilegalidade, de harmonia com o estipulado pelo artigo 44º, nº4, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA / ESCLARECIMENTO SUPLEMENTAR / PROGRAMA DO PROCEDIMENTO / DIVERGÊNCIA ENTRE O PROGRAMA DO PROCEDIMENTO E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS / PRAZO / APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA / DIVERGÊNCIA ENTRE O CADERNO DE ENCARGOS E A PROPOSTA ADJUDICATÁRIA / EXCLUSÃO DE PROPOSTA

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Acórdão nº 021/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 5/2010

Processo nº: 1750/2009

1ª Secção em Plenário – 13/07/2010

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 12/2004, de 9 de Janeiro, devendo fazer-se constar, em regra, do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 ou as duas hipóteses, em alternativa, resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo.
2. A exigência da posse de alvará de construção com a classificação como empreiteiro geral ou construtor geral da 1.ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta, viola o disposto no art.º 31.º, n.º 1, a qual conduziu, real ou potencialmente, a uma redução ilegal do universo de potenciais candidatos e, por essa via, a uma provável alteração do resultado financeiro do procedimento.
3. A violação de lei mencionada é fundamento de recusa de visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC). Contudo, face às concretas circunstâncias do caso, e no uso da faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo, poderia conceder-se o visto com recomendações.

4. O caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve ser integrado pelo projecto de execução, o qual deve ser acompanhado ou deve incluir uma lista completa de todas as espécies de trabalho necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades.
5. Não existindo no projecto de execução tal lista e mapa de quantidades, documentos também fundamentais para uma correcta aferição de erros, omissões, trabalhos a mais e atribuição de responsabilidades, deve concluir-se que inexistente projecto de execução, o que viola o disposto no art.º 43.º, n.ºs 1, 4, al. b) e 7 do Código dos Contratos Públicos (CCP).
6. A entidade adjudicante deve demonstrar fundamentadamente que os elementos previstos no n.º 5 do art.º 43.º do CCP, inexistindo, não se revelam necessários à boa elaboração do projecto de execução e posterior execução da obra, sob pena de violação daquele normativo legal.
7. A violação dos n.ºs 1, 4, 5 e 7 do art.º 43.º do CCP constitui, com base no disposto nas als. a), c) e d) do n.º 8 do art.º 43.º do CCP e na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC, fundamento para recusa de visto.

EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS / HABILITAÇÃO A CONCURSO / ALVARÁ / CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLICAS / CADERNO DE ENCARGOS / PROJETO / EXECUÇÃO DO CONTRATO / EXECUÇÃO DA OBRA / VISTO COM RECOMENDAÇÕES / RECUSA DE VISTO

Conselheiro Relator: João Figueiredo

Sumário:

1. Atento o teor do art.º 3.º, n.º 1, da Portaria n.º 701-H/2008, sobre a entidade adjudicante não recai, em tese, a obrigação de adquirir serviços relacionados com a concepção, sendo permitida a aquisição, de modo directo, do projecto de execução/arquitectura e assistência técnica;
2. A aquisição de bens e serviços relacionados com a “concepção”, pela sua complexidade, originalidade e singularidade, obriga à realização de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, imperativo ainda resultante dos arts. 219.º e 220.º, do Código dos Contratos Públicos;
3. O art.º 24.º, al. e), do Código dos Contratos Públicos, não integra os serviços desenvolvidos no âmbito da arquitectura no conceito “motivos artísticos” aí referenciado; O ajuste directo radicado em “motivos técnicos” [vd. art.º 24.º, n.º 1, al. e), do Código dos Contratos Públicos] só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respectiva prestação;
4. O poder discricionário deriva, forçosamente, da lei, existindo apenas e na medida em que esta o atribua; dito de outro modo, aquele poder só pode ser exercido por aqueles a quem a lei o atribuir e para o fim com que a Lei o confere;
5. A decisão de construir um Centro de Artes e Espectáculos e a idealização de um conceito arquitectónico e urbanístico constituirá uma decisão de natureza política e, porventura, integrável na margem mínima de escolha livre que impende sobre o autarca [zona de exercício do poder discricionário]. Contudo, a escolha do procedimento acolhe-se ao exercício de poderes vinculados, pois subordina-se a critérios de valor legalmente fixados, aos princípios [da concorrência, igualda-

de, transparência, proporcionalidade...] que informam a contratação pública e, ainda, a critérios de natureza material;

6. A não abertura de concurso, tipo de procedimento que constitui o veículo clássico da promoção e respeito pela concorrência, conduz à preterição de um elemento essencial e, inerentemente, à nulidade da adjudicação e do correspondente contrato.

E, daí, a recusa do Visto [vd. art.º 44.º, n.º 3, da lei n.º 98/97, de 26.08.].

FORMAÇÃO DO CONTRATO / PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL / MOTIVO TÉCNICO / MOTIVO ARTÍSTICO / AJUSTE DIRETO / DISCRICIONARIEDADE / PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONCURSO PÚBLICO / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / NULIDADE / ADJUDICAÇÃO

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

Acórdão n.º 026/2010 - 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 11/2010

Processo n.º: 398/2010 e 399/2010

1.ª Secção em Plenário – 26/10/2010

Sumário:

1. Aos serviços de saúde e de carácter social, incluídos na categoria 25, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, (que alterou a tabela constante Anexo II B à Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), corresponde a nomenclatura CPV, com os números de referência 74511000-4 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).
2. Aos serviços de colocação e fornecimento de pessoal, incluídos na categoria 22, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, mencionado no ponto anterior, corresponde a nomenclatura CPV, com os números de 79600000-0

a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9.

3. Tipificam contratos de colocação e fornecimento de pessoal médico, enquadrados na categoria 22, da Tabela indicada no ponto anterior, e com o número de referência CPV 79625000-1 - e não contratos de prestação de serviços médicos, com a referência CPV 85121100-4 – aqueles que foram celebrados entre a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP (ARSA, IP) e as empresas “A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.” e “Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.”, tendo em vista a colocação e o fornecimento, por estas, de pessoal médico, a fim de as Unidades de Saúde, dependentes daquela entidade, poderem prestar serviços médicos.
4. Os contratos referidos no ponto anterior, celebrados pela ARSA, IP, não estão abrangidos pela exceção prevista na alínea f), do nº4, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), pelo que lhes é aplicável a Parte II deste Código.
5. Os contratos mencionados no ponto III, porque envolvem a colocação e o fornecimento de pessoal médico e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, não podem ser incluídos em qualquer das modalidades de contratos de prestação de serviços previstas no artigo 35º, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.
6. De acordo com o disposto no artigo 35º, nº2, al. a) da mencionada Lei nº 12-A/2008, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados se observarem o regime legal de aquisição de serviços.
7. Face ao disposto no artigo 36º, nº1, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, são nulos os contratos de prestação de serviços celebrados com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4 do artigo 35º do mesmo diploma legal.

8. Tendo em conta o seu valor, bem como o disposto no artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do Código dos Contratos Públicos, os contratos mencionados no ponto III deveriam ter sido precedidos de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, e não de ajuste directo.
9. A omissão da realização de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando obrigatórios, acarreta a nulidade do acto de adjudicação e do subsequente contrato, por preterição de uma formalidade essencial, nos termos dos artigos 133º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo e 284º, nº2, do CCP.
10. A existência de nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / SERVIÇO DE SAÚDE / SERVIÇO DE CARÁCTER SOCIAL / COLOCAÇÃO DE PESSOAL MÉDICO / FORNECIMENTO DE PESSOAL MÉDICO / VOCABULÁRIO COMUM DOS CONTRATOS PÚBLICOS / CONCURSO PÚBLICO / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / AJUSTE DIRETO / REGULAMENTO (CE) N.º 213/2008, DA COMISSÃO, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2007 / DIRETIVA N.º 2004/18/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 31 DE MARÇO

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Acórdão nº 028/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 13/2010

Processo nº: 108/2010

1ª Secção em Plenário – 03/11/2010

Sumário:

1. As empresas municipais estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, nos termos do disposto no artigo 2º, nº1, al. c), da Lei nº 98/97, na redacção dada pela Lei nº 48/2006 de 29 de Agosto;

2. Com a alteração efectuada ao artigo 5º, nº1, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC) pela Lei nº 48/2006, foi objectivo do legislador - e constituiu finalidade da norma – abranger, na submissão a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, entidades que, formalmente, se enquadram no nº2, do artigo 2º da LOPTC, como é o caso das empresas municipais, e que, de outro modo, se eximiriam a tal forma de fiscalização;
3. O exercício da fiscalização prévia a contratos celebrados pelas empresas municipais, decorrente da aplicação dos artigos 5º, nº1, al.c), 44º, nº3, 46º, nº1, al. b) e 47º, nº1, al. a), todos da LOPTC, não viola os princípios da separação de poderes, da legalidade, da eficiência e do desenvolvimento do sector público, previstos nos artigos 111º, 203º e 214º da Constituição da República Portuguesa.
4. O contrato de prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos, celebrado em 1996, entre o Município de Sintra e um consórcio de empresas, atento o seu objecto e o conteúdo das respectivas cláusulas, deve qualificar-se como um contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública, o qual reveste a natureza de contrato administrativo, nos termos do artigo 178º, nº2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), disposição em vigor à data da sua outorga.
5. A uma modificação unilateral das prestações do contrato referido no ponto anterior, efectuada antes da entrada em vigor do DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, era aplicável o artigo 180º do CPA, que possibilitava tal alteração, por iniciativa do Município de Sintra, desde que respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro.
6. Não consubstancia uma mera alteração do prazo do contrato referido no ponto IV, – mas, ao invés, a celebração de um contrato novo - um instrumento contratual que, relativamente ao objecto daquele contrato, tem as seguintes estipulações contratuais distintas:

- Tem em vista substituir o sistema de recolha de resíduos sólidos de recolha traseira, por um sistema de recolha lateral robotizado, com implantação de contentorização de grande capacidade;
 - Altera o prazo contratual de 48 meses, renováveis por igual período, para um prazo contratual de 96 meses, renováveis por igual período;
 - Tem em vista substituir contentores de recolha de resíduos sólidos com capacidade para 800 e 1000 litros, por contentores novos, de carga lateral, com capacidade para 3.200 litros;
 - Tem em vista substituir contentores de recolha selectiva com capacidade para 2.500 litros, por outros, novos, de carga lateral e com capacidade para 3.200 litros;
 - A alteração de processos, bem como a substituição dos equipamentos antigos – designadamente camiões - por equipamentos novos, implicam um avultado investimento.
7. Ao instrumento contratual referido no ponto anterior, dado ter sido obtido por acordo das partes, e não por acção unilateral do Município de Sintra, não é aplicável o disposto no artigo 180º do CPA, apesar de ter sido celebrado antes da revogação deste normativo pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro.
 8. A celebração do instrumento contratual mencionado no ponto VI deveria ter sido precedida de um procedimento pré-contratual que acautelasse os princípios da legalidade, da publicidade, da transparência e da concorrência, inerentes à contratação pública.
 9. Atento o valor do instrumento contratual submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, – largamente superior ao limiar estabelecido na al. b), do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro, em vigor à data

da outorga daquele instrumento - e tendo ainda em conta o disposto nos artigos 87º, nº2, 191º, nº1, al. a) e 194º, nº1 do DL nº 197/99 de 8 de Junho, tal instrumento deveria ter sido antecedido da realização de um concurso público, com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia.

10. A omissão de concurso público, quando obrigatório, implica a nulidade da adjudicação e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1 e 185º, nº1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.
11. A desconformidade dos contratos e outros instrumentos geradores de despesa, com as leis em vigor, que implique a existência de nulidade, é fundamento da recusa de visto, de harmonia com o disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONSTITUCIONALIDADE DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS / CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / MODIFICAÇÃO DO CONTRATO / CONCURSO PÚBLICO / PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / NULIDADE / CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO / DIRETIVA N.º 2004/18/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 31 DE MARÇO

Conselheiro Relator: António Manuel dos Santos Soares

Acórdão nº 030/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 12/2010

Processo nº: 455/2010

1ª Secção em Plenário – 23/11/2010

Sumário:

1. A inclusão, no mapa de quantidades, de referências a marcas comerciais específicas viola o disposto no artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do Código dos Contratos Públicos.

2. A proibição da introdução de especificações técnicas discriminatórias nos documentos concursais não visa apenas a protecção directa dos interessados em concorrer ao concurso em causa, obviando a uma eventual restrição do concreto universo concorrencial, mas visa também garantir o funcionamento da concorrência relativamente aos itens afectados, salvaguardando os interesses dos fornecedores dos bens e propiciando a diversificação e optimização das propostas, em defesa dos interesses financeiros da entidade pública.
3. Num concurso para a realização de uma empreitada, e mesmo quando o número de concorrentes seja elevado, a exigência do fornecimento de equipamentos ou materiais de uma determinada marca conduz a uma total falta de concorrência relativamente aos bens em causa e uma total falta de alternativas, quanto aos bens e aos respectivos custos.
4. O facto de o adjudicatário ser autorizado a, no decurso da execução da obra, proceder à substituição dos materiais, é totalmente irrelevante, já que essa substituição não repõe a concorrência que deveria ter ocorrido na escolha das propostas e na formação do preço contratual, antes se fazendo no âmbito de um preço já formado e, portanto, integralmente a favor do adjudicatário.
5. A exigência aos concorrentes da classificação de empreiteiro geral de obras ou construtor geral de edifícios de construção tradicional da classe 7 viola o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que prescreve a obrigação de, nos concursos de obras públicas, ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra.
6. Este regime visa salvaguardar o mais amplo acesso ao mercado, obstando a que a entidade adjudicante estabeleça requisitos habilitacionais excessivos.
7. Este Tribunal tem entendido que quando são feitas exigências de habilitação técnica superiores às estabelecidas na lei isso conduz à redução do universo de potenciais candidatos, violando-se o princípio da concorrência e verificando-se sus-

ceptibilidade de alteração do resultado financeiro, uma vez que se impediu o surgimento de propostas eventualmente mais vantajosas.

8. Não é procedente o argumento do recorrente de que, mesmo tendo formalmente estabelecido requisitos habilitacionais superiores ao devido, isso não conduziu no caso à alteração do universo de potenciais candidatos, uma vez que o universo de candidatos com alvará de empreiteiro geral na classe exigida é idêntico ao universo de candidatos com alvará na subcategoria e classe que deveria ter sido exigida.
9. Essa improcedência deriva de a subcategoria relevante ter sido definida a posteriori, em divergência da posição inicialmente tomada, de a um concurso público de âmbito internacional, como foi o caso, poderem concorrer candidatos nas condições previstas no n.º 5 do artigo 81.º do Código dos Contratos Públicos e de, no caso, ter sido exigido alvará de classe superior à necessária.
10. O valor global da obra só é determinado em rigor quando se toma a decisão de adjudicação. Assim, a exigência de uma classe determinada não deve ser feita nos documentos do concurso. Deve exigir-se tão só classe que cubra o valor global da obra, a qual é reportada ao valor da proposta de cada concorrente e, no momento da adjudicação e celebração do contrato, ao valor adjudicado.
11. O facto de ter agora sido proferido um despacho para garantir o cumprimento futuro de anteriores recomendações dirigidas à entidade não afasta a circunstância de, tendo a mesma sido atempadamente alertada por este Tribunal para as ilegalidades, poder e dever ter prevenido a sua ocorrência no presente procedimento.
12. A avaliação e decisão da 1.ª instância no sentido de não se usar novamente da faculdade prevista no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC não merece censura e não deve ser alterada.

ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE /
ALVARÁ / CLASSIFICAÇÃO DE EMPREITEIRO DE OBRAS PÚBLI-

CAS / CONCURSO INTERNACIONAL / CONTRATO DE EMPREI-
TADA / HABILITAÇÃO A CONCURSO / MARCAS E PATENTES /
PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / RECUSA DE VISTO / RESTRI-
ÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes

Acórdão nº 031/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 1/2010

Processo nº: 1615/2009

1ª Secção em Plenário – 30/11/2010

Sumário:

1. A criação de Centrais de Compras, antes admitida na Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004, prevê-se, ainda, no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01., diploma legal que aprovou o Código dos Contratos Públicos [vd. art.º 260.º do CCP];

As Centrais de Compras mostram-se definidas no Decreto-Lei n.º 200/2008, de 09.10., que também se reporta às actividades atribuídas a tais organismos;

2. A criação de novas Centrais de Compras [vd. art.º 260.º, n.º 1, do CCP] só pode ocorrer em contexto de excepionalidade, sendo que as mesmas devem destinar-se a um sector de actividade específico e serem vocacionadas para satisfazer necessidades especiais e diferenciadas, dependendo a sua implementação de autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das Finanças e do respectivo sector, sob proposta da Comissão Interministerial de Compras;

Para além disso, a criação de Centrais de Compras deve ser sempre precedida de um estudo que incida sobre a respectiva necessidade, viabilidade económico-financeira e vantagens, designadamente, na perspectiva dos ganhos de qualidade e eficiência [vd. art.º 8.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 09.10.];

3. A atribuição da condição de Central de Compras a um operador económico privado rege-se pelas normas que enformam a contratação pública;
4. Um Despacho, de cariz administrativo, ainda que provindo de um Secretário de Estado, não detém aptidão para alterar o Regime Jurídico do Sector Empresarial do estado, aprovado mediante Decreto-Lei;
5. As decisões de teor gestionário não se integram nos poderes de orientação constantes do art.º 11.º, do RJSEE, nem se abrigam aos poderes de tutela a que alude o art.º 29.º, do Decreto-Lei n.º 558/99;
6. Sempre que a entidade adjudicante não exerce sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios Serviços, inverifica-se a denominada relação «in house», e, em consequência, opera a submissão da formação dos contratos à disciplina jurídica constante da parte II, do CCP [vd. art.º 5.º, n.º 2, do CCP];
7. O poder discricionário deriva, necessariamente, da Lei [existindo apenas e na medida em que esta o atribua] e só pode ser exercido por aqueles a quem a lei o atribuir e para o fim conferido por esta;
8. As "reservas de administração", melhor vertidas nos arts. 182.º e 199.º, da Constituição da República Portuguesa não estão "livres" da lei, nem são impermeáveis a esta, sendo que o Tribunal de Contas, no âmbito das competências a si atribuídas, detém legitimidade para intervir [fiscalizando!], aferindo da [i]legalidade da actividade administrativa desenvolvida a coberto de tais regras constitucionais [reserva governamental da administração].

CENTRAL DE COMPRAS / SISTEMA DE SAÚDE / SISTEMA COMUM DE COMPRAS / REGIME JURÍDICO DO SETOR EMPRESARIAL DO ESTADO / INCONSTITUCIONALIDADE

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

Sumário:

1. Nos termos do art.º 35.º, da Lei n.º 2/2007, de 15.01. [aprova a Lei das Finanças Locais], o endividamento autárquico deverá prosseguir a minimização dos custos directos e indirectos, numa perspectiva de longo prazo, garantir uma distribuição equilibrada de custos pelos vários orçamentos anuais e, por último, evitar a excessiva concentração temporal da amortização e a exposição a riscos excessivos;
2. Ao abrigo do art.º 38.º, n.º 4, da Lei n.º 2/2007, de 15.01., a contracção de empréstimos a médio e longo prazo, para além de se subordinarem aos princípios orientadores do endividamento autárquico constantes do art.º 35.º, da citada Lei [n.º 2/2007], podem ser contraídos para aplicação em investimentos, a identificar no respectivo contrato; Ou seja, o produto dos empréstimos não pode ser aplicado em despesas que não resultem dos concretos investimentos a que se destinam, sob pena de se violar o princípio da tipicidade das finalidades dos empréstimos contraídos pelos municípios;
3. Os empréstimos referenciados na norma contida no art.º 38.º, n.º 4, da Lei das Finanças Locais, pressupõem, de um lado, a afectação de tal financiamento a uma necessidade pública não satisfeita, e, do outro, a comprovada necessidade de recorrer ao referido crédito;
4. «In casu», o empréstimo contraído, para além de não financiar o orçamento do ano em que a despesa foi paga, também não poderia ser dirigido ao pagamento das despesas a que se mostrava adstrito, porquanto estas já se encontravam realizadas e pagas;
5. Do Decreto-Lei n.º 135/2004, de 03.06., não emerge alguma regra que admita a precedência da realização da obra em relação à contratualização dos instrumentos de financiamento.

6. As normas contidas nos arts. 38.º, n.º 4, e 4.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2007, de 15.01., revestem-se de natureza financeira, sendo que a respectiva violação funda a recusa de Visto [vd. art.º 44.º, n.º 3, al. b), da Lei n.º 98/97, de 26.08.].

GESTÃO FINANCEIRA MUNICIPAL / PRINCÍPIO ORÇAMENTAL / REGRA ORÇAMENTAL / LEI DE ENQUADRAMENTO ORÇAMENTAL / LEI DAS FINANÇAS LOCAIS / CONTRATO DE EMPRÉSTIMO / FINANCIAMENTO / VIOLAÇÃO DE NORMA FINANCEIRA

Conselheiro Relator: Alberto Brás Fernandes

Acórdão n.º 035/2010 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 6/2010

Processo n.º: 1825/2009

1ª Secção em Plenário – 17/12/2010

Sumário:

1. A doutrina constante dos Pareceres n.º 1/95 e 145/2001 emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República no sentido de que os contratos que contemplam a prestação de serviços pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) aos seus associados não se encontram submetidos às normas sobre contratação pública, não podem considerar-se actuais face aos estatutos daquela associação em vigor a partir de 2006 e ao que actualmente dispõe o Código da Contratação Pública e face à evolução ocorrida no direito e jurisprudência na Comunidade Europeia, em matéria de contratação in house.
2. No que respeita aos estatutos, assistiu-se a uma evolução no sentido de uma diminuição dos poderes de intervenção do Estado e a um correspondente reforço dos poderes exercidos pela Assembleia Geral e, portanto, dos que nela participam (entes públicos e entes não públicos). O SUCH passou ainda a ter como finalidade a constituição de unidades de serviços partilhados, sob a forma de unidades orgânicas suas, ou sob a forma de pessoas colectivas integradas por si e por seus associados e ou por terceiras entidades. O SUCH passou

assim a incluir o complexo de entidades que, à sombra dos estatutos, podem ser criadas sob qualquer forma e para as quais, ao abrigo de disposições protocolares são transmitidas decisões de adjudicação que inicialmente lhe são feitas directamente.

3. Face à jurisprudência comunitária, entende-se que na verificação do requisito do “controlo análogo” a que se refere a alínea a) do nº 2 do artigo 5º do Código dos Contratos Públicos deve, designadamente, observar-se o seguinte:

- a) O controlo pode ser exercido pelo conjunto de entidades públicas/adjudicantes que, de alguma forma, participam na (ou controlam a) entidade adjudicatária do contrato, não tendo que ser exercido só pela entidade pública adjudicante;
- b) O controlo exercido pela entidade adjudicante, ou pelo conjunto das entidades públicas/adjudicantes, sobre a entidade adjudicatária deve revelar que esta pode ser considerada uma “estrutura de gestão interna de um serviço público”;
- c) O reconhecimento do requisito deve ser o resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova da sua existência a quem o invoque;
- d) Nessa interpretação estrita deve ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes;
- e) De entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar, designadamente, a detenção do capital da entidade adjudicatária, a composição dos órgãos de decisão desta e a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração;
- f) A participação, ainda que minoritária, de capitais privados na entidade adjudicatária do contrato exclui de qualquer forma que a entidade adjudicante possa exercer sobre aquela um controlo análogo ao

que exerce sobre os seus próprios serviços. Mas a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital da entidade adjudicatária tende só a indicar, sem ser portanto decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre a adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços.

4. Se a não aplicação dos procedimentos concorrenciais deve ser objecto de interpretação estrita quando estão em causa relações contratuais entre entes públicos, o mesmo tipo de interpretação deve ser feita, *a fortiori ratione*, quando estão em causa entes públicos e não públicos, como é o caso do SUCH que, sendo uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, tem sido considerado pela doutrina dominante como pessoa colectiva de direito privado.
5. A natureza associativa do SUCH é pouco relevante para se aferir sobre se existe controlo análogo sobre ele exercido pela entidade adjudicante ou pelo conjunto das entidades adjudicantes.
6. A natureza dos associados do SUCH – entidades públicas e não públicas, designadamente as IPSS, em particular as santas casas da misericórdia, canonicamente erectas e com a autonomia que legalmente lhes está reconhecida – não milita a favor de se considerar que as relações entre a entidade adjudicante e o SUCH sejam análogas à que aquela estabelece com os seus serviços. Assim, se no caso da relação entre entidades públicas adjudicantes e sociedades comerciais adjudicatárias com capitais não integralmente públicos, nas quais aquelas participem, este facto é um indício de que se não está perante uma situação de controlo análogo, o facto de o SUCH ser uma associação privada com associados com larga autonomia e independência face aos poderes públicos é igualmente indício de que se não está perante uma situação de controlo análogo.
7. No protocolo em causa, a prestação dos serviços que constituem o seu objecto pode ser cometida pelo SUCH a entida-

des terceiras constituídas sob qualquer modalidade jurídica, mediante simples comunicação à entidade adjudicante, desde que nelas o SUCH detenha "participação maioritária, controlo de gestão e dos respectivos órgãos de administração". Assim, por via daquelas disposições, a aquisição pública de bens e serviços ultrapassa definitivamente o perímetro legalmente estabelecido em que são admitidas soluções não concorrenciais.

8. Os associados públicos e não públicos do SUCH exercem os seus direitos em assembleia geral, nelas se aprovando e apreciando os planos estratégicos e de actividades do SUCH, o relatório e contas anuais e a gestão do SUCH, se elegendo a sua mesa, a maioria dos membros do conselho de administração e a totalidade dos membros do conselho fiscal. Ora o resultado dessas votações não poderá deixar de atender às especificidades das entidades não públicas associadas. A participação não negligenciável daquelas concretas entidades não públicas nestas decisões é mais um indício de que na relação entre a entidade adjudicante e o SUCH, ainda que em conjunto com as demais entidades públicas associadas, aquela se não pode comportar relativamente a este de forma análoga à que faz com os seus próprios serviços.
9. O SUCH é uma organização empresarial sofisticada, que conjuga meios próprios com parcerias de negócio, nas quais participam empresas privadas de carácter puramente mercantil e que, necessariamente, tem de desenvolver com autonomia as suas actividades. O modelo organizativo que o SUCH atingiu e a actividade desenvolvida dificilmente se compaginanam com a tradicional visão de um instrumento de pura "cooperação e interajuda", de "colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos associados". A sofisticação empresarial atingida pelo SUCH é incompatível com a sua redução a um "prolongamento administrativo" dos associados, nos quais se contam, como se viu, entidades não públicas.
10. A criação da SPMS, Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, não altera a solução constante do protocolo: o

SUCH mantém-se como adjudicatário, mantém-se a cláusula que permite o deferimento da prestação de serviços a qualquer entidade, não foi produzida prova de que a posição contratual do SUCH se tenha antes transmitido a ACE, nem há prova de que, se porventura isso aconteceu, a posição contratual se tenha transmitido à SPMS. E a extinção do ACE Somos Contas, particularmente em foco neste processo, não está expressamente determinada na lei.

CONTRATAÇÃO *IN HOUSE* / JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA / ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE / SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS (SUCH)

Conselheiro Relator: João Figueiredo

2ª SECÇÃO

CONTROLO SUCESSIVO

Relatório de Auditoria nº 020/2010 - 2ª S/PL

Processo nº: 30/2009-AUDIT

16.09.2010

ASSUNTO: ACÇÃO DE ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO EM PORTUGAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO FINANCEIRA DA UNIÃO EUROPEIA.

AÇÃO DE ACOMPANHAMENTO / AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS / CUSTO-BENEFÍCIO / ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA / EMPRÉSTIMO / FINANCIAMENTO / TRANSFERÊNCIAS

Conselheiro Relator: José Luís Pinto de Almeida

Relatório de Auditoria nº 021/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 46/2009 - AUDIT

16.09.2010

ASSUNTO: AUDITORIA INTEGRADA AO ORGANISMO DE PRODUÇÃO ARTÍSTICA, ENTIDADE PÚBLICA EMPRESARIAL, OPART. EXERCÍCIOS DE 2007 E 2008.

AUDITORIA INTEGRADA / CONTA BANCÁRIA / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO-PROGRAMA / CONTRATO DE GESTÃO / INDEMNIZAÇÃO COMPENSATÓRIA / PLANO, ORÇAMENTO E RELATÓRIOS DE CONTAS / PRAZO / PRESTAÇÃO DE CONTAS / PRODUÇÃO DE EFEITOS / REGULAMENTO INTERNO / REMUNERAÇÃO / SISTEMA DE CONTROLO INTERNO

Conselheiro Relator: António José Avérous Mira Crespo

Relatório de Auditoria nº 024/2010 - 2ª S/PL

Processo nº: 1/2010-AUDIT

07.10.2010

ASSUNTO: AUDITORIA AO INSTITUTO DE GESTÃO FINANCEIRA E INFRA-ESTRUTURAS DA JUSTIÇA, I.P. - ANO 2008.

AUDITORIA FINANCEIRA / CONTABILIDADE / CONTROLO INTERNO / CUSTAS JUDICIAIS / GESTÃO E CONTROLO / INVENTÁRIO / MANUAL DE PROCEDIMENTOS / PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOURARIA / RECEITA PÚBLICA / RECONCILIAÇÃO BANCÁRIA / REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES / REMUNERAÇÕES / SISTEMA INFORMÁTICO / SITUAÇÃO PATRIMONIAL / TAXAS DE JUSTIÇA / TRANSFERÊNCIAS

Conselheiro Relator: João Manuel Macedo Ferreira Dias

Relatório de Auditoria nº 026/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 16/2009-AUDIT

14.10.2010

ASSUNTO: AUDITORIA À AUDITORIA À CONCESSÃO DO TERMINAL XXI – PORTO DE SINES.

AUDITORIA TEMÁTICA / CONTRATO DE CONCESSÃO /CUSTO-BENEFÍCIO / FUNDAMENTAÇÃO LEGAL / GESTÃO DE RISCOS / PROJETO / PRORROGAÇÃO DO PRAZO

Conselheiro Relator: José Manuel Monteiro da Silva

Relatório de Auditoria nº 029/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 5/2009-AUDIT

21.10.2010

ASSUNTO: INSTITUTO DE GESTÃO DE FUNDOS DE CAPITALIZAÇÃO DA SEGURANÇA SOCIAL, IP (IGFCSS)

ATIVO IMOBILIÁRIO / AUDITORIA EXTERNA / AUDITORIA INTEGRADA / BOAS PRÁTICAS / COMPENSAÇÃO FINANCEIRA / CONTABILIDADE / CONSELHO CONSULTIVO / CONTROLO DE GESTÃO / CUSTO-BENEFÍCIO / ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA / EXECUÇÃO ORÇAMENTAL / FISCAL ÚNICO / INVENTÁRIO / INVESTIMENTO FINANCEIRO /MANUAL DE PROCEDIMENTOS / PATRIMÓNIO / PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / PROGRAMA ANUAL E PLURIANUAL / REGALIAS E BENEFÍCIOS

SUPLEMENTARES / REGULAMENTO DE GESTÃO / SISTEMA DE
INFORMAÇÃO SUSTENTABILIDADE

Conselheiro Relator: Manuel Henrique de Freitas Pereira

Relatório de Auditoria nº 039/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 11/2010-AUDIT

18.11.2010

ASSUNTO: AUDITORIA DE RESULTADOS AO CENTRO DE
MEDICINA FÍSICA E DE REABILITAÇÃO DO SUL.

ACESSO A BENS E SERVIÇOS / AUDITORIA OPERACIONAL /
CONTRATO DE GESTÃO / ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA /
ESTUDOS E PROJETOS / IMPACTO DA ATIVIDADE / INVENTÁRIO
/ MANUAL DE PROCEDIMENTOS / PROTOCOLO / REGULARIZA-
ÇÃO DE SITUAÇÕES / SISTEMA DE INFORMAÇÃO / UTENTE

Conselheiro Relator: Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

Relatório de Auditoria nº 044/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 6/2010-AUDIT

2.12.2010

ASSUNTO: AUDITORIA À DESPESA FISCAL EM IRC.

AUDITORIA ORIENTADA / BENEFÍCIO FISCAL / DESPESA FISCAL
/ FISCALIZAÇÃO / IMPOSTOS

Conselheiro Relator: Raul Jorge Correia Esteves

Relatório de Auditoria nº 045/2010 - 2ª S/SS

Processo nº: 19/2010-AUDIT

09.12.2010

ASSUNTO: AUDITORIA À “QUALIDADE E EFICIÊNCIA NA
GESTÃO DE RECURSOS – ÁGUA”

ÁGUA / AUDITORIA DE PROJETO / CAUÇÃO / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA / FINANCIAMENTO / IDENTIFICAÇÃO NOMINAL E FUNCIONAL / PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / PROJETO / PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO / SANEAMENTO BÁSICO / TARIFA /

Conselheiro Relator: António Augusto Pinto dos Santos Carvalho

Relatório de Auditoria nº 004/2011 - 2ª S/SS

Processo nº: 13/2010-AUDIT

27.01.2011

ASSUNTO: AUDITORIA À EPUL - EMPRESA PÚBLICA DE URBANIZAÇÃO DE LISBOA

AUDITORIA ORIENTADA / ECONOMIA, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA / FISCALIZAÇÃO / PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES / SITUAÇÃO PATRIMONIAL

Conselheiro Relator: António Manuel Fonseca da Silva

3ª SECÇÃO

RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS

Sentença nº 007/2010 - 3ª S/SS

Processo nº: 5-A JRF/2003

3ª Secção em 1ª Instância – 14/07/2010

Sumário:

1. Nos termos do disposto no artº 371º do C.P. Civil, o objecto do presente incidente restringe-se à verificação e habilitação dos herdeiros de pessoa falecida na pendência do processo principal cuja instância foi suspensa nos termos do disposto no artº 277º nº 1 do C. P. Civil.
2. Nos termos do disposto no artº 2133º-nº 1-a) do C. Civil, o primeiro requerido enquanto cônjuge sobrevivente e as restantes requeridas, enquanto descendentes, integram a primeira classe de sucessíveis do “de cujus”.
3. Assim, julgam-se habilitados os requeridos como herdeiros da Demandada para, nessa qualidade, prosseguir a causa do processo nº 5/JRF/03 de que este incidente é apenso.

HABILITAÇÃO DE HERDEIROS / PROCESSO PRINCIPAL PENDENTE / INSTÂNCIA SUSPensa

Conselheiro Relator: Morais Antunes

Acórdão nº 008/2010 - 3ª S/PL

Processo nº: 2-RO-JRF/2010

Plenário da 3ª Secção – 13/07/2010

Sumário:

1. Tendo-se dado como provado que os Recorrentes, no momento em que formaram o seu sentido favorável, fizeram-no no convencimento de que estavam a cumprir a lei, uma vez que a reclamação sobre erros e omissões apresentada pelo empreiteiro havia sido aceite pela Fiscalização, bem como assegurada a sua conformidade legal pelo Chefe de Divisão Municipal, teremos forçosamente que concluir que os Demandados incorrerem erro;

2. Conhecendo os Recorrentes os elementos de facto e de direito da infracção financeira sancionatória que lhes foi imputada, excluído está o erro a que se reporta a 1.ª parte do n.º 1 do art.º 16.º do Código Penal.
3. A distinção entre as previsões dos artigos 17.º e 16, n.º 1, 2.ª parte, do Código Penal não é uma distinção na espécie de erro – o erro é, em ambas hipóteses, um erro-ignorância sobre a punibilidade –, mas uma distinção no objecto do erro, ou seja, nas incriminações a que respeita;
4. O artigo 17.º refere-se às infracções cuja punibilidade se pode presumir conhecida, não sendo desculpável que o não seja. Daí o seu regime mais severo, que se traduz na punição do agente com pena aplicável à infracção dolosa respectiva, que pode ser especialmente atenuada (ver n.º 2 do referido artigo);
5. O artigo 16.º, n.º 1, 2.ª parte, refere-se às infracções cuja punibilidade se não pode presumir conhecida, nem sempre sendo indesculpável que o não seja. Daí o seu regime mais benevolente, que traduz na exclusão do dolo, ficando, no entanto, ressaltada a punibilidade da negligência, nos termos gerais (ver n.º 3 do referido artigo);
6. Exercendo os Recorrentes há mais de 1 ano as funções de Vereadores, impedia sobre estes o dever de conhecer as normas jurídicas em causa – artigos 48.º, n.º 2, alínea a), 14.º, n.º 1, alínea a), do DL 59/99, e 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 02/03 – sendo-lhes, por isso, aplicável o regime mais severo, ou seja, o regime do artigo 17.º do Código Penal;
7. O critério para aferir a censurabilidade da falta de consciência da ilicitude, no caso concreto, tem que ser, pela própria natureza das coisas, um critério de exigibilidade intensificada, atentas as responsabilidades que os Recorrentes, ambos licenciados, sabiam poder vir a assumir – e que, de facto, assumiram – ao se terem candidatado em eleições autárquicas para cargos cujo conteúdo funcional se reconduzia à gestão e administração de dinheiros públicos, o que, só por si, implicava uma atitude mais activa no sentido de conhecerem as normas jurídicas fundamentais aplicáveis à Administração Pública, designada-

mente no que à contratação pública se reporta, a que acresce o facto das normas violadas já se mostrarem em vigor desde 2 de Junho de 1999 e a infracção ter sido cometida em 6 de Junho de 2007;

8. Existe, assim, uma “culpa ética”, por ser de todo injustificado e, por isso, censurável, que os Demandados, enquanto candidatos e eleitos para aqueles concretos cargos, não conheçam conceitos básicos em sede de contratação pública, há muito tratados pela jurisprudência, sendo certo que, no circunstancialismo fáctico apurado, a não subsunção de tal factualidade aos conceitos de erros e omissões e de trabalhos a mais se mostrava indiscutível e incontrovertida, não correspondendo a solução dada pelos Recorrentes a nenhum ponto de vista juridicamente reconhecido ou relevante;
9. O deferimento tácito por ser revogado por acto expresso, desde que efectuado no prazo de um ano, conforme resulta do art.º 141.º do CPA, havendo até uma obrigação de revogar actos ilegais;
10. Sendo evidente a ilegalidade do procedimento de que os Recorrentes lançaram mão – o ajuste directo – mostra-se de todo injustificado a aplicação do instituto da “Dispensa de pena” previsto no artigo 74.º do Código Penal.

INFRACÇÃO FINANCEIRA SANCIONATÓRIA / ERRO SOBRE OS ELEMENTOS DE FACTO E DE DIREITO / ERRO SOBRE A PUNIBILIDADE / ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FACTO / DEFERIMENTO TÁCITO / DISPENSA DE MULTA

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes

Acórdão nº 009/2010 - 3ª S/PL

Processo nº: 1-JC/2009

Plenário da 3ª Secção – 06/10/2010

Sumário:

1. A contratação de funcionários aposentados só excepcionalmente é

admitida, vigorando, desde há muito, no nosso ordenamento jurídico, o princípio geral da proibição da acumulação de remunerações pelo exercício de funções públicas aos aposentados.

2. A factualidade apurada na 1ª instância não oferece quaisquer dúvidas quanto à ilegalidade de todos os despachos autorizadores da contratação de funcionária aposentada que, meses antes, havia sido autorizada a aposentar-se por não haver inconveniência para o serviço.
3. O circunstancialismo globalmente apurado não permite, seguramente, considerar que os Demandados agiram com o cuidado exigível a um diligente administrador de dinheiros públicos, antes, justifica uma censura elevada pela desatenção, descuido e ligeireza que evidenciaram numa matéria há muito definida por princípios sucessivamente reafirmados e de uma indiscutível linearidade e clareza, acessíveis a todos e certamente a juristas, mesmo os não reputados.
4. As infracções financeiras reintegratórias decorrentes das propostas e autorizações para a contratação da funcionária aposentadas e subsequentes despesas e pagamentos da totalidade das remunerações contratadas determinam, nos termos do artº 59º-nº 2 da Lei nº 98/97, a reposição de todas as quantias que excederam o limite legalmente estatuído de um terço das remunerações.
5. Dada a elevada censurabilidade das condutas dos Demandados entende-se que não se justifica relevar e ou reduzir as responsabilidades financeiras apuradas (artº 64º-nº2 da Lei nº 98/97), julgando-se procedente o recurso e revogando-se a decisão da 1ª instância, condenando-se, solidariamente, os Demandados na integral reposição das quantias pagas e juros de mora nos termos legais (artº 59º-nº 4 e 94º-nº 2 da Lei nº 98/97).

RECURSO / CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA / INFRACÇÃO
FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA / REPOSIÇÃO

Conselheiro Relator: Morais Antunes

Acórdão nº 010/2010 - 3ª S/PL
Processo nº: 1-ROM-1S/2010
Plenário da 3ª Secção – 06/10/2010

Sumário:

1. Nos termos da alínea l) do nº 1 do artigo 68º da Lei nº 169/99, de 18 de Setembro, na redacção dada pela Lei nº 5-A/2002, de 11 de Janeiro, compete ao Presidente da Câmara Municipal “Remeter, atempadamente, ao Tribunal de Contas os documentos que careçam da respectiva apreciação, sem prejuízo da alínea bb) do nº 1 do artº 64º”.
2. Só ocorre omissão de pronúncia no que toca às questões suscitadas pelas partes relativamente às quais o Tribunal tem o dever de apreciar, ou de que deva conhecer oficiosamente, não consubstanciando qualquer nulidade da sentença a não apreciação de todos os argumentos, opiniões ou razões produzidas pelas partes sobre determinada questão.
3. É manifesta a falta de cuidado do Recorrente em todo o procedimento ao ultrapassar em muito o prazo de 15 dias previsto no nº 2 do artigo 47º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

CONTRATOS ADICIONAIS AOS CONTRATOS VISADOS / COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL / OMISSÃO DE PRONÚNCIA / NULIDADE DA SENTENÇA / NEGLIGÊNCIA

Conselheiro Relator: Mota Botelho

Acórdão nº 011/2010 - 3ª S/PL
Processo nº: 4-RO-JC/2010
Plenário da 3ª Secção – 19/11/2010

Sumário:

1. Entendeu o legislador que aos aposentados a quem seja permitido, nos termos do art.º 78.º do E.A. (redacção do Decreto-Lei n.º 215/87, de 29 de Maio), desempenhar funções públicas ou prestação de trabalho remunerado nas empresas públicas ou entida-

des equiparadas, só lhes pode ser abonada uma terça parte da remuneração que competir a essas funções, salvo se o Primeiro-Ministro (...), autorizar montante superior, até ao limite da mesma remuneração – vide art.º 79.º do E.A;

2. Quer isto dizer que, nos casos referidos no 1.º segmento do disposto no artigo 79.º do E.A., **o valor da prestação de trabalho** é, por força de lei, igual a 1/3 parte da remuneração que compete àquelas funções;
3. Estamos, por isso, perante situações em que o montante devido pela prestação trabalho está legalmente fixado, pelo que qualquer valor pago acima daquele montante, causa, nessa exacta medida, dano ao Estado ou entidade pública, ao mesmo tempo que favorece o interesse privado do aposentado contratado;
4. Por outro lado, entendendo o legislador que a prestação de trabalho desempenhada por um aposentado cuja situação é subsumível ao 1.º segmento do artigo 79.º do EA tem um valor pecuniário correspondente a 1/3 da remuneração que competir a essas funções, teremos necessariamente que concluir que qualquer montante a mais pago é um pagamento que, por força da lei, excede o montante correspondente a uma hipotética **contraprestação efectiva**, consubstanciando-se, por isso e nessa exacta medida, num **pagamento indevido**;
5. Podemos mesmo afirmar que, nos casos previstos no 1.ª segmento do artigo 79.º do E.A., o requisito *por não terem contraprestação efectiva* previsto no artigo 59.º, n.º 2, da Lei 98/97, na redacção originária, só tem verdadeira autonomia quando é pago o abono remuneratório estabelecido no referido preceito legal, mas se demonstra que o aposentado não exerceu efectivamente as funções para que foi contratado ou só as exerceu parcialmente;
6. Daí que, para efeitos de se saber se estamos perante pagamentos indevidos, nos termos do artigo 59.º da Lei 98/97, seja irrelevante o *modus faciendi* através do qual se chega à contratação de aposentados, *in casu*, após procedimento por consulta prévia;

7. Os titulares de cargos públicos têm o dever de procurar conhecer as normas jurídicas a aplicar aos casos concretos;
8. A omissão desse dever é um “não acto” que, nos casos dos titulares de cargos públicos, assume uma maior censurabilidade, já que, quanto àqueles, existe um dever especial de cumprir e fazer cumprir a lei;
9. Sabendo ou, pelo menos, intuindo da eventual existência de restrições à contratação de aposentados, podia e devia o Recorrente, na sua qualidade de Presidente de Câmara, questionar o advogado do Município – de preferência, por escrito – sobre a totalidade das normas jurídicas aplicáveis à referida contratação, designadamente no que ao aspecto remuneratório se refere, já que este é um elemento essencial e não meramente acessório;
10. Não o tendo feito, e tendo o Recorrente assumido e autorizado pagamentos superiores a uma terça parte da remunerações que competiam às funções exercidas pelos aposentados contratados, agiu o Recorrente de forma censurável já que, em concreto, não actuou com o cuidado que lhe era exigível e de que era capaz, sendo certo que o critério para aferir a censurabilidade da falta de consciência da ilicitude dos factos **é um critério de exigibilidade intensificada**, atento o conteúdo funcional das funções por este assumidas e exercidas – gestão e administração de dinheiros públicos -, bem como o facto de, quanto a este, enquanto titular de um cargo público, existir um **dever especial de cumprir e fazer cumprir a lei**;
11. O artigo 50.º, n.º 3, da CRP, só se mostraria violado se a sentença recorrida restringisse, por via interpretativa, a capacidade eleitoral passiva do Recorrente, o que não foi o caso dos autos.

CONTRATAÇÃO PARA FUNÇÕES PÚBLICAS / FUNCIONÁRIOS
APOSENTADOS / ESTATUTO DA APOSENTAÇÃO / PAGAMENTOS
INDEVIDOS / CULPA / TITULARES DE CARGOS PÚBLICOS

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes

SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES

SUMÁRIO:

1. O legislador não define a forma concreta de identificar, nos documentos que constituem a proposta, os termos do suprimento de cada um dos erros e omissões do caderno de encargos, que tenham sido aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar, e respectivos valores. Apenas se exige, no n.º 7 do artigo 61.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que tais elementos estejam identificados *expressa e inequivocamente*.
2. No procedimento de formação do contrato de empreitada de obras públicas em causa, a entidade adjudicante estabeleceu que os concorrentes deveriam apresentar uma única lista de preços unitários, na qual as quantidades de erros aceites substituiriam as quantidades inicialmente patentes, e os artigos, unidades de medição e quantidades das omissões seriam acrescentados na parte final da mesma lista de preços.
3. O procedimento adoptado pela entidade adjudicante não é adequado, porquanto:
 - Não houve uma cuidada revisão do projecto posto a concurso, o que implicou a necessidade de aceitar 52 omissões e erros identificados pelos interessados;
 - Na sequência da aceitação dos erros e omissões, a entidade competente para a decisão de contratar não forneceu aos interessados uma nova «lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades», conforme exige a alínea *b*) do n.º 4 do artigo 43.º do CCP, uma vez que a inicialmente disponibilizada continha erros e omitia espécies de trabalhos;
 - a forma de apresentação das propostas exigida aos concorrentes contraria o disposto na alínea *b*) do n.º 7 do artigo 61.º do CCP na medida em que, seguindo as

indicações da entidade adjudicante, todos os concorrentes, incluindo o adjudicatário, foram levados a não identificar, expressa e inequivocamente, o valor atribuído ao suprimento dos erros.

4. Este conjunto de circunstâncias certamente esteve na origem das dúvidas geradas nos concorrentes que conduziram à exclusão de oito das nove propostas inicialmente admitidas, tendo como consequência que a entidade adjudicante, em vez da possibilidade, proporcionada pelo concurso público, de escolher de entre um conjunto alargado de propostas a que fosse economicamente mais vantajosa, acabou por se ver limitada a uma única proposta, com a consequente susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato.

CADERNO DE ENCARGOS / CONTRATO DE EMPREITADA /
ERROS E OMISSÕES / RECOMENDAÇÕES / REVISÃO DO
PROJETO

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

Relatório de Auditoria nº 024/2010 - FS/SRA

Processo nº: 13/2010-AUDIT

17.11.2010

ASSUNTO: AUDITORIA AO FINANCIAMENTO DO SERVIÇO REGIONAL DE SAÚDE.

AUDITORIA ORIENTADA / CONTRATO-PROGRAMA / DÍVIDAS A TERCEIROS / DOTAÇÃO ORÇAMENTAL / RELATÓRIO E CONTAS / SISTEMA DE INFORMAÇÃO / TRANSFERÊNCIA DE VERBAS

Conselheiro Relator: Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA

SUMÁRIO:

1. O contrato-programa de desenvolvimento desportivo referente ao projecto de construção do novo Estádio dos Barreiros tem por objecto a atribuição de uma comparticipação financeira a favor do Club Sport Marítimo da Madeira, nele quantificada em € 31 000 000,00, mas que gera responsabilidades financeiras plurianuais no montante de € 45 184 800,00.
2. A natureza do contrato-programa não resulta da qualificação que as partes lhe atribuem mas da que sobressai da sua materialidade. E pode afirmar-se que o mesmo cria um expediente financeiro sucedâneo do empréstimo, predestinado a realizar os mesmos fins, e que não está longe de uma operação de endividamento do Instituto do Desporto da Região Autónoma da Madeira, IP – RAM.
3. Face ao disposto no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto Legislativo Regional n.º 30/2009/M, de 4 de Dezembro, o referido Instituto não possui o poder de autonomamente contrair dívidas sob qualquer forma, precisando de uma norma que lhe permita recorrer ao crédito, cuja falta significa, no caso vertente, que a operação de endividamento incorporada no contrato-programa não está legalmente autorizada.
4. A violação do artigo 15.º, n.º 2, do citado Decreto Legislativo Regional n.º 30/2009/M, atenta a sua natureza financeira, integra o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

CONTRATO-PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DESPORTIVO /
COMPARTICIPAÇÃO FINANCEIRA PÚBLICA / OPERAÇÃO DE
ENDIVIDAMENTO / VIOLAÇÃO DE NORMA FINANCEIRA / RECU-
SA DE VISTO

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

ASSUNTO: AUDITORIA À SECRETARIA REGIONAL DO PLANO E FINANÇAS – 2010.

AUDITORIA ORIENTADA / CURSO DE HABILITAÇÃO / FISCALIZAÇÃO CONCOMITANTE / FRACCIONAMENTO DE DESPESA / MÉTODOS DE SELECÇÃO / NOMEAÇÃO DE PESSOAL DIRIGENTE E DE CHEFIA / PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS / PROCEDIMENTO CONCURSAL / PUBLICITAÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / PUBLICITAÇÃO E EFICÁCIA DO CONTRATO / REGIME DE SUBSTITUIÇÃO / RESPONSABILIDADE FINANCEIRA SANCIONATÓRIA / SUJEIÇÃO A FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / VACATURA DO LUGAR

Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás

RELAÇÕES EXTERNAS DO TRIBUNAL DE CONTAS

JULHO/DEZ.2010

1. ACTIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

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 Dezembro de 2010, 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 no âmbito dos trabalhos do Comité de Contacto *Lisbon and Europe 2020 Strategies – the role of SAIs*

O Tribunal de Contas português participou no Luxemburgo, nos dias 22 e 23 de Setembro, no Seminário *Lisbon and Europe 2020 Strategies – the role of SAIs*.

O programa do Seminário incluiu o tratamento de temas ligados à Estratégia de Lisboa e actual Estratégia UE2020.

1.3. Reunião anual do Comité de Contacto dos Presidentes das ISC da União Europeia

O Tribunal de Contas português participou na reunião anual do Comité de Contacto dos Presidentes das ISC da União europeia, a qual teve

lugar na Sede do TCE, no Luxemburgo, nos dias 18 e 19 de Outubro de 2010, sob a presidência do Tribunal de Contas francês.

Foi a primeira vez que a reunião do Comité de Contacto teve lugar na Sede do TCE mas sob a presidência de uma ISC de um Estado membro.

Constaram da ordem de trabalho a análise das seguintes questões:

- Análise e discussão do Tema: *O papel dos Parlamentos nacionais e das ISC após o Tratado de Lisboa* no que respeita à auditoria dos fundos europeus e ao acompanhamento do princípio da subsidiariedade;
- Informação sobre o processo de revisão do *Regulamento Financeiro* da União Europeia;
- A independência das ISC e a Conferência da INTOSAI (Viena, Maio 2010);
- Relatórios das ISC da Dinamarca e da Holanda sobre o controlo dos fundos da União Europeia;
- Relatórios dos Grupos de Trabalho;
- Outras actividades no âmbito do Comité de Contacto, v.g. seminários, “workshops”, etc.

A participação do Tribunal de Contas de Portugal traduziu-se, em especial, na intervenção do Presidente, como conferencista, no Seminário sobre *O papel dos Parlamentos nacionais e das ISC após o Tratado de Lisboa*, tema que incidiu sobre as incidências do Tratado de Lisboa em termos de auditoria dos fundos europeus e o novo papel dos Parlamentos nacionais no que respeita ao acompanhamento do princípio de subsidiariedade.

1.4. Seminário conjunto Comité de Contacto das ISC da UE/EUROSIA sobre auditorias no domínio da PAC

Nos dias 25 a 27 de Outubro, o Tribunal de Contas português participou em Praga, República Checa, no Seminário conjunto Comité de Contacto das ISC da UE/EUROSIA sobre auditorias no domínio da PAC.

1.5. Sessão do Tribunal de Contas Europeu para apresentação às autoridades portuguesas do Relatório anual relativo ao exercício de 2009

No dia 15 de Novembro, uma Delegação do Tribunal de Contas Europeu, chefiada pelo seu Presidente, deslocou-se a Portugal para apresentação aos responsáveis da Administração Pública portuguesa, do relatório anual daquele Tribunal relativo ao exercício de 2009.

1.6. Reunião Extraordinária dos Agentes de Ligação

O Tribunal de Contas português participou no Luxemburgo, nos dias 9 e 10 de Dezembro, na Reunião Extraordinária dos Agentes de Ligação.

A ordem de trabalhos desta Reunião compreendeu a análise dos seguintes pontos:

- Análise da reunião do Comité de Contacto realizada nos dias 18 e 19 de Outubro;
- Aspectos organizativos com vista ao futuro – perspectivas de aperfeiçoamento das reuniões do Comité de Contacto;
- Questões-chave actuais e emergentes na União Europeia;
- Assuntos correntes da cooperação entre as ISC.

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 ano de 2010, as seguintes acções:

2.1. RELAÇÕES BILATERAIS E COOPERAÇÃO

2.1.1. Visita ao Tribunal de Contas de uma Delegação do Tribunal de Contas francês

Uma Delegação do Tribunal de Contas francês, chefiada pelo seu Presidente, visitou o Tribunal de Contas, nos dias 29 de Junho a 1 de Julho, com o objectivo de analisar a cooperação existente entre ambas as Instituições, nomeadamente no que respeita às acções a desenvolver no futuro.

2.1.2. Visita ao Tribunal de Contas de uma Delegação do Tribunal de Contas da União, Brasil

No dia 2 de Julho, quatro técnicos do Tribunal de Contas da União, do Brasil, deslocaram-se ao Tribunal de Contas para efectuarem uma visita de estudo no âmbito da Conta Geral do Estado e do julgamento de contas.

2.1.3. Cooperação com o Tribunal Administrativo de Moçambique

A solicitação do Tribunal Administrativo de Moçambique, uma técnica do Tribunal de Contas de Portugal deslocou-se àquele Tribunal, com vista a dar apoio na elaboração do Relatório e Parecer sobre a Conta Geral do Estado da República de Moçambique.

2.1.4. Visita ao Tribunal de Contas da União e à Academia Brasileira de Letras

Uma Delegação do Tribunal de Contas português, chefiada pelo seu Presidente, efectuou uma visita ao Tribunal de Contas da União, no dia 9 de Novembro, com o objectivo de serem discutidos diversos assuntos de interesse comum, incluindo os relacionados com a Organização das ISC da CPLP.

No dia 10 de Novembro, a Delegação do Tribunal de Contas português visitou a Academia Brasileira de Letras no âmbito da homenagem feita por esta Academia ao Académico Miguel Real, tendo sido feita pelo Presidente do Tribunal de Contas de Portugal uma intervenção subordinada ao Tema *Das Finanças ao Direito e à Cultura – Um filósofo da liberdade e da dignidade humana*.

2.1.5. I Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle de Contas Públicas

Organizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e pelo Instituto Rui Barbosa o Tribunal de Contas português participou em Manaus, no dia 19 de Novembro, no *I Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle das Contas Públicas – O papel dos Tribunais de Contas*.

2.2. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

2.2.1. Visita ao Tribunal de Contas de uma delegação da Assembleia da República de Moçambique

A solicitação da Assembleia da República de Moçambique, uma Delegação desta *Assembleia* visitou o Tribunal de Contas no dia 15 de Julho, para a análise das relações entre o Tribunal de Contas e a Assembleia da República de Portugal.

2.2.2. 4.^a e 5.^a Reuniões da “Task Force para elaboração do Plano Estratégico da EUROSAI”

O Tribunal de Contas português participou nos dias 16 a 18 de Junho e nos dias 1 e 2 de Setembro, em Varsóvia, nas 4.^a e 5.^a Reuniões da “Task Force para elaboração do Plano Estratégico da EUROSAI 2011-2017”.

Estas reuniões tiveram como principal tarefa a revisão da versão anteriormente elaborada do Projecto de Plano Estratégico e a discussão e estabelecimento de possíveis indicadores e meios de verificação relativos aos objectivos e à implementação das actividades/projectos.

2.2.3. Visita ao Tribunal de Contas de funcionários parlamentares da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)

A solicitação da Assembleia da República portuguesa, teve lugar no Tribunal de Contas, no dia 7 de Julho, uma reunião com funcionários parlamentares dos Países da CPLP, para se inteirarem do funcionamento do Tribunal de Contas, nas suas diversas áreas de actuação.

2.2.4. XX Assembleia Geral da OLACEFS

Realizou-se em Antigua, Guatemala, nos dias 5 a 10 de Julho, a *XX Assembleia Geral da OLACEFS – Organização Latino-americana e das Caraíbas de Entidades Fiscalizadoras Superiores*, Grupo Regional da INTOSAI, que contou com a presença do Tribunal de Contas, na sua qualidade de membro colaborador (de acordo com os novos Estatutos, *membro ad-rente*).

Esta *Assembleia Geral* contou com a discussão dos seguintes 4 temas:

- Tema I – *Hierarquização da função de controlo do Estado: Intercâmbio sobre as melhores práticas;*
- Tema II – *A participação cidadã enquanto ferramenta para tornar mais transparente a gestão das ISC e o controlo externo;*
- Tema III – *As alternativas á fiscalização tradicional;*
- Tema IV – *A fiscalização dos Organismos Internacionais;*
- Tema V – *As ISC e a luta contra a corrupção.*

Salienta-se que o Tribunal de Contas apresentou uma contri-buição escrita no âmbito do Tema 5, delimitada aos seguintes “itens”:

- *A corrupção, flagelo a nível mundial;*
- *Cooperação internacional, principais convenções;*
- *O papel da ISC na luta contra a corrupção – o Tribunal de Contas de Portugal.*

2.2.5. ***VI Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP***

Realizou-se na Cidade de S. Tomé, S. Tomé e Príncipe, nos dias 11 a 14 de Outubro, a *VI Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP*, e que contou com a participação das ISC de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, tendo as ISC de Macau e Timor Leste e ainda a ATRICON (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil), participado na qualidade de observadores.

Esta *Assembleia Geral* contou com a discussão dos seguintes temas:

- Tema I – *O papel dos Tribunais de Contas no combate contra a corrupção;*

Tema II – *O Parecer do Tribunal de Contas sobre a Conta Geral do Estado no âmbito da prestação de contas.*

Pelo representante do Tribunal de Contas foi feita uma intervenção subordinada ao tema *O Julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização financeira.*

2.2.6. **XXXVI Reunião do Conselho Directivo da EUROSAI**

O Tribunal de Contas português participou em Madrid, no dia 4 de Novembro, na *XXXVI Reunião do Conselho Directivo da EUROSAI – European Organisation of Supreme Audit Institutions.*

A *Ordem do dia* da reunião compreendeu a apreciação de assuntos de natureza diversa, relacionados com o Plano Estratégico da EUROSAI, formação, relatórios dos grupos de trabalho, cooperação com a INTOSAI e outros Grupos Regionais da INTOSAI (OLACEFS, ASOSAI e ARABOSAI), assuntos de natureza administrativa, bem como a preparação do VIII Congresso, Lisboa, 2011, incluindo o projecto de Regulamento do Congresso;

Note-se que o Tribunal de Contas é membro do Comité de Formação da EUROSAI, bem como do Grupo de Trabalho sobre Tecnologias de Informação (IT).

Nesta reunião também se comemorou o XX Aniversário da EUROSAI, criada em 1990, na sequência da Declaração de Berlim de 1989.

2.2.7. **XX Congresso da INTOSAI (INCOSAI)**

Uma Delegação do Tribunal de Contas português, chefiada pelo Conselheiro Presidente, participou em Joanesburgo, de 23 a 27 de Novembro, no *XX Congresso da INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions,*

designado *INCOSAI – International Congress of Supreme Audit Institutions*.

Este Congresso contou com a discussão dos seguintes 2 temas:

Tema I – *A importância e os benefícios das Instituições Superiores de Controlo;*

Tema II – *Auditoria ambiental e desenvolvimento sustentável.*

O Tribunal de Contas, como habitualmente, apresentou contribuições escritas sobre ambos os temas.