



Data: 25/02/2019
Processo: 3792/2018

RELATOR: Paulo Dá Mesquita

I. Concessão de visto no caso concreto

- § 1 Relativamente à matéria de fundo sobre a concessão de visto, tendo presentes a análise do relatório do DECOP, os antecedentes processuais, o quadro jurídico-processual e os limites gnoseológicos da fiscalização prévia, constata-se que não foram identificados pelo DECOP elementos que permitam considerar a existência de indícios de vícios que preencham um dos fundamentos de recusa de visto taxativamente previstos no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, preceito que estabelece apenas poder ser recusado o visto quando se detete «a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: a) nulidade; b) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; ou c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro».
- § 2 Deve atender-se, neste segmento, nomeadamente à especificidade do mercado em que operam as aquisições de conteúdos objeto do contrato fiscalizado em que os adquirentes têm margem muito reduzida para interferir no preço previamente estabelecido pelos vendedores.

II. Emolumentos

- § 3 O Tribunal de Contas (TdC) na sequência dos Acórdãos n.ºs 297/2018, 444/2018 e 522/2018 de fiscalização concreta do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (RJTEC) desaplicou a norma em causa na parte em que não estabelece qualquer teto para os emolumentos e estes, em concreto, ultrapassem o limiar de 50 vezes o valor de referência (VR), 17.164,00 €, estabelecido no n.º 3 do artigo 9.º do RJTEC como valor máximo dos emolumentos nos «processos de contas».
- § 4 De acordo com o dispositivo do Acórdão n.º 297/2018 do Tribunal Constitucional, foi julgada como inconstitucional a norma «segundo a qual os emolumentos devidos em processos de fiscalização prévia referentes aos atos e contratos previstos nesse preceito são quantificados de acordo com os critérios nele previstos sem qualquer limite máximo».
- § 5 A fundamentação do Acórdão n.º 297/2018 compreende vários outros elementos essenciais para compreensão plena do juízo empreendido (que, na nossa perspetiva, circunscreve a natureza aparentemente genérica do segmento decisório) e nos dois outros arestos do Tribunal Constitucional a formulação do dispositivo já se apresenta potencialmente mais delimitada: no Acórdão n.º 444/2018, refere-se de forma circunscrita «a certos atos e contratos previstos nesse preceito» e no Acórdão n.º 522/2018 reporta-se, apenas, ao julgamento como inconstitucional da norma «na medida em que *não estabelece limite máximo na fixação dos emolumentos nem habilita o Tribunal a efetuar um ajustamento emolumentar suscetível de corrigir uma eventual desproporção da tributação*».

- § 6 As anteriores pronúncias do TdC, em sessão diária de visto, são, ainda, indissociáveis dos particularismos da apreciação colegial dos processos em sede de fiscalização prévia, em especial o prazo perentório para uma pronúncia do Tribunal de Contas sobre a matéria — cf. artigo 85.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) —, sem olvidar as implicações temporais do mecanismo de apreciação em subsecção — artigo 77.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, da LOPTC — e, ainda, o facto de nunca ter sido suscitada a intervenção da mais alta instância de fiscalização concreta da constitucionalidade em processos de fiscalização prévia relativos a contratos distintos do «ato de conversão dos mútuos em realização e aumento de capital da sociedade recorrente», isto é, de «aumento de capital através da *entrada em espécie* dos créditos que a RAM» detinha sobre sociedades de capitais públicos (cf. *infra* §§ 6 a 15).
- § 7 A apreciação da questão de inconstitucionalidade e da jurisprudência do Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 297/2018, 444/2018 e 522/2018 deve atender à circunstância de os casos que suscitaram essas decisões de fiscalização concreta e as precedentes desaplicações por inconstitucionalidade do TdC apresentarem contornos significativamente distintos dos de outros atos e contratos sujeito a visto prévio.
- § 8 Diferenças suscetíveis de se repercutirem na valoração da *proporcionalidade* (ou da *igualdade* caso se adote uma outra matriz axiológico-conceptual) do concreto regime geral de emolumentos nos processos de fiscalização prévia, nomeadamente, a complexidade da atividade desenvolvida pelo tribunal (natureza do contrato e seu impacto financeiro) e o elemento de utilidade do serviço para a entidade que suporta os emolumentos, significativamente distintos na tipologia de casos objeto daqueles acórdãos e no que foi objeto de fiscalização nos presentes autos.
- § 9 Com efeito, a fiscalização do TdC nos casos que deram origem às recusas de aplicação por inconstitucionalidade confirmadas pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 297/2018, 444/2018 e 522/2018 tinham como objeto o «visto prévio ao ato de conversão dos mútuos em realização e aumento de capital da sociedade recorrente», isto é, «aumento de capital através da *entrada em espécie* dos créditos que a RAM» detinha sobre as sociedades.
- § 10 Nos três casos, as entidades sujeitas ao pagamento dos emolumentos eram sociedades de capitais públicos tendo sido, nomeadamente, ponderado nas decisões do TdC em que a norma legal foi desaplicada por inconstitucionalidade que as pessoas com o dever de pagamento dos emolumentos pelas condições da sua instituição e funcionamento não estão no mercado concorrencial (cf. Acórdãos n.ºs 20/2017–19.SET-1ªS/PL, 21/2017–19.SET-1ªS/PL e 22/2017–19.SET-1ªS/PL¹), podendo acrescentar-se que em nenhum dos três casos concretos o valor envolvido se reportou a efetivas entradas de capital, mas, a uma operação jurídico-burocrática de sanção de créditos passados (entre entes públicos).
- § 11 Nos presentes autos, a fiscalização prévia reporta-se a um contrato de aquisição em que os emolumentos são suportados pelo cocontratante por força do artigo 6.º, n.º 2, do RJTEC, no caso uma entidade inserida no mercado concorrencial que ao elaborar a proposta tem a possibilidade de ponderar todos os encargos contratuais inerentes, incluindo os derivados de regras legais como as reportadas aos emolumentos da concessão de visto em sede de fiscalização prévia do contrato e em medida proporcional ao preço que lhe será pago em espécie.
- § 12 Acrescente-se que os processos de fiscalização prévia quando culminam numa recusa de visto, e conseqüente ineficácia do contrato, já não determinam qualquer encargo para o cocontratante e o valor de emolumentos (a cargo da entidade fiscalizada) não obedece ao critério do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*), do RJTEC mas ao disposto no n.º 3 do artigo 5.º do RJTEC compreendendo um montante significativamente inferior ao fixado no caso de concessão de

¹ Que, tal como outros acórdãos do TdC pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>.

- visto, o qual sendo de 20,60 € (6% do VR fixado atualmente em € 343,28), em face da dimensão quantitativa e qualitativa dos recursos e trabalhos procedimentais e decisórios envolvidos, veja-se a título meramente ilustrativo o Acórdão n.º 29/2018–20.JUN-1ªS/SS, se pode qualificar como insignificante ou meramente simbólico.
- § 13 Em contraponto, nos «processos de contas» o valor de emolumentos apresenta-se sempre em proporção do valor de receita própria de gerência (1%) entre um mínimo de 5 vezes o VR (1.716,40 €) e o máximo de 50 vezes o VR (17.164,00 €) sendo sempre suportado pela entidade sujeita auditada e independente do sentido da decisão.
- § 14 Existe, assim, um complexo normativo que permite considerar conforme os princípios da igualdade e da proporcionalidade a suscetibilidade de estabelecimento em processos de fiscalização prévia de emolumentos superiores ao limite máximo legal para efeitos de processos de contas, em sintonia com a respetiva diversidade (a qual também se repercute na profunda diferença dos valores mínimos de emolumentos nas duas categorias de processos).
- § 15 Plano em que importa ter presente que, como se destacou no Acórdão n.º 20/2017–19.SET-1ªS/PL, «por comparação com a realidade existente em 1996, quando foi aprovado o RJETC, a evolução dos processos de controlo financeiro do Tribunal de Contas tem sido no sentido de: uma maior complexidade dos processos de controlo prévio, hoje restringidos a atos e contratos de valor elevado, de grande atipicidade jurídica e de significativa complexidade financeira, que, com frequência, têm de ser analisados em articulação com os serviços de fiscalização concomitante e sucessiva; um crescente automatismo dos processos de fiscalização sucessiva, designadamente de verificação de contas, as quais, ao serem hoje prestadas em formato eletrónico, podem ser objeto de validação informática e correção numérica de dados financeiros e admitem que se venham a desenvolver e aplicar procedimentos de verificação automatizados».
- § 16 Importa, ainda, ter presente jurisprudência do Tribunal Constitucional recordada na fundamentação do Acórdão n.º 297/2018:
- «Conforme se salienta ainda no Acórdão n.º 349/2001, “não basta uma qualquer desproporção entre a quantia a pagar e o valor do serviço prestado para que ao tributo falte carácter sinalagmático. Será necessário que essa desproporção seja manifesta e comprometa, de modo inequívoco, a corresponsabilidade pressuposta na relação sinalagmática”, sendo que esta desproporção deverá ser aferida não só em face do carácter fortemente excessivo da quantia a pagar relativamente ao custo do serviço, mas também em função de outros fatores, designadamente da utilidade do serviço para quem deve pagar o tributo (cfr. Acórdãos n.ºs 1140/96, 115/2002 e 349/2002; v., também, os Acórdãos n.ºs 610/2003, 68/2007 e 622/2013)».
- § 17 Bem como a ponderação feita pelo TdC no caso que deu origem ao Acórdão n.º 297/2018: «entender que o valor dos emolumentos liquidados não representa uma relação calibrada ou proporcional entre tal atividade, a utilidade que dela retira o seu beneficiário e o valor que lhe é pedido, concluindo que da aplicação do critério legal resulta, no caso, uma manifesta desproporcionalidade entre aquela atividade, a respetiva utilidade e os fins subjacentes à norma» (Acórdão n.º 20/2017–19.SET-1ªS/PL).
- § 18 Sobre a necessidade de análise de casos enquanto elemento nuclear à apreciação da *relação calibrada ou proporcional* deve ainda atender-se ao Acórdão n.º 336/2002 do Tribunal Constitucional que, embora analisando uma situação em que o valor dos emolumentos não ultrapassava o teto do artigo 9.º do RJETC, sublinhou que nos casos da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 44.º da LOPTC «a sujeição legal à fiscalização do Tribunal de Contas de determinados contratos celebrados pelo Estado consubstancia uma condição de admissibilidade desses atos jurídicos que decorre do regime geral do relacionamento negocial entre particulares e entidades públicas. Essa fiscalização é, nessa perspetiva, um requisito necessário à própria

- negociação e o seu preenchimento o afastamento de um obstáculo ou restrição à negociação com o Estado. É, assim, também um fator que o particular tem de ponderar na decisão de celebrar o negócio com a entidade pública, não estando, aliás, obrigado a celebrar tais contratos. É, portanto, um serviço para quem contrata com o Estado».
- § 19 Acórdão em que também se considerou: «o particular que celebra o contrato com a entidade pública obtém uma vantagem concreta e individualmente, que resulta imediatamente da atividade do Tribunal de Contas. Não existe, portanto, qualquer inadequação ou desproporcionalidade na atribuição ao particular de tal encargo, que se fundamenta nessa vantagem. Por outro lado, não tem igualmente cabimento apelar, neste contexto, à violação de um princípio de imparcialidade, na medida em que não se pode afirmar que o Estado repercute custos causados pela sua atividade. A causa direta dos custos é o cumprimento de condicionamentos justificados pelo interesse coletivo, tal como acontece na concessão de uma licença, à efetivação de negócios jurídicos com o Estado que, assegurando a legalidade de um negócio, constituem uma vantagem para o particular. O benefício direto da aposição do visto é, pois, a certificação da legalidade do contrato e, conseqüentemente, a possibilidade de celebração do negócio pretendido.»
- § 20 Desta forma, existe uma importante diferença entre a situação *sub judice* e os casos apreciados nos Acórdãos n.ºs 297/2018, 444/2018 e 522/2018, quanto aos atos sujeitos a fiscalização e à natureza das entidades que têm de suportar o encargo.
- § 21 Importa, ainda, sublinhar que se acompanha o entendimento no sentido de que a inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*), do RJTEC não se apresenta conformada pela proibição do arbítrio objeto do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, mas, como se refere na declaração de voto do Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro no acórdão n.º 522/2018, que «no caso dos tributos comutativos, compara-se os destinatários do tributo (o “grupo-alvo”) com os demais contribuintes (o “par comparativo”), tendo-se por *tertium comparationis* a prestação administrativa em contrapartida da qual o tributo é exigido», embora, como também se reconhece na mesma declaração, qualquer dos juízos se reporte a «um conceito *maximamente* abstrato de proporcionalidade, que se pode dizer inscrito na ideia de Estado de direito e imposto pelo princípio constitucional que lhe outorga força normativa».
- § 22 O juízo de inconstitucionalidade sobre a norma, atenta nomeadamente a ponderação do lastro jurisprudencial acima destacado (*supra* §§ 4 a 21), deve centrar-se no segmento em que a respetiva estatuição consigna uma proibição irrestrita de ponderação pelo Tribunal de *ajustamento emolumentar suscetível de corrigir uma eventual desproporção da tributação*.
- § 23 Nesta perspetiva, a norma do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*), do RJTEC afigura-se inconstitucional por violação do princípio da igualdade decorrente dos artigos 2.º e 10.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, no segmento da respetiva estatuição em que não permite que o Tribunal possa ponderar em concreto se o valor abstratamente decorrente do critério estabelecido (1% do contrato) determina *uma eventual desproporção da tributação* e, no caso de um juízo jurisdicional sobre a existência de uma desproporção, impede o Tribunal de empreender um *ajustamento emolumentar* suscetível de a corrigir, nomeadamente, nos casos em que o montante de 1% do contrato ultrapassa 50 VR.
- § 24 Em face do exposto, a referida inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*), do RJTEC deve determinar que o Tribunal, em face dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, desaplique o segmento inconstitucional da norma e se vincule ao seguinte parâmetro normativo: nos casos em que o montante de 1% do contrato ultrapasse 50 VR o tribunal deve ponderar se existe uma eventual desproporção da tributação e, na afirmativa, empreender um ajustamento emolumentar suscetível de a corrigir.
- § 25 No caso concreto, entende-se que embora o montante de 1% do contrato ultrapasse 50 VR na medida em que o mesmo se apresenta associado ao valor do contrato é o resultado de aplicação de um critério abstrato que não colide em concreto com o princípio da igualdade, atento, nomeadamente, o elemento de utilidade do serviço para a entidade que suporta os

emolumentos e o montante suportado como emolumentos de processo de fiscalização prévia pela generalidade dos cocontratantes de venda de bens ou serviços a entidades públicas.

*

III. Dispositivo

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- Conceder o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.
- 2- Considerar inconstitucional a norma contida no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99, de 28 de agosto, e 3-B/2000, de 4 de abril, por violação do princípio da igualdade decorrente dos artigos 2.º e 10.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, no segmento em que não permite que o Tribunal possa ponderar em concreto se o valor decorrente do critério abstrato estabelecido no preceito determina *uma eventual desproporção da tributação* e, no caso de um juízo jurisdicional sobre a existência de uma efetiva desproporção, impede o Tribunal de empreender um ajustamento emolumentar suscetível de a corrigir.
- 3- Fixar os emolumentos no montante de 21.115,48 €, por corresponder ao critério abstrato estabelecido no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas e considerar que o mesmo em concreto não se apresenta desproporcional nem violador do princípio da igualdade.

Registe e notifique. DN.

Lisboa, 25 de fevereiro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita)

(Fernando Oliveira e Silva)