



AUDITORIA À DIREÇÃO-GERAL
DOS ESTABELECIMENTOS ESCOLARES
DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA
PARA O APURAMENTO DE RESPONSABILIDADES
FINANCEIRAS IDENTIFICADAS NO EXERCÍCIO DA
FISCALIZAÇÃO PRÉVIA INCIDENTE SOBRE O
PROCESSO DE VISTO N.º 83/2013



RELATÓRIO N.º 2/2015

PROC. N.º 12/2013 – ARF

1.ª SECÇÃO



Tribunal de Contas

SIGLAS	2
1 - INTRODUÇÃO	5
2 - BREVE CARACTERIZAÇÃO DA ENTIDADE AUDITADA	6
3 - FACTOS APURADOS	7
4 - NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS	12
5 - ILEGALIDADES DETETADAS	14
6 - INFRAÇÕES FINANCEIRAS VERIFICADAS	19
7 - IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	20
8 - APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES APRESENTADAS	22
8.1 - COMENTÁRIOS AO ADUZIDO PELA DGEstE NA FASE INSTRUTÓRIA DA AÇÃO	22
8.2 - COMENTÁRIOS ÀS ALEGAÇÕES OFERECIDAS PELO EX DIRETOR REGIONAL DE EDUCAÇÃO DE LISBOA E VALE DO TEJO	24
8.3 - COMENTÁRIOS ÀS ALEGAÇÕES OFERECIDAS PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DO ENSINO E ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR	26
9 - SANÇÃO APLICÁVEL	38
10 - PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO	39
11 - CONCLUSÕES	39
12 - RECOMENDAÇÕES	41
13 - DECISÃO	43
FICHA TÉCNICA	44
ANEXOS:	
Anexo I - Mapa de infrações financeiras indiciadas	47
Anexo II - Alegações dos Responsáveis	49



SIGLAS

Ac.	Acórdão
ANCP	Agência Nacional de Compras Públicas, EPE ⁽¹⁾
AQ	Acordo Quadro
CAPI	Centro de Aprovisionamento Integrado
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos ⁽²⁾
CE	Caderno de Encargos
cl.	Cláusula
CPA	Código do Procedimento Administrativo ⁽³⁾
CRP	Constituição da República Portuguesa
DCC	Departamento de Controlo Concomitante
Dec. Reg.	Decreto Regulamentar
DECOP	Departamento de Controlo Prévio
Desp.	Despacho
DG	Diretor-Geral
DGAE	Direção-Geral da Administração Escolar
DGEstE	Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares
DGTC	Direção-Geral do Tribunal de Contas
DL	Decreto-Lei
DLEOE 2012	Decreto-Lei de execução do Orçamento de Estado para 2012 ⁽⁴⁾
DR	Diário da República
DRE	Direção(ões) Regional(ais) de Educação
DRELVT	Direção Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo
DSGM	Direção de Serviços de Gestão e Modernização
EPD	Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado ⁽⁵⁾
Inf.	Informação
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LEO	Lei de Enquadramento Orçamental ⁽⁶⁾
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas ⁽⁷⁾
ME	Ministério da Educação
MEC	Ministério da Educação e Ciência
Of.	Ofício
p.	Ponto
Port.	Portaria
proc.	Processo
PU	Preço unitário
pub.	Publicado

⁽¹⁾ A ANCP foi, entretanto, extinta, tendo-lhe sucedido na totalidade das suas atribuições e competências a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP, I.P.), cf. art.º 21.º, n.º 1, al. c), do DL n.º 117-A/2012, de 14.06, que iniciou a sua vigência em 15.06.2012. Contudo, no texto do relatório mantém-se a referência à ANCP dado que, à data dos factos, era esta a entidade instituída (com a configuração jurídica plasmada no DL n.º 37/2007, de 19.02, alterada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04).

⁽²⁾ Aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29.01, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008 (pub. no DR, 1.ª S., n.º 62, de 28.03.2008), alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11.09, DL n.º 223/2009, de 11.09, DL n.º 278/2009, de 02.10, Lei n.º 3/2010, de 27.04, DL n.º 131/2010, de 14.12, Lei n.º 64-B/2011, de 30.12 e DL n.º 149/2012, de 12.07.

⁽³⁾ Aprovado pelo DL n.º 442/91, de 15.11, alterado pelos DL's n.ºs 6/96, de 31.01 e 18/2008, de 29.01.

⁽⁴⁾ DL n.º 32/2012, de 13.02 que, ante o teor do seu art.º 95.º, entrou em vigor em 14.02.2012. Face ao disposto no art.º 92.º do citado DL, as normas constantes do seu capítulo IX (art.ºs 82.º a 92.º) vigoraram até 21.06.2012, véspera do início da vigência do DL n.º 127/2012, de 21.06, que estabeleceu os procedimentos necessários à aplicação da Lei n.º 8/2012, de 21.02 (Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso).

⁽⁵⁾ Estatuto aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15.01, alterada pelas Leis n.ºs 51/2005, de 30.08, 64-A/2008, de 31.12, 3-B/2010, de 28.04, 64/2011, de 22.11 (que a republicou) e 68/2013, de 29.08.

⁽⁶⁾ Lei n.º 91/2001, de 20.08, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28.08 e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 02.07, 48/2004, de 24.08, 48/2010, de 19.10, 22/2011, de 20.05, 52/2011, de 13.10, 37/2013, de 14.06 e 41/2014, de 10.07.

⁽⁷⁾ Lei n.º 98/97, de 26.08, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31.12, 1/2001, de 04.01, 55-B/2004, de 30.12, 48/2006, de 29.08, 35/2007, de 13.08, 3-B/2010, de 28.04, 61/2011, de 07.12 e 2/2012, de 06.01.



Tribunal de Contas

SIGLAS

RA	Relato da Auditoria
RAFE	Regime da Administração Financeira e Patrimonial do Estado ⁽⁸⁾
RCM	Resolução do Conselho de Ministros
Reg.	Regulamento
RO	Recurso Ordinário
SEEAE	Secretário de Estado do Ensino e Administração Escolar
SETF	Secretária de Estado do Tesouro e das Finanças
SG	Secretaria-Geral
SNCP	Sistema Nacional de Compras Públicas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TdC	Tribunal de Contas
UAT	Unidade de Apoio Técnico
UC	Unidade de Conta

⁽⁸⁾ Aprovado pelo DL n.º 155/92, de 28.07, alterado pelo DL n.º 275-A/93, de 09.08, DL n.º 113/95, de 25.05, Lei n.º 10-B/96, de 23.03, DL n.º 190/96, de 09.10, Lei n.º 55-B/2004, de 30.12, DL n.º 29-A/2011, de 01.03 e Lei n.º 83-C/2013, de 31.12.



Tribunal de Contas

1 - INTRODUÇÃO

1.1 – Em 10.01.2013, a Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares (DGEstE) do Ministério da Educação e Ciência (MEC) remeteu⁽⁹⁾ a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, um Acordo de Transação Extrajudicial, celebrado entre o Estado (através do MEC) e a Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A. (Gertal), tendo por objeto a resolução do litígio decorrente do fornecimento de refeições efetuado por esta àquele mediante o pagamento (à Gertal) de uma compensação no valor € 3.590.318,24 (IVA incluído).

1.2 – O Acordo, incorporado no proc. de visto n.º 85/2013, foi analisado na UAT II do DECOP da Direção-Geral do Tribunal de Contas (DGTC), no âmbito da qual foi objeto de devolução⁽¹⁰⁾ à DGEstE tendo por finalidade a obtenção de esclarecimentos e documentação diversa.

1.3 - Em 22.04.2013, a 1.ª Secção do Tribunal decidiu (Decisão n.º 337/2013) devolver o citado proc. de visto por se verificar que “*o acordo extrajudicial em causa tem por fundamento factos já consumados e efeitos já produzidos, sendo, agora, extemporânea e inútil a fiscalização prévia do contrato informal subjacente, relação essa que constitui o efetivo «facto gerador da obrigação de despesa».* Devolva-se, assim, por não ser já oportuna a fiscalização prévia. Tendo em atenção as ilegalidades em causa, determina-se o prosseguimento do processo para apuramento das responsabilidades financeiras a que haja lugar”.

1.4 – A presente Ação teve assim por objetivo o apuramento de responsabilidades financeiras indiciadas no citado proc. de visto n.º 85/2013.

1.5 – No âmbito da Ação, e após análise do proc. de visto no DCC, solicitou-se à DGEstE a informação e documentação indicada no Of. da DGTC n.º 13578, de 10.09.2013, a que aquela respondeu no seu Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013 e documentação apensa.

1.6 – Analisada toda a informação reunida, foi produzido um relato de auditoria (RA) que, em observância do disposto no art.º 13.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC, foi submetido, através de notificação⁽¹¹⁾, a prévia audição da DGEstE e dos responsáveis nele identificados, a saber, o Secretário de Estado do Ensino e Administração Escolar, *João Casanova de Almeida*, e o ex diretor regional de educação de Lisboa e Vale do Tejo, *José Alberto Moreira Duarte*.

1.7 – Ambos os notificados do RA se manifestaram sobre o seu conteúdo em articulados independentes — reproduzidos na íntegra no anexo II — cujo teor foi já considerado na redação do relatório em apreço, em que as recomendações constantes do n.º 12 surgem como corolário lógico das conclusões inclusas no n.º 11, elaboradas com base nos elementos coligidos no decurso da Ação.

Um breve parêntesis para notar que, no presente documento, o texto apresentado em destacado (ou “*bold*”) é da iniciativa dos seus autores salvo expressa menção em contrário.

⁽⁹⁾ Cf. documentado no Of. da DGEstE n.º 332, de 16.01.2013.

⁽¹⁰⁾ Devolução retratada no anexo ao Of. da DGTC com a ref.ª DECOP/UAT.2/484/2013, de 04.02, a que a DGEstE respondeu nos termos expressos no seu Of. n.º 4380, de 04.04.2013.

⁽¹¹⁾ Como demonstrado nos ofícios da DGTC n.ºs 7357 e 7358, ambos de 20.05.2014.



2 – BREVE CARACTERIZAÇÃO DA ENTIDADE AUDITADA

A celebração do Acordo apontado em 1.1 foi precedida de uma sucessão de atos e contratos (adiante indicados) ocorrida num hiato temporal marcado por uma reorganização dos serviços e organismos do Ministério da Educação (ME) definidos no DL n.º 213/2006, de 27.10 (alterado pelos DL's n.ºs 164/2008, de 08.08, 117/2009, de 18.05 e 208/2009, de 02.09), entre os quais constavam as Direções Regionais de Educação (DRE) do Norte, Centro, Alentejo, Algarve e Lisboa e Vale do Tejo (DRELVT⁽¹²⁾).

De acordo com o citado DL n.º 213/2006 e com o regulamento que aprovou a estrutura orgânica das DRE — o Decreto Regulamentar (Dec. Reg.) n.º 31/2007, de 29.03⁽¹³⁾ — estas configuravam serviços periféricos da administração direta do Estado, dotados de autonomia administrativa (art.ºs 4.º, n.º 2, do DL n.º 213/2006 e 1.º, n.º 1, do Dec. Reg. n.º 31/2007), aos quais cabia prosseguir as atribuições enunciadas nos art.ºs 16.º, n.º 2, do DL n.º 213/2006 e 2.º, n.º 2, do Dec. Reg. n.º 31/2007, sob a direção de um diretor regional (art.ºs 16.º, n.º 3, do DL n.º 213/2006 e 3.º, n.º 1, do Dec. Reg. n.º 31/2007) com as competências definidas no art.º 4.º daquele Dec. Reg., sem prejuízo de outras nele delegadas ou subdelegadas. A DRELVT foi estruturada em unidades orgânicas nucleares, salientando-se a Direção de Serviços de Gestão e Modernização (DSGM), à qual competia “Assegurar a gestão patrimonial, orçamental e financeira, sem prejuízo das competências dos respetivos serviços centrais”, cf. art.º 4.º, al. b), da Port. n.º 364/2007, de 30.03⁽¹⁴⁾, que aprovou a estrutura nuclear daquela direção regional.

Com a publicação do DL n.º 86-A/2011, de 12.07⁽¹⁵⁾, o ME foi extinto e determinada a transição dos seus serviços e organismos para o MEC⁽¹⁶⁾, cuja lei orgânica, entretanto aprovada pelo DL n.º 125/2011, de 29.12, revogou⁽¹⁷⁾ o aludido DL n.º 213/2006.

Na redação originária do DL n.º 125/2011, as DRE foram extintas e as suas atribuições integradas, por fusão, na Direção-Geral da Administração Escolar (DGAE), mantendo-se, até 31.12.2012, com a natureza de direções-gerais [art.ºs 29.º e 31.º, n.º 3, al. m), do DL n.º 125/2011]. No entanto, as criações, fusões e reestruturações previstas no sobredito DL n.º 125/2011 apenas produziram efeitos com a entrada em vigor dos respetivos diplomas orgânicos (art.º 34.º, n.º 1, do DL n.º 125/2011), a qual (entrada em vigor) condicionava igualmente a revogação dos diplomas que aprovaram a orgânica dos serviços da administração direta do MEC que lhes sucediam (art.º 36.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 125/2011).

A estrutura da DGAE foi aprovada pelo Dec. Reg. n.º 25/2012, de 17.02⁽¹⁸⁾ mas a criação das unidades orgânicas regionais previstas no seu art.º 1.º, n.º 2, a sucessão nas atribuições das DRE enunciada no seu art.º 9.º, al. b), e a revogação do Dec. Reg. n.º 31/2007, atrás citado,

⁽¹²⁾ Cf. art.º 4.º, n.º 2, al. c), do supramencionado DL n.º 213/2006, de 27.10.

⁽¹³⁾ O Dec. Reg. n.º 31/2007, de 29.03, foi pub. no DR, 1.ª S., n.º 63, de 29.03.2007, sendo mais tarde revogado pelo art.º 16.º, al. b), do DL n.º 266-F/2012, de 31.12 (diploma que aprovou a estrutura orgânica da DGestE).

⁽¹⁴⁾ A Port. n.º 364/2007, de 30.03, foi pub. no DR, 1.ª S., n.º 64, de 30.03.2007.

⁽¹⁵⁾ O DL n.º 86-A/2011, de 12.07, aprovou a Lei Orgânica do XIX Governo Constitucional.

⁽¹⁶⁾ Cf. art.ºs 19.º, n.º 2 e 21.º, n.º 1, do DL n.º 86-A/2011, de 12.07.

⁽¹⁷⁾ Cf. art.º 37.º, al. a), do DL n.º 125/2011, de 29.12.

⁽¹⁸⁾ O Dec. Reg. n.º 25/2012, de 17.02, foi pub. no DR, 1.ª S., n.º 35, de 17.02.2012.



Tribunal de Contas

ficaram condicionadas pela “*entrada em vigor, até 31 de dezembro de 2012, da portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da educação*”, cf. art.^{os} 11.º e 12.º, n.^{os} 1, al. b) e 2, do aludido Dec. Reg. n.º 25/2012. Adiante-se, desde já, que os preceitos antes indicados viriam a ser revogados pelo diploma⁽¹⁹⁾ que aprovou a orgânica da DGEstE.

Em 31.12.2012, a lei orgânica do MEC aprovada pelo referido DL n.º 125/2011, de 29.12, é alterada pelo DL n.º 266-G/2012, de 31.12⁽²⁰⁾ que, em síntese, criou a DGEstE [art.^{os} 4.º, al. i) e 31.º, n.º 2, al. g), do DL n.º 125/2011, alterado pelo DL n.º 266-G/2012], com os fins definidos no art.º 17.º-A (aditado ao DL n.º 125/2011 pelo DL n.º 266-G/2012), sendo as atribuições das DRE nela integradas [art.º 31.º, n.º 3, al. m), do DL n.º 125/2011, alterado pelo DL 266-G/2012], procedendo ainda à revogação do art.º 29.º do DL n.º 125/2011. Tal integração tornou-se operativa em 31.12.2012, data em que o DL n.º 266-F/2012 (de 31.12) — que aprovou a estrutura orgânica da DGEstE⁽²¹⁾ — iniciou a sua vigência, cf. resulta do preceituado no seu art.º 17.º, conjugado com o disposto no art.º 34.º, n.º 1, do DL n.º 125/2011.

Do exposto resulta que, apesar da extinção (por fusão) das DRE e, em particular, da DRELVT, ter sido prevista na versão inicial do DL n.º 125/2011, de 29.12, aquela só se tornou efetiva em 31.12.2012 mantendo, até esta data, a natureza de direção-geral (art.º 29.º do DL n.º 125/2011) e pautando a sua atividade pelo regime constante do Dec. Reg. n.º 31/2007 e Port. n.º 364/2007, atrás mencionados (art.º 36.º, n.^{os} 1 e 2 do DL n.º 125/2011⁽²²⁾).

3 – FACTOS APURADOS

3.1 - Em 30.12.2011, o diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo autorizou a adjudicação (e a realização da despesa⁽²³⁾) relativa ao fornecimento indicado em 3.2 por ajuste direto (“*Ajuste Direto n.º 2/ASE/2012*”) fundado no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do CCP ante a urgência em garantir a sua efetivação desde o início do 2.º período (02.01.2012) do ano letivo 2011/2012, ditada pela constatação de que o(s) contrato(s), com idêntico objeto, previsto(s) celebrar no âmbito de um procedimento em fase de conclusão — designado “*AQ2/ASE/2011 – Fornecimento de Refeições em Refeitórios Escolares*” (adiante mencionado) — não poder(em) produzir quaisquer efeitos antes do visto do TdC face à (inesperada) alteração efetuada pela Lei n.º 61/2011, de 07.12, ao art.º 45.º⁽²⁴⁾ da Lei n.º 98/97, de 26.08.

⁽¹⁹⁾ Menção ao DL n.º 266-F/2012, de 31.12, cujo art.º 16, al. c), revogou os art.^{os} 1.º, n.º 2, 9.º, al. b), 11.º e 12.º, n.^{os} 1, al. b) e 2, do Dec. Reg. n.º 25/2012, de 17.02, tendo a al. b) do mesmo preceito revogado o Dec. Reg. n.º 31/2007, de 29.03.

⁽²⁰⁾ Os efeitos do DL n.º 266-G/2012, de 31.12, foram reportados a 31.12.2012, cf. teor do seu art.º 6.º.

⁽²¹⁾ Sumariamente, a DGEstE, que sucede nas atribuições das DRE [art.º 12.º, al. c), do DL n.º 266-F/2012, de 31.12], é um serviço central da administração direta do Estado (art.º 2.º, n.º 1, do DL n.º 266-F/2012), dirigido por um diretor-geral, coadjuvado por um subdiretor-geral (art.º 4.º, do DL n.º 266-F/2012), dispondo de 5 unidades desconcentradas, de âmbito regional, com a designação de Direção de Serviços das Regiões Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve, dirigidas por delegados regionais de educação (art.º 2.º, n.^{os} 2 e 3, do DL n.º 266-F/2012). A sua estrutura nuclear foi fixada pela Port. n.º 29/2013, pub. no DR, 1.ª S., n.º 20, de 29.01.2013.

⁽²²⁾ O DL n.º 125/2011 foi alterado pelo DL n.º 266-G/2012, de 31.12 e, mais tarde, pelo DL n.º 102/2013, de 25.07.

⁽²³⁾ Cf. teor do Desp. de 30.12.2011, proferido sobre a Proposta n.º DSGM/DAPO/ASE, de 30.12.2011.

⁽²⁴⁾ Menção ao n.º 4 do art.º 45.º da Lei n.º 98/97, de 26.08, aditado pela supra referida Lei n.º 61/2011, que estabelece que “*Os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas cujo valor seja superior a € 950 000 não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade*”. A mesma lei (n.º 61/2011) aditou ainda um n.º 5 ao aludido art.º 45.º que, em última instância, autoriza a produção dos efeitos materiais previstos nos contratos formados por ajuste direto sustentado no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do CCP antes do TdC se pronunciar sobre a sua legalidade e regularidade financeira, como se conclui da sua redação.



Tribunal de Contas

3.2 - Em 03.01.2012, a DRELVT celebrou com a *Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.*, um contrato (n.º 1/2012) tendo por objeto o fornecimento (estimado) de 1.115.625 refeições em 226 refeitórios escolares⁽²⁵⁾ pelo preço de € 1.577.491,65, sem IVA, com início em 02.01.2012 e prazo de 21 dias úteis, eventualmente renovável por iguais períodos, até que fosse concedido o visto do TdC ao “*procedimento concursal AQ2/ASE/2011*”, cf. expresso na sua cl. 3.ª.

3.3 - Em 10.01.2012, a SETF autorizou⁽²⁶⁾ (Disp. n.º 40/12-SETF), *a posteriori*, a realização da contratação referenciada nos números anteriores (para o período de 02.01.2012 a 31.01.2012) à margem do acordo AQ15-RC⁽²⁷⁾, celebrado pela ANCP no pretérito, cujo artigo 19.º, n.º 1, do CE naquele (AQ) integrado estabelecia que “*Os contratos celebrados ao abrigo do acordo quadro serão reduzidos a escrito (...)*”.

3.4 - Em 01.02.2012, a DRELVT submeteu⁽²⁸⁾ a visto o contrato (n.º 1/2012) indicado em 3.2, ulteriormente integrado no proc. de visto n.º 168/2012.

3.5 - Em 29.02.2012, a DRELVT celebrou com a *Gertal* um contrato (n.º 8/2012) tendo por objeto o fornecimento (estimado) de 4.409.375 refeições em refeitórios escolares no período compreendido entre 02.01.2012 e o fim do ano letivo de 2011/2012 pelo preço de € 6.234.847,95 (sem IVA). A sua formação foi antecedida de um procedimento — designado “*AQ2/ASE/2011 – Fornecimento de Refeições em Refeitórios Escolares*” — desenvolvido nos termos regulados no art.º 259.º do CCP no âmbito do acordo quadro AQ15-RC, citado em 3.3.

3.6 - Em 07.03.2012, a SETF autorizou⁽²⁹⁾ (Disp. n.º 261/12-SETF) a renovação do contrato (n.º 1/2012) indicado em 3.2 pelo prazo total de 42 dias úteis (de 01.02.2012 a 31.03.2012) considerando, cumulativamente, o constrangimento jurídico introduzido pela Lei n.º 61/2011, de 07.12 (explicitado em 3.1) e o facto do contrato descrito no número anterior⁽³⁰⁾ ainda não ter obtido o visto do TdC.

3.7 - Em 14.03.2012, a DRELVT submeteu⁽³¹⁾ o contrato (n.º 8/2012) apontado em 3.5 a fiscalização prévia do TdC, posteriormente incorporado no proc. de visto n.º 401/2012.

⁽²⁵⁾ Refeitórios escolares repartidos pelos Grupos A (37 escolas), B (40 escolas), C (38 escolas), E (25 escolas), F (31 escolas), G (30 escolas) e H (25 escolas), pelo preço unitário (sem IVA), respetivamente, de € 1,41, € 1,57, € 1,30, € 1,71, € 1,45, € 1,33 e € 1,29, cf. cl. 4.ª, n.º 2, do contrato (n.º 1/2012).

⁽²⁶⁾ Autorização proferida nos termos do art.º 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02, materializada no Desp. n.º 40/12-SETF (de 10.01.2012), exarado sobre o Of. da ANCP de 10.01.2012, disponibilizado em anexo (n.º 2) ao Of. da DRELVT n.º 3912, de 08.03.2012 (integrado no proc. de visto n.º 168/2012, adiante referido).

⁽²⁷⁾ Menção ao AQ celebrado em 28.07.2010 pela ANCP, relativo ao fornecimento de refeições confeccionadas, divulgado no Aviso n.º 16199/2010, pub. no DR, 2.ª S., n.º 157, de 13.08.2010.

⁽²⁸⁾ Cf. comprovado pelo teor do Of. da DRELVT n.º 1749, de 01.02.2012, incluso no proc. de visto n.º 168/2012.

⁽²⁹⁾ Autorização efetuada ao abrigo do art.º 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02, consubstanciada no Desp. n.º 261/12-SETF (de 07.03.2012), exarado sobre o Of. da ANCP n.º S.DCP.000.021.574, de 27.02.2012, remetido em anexo (n.º 1) ao Of. da DRELVT n.º 5236, de 30.03.2012 (incluso no proc. de visto n.º 168/2012).

⁽³⁰⁾ A que acresce um outro contrato, celebrado entre a DRELVT e a *Uniself – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A.*, adiante aflorado no texto do relato, mais tarde incorporado no proc. de visto n.º 400/2012.

⁽³¹⁾ Cf. teor do Of. da DRELVT n.º 1294, de 14.03.2012, que acompanhou a remessa do supra citado contrato n.º 8/2012, bem como do contrato n.º 7/2012, celebrado com a *Uniself*, referido na nota de rodapé anterior.



Tribunal de Contas

3.8 - Em 23.03.2012, as partes no contrato (n.º 8/2012) indicado em 3.5 alteraram, por adenda, a sua cl. 4.ª, n.º 3, estipulando que o respetivo encargo total estimado seria de € 6.234.847,95 (sem IVA) “*sendo deduzida a importância paga através do Ajuste Direto n.º 2/ASE/2012*”⁽³²⁾”.

3.9 – Em 30.03.2012, a DRELVT solicitou (por correio eletrónico), junto do Gabinete do SEEAE, a “*renovação do pedido de exceção para a continuidade do fornecimento de refeições*” contratado pelo ajuste direto n.º 2/ASE/2012 (citado em 3.1) “*para abril a maio*”⁽³³⁾.

3.10 - Em 18.04.2012, a DRELVT informou⁽³⁴⁾ este Tribunal que o contrato (n.º 8/2012) aludido em 3.5 só produziria efeitos (materiais e financeiros) após a obtenção do competente visto.

3.11 - Em 19.04.2012, a 1.ª secção do TdC concedeu o visto ao contrato (n.º 1/2012) descrito em 3.2, cf. teor da Decisão n.º 319/12, proferida no proc. de visto n.º 168/2012.

3.12 - Em 22.05.2012, a 1.ª Secção do TdC recusou o visto ao contrato (e adenda) n.º 8/2012, referido em 3.5, cf. teor do seu Ac. n.º 15/2012 (de 22.05.2012). A recusa fundou-se na ilegalidade da anulação (ocorrida em 28.12.2011) da 1.ª adjudicação (decidida em 27.12.2011) — que atribuía à *Gertal* o fornecimento de refeições aos grupos de escolas G e H, à *Uniself – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A.*, o do grupo D e à *Eurest – Soc. Europeia de Restaurantes, Lda*, o dos grupos A, B, C, E e F — por violação do disposto no art.º 249.º, do CC e do critério de adjudicação fixado no ponto IX do convite instrutório do procedimento desenvolvido que, por força do preceituado no art.º 283.º do CCP, inquinou a posterior adjudicação (verificada em 28.12.2011) do fornecimento de refeições de todos os grupos à *Gertal* com exceção do grupo D, cuja atribuição recaiu (novamente) sobre a proposta formulada pela *Uniself*⁽³⁵⁾.

3.13 – Na mesma data (22.05.2012), a aludida recusa de visto foi comunicada à DRELVT e, em 23.05.2012, notificada do respetivo acórdão, rececionado nas suas instalações em 25.05.2012, cf. documentado no fax n.º 713/2012 – DECOP/UAT.2, de 22.05.2012, Of. da DGTC n.º DECOP/UAT.2/2440/2012, de 23.05.2012 e respetivo ofício de receção. Em 23.05.2012, a *Gertal* foi igualmente notificada do mesmo acórdão, cf. evidenciado no Of. da DGTC n.º DECOP/UAT.2/2441/2012, de 23.05.2012 e correspondente ofício de receção.

⁽³²⁾ Alusão ao ajuste direto sintetizado em 3.1.

⁽³³⁾ Cf. teor do email associado ao email enviado em 30.03.2012 pela DRELVT ao Adjunto do Gabinete do SEEAE, [e-mails incluídos no “Doc. 5” (fl. 9) anexo ao Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013]. A “solicitação” aludida no texto supra é igualmente referida na Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10 (adiante exposta) nos termos que se seguem: “*Considerando que no final do mês de março de 2012 o procedimento concursal AQ2/ASE/2011 para fornecimento de refeições em refeitórios escolares ainda não tinha obtido o visto do Tribunal de Contas (...) a DRELVT solicitou no dia 30 de março a renovação do pedido de exceção para os meses de abril e maio de 2012*”.

⁽³⁴⁾ Cf. teor do último parágrafo constante do Of. da DRELVT n.º 6132, de 18.04.2012, em resposta ao solicitado no p. 10 do documento anexo ao Of. da DGTC n.º DECOP/UAT 2/1694/2012, de 30.03.2012 (integrados no proc. de visto n.º 401/2012).

⁽³⁵⁾ O contrato subsequentemente celebrado (em 29.02.2012) entre a DRELVT e a *Uniself*, referente ao grupo D (fornecimento de 659.020 refeições pelo preço de € 817.184,80, sem IVA) mencionado no texto supra obteve o visto do TdC em 20.04.2012 (Decisão n.º 324/2012), cf. documentado no proc. de visto n.º 400/2012.



Tribunal de Contas

3.14 - Em 11.06.2012, a DRELVT interpôs recurso (RO n.º 9/2012) da decisão vertida no citado Ac. n.º 15/2012 que, contudo, veio a ser considerado improcedente pelo Plenário da 1.ª Secção do TdC no seu Ac. n.º 19/2012, de 09.10.2012⁽³⁶⁾.

3.15 – Em 18.07.2012, e ao abrigo do disposto no art.º 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02, a SG do MEC solicitou à SETF (através da ANCP) autorização para adquirir, à margem do acordo quadro AQ15-RC (referido em 3.5), 2.750.000 refeições para o período de 01.04.2012 a 06.07.2012⁽³⁷⁾ pelo preço estimado de € 4.600.000,00. O pedido fundamentou-se na consideração de que, *“até ao presente, nenhum contrato⁽³⁸⁾ obteve o necessário «visto» do TC, desconhecendo-se exatamente quando tal se verificará. Donde resulta que se torna imprescindível prolongar os ajustes diretos celebrados”*, cf. consta do documento que o materializa (intitulado “Pedido de Exceção”⁽³⁹⁾).

3.16 – Em 11.09.2012, a SETF não autorizou (Disp. n.º 1471/12-SETF) o pedido resumido em 3.15 devido à extemporaneidade da sua apresentação o que, ao implicar a nulidade da contratação realizada fora do AQ nos termos do art.º 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007, de 19.02, obsta a uma ratificação posterior do procedimento adjudicatório promovido, cf. art.º 137.º, n.º 1, do CPA⁽⁴⁰⁾.

3.17 – Em 24.10.2012, a DRELVT elaborou a Inf. n.º 20/DSGM/DAPO/2012 (de 24.10.2012⁽⁴¹⁾), alusiva à *“Dívida à empresa Gertal pelo fornecimento de refeições em refeitórios escolares”*, na qual, após narrar as vicissitudes ocorridas com a contratação dos serviços em questão e referir que a *“Gertal foi apresentando mensalmente à entidade adjudicante – DRELVT – as faturas correspondentes ao número de refeições encomendadas (...) e que foram devidamente validadas pelos serviços responsáveis da DRELVT”*, salienta os prejuízos *“irreparáveis para o interesse público”* advenientes da sua eventual suspensão após 31.03.2012. Por conseguinte, e *“não restando dúvidas de que o serviço foi efetivamente prestado o que se comprova pelo facto de as faturas apresentadas pelo adjudicatário se encontrarem validadas, o não pagamento do montante em dívida no valor de € 3.590.315,24 (...), depois de permitir a continuidade do serviço mesmo sem a comunicação formal do pedido de exceção, agiu a DRELVT numa postura tentando ir ao encontro do disposto no artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo”*. Mais adiante discorre sobre os efeitos dos negócios jurídicos declarados nulos, aduzindo que *“os contratos nulos de execução continuada, nos quais uma das partes beneficie do gozo de um serviço, como é o caso, apresentam-se com algumas*

⁽³⁶⁾ Refira-se ainda que, em 10.10.2012, a improcedência mencionada no texto supra foi comunicada à DRELVT e, em 15.10.2012, notificada do Ac. n.º 19/2012 (cf. teor do fax n.º 52/12-ST/DAP-II-1.ªS, de 10.10.2012 e Of. da DGTC n.º 15987, de 15.10.2012).

⁽³⁷⁾ Período equivalente a 3 meses e 6 dias.

⁽³⁸⁾ Menção limitada aos contratos firmados na sequência do procedimento intitulado “AQ2/ASE/2011 – Fornecimento de Refeições em Refeitórios Escolares”, efetuado no seio do acordo quadro AQ15-RC, citado em 3.5.

⁽³⁹⁾ “Pedido de Exceção” de 2 fls., datado de 18.07.2012, anexo ao email da SG do MEC enviado à ANCP em 18.07.2012. Os documentos indicados foram facultados pela DGEstE em anexo [“Doc 5”, fls. 5 a 7] ao seu Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013.

⁽⁴⁰⁾ Cf. se extrai do teor parecer da ANCP vertido no seu Of. n.º S.DCP.000.023.724, de 23.07.2012 (sob o qual recaiu o Desp. da SETF n.º 1471/12-SETF, de 11.09.2012), apesar da sua redação não ser clara. Os documentos supracitados foram remetidos pela DGEstE em anexo (“Doc. n.º 5”, fls. 1 a 4) ao ofício identificado na nota de rodapé anterior.

⁽⁴¹⁾ A Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012, foi disponibilizada em anexo (“Doc. 4”, fls. 2 a 5) ao Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013.



Tribunal de Contas

especificidades que não podem deixar de ponderar-se à luz do regime do art.º 289.º, n.º 1 do C. Civil aludindo, em seguida, aos efeitos das “**relação(ões) contratual(ais) de facto**”⁽⁴²⁾ e respetiva valoração jurídica. Por último, e depois de realçar que “a DRELVT não negligenciou a necessidade de obter a respetiva autorização formal tendo solicitado em tempo oportuno (...) o referido pedido de autorização”, propõe que o despacho de não autorização (Desp. n.º 1471/12-SETF) citado em 3.16 “seja submetido a reapreciação para o devido despacho autorizador”. O proposto obteve a concordância do Diretor Regional Adjunto da DRELVT, remetendo, de seguida, o sugerido à consideração do SEEAE⁽⁴³⁾.

3.18 - Em 26.12.2012, a SG do MEC formulou a Inf. n.º 1360/2012/DSMCC que, no essencial, reproduz a matéria de facto apresentada na Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012, procedendo, subsequentemente, ao seu enquadramento jurídico. Neste plano, advoga que os serviços prestados pela *Gertal* — objeto do Acordo sumariado em 3.20 — representaram, para o MEC, uma vantagem patrimonial carecida de causa o que, por força do disposto no art.º 473.º do CC, constitui aquele departamento governamental na obrigação de restituir àquela empresa o valor correspondente, cf. art.º 479.º, n.º 1, do mesmo Código. Como instrumento operativo da dita restituição, sugere a celebração de um acordo de transação nos termos do art.º 1248.º do CC, o qual acautelará os princípios da boa fé e da tutela da confiança revelados pela *Gertal* ao dar “continuidade à prestação dos serviços em causa, na expectativa de obter o respetivo pagamento” (cf. pág. 9 da Inf. n.º 1360/2012/DSMCC). Em 26.12.2012, a Secretária-Geral Adjunta do MEC emitiu parecer⁽⁴⁴⁾ concordante com o teor da citada Inf. n.º 1360/2012/DSMCC (de 26.12.2012), submetendo, de seguida, o assunto à apreciação do SEEAE⁽⁴⁵⁾.

3.19 - Em 26.12.2012, o SEEAE aprovou a minuta do Acordo descrito no número seguinte.

3.20 – Em 27.12.2012, o Estado (através do MEC) e a *Gertal* celebraram um acordo de transação extrajudicial, destinado a “resolver o litígio decorrente do fornecimento de refeições por parte da GERTAL, S.A., ao MEC, no período compreendido entre 10 de abril de 2012 e 6 de julho de 2012” (cl. 1.ª) através da atribuição deste àquela do montante de € 3.590.318,24, IVA incluído (cl. 2.ª, n.º 1), a título de compensação pelo referido fornecimento (cl. 2.ª, n.º 2). O citado montante resulta dos seguintes valores⁽⁴⁶⁾:

⁽⁴²⁾ Mencionando ainda outras terminologias como “contrato de facto”, “contrato imperfeito” ou de “errada perfeição”.

⁽⁴³⁾ Cf. teor do Desp. do Diretor Regional Adjunto da DRELVT, exarado em 16.11.2012 sobre a invocada Inf. n.º 20/DSGM/DAPO/2012 (de 24.10.2012), a qual foi enviada à SG do MEC, cf. evidenciado no Of. da DRELVT n.º 19222/2012, de 16.11.2012. Saliente-se que o SEEAE não se terá pronunciado sobre o proposto na citada Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, considerando o teor da Inf. da SG do MEC descrita em 3.18 e os factos que se lhe seguiram.

⁽⁴⁴⁾ Cf. teor do Desp. exarado em 26.12.2012 pela Secretária-Geral Adjunta do MEC sobre a Inf. n.º 1360/2012/DSMCC, indicada no texto supra.

⁽⁴⁵⁾ Registe-se que o SEEAE não se pronunciou sobre a Inf. da SG do MEC n.º 1360/2012/DSMCC, de 26.12.2012, como informado pela DGEstE no p. 1 do seu Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013.

⁽⁴⁶⁾ Com exceção dos valores sem IVA, os dados indicados no quadro foram facultados pela DGEstE no p. 3 do seu Of. n.º 4380, de 04.04.2013 (incluído no proc. de visto n.º 85/2013). Os PU com IVA foram arredondados às centésimas, cf. informado pela DGEstE no p. 4 do seu Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013. Saliente-se ainda que os PU sem IVA inscritos no quadro correspondem aos propostos pela *Gertal* no âmbito do procedimento “AQ2/ASE/2011 – Fornecimento de Refeições em Refeitórios Escolares”, promovido pela DRELVT ao abrigo do acordo quadro AQ15-RC (sinalizado em 3.5) que, de acordo com o teor dos p. 3 e 4 do citado Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013 e do “Doc. n.º 3” àquele anexo, foram considerados no acordo de transação.



Quadro 1

GRUPOS	N.º DE ESCOLAS	N.º DE REFEIÇÕES	PU COM IVA	TOTAL DA DESPESA COM IVA	PU SEM IVA	TOTAL DA DESPESA SEM IVA
A	38	340.679	1,73	589.374,67	1,41	480.357,39
B	40	313.386	1,93	604.834,98	1,57	492.016,02
C	38	400.647	1,60	641.035,20	1,30	520.841,10
E	25	167.673	2,10	352.113,30	1,71	286.720,83
F	31	282.372	1,78	502.622,16	1,45	409.439,40
G	30	279.785	1,64	458.847,40	1,33	372.114,04
H	27	277.667	1,59	441.490,53	1,29	358.190,43
TOTAIS:	229	2.062.209⁽⁴⁷⁾		3.590.318,24		2.919.679,22

3.21 - Em 16.01.2013, a DGEstE remeteu⁽⁴⁸⁾, para efeitos de fiscalização prévia, o acordo antes identificado, posteriormente incorporado no proc. de visto n.º 85/2013.

3.22 - Em 22.04.2013, a 1.ª Secção do TdC proferiu, no âmbito do proc. de visto n.º 85/2013, a Decisão n.º 337/2013 — parcialmente reproduzida em 1.3 —, notificada à DGEstE em 23.04.2013, cf. evidenciado no Of. da DGTC n.º DECOP/UAT II/1743/2013 (de 23.04.2013).

4 – NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS

4.1 – A DRELVT integra o SNCP na qualidade de entidade compradora vinculada em relação às categorias de bens e serviços objeto de AQ celebrados pela ANCP, previamente definidas em portaria⁽⁴⁹⁾ (art.º 5.º, n.º 3, do DL n.º 37/2007, de 19.02, alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04 e DL n.º 117-A/2012, de 14.06), como resulta do disposto nos art.ºs 3.º, n.º 2, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (com as alterações antes indicadas) e 5.º, n.ºs 1 e 5, al. a), do Reg. n.º 330/2009, de 23.07⁽⁵⁰⁾.

4.2 - As entidades compradoras vinculadas encontram-se obrigadas a adquirir os bens e serviços abrangidos por tais categorias através da ANCP, sendo-lhes proibida⁽⁵¹⁾ a adoção de procedimentos tendentes à sua contratação direta (art.ºs 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007 e 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009) sob pena de nulidade dos contratos posteriormente firmados (art.ºs 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007 e 8.º, n.º 2, do Reg. n.º 330/2009).

4.3 - A aquisição, pelas entidades compradoras vinculadas, de bens e serviços objeto de AQ plurais [aludidos no art.º 252.º, n.º 1, al. b), do CCP], observa o procedimento constante do art.º 259.º do CCP, o qual se inicia com um convite, aos cocontratantes do AQ que reúnam as condições para os prestar, à apresentação de propostas, seguindo-se as formalidades previstas nos art.ºs 139.º e seguintes (com as necessárias adaptações) do mesmo Código.

⁽⁴⁷⁾ O número total de refeições indicado no quadro representado no p. 3 do Of. da DGEstE n.º 4380, de 04.04.2013 é de “1.721.530” o que não corresponde ao resultado da soma de todas as refeições fornecidas por agrupamento.

⁽⁴⁸⁾ Cf. evidenciado no Of. da DGEstE n.º 332, de 16.01.2013.

⁽⁴⁹⁾ Menção à Port. n.º 772/2008, de 06.08, cuja lista anexa foi revista e atualizada pelas portarias n.ºs 420/2009, de 20.04 (pub. no DR, 1.ª S., n.º 76, de 20.04.2009) e 103/2011, de 14.03 (pub. no DR, 1.ª S., n.º 51, de 14.03.2011), constando nas duas últimas a referência a AQ concernentes a “Refeições confeccionadas”.

⁽⁵⁰⁾ Regulamento que estabelece a disciplina aplicável ao SNCP, pub. no DR, 2.ª S., n.º 146, de 30.07.2009.

⁽⁵¹⁾ Interdição passível de ser afastada mediante autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada (art.ºs 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 e 8.º, n.ºs 1 e 3, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07).



Tribunal de Contas

4.4 - Os contratos de prestação de serviços celebrados pelas entidades adquirentes⁽⁵²⁾ ao abrigo do acordo quadro AQ15-RC (mencionado em 3.3) são reduzidos a escrito, como o impõe o art.º 19.º, n.º 1⁽⁵³⁾, do CE integrado naquele AQ [art.º 4.º, n.º 2, al. c), do CE].

4.5 - A realização de despesas com a aquisição de bens e serviços pela administração direta do Estado carece de autorização, a proferir em momento prévio ou contemporâneo à assunção do(s) compromisso(s) contratual(ais) pelo órgão ou agente que, nos termos do art.º 17.º do DL n.º 197/99, de 08.06 [mantido em vigor por força do estatuído no art.º 14.º, n.º 1, al. f), do DL n.º 18/2008, de 29.01] for legalmente competente para o efeito, como resulta do disposto nos art.ºs 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO.

4.6 – A decisão de contratar deverá ser precedida, no plano contabilístico, do registo dos correspondentes encargos prováveis na respetiva dotação orçamental, como exigido no art.º 13.º do RAFE e em normas inseridas nos diplomas legais anuais que regulam a execução dos orçamentos do Estado (como as normas dos art.ºs 10.º do DLEOE 2012, e 9.º do DL n.º 36/2013, de 11.03).

4.7 – Em momento prévio ou contemporâneo à outorga do contrato ou documento equivalente, deverá proceder-se à escrituração dos respetivos compromissos ou encargos assumidos, cf. decorre do disposto nos art.ºs 10.º, n.º 1, al. c), e 11.º, n.º 1, do RAFE complementados, em 2012, pelo regime transitório⁽⁵⁴⁾ estabelecido nos art.ºs 4.º, n.º 4, e 84.º, n.º 2, do DLEOE 2012.

4.8 – No âmbito do regime transitório referido no número anterior, a assunção de compromissos foi condicionada à prévia emissão de um “*número de compromisso válido e sequencial*”, cf. art.ºs 4.º, n.º 3, al. c), e 84.º, n.º 3, do DLEOE 2012 (cuja inexistência determina a nulidade do contrato, cf. teor do citado art.º 84.º, n.º 3) a fim de possibilitar a verificação da existência de fundos disponíveis suficientes para os satisfazer, como decorre do positivado nos seus art.ºs 4.º, n.º 2, e 84.º, n.º 1.

4.9 - Por RCM n.º 32/2011⁽⁵⁵⁾, de 28.07, retificada pela Declaração de Retificação n.º 24/2011⁽⁵⁶⁾, de 08.08, aquele órgão colegial autorizou a realização de despesa subjacente aos fornecimento de refeições escolares, no ano letivo 2011 – 2012⁽⁵⁷⁾, integrados na área

⁽⁵²⁾ Configuram entidades adquirentes “Qualquer das entidades que integram o Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP) como entidades compradoras vinculadas, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, bem como qualquer das entidades compradoras voluntárias que venha a celebrar contratos de adesão com a ANCP, nos termos definidos no n.º 3 da mesma disposição legal, cujo objeto compreenda os serviços incluídos no presente acordo quadro”, como explicitado no art.º 1.º, al. d), do CE incluído no acordo quadro AQ15-RC.

⁽⁵³⁾ O aludido art.º 19.º, n.º 1, do CE dispõe que “Os contratos celebrados ao abrigo do acordo quadro serão reduzidos a escrito e terão uma duração máxima de 2 (dois) anos a contar da data da sua assinatura, prorrogáveis por mais 1 (um) ano até ao limite máximo de 3 (três) anos”.

⁽⁵⁴⁾ Cf. resulta do disposto no art.º 92.º do DLEOE 2012, tendo o aludido regime transitório caducado com o início da vigência do DL n.º 127/2012, de 21.06, que instituiu os procedimentos necessários à aplicação da Lei n.º 8/2012, de 21.02 (denominada Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso).

⁽⁵⁵⁾ Resolução (n.º 32/2011) pub. no DR, 1.ª S., n.º 146, de 01.08.2011.

⁽⁵⁶⁾ Declaração de Retificação (n.º 24/2011) pub. no DR, 1.ª S., n.º 152, de 09.08.2011.

⁽⁵⁷⁾ O calendário escolar do ano letivo 2011/2012 foi fixado pelo Ministro da Educação e Ciência no seu Desp. n.º 9788/2011, de 28.06, pub. no DR, 2.ª S., n.º 149, de 04.08.2011.



geográfica da DRELVT, até ao montante máximo de € 18.163.530,00 (sem IVA)⁽⁵⁸⁾ — fornecimento que deveria ser precedido de procedimentos desenvolvidos no seio do AQ celebrado pela ANCP — e delegou no Ministro da Educação e Ciência a competência para a prática de todos os atos a realizar no âmbito dos referidos procedimentos.

4.10 - Através do seu Desp. n.º 10041/2011⁽⁵⁹⁾, de 28.07, o Ministro da Educação e Ciência delegou no SEEAE, a competência (entre outras) para praticar todos os atos relacionados com a realização e autorização de despesas com aquisição de serviços até ao montante previsto no art.º 17.º, n.º 1, al. c), do DL n.º 197/99, de 08.06, bem como a competência para a decisão de contratar, de escolha do respetivo procedimento e de aprovação da minuta do contrato previstas nos art.ºs 26.º, 38.º e 98.º do CCP, cf. n.º 3, al. a), do citado Desp. (n.º 10041/2011). Saliente-se que, devido à reorganização orgânica descrita em 2, o Ministro da Educação e Ciência “renovou” a delegação de competências antes indicadas no SEEAE através do seu Desp. n.º 10134/2012⁽⁶⁰⁾, de 21.06, cf. se alcança do estatuído no seu n.º 3, al. b)⁽⁶¹⁾, dispondo o seu n.º 4 que “*Consideram-se ratificados todos os atos que, no âmbito dos poderes ora delegados, tenham sido praticados desde 3 de janeiro de 2012 pelo Secretário de Estado da Administração Escolar*”.

4.11 - Por Desp. n.º 1666/2012⁽⁶²⁾, de 26.01, o SEEAE subdelegou no diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, a competência para a prática de todos os atos respeitantes “*ao procedimento aberto conforme a Resolução do Conselho de Ministros n.º 32/2011*” (n.º 1), a qual abrange “*a competência para aprovar as peças concursais, designar o júri do concurso, proferir o ato de adjudicação, aprovar a minuta do contrato a celebrar e representar a entidade adjudicante na respetiva assinatura*” (n.º 2), e ainda a “*competência para a prática dos atos necessários ao ajuste direto nos termos do Código dos Contratos Públicos, destinados ao fornecimento de refeições pelo período necessário até à produção de efeitos do procedimento referido nos números anteriores*” (n.º 3). A subdelegação efetuada tornou-se eficaz em 26.01.2012 (n.º 4).

5 – ILEGALIDADES DETETADAS

5.1 - A compreensão das ilegalidades adiante mencionadas impõe a prévia exposição do enquadramento jurídico conferido à relação subjacente ao acordo de transação indicado em 3.20 — acordo cuja noção e limites constam dos art.ºs 1248.º e 1249.º do CC, que a seguir se transcrevem:

⁽⁵⁸⁾ Anote-se que a autorização da despesa vertida na citada RCM n.º 32/2011 confinou-se ao ano orçamental de 2011, como decorre da não previsão, no(s) ano(s) seguinte(s), de realização de quaisquer verbas.

⁽⁵⁹⁾ Despacho (n.º 10041/2011) pub. no DR, 2.ª S., n.º 153, de 10.08.2011.

⁽⁶⁰⁾ Despacho (n.º 10134/2012) pub. no DR, 2.ª S., n.º 145, de 27.07.2012.

⁽⁶¹⁾ A al. b) do n.º 3 do referido Desp. n.º 10134/2012, de 21.06, estabeleceu a delegação de competência no SEEAE para “*Praticar todos os atos decisórios relacionados com a realização e autorização de despesas com empreitadas de obras públicas e com locação ou aquisição de bens móveis, bens imóveis e aquisição de serviços que me são conferidas nos termos conjugados das disposições aplicáveis do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos, alterado por diplomas posteriores, e do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, até aos montantes previsto na alínea c) dos n.ºs 1 e 3 do artigo 17.º deste último diploma, bem como a competência para a decisão de contratar, de escolha do respetivo procedimento e de aprovação da minuta do contrato previstas nos artigos 36.º, 38.º e 98.º do Código dos Contratos Públicos.*”

⁽⁶²⁾ Despacho (n.º 1666/2012) pub. no DR, 2.ª S., n.º 25, de 03.02.2012.



Artigo 1248.º

Noção

1. Transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.
2. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido.

Artigo 1249.º

Matérias insuscetíveis de transação

As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos.

5.2 - A transação é assim “o contrato administrativo pelo qual a administração e outra parte (normalmente um particular, mas eventualmente uma outra pessoa coletiva administrativa) regulam os termos de resolução de um litígio efetivo ou potencial, tipicamente mediante concessões recíprocas”⁽⁶³⁾, sendo a sua celebração, pela Administração, genericamente aceitável⁽⁶⁴⁾ ao abrigo da autonomia contratual pública de que dispõe nos termos e com os limites fixados no art.º 278.º do CCP. No caso vertente, trata-se de uma transação extrajudicial ou preventiva que, de acordo com a definição legal transcrita, terá de ter por fim prevenir (de modo contratual) a verificação duma situação controvertida (“litígio”) e por objeto concessões recíprocas das partes, suscetíveis de gerar quer a constituição de obrigações, quer a modificação ou extinção de obrigações preexistentes.

5.3 - Da Inf. da SG do MEC n.º 1360/2012/DSMCC, de 26.12.2012 e do acordo sub judice, citados, respetivamente, em 3.18 e 3.20, extrai-se que a relação jurídica material subjacente à transação radica nos serviços prestados pela *Gertal* entre 10.04.2012⁽⁶⁵⁾ e 06.07.2012 em benefício da DRELVT, geradora de um enriquecimento sem causa justificativa no património desta e de um empobrecimento na esfera patrimonial daquele, computado em € 3.590.318,24 (com IVA). A fonte da obrigação da atribuição desta compensação financeira alicerçou-se, assim, no instituto do enriquecimento sem causa, previsto no art.º 473.º e seguintes do CC, salientando-se o positivado naquele art.º 473.º e nos art.ºs 474.º e 479.º, n.º 1, seguidamente reproduzidos:

Artigo 473.º

Princípio geral

1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.
2. A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objeto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou.

⁽⁶³⁾ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos in *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, págs. 303 e 304.

⁽⁶⁴⁾ No sentido da admissibilidade, pela doutrina, de transações administrativas vide, entre outros, João Taborda da Gama em artigo (denominado “Contrato de Transação no Direito Administrativo e Fiscal”) pub. nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina (2003), em especial págs. 658 e 659, e Mark Bobela-Mota Kirkby in *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra Editora, 2011, págs. 328 e 329. Em sentido favorável à admissibilidade de tais transações, vide ainda o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 12/2003, de 07.06.2003, pub. no DR, 2.ª S., n.º 164, de 18.07.2003.

⁽⁶⁵⁾ Anote-se que o facto do início dos serviços objeto da compensação estipulada no acordo de transação se reportar a “10.04.2012” — e não a “01.04.2012”, como seria expectável face à cessação, em 31.03.2012, dos efeitos do contrato “renovado” nos termos aludidos em 3.6 — prende-se, provavelmente, com a interrupção letiva prevista no anexo II do Desp. n.º 9788/2011, de 28.06 (que aprovou o calendário escolar para o ano letivo 2011/2012) para o período compreendido entre 26.03.2012 e 09.04.2012.



Artigo 474.º

Natureza subsidiária da obrigação

Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento.

Artigo 479.º

Objeto da obrigação de restituir

1. A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quando se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.
2. (...)

5.4 - Todavia, face à factualidade apurada, observa-se que a fonte da obrigação de restituição filia-se, na sua génese, num negócio (informal) formado por declarações negociais tácitas, reveladas pelos comportamentos concludentes⁽⁶⁶⁾ das partes — correspondentes à prestação dos serviços em causa pela *Gertal* e sua aceitação, pela DRELVT —, no período decorrido entre 10.04.2012 e 06.07.2012 (60 dias úteis), como indiciado pelo facto de ambas:

- a) Estarem informadas de que a eficácia do contrato n.º 8/2012 (referido em 3.5) se encontrava condicionada pela prévia obtenção do visto do TdC, como o demonstram os fundamentos subjacentes ao ajuste direto que precedeu a celebração do contrato n.º 1/2012 (indicado em 3.2), resumidos em 3.1, e à renovação deste, sumariados em 3.6⁽⁶⁷⁾;
- b) Encontrarem-se cientes de que o contrato n.º 1/2012 (sinalizado em 3.2), renovado nos termos sintetizados em 3.6, cessara os seus efeitos em 31.03.2012, como evidenciado pela solicitação, formulada pela DRELVT em 30.03.2012, de nova renovação do mesmo (vide 3.9), retomada pela SG do MEC em 18.07.2012 (vide 3.15);
- c) Tomarem conhecimento (em 23.05.2012) da ineficácia superveniente do contrato n.º 8/2012 (indicado em 3.5), determinada pela prolação do Ac. da 1.ª Secção n.º 15/2012, de 22.05, como comprovado pelo teor das notificações identificadas em 3.13.

5.5 - Na verdade, os factos apurados indiciam que, não obstante o contrato indicado em 3.2 cessar os seus efeitos em 31.03.2012, a *Gertal* continuou, com a anuência da DRELVT — como evidenciado pelo teor da sua Inf. n.º 20/DSGM/DAPO/2012 (de 24.10.2012), descrita em 3.17 — a fornecer os serviços em questão na expectativa de estes virem a ser remunerados ao abrigo do contrato celebrado em 29.02.2012 (indicado em 3.5), mas a recusa do visto a este (em 22.05.2012, cf. exposto em 3.12) frustraria tal intento. Em 18.07.2012 — já o ano

⁽⁶⁶⁾ O “comportamento concludente” é delimitado por Paulo Mota Pinto “*como restrito às condutas das quais se pode inferir uma declaração negocial em atenção às circunstâncias e restrito, portanto, às declarações «tácitas»* [alusão às declarações referidas na 2.ª parte do n.º 1 do art.º 217.º do CC]. *Abrange-se apenas o comportamento no qual não se emprega a linguagem como meio de manifestação da vontade, e as «regras de concludência» aqui em questão são aquelas que permitem a ilação de existência de um significado*”, cf. autor citado in *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina (1995), pág. 750.

⁽⁶⁷⁾ No tocante à aludida “renovação” (descrita em 3.6), não pode deixar de se reprovar o facto de a SG do MEC — serviço que, através de email de 24.02.2012, a terá solicitado, como se declara no Of. da ANCP n.º S.DCP.000.021.574, de 27.02.2012 (sob o qual recaiu o Desp. n.º 261/12-SETF) — invocar como fundamento daquela (renovação) a circunstância do contrato indicado em 3.5 ainda não ter obtido o visto do TdC como se, em 24.02.2012, o sobredito contrato já tivesse sido celebrado e remetido a este Tribunal, o que não é exato, como evidenciado pelos factos assinalados em 3.5 e 3.7. Refira-se, aliás, que censura idêntica é extensível à fundamentação do “Pedido de exceção” requerido pela mesma SG em 18.07.2012 (exposto em 3.15) uma vez que, nesta data (18.07.2012), aquele serviço já teria tido conhecimento da decisão de recusa de visto ao contrato citado em 3.5 atenta a data (22.05.2012) em que aquela decisão foi comunicada à DRELVT, cf. se deu conta em 3.13.



Tribunal de Contas

letivo de 2011/2012 findara (em 06.07.2012) bem como o aludido fornecimento — a SG do MEC procurou, então, obter nova autorização para renovar o contrato mencionado em 3.2 (cf. referido em 3.15) mas esta (autorização) viria a ser rejeitada por extemporaneidade do pedido apresentado para o efeito (vide n.º 3.16).

5.6 – O sinalizado em 5.4 e 5.5 expõe a impossibilidade⁽⁶⁸⁾ de se conciliarem tais comportamentos (prestação dos serviços pela *Gertal* e sua aceitação pela DRELVT), manifestados pelas partes naquele período, com um hipotético desconhecimento de inexistência de qualquer vínculo contratual ou com a “ausência de causa justificativa” exigida no art.º 473.º, n.º 1, do CC.

5.7 – Consequentemente, conclui-se que os comportamentos sub judice só são justificáveis ou plausíveis à luz duma aparente relação jurídica, de natureza contratual, tacitamente constituída entre as partes pelas condutas antes citadas, alegadamente ditadas pelo interesse público em manter, sem interrupções, o fornecimento de refeições até ao final do ano letivo de 2011/2012. O afirmado é reforçado pelo seguinte:

- i) O reconhecimento, pela DRELVT, da instituição de uma “relação contratual de facto”⁽⁶⁹⁾ no hiato temporal transcorrido entre 10.04.2012 e 06.07.2012, cf. se extrai do teor da sua Inf. n.º 20/DSGM/DAPO/2012 (de 24.10.2012), indicada em 3.17;
- ii) O texto do acordo extrajudicial (resumido em 3.20) não espelha a existência de qualquer situação controvertida entre as partes (dum litígio, como exigido no art.º 1248.º, n.º 1, do CC) quer quanto à relação jurídica material (prestação de certos serviços por uma das partes), quer ao direito de crédito (e seu *quantum*) reconhecido à *Gertal*. Anote-se ainda que nem este (acordo) nem os documentos preparatórios que precederam a sua assinatura (vide n.ºs 3.18 e 3.19) especificam quantitativa e qualitativamente as pretensões reclamadas por cada uma das partes e respetivas concessões recíprocas⁽⁷⁰⁾, como exigido no art.º 1248.º, n.º 1, do CC.

5.8 - Sustentar-se entendimento diverso — isolando o “enriquecimento” verificado do contexto que o rodeou — não só não é juridicamente viável⁽⁷¹⁾, como levaria a concluir, eventualmente, por situações de fraude à lei⁽⁷²⁾, operacionalizadas pela celebração de transações

⁽⁶⁸⁾ Impossibilidade resultante da artificialidade necessariamente implicada num entendimento oposto ao desenvolvido no texto supra.

⁽⁶⁹⁾ Relação inquinada de nulidade consequente da recusa da autorização (aludida em 3.16) para renovar o contrato indicado em 3.2 nos termos previstos no art.º 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007, de 19.02, cf. se infere do teor da Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012.

⁽⁷⁰⁾ Saliente-se que, quanto ao requisito das “recíprocas concessões” exigido no art.º 1248.º, n.º 1, do CC, a DGEstE informou, no p. 2 do seu Of. n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013, que aquelas se traduziram, por parte da *Gertal*, em “receber o valor em dívida sem adicionais de qualquer tipo” e, por parte do Estado, em reconhecer a existência daquela (dívida) e proceder ao seu pagamento. Em relação a este último, não se divisa como é que o reconhecimento da existência de um direito de crédito de outrem (*in casu*, a *Gertal*) consubstancia uma “concessão” que, por definição, corresponderá a algo menos do que o inicialmente requerido pela parte à luz da sua leitura (ou interpretação) da situação jurídica controvertida. Atendendo ainda à indeterminação (ou indefinição) dos “adicionais” de que a *Gertal* terá, alegadamente, abdicado, relativamente ao reclamado no início, não pode deixar de observar-se que a transação em causa mais se aproxima da figura da confissão (prevista no art.º 352.º, do CC) na medida em que, aparentemente, apenas uma das pretensões foi considerada na resolução da situação controvertida.

⁽⁷¹⁾ Por impor a desconsideração dos factos subjacentes à relação jurídica instituída entre as partes.

⁽⁷²⁾ Mais precisamente, de negócio em fraude à lei, definido por Manuel de Andrade como “aqueles [negócios] que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu (...)”, cf. autor citado in *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, (continua na pág. seguinte)



administrativas, prática denunciada por Mark Bobela-Mota Kirby ao sinalizar que “a celebração de acordos compositivos de transação (...) só será de admitir em situações em que, efetivamente, existam dúvidas fundadas sobre a solução jurídica correta, **não podendo, nesse sentido, servir de amparo à preguiça ou incompetência administrativas, ou de fachada a verdadeiras liberalidades não autorizadas ou consentidas aos particulares, nem, por outro lado, fundar qualquer atentado contra lei expressa com base no consenso do particular**”⁽⁷³⁾, como será o caso de acordos que protagonizem um mero instrumento a que as entidades adjudicantes recorrem para se furtarem ilicitamente das regras da concorrência, bem como das relativas à realização e autorização das despesas e assunção de compromissos.

5.9 – Assente o entendimento de que o “enriquecimento” inerente ao acordo de transação aludido em 3.20 emerge dum contrato informal erigido entre as partes nos termos e pelos fundamentos anteriormente explanados, conclui-se, relativamente ao citado contrato, que:

- a) A sua formação não foi antecedida do procedimento adjudicatório indicado em 4.3, a desenvolver no âmbito da contratação centralizada gerida pela ANCP, como exigido pelas disposições legais referidas em 4.2, ofendendo ainda o postulado pelos princípios da legalidade, igualdade e concorrência⁽⁷⁴⁾, vertidos nos art.^{os} 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA e 1.º, n.º 4, do CCP;
- b) A despesa subjacente aos serviços objeto do sobredito contrato informal, no montante de € 3.590.318,24 (com IVA), careceu de autorização, em discordância com as normas indicadas em 4.5, contrariando ainda os valores tutelados pelos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público consagrados nos art.^{os} 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e 3.º, n.º 1, e 4.º, do CPA;
- c) Não foi reduzido a escrito, em violação da norma regulamentar especificada em 4.4.

5.10 – A assinalada desformalização da relação contratual estabelecida entre as partes implicou, ainda, o seguinte:

- a) A não realização do registo contabilístico dos respetivos encargos prováveis na correspondente dotação orçamental (cabimento prévio), como exigido nos art.^{os} 13.º do RAFE e 10.º do DLEOE 2012;
- b) O não registo do subsequente compromisso ou encargos assumidos, cf. imposto pelas regras legais citadas em 4.7 — identificado através da prévia atribuição de um número (de

1974, Vol. II (pág. 337). No mesmo sentido, vide Fernando Augusto Cunha de Sá, in *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, págs. 532 e 533 (“*Fundamentalmente, pode dizer-se que estamos perante fraude à lei quando alguém procura subtrair-se à aplicação de certo preceito imperativo, mas ao mesmo tempo realizar o interesse que por ele é proibido prosseguir, através do recurso inusitado a outros tipos legais*”) e Pedro Pais Vasconcelos, que define a fraude à lei como a colisão indireta do conteúdo contratual com a lei injuntiva (“*através da adoção de comportamentos humanos que, não colidindo formalmente com a lei e não sendo, portanto, diretamente ilegais, permitem ao seu autor obter o resultado indesejado pela lei ou evitar o resultado por ele almejado*”), cf. expresso por aquele autor na obra *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2005, pág. 430. A lei “defraudada” corresponderia, *in casu*, às normas que estabelecem a disciplina aplicável à contratação pública, constantes na parte II do CCP e à realização e autorização de despesas e assunção de compromissos.

⁽⁷³⁾ Cf. autor citado in *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra Editora, pág. 329.

⁽⁷⁴⁾ Concorrência entre os cocontratantes do acordo quadro AQ15-RC (indicado em 3.3) considerando que, para a celebração de contratos ao seu abrigo, as entidades adjudicantes devem convidar a apresentar proposta todos aqueles que reúnam as condições necessárias para a execução das prestações objeto de tais contratos, cf. art.º 259.º, n.º 1, do CCP. No mesmo sentido, vide Ac. da 1.ª Secção (1.ª instância) do TdC n.º 26/2010, de 13.07, proferido no proc. de visto n.º 585/2010.



Tribunal de Contas

compromisso) válido e sequencial, cf. art.^{os} 4.º, n.º 3, al. c) e 84.º, n.º 3, do DLEOE 2012;
c) A não verificação, antes da assunção do compromisso, da existência de fundos disponíveis bastantes para o satisfazer, cf. exigido pelas normas indicadas na parte final do n.º 4.8.

5.11 - Por último, observa-se que o acordo de transação referido em 3.20 enferma de invalidade nos termos do art.º 284.º, n.º 1, do CCP, considerando que a “compensação” dos serviços prestados ao abrigo do contrato informal — também ele inválido nos termos dos art.^{os} 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04), 8.º, n.º 2, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07 e 283.º, n.º 1, e 284.º, n.º 2, do CCP [estes últimos em razão das ilegalidades explicitadas nas alíneas a) e c) do n.º 5.9] — deveria pautar-se pelo regime da invalidade dos negócios jurídicos, fixado no art.º 289.º, n.º 1, do CC⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾, em detrimento do regime do enriquecimento sem causa ante a subsidiariedade da sua aplicação, cf. resulta do disposto art.º 474.º, do CC. E, ainda que assim não se entendesse — o que só em tese se concede — o acordo em questão seria inválido nos termos previstos no art.º 280.º, n.º 1, do CC por colidir com o disposto no art.º 1249.º do mesmo código, atrás reproduzido.

6 – INFRAÇÕES FINANCEIRAS VERIFICADAS

Na exposição efetuada no número 5 do relatório foram evidenciadas situações violadoras de normas legais e regulamentares e, como tal, suscetíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória nos termos previstos no art.º 65.º da LOPTC, resultante dos ilícitos infra identificados.

6.1 - A preterição, por omissão, do procedimento adjudicatório regulado no art.º 259.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, na formação do contrato informal ajustado entre as partes nos termos circunstanciados em 5 e sua posterior não redução a escrito, como o impunham os art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04), 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07, e 19.º, n.º 1, do CE incluso no acordo quadro AQ15-RC (referido em 3.3), em consonância com os princípios indicados na alínea a) do n.º 5.9 do relatório, integra o ilícito financeiro descrito no art.º 65.º, n.º 1, al. l)⁽⁷⁷⁾, da LOPTC.

6.2 - A falta (por omissão) de autorização da despesa inerente ao contrato informal aludido em 5, exigida pelo preceituado nos art.^{os} 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO, em sintonia com os princípios indicados na alínea b) do n.º 5.9 do relatório, configura a infração financeira tipificada no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC.

⁽⁷⁵⁾ O n.º 1 do art.º 289.º do CC estatui que “*Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente*”. Sobre a determinação do regime aplicável (enriquecimento sem causa versus regime da invalidade do negócio jurídico) nos casos de invalidade de contratos administrativos vide, entre outros, o Ac. do STA, de 18.02.2010, proferido no proc. n.º 0379/07 (disponível para consulta em www.dgsi.pt), incidente sobre a oposição de dois arestos daquele tribunal que versaram sobre os efeitos da nulidade de contratos de empreitada de obras públicas não reduzidos a escrito.

⁽⁷⁶⁾ Em sentido concordante com a aplicação do regime fixado no art.º 289.º, n.º 1, do CC, vide o teor da Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012, parcialmente reproduzida em 3.17.

⁽⁷⁷⁾ O ilícito financeiro especificado no art.º 65.º, n.º 1, al. l), da LOPTC, foi introduzido pelo art.º 1.º da Lei n.º 61/2011, de 07.12 que, por força do seu art.º 3.º, se aplica aos atos e contratos celebrados a partir de 17.12.2011.



6.3 – A ausência de registo dos encargos prováveis (cabimento prévio) da aquisição dos serviços contratados nos termos evidenciados em 5, exigido pelo disposto nos art.^{os} 13.º do RAFE e 10.º do DLEOE 2012, consubstancia o ilícito financeiro enunciado no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC.

6.4 – A não escrituração do compromisso ou encargos assumidos com os serviços objeto do contrato informal explicitado em 5, imposta pelo positivado nos art.^{os} 10.º, n.º 1, al. c) e 11.º, n.º 1, do RAFE, 4.º, n.º 4 e 84.º, n.º 2, do DLEOE 2012, integra a infração financeira descrita no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC.

6.5 - Nos termos do disposto nos art.^{os} 61.º, n.^{os} 1 e 2, e 62.º da LOPTC, e atenta a remissão do n.º 2 do citado art.º 61.º para o estatuído no art.º 36.º, n.º 1, do Decreto n.º 22257⁽⁷⁸⁾, de 25.02.1933, as infrações financeiras indicadas em 6.1 e 6.2 são imputáveis ao(s) órgão(s) ou agente(s) que, detendo competência (própria ou delegada) para decidir contratar, escolher o procedimento pré-contratual a adotar, praticar o ato final (adjudicação) neste último e autorizar a realização da consequente despesa, não a(s) exerceu e, nos termos previstos nos art.^{os} 61.º, n.º 3 e 62.º, da LOPTC, ao(s) órgão(s) ou agente(s) que, apesar de legalmente vinculado(s) a propor superiormente a prática de atos de gestão do serviço (como os apontados), não o tenham efetuado.

6.6 – De acordo com o prescrito nos art.^{os} 61.º e 62.º da LOPTC, as infrações indicadas em 6.3 e 6.4 são imputáveis ao(s) órgão(s) e agente(s) que, apesar de legalmente vinculado(s) a salvaguardar a gestão orçamental e financeira do(s) respetivo(s) serviço(s), não a tenha(m) acautelado.

7 – IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

A imputação da responsabilidade financeira sancionatória pelas situações indicadas em 6 que de seguida se enuncia observou as regras constantes nos art.^{os} 61.º e 62.º da LOPTC, aplicáveis por força da remissão operada pelo seu art.º 67.º, n.º 3. Saliente-se que a responsabilização financeira do(s) agente(s) indiciados é condicionada pela existência e grau de culpa revelado pela(s) sua(s) conduta(s), cf. art.^{os} 61.º, n.º 5, e 67.º, n.º 2, da LOPTC.

7.1 - A responsabilidade financeira decorrente da infração indicada em 6.1 é, nos termos enunciados em 6.5, e atenta a subdelegação de competência efetuada pelo SEEAE, através

⁽⁷⁸⁾ Saliente-se que a Secção Regional da Madeira do TdC, no seu Desp. n.º 5584/2013, de 19.03 (pub. no DR, 2.ª S., n.º 82, de 29.04.2013), proferido no proc. n.º 13/11 - Aud/FS (referente à *Auditoria aos encargos assumidos e não pagos pelos Serviços e Fundos Autónomos – 2010*), entende que o art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25.02.1933, foi tacitamente revogado pela Lei n.º 34/87, de 31.08, sustentando adicionalmente que a vigência daquele preceito legal sempre “*teria claudicado pela sua desconformidade com o estruturante princípio da responsabilidade dos titulares de cargos políticos e com a nova ordem constitucional democrática, decorrente, entre outros, dos artigos 117.º e 290.º, da CRP*”. Consequentemente, conclui que “*a remissão do artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC, para o aludido artigo 36.º de tal Decreto do Estado Novo, sendo de natureza dinâmica, encontra-se hoje sem conteúdo, pelo menos, no que à responsabilidade sancionatória diz respeito e, por isso, sem aplicabilidade. Com efeito, as incriminações, as penas e as imunidades ou especialidades, relativamente a titulares de cargos políticos, foram globalmente reguladas pela referida Lei n.º 34/87 e aí se encontram hoje exclusivamente previstas, de modo integrado e completo*”.



Tribunal de Contas

do seu Desp. n.º 1666/2012, de 26.01.2012⁽⁷⁹⁾, no diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, *José Alberto Moreira Duarte*, para “aprovar as peças concursais, designar o júri do concurso, proferir o ato de adjudicação, aprovar a minuta do contrato a celebrar e representar a entidade adjudicante na respetiva assinatura” (n.º 2 do citado Desp. n.º 1666/2012) no âmbito do AQ de refeições confeccionadas celebrado pela ANCP (atual ESPAP, I.P.), imputável àquele dirigente que, por omissão, não promoveu um procedimento adjudicatório nos termos previstos no art.º 259.º, n.ºs 1 e 3, do CCP para a formação do contrato informal instituído entre as partes nos moldes evidenciados em 5, nem a sua ulterior redução a escrito, como o impunham os art.ºs 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04), 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07 e 19.º, n.º 1, do CE incluso no acordo quadro AQ15-RC (aludido em 3.3) e os princípios da legalidade, igualdade e concorrência, constantes dos art.ºs 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA e 1.º, n.º 4, do CCP.

7.2 - A responsabilidade financeira consequente do ilícito indicado em 6.2 é, nos termos referidos em 6.5 e considerando, cumulativamente, o limite (€ 99.760,00, sem IVA) à competência para autorizar a realização de despesas com locação e aquisição de bens e serviços estabelecido no art.º 17.º, n.º 1, al. a), do DL n.º 197/99, de 08.06 [mantido em vigor pelo art.º 14.º, n.º 1, al. f), do DL n.º 18/2008, de 29.01] e o disposto no art.º 7.º, n.º 1, al. e), do EPD⁽⁸⁰⁾, imputável ao diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo⁽⁸¹⁾, *José Alberto Moreira Duarte*, atendendo a que não desenvolveu, tempestivamente, diligências suficientes por forma a obstar à inexistência de prévia autorização para a realização da despesa (no valor de € 3.590.318,24, com IVA) resultante do contrato informal explicitado em 5, em oposição ao preceituado nos art.ºs 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO e em dissonância com os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, consagrados nos art.ºs 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e 3.º, n.º 1, e 4.º, do CPA.

7.3 - A responsabilidade financeira resultante das infrações assinaladas em 6.3 e 6.4 é, nos termos mencionados em 6.6 e ante o disposto no art.º 7.º, n.ºs 1, al. d) e 3, al. b), do EPD⁽⁸²⁾, imputável ao diretor regional anteriormente referido, *José Alberto Moreira Duarte*, considerando que não promoveu diligências tendentes a obstar à verificação das ilegalidades integradoras das referidas infrações.

⁽⁷⁹⁾ A exposição resumida do teor do Desp. n.º 1666/2012, citado no texto supra, consta do n.º 4.11 do relatório, para cuja consulta se remete.

⁽⁸⁰⁾ O art.º 7.º, n.º 1, al. e), do EPD determina que compete aos titulares dos cargos de direção superior de 1.º grau, entre outras, “Propor ao membro do Governo competente a prática dos atos de gestão do serviço ou órgão para os quais não tenha competência própria ou delegada (...)”.

⁽⁸¹⁾ Saliente-se ainda que, de acordo com o teor do art.º 4.º, al. b), do Dec. Reg. n.º 31/2007, de 29.03, competia aos diretores regionais, entre outras, “Estabelecer ligações com os serviços centrais do ME e outras entidades”.

⁽⁸²⁾ O art.º 7.º, n.º 1, al. d), do EPD estatui que “Compete aos titulares dos cargos de direção superior de 1.º grau, no âmbito da gestão geral do respetivo serviço ou órgão.” (n.º 1) “Praticar todos os atos necessários ao normal funcionamento dos serviços e órgãos no âmbito da gestão dos recursos humanos, **financeiros**, materiais e patrimoniais, **designadamente** os mencionados no anexo i, que é parte integrante da presente lei, tendo em conta os limites previstos nos respetivos regimes legais, desde que tal competência não se encontre expressamente cometida a outra entidade e sem prejuízo dos poderes de direção, superintendência ou tutela do membro do Governo respetivo” [al. d)]. O n.º 3 da mesma disposição legal determina que “No âmbito da gestão orçamental e realização de despesas, compete aos titulares dos cargos de direção superior de 1.º grau, **designadamente**” (n.º 3), “Executar o orçamento de acordo com uma rigorosa gestão dos recursos disponíveis, adotando as medidas necessárias à correção de eventuais desvios ou propondo as que ultrapassem a sua competência” [al. b)].



8 – APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES APRESENTADAS

Os comentários que se seguem versam sobre os esclarecimentos prestados pela entidade auditada em sede de fiscalização prévia e concomitante e, subsequentemente, sobre as alegações apresentadas pelos notificados do RA no âmbito do contraditório realizado nos termos sintetizados em 1.6 e 1.7, identificados no referido número 1.6.

8.1- COMENTÁRIOS AO ADUZIDO PELA DGEstE NA FASE INSTRUTÓRIA DA AÇÃO

8.1.1 - Em sede de fiscalização prévia e, posteriormente, concomitante, a DGEstE foi convidada a elucidar a conformidade legal da relação jurídica material subjacente ao acordo de transação indicado em 3.20, tendo aquela oferecido os esclarecimentos que a seguir se transcrevem ou sintetizam (consoante os casos):

- i) *“Tendo em conta a natureza dos serviços prestados, «fornecimento de refeições às crianças da educação pré-escolar e aos alunos dos vários níveis de ensino básico e do ensino secundário» e a absoluta impossibilidade da sua suspensão, ao estar em causa o fornecimento de uma refeição diária, num elevado número de escolas (226) e para um número de alunos extremamente elevado (53.125), na sua maioria carenciados e em que a referida refeição constitui, na maioria dos casos, a única refeição quente que ingerem, não foi possível à Administração proceder de forma diferente da exposta na informação n.º INF/1360/2012/DSMCC, anexa”, cf. p. 1 do Of. da DGEstE n.º 4380, de 04.04.2013⁽⁸³⁾;*
- ii) Depois de referir que a Inf. da SG do MEC n.º 1360/2012/DSMCC, de 26.12.2012 (resumida em 3.18) foi produzida (a título de parecer) por solicitação do SEEA após recusa da SETF em autorizar a aquisição dos serviços em questão fora do acordo quadro AQ15-RC (cf. indicado em 3.16), a DGEstE salienta⁽⁸⁴⁾, como motivos justificadores da relação informal instituída com a Gertal, os expressos na Inf. daquela SG, que a seguir se reproduzem (parcialmente):

“Na verdade, a suspensão do serviço de refeições às crianças da educação pré-escolar e aos alunos dos vários níveis de ensino básico e do ensino secundário das escolas da área geográfica da DRELVT, a meio do ano letivo, acarretava prejuízos irreparáveis para o interesse público, estando em causa uma refeição diária num elevado número de escolas (226) e para um número de alunos extremamente elevado (...). Considerando que a Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., deu continuidade à prestação de serviços em causa, na expectativa, de obter o respetivo pagamento, a celebração de um acordo de transação acautelar, por um lado, os princípios da boa-fé e da tutela da confiança que, entre outros, orientam a atividade administrativa, por outro lado, balanceando os interesses em causa e os custos que a Administração acarretará com uma ação judicial, conseguir-se-á salvaguardar o erário e o interesse públicos que o Ministério da Educação e Ciência assume”.

⁽⁸³⁾ Esclarecimentos prestados em resposta ao questionado no p. 1 do documento apenso ao Of. da DGTC n.º DECOP/UAT.2/484/2013, de 04.02.2013 (incluso no proc. de visto n.º 85/2013).

⁽⁸⁴⁾ Menção ao declarado no p. 5 do Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013, prestado em cumprimento do demandado no p. 5 do Of. da DGTC n.º 13578, de 10.09.2013.



Tribunal de Contas

8.1.2 - Princípie-se por observar que só num plano extra jurídico se concebe (ou admite) a menção, no texto antes transcrito, a uma “suspensão” dos serviços uma vez que, no período em que estes foram prestados (de 10.04.2012 a 06.07.2012) inexistiam quaisquer relações contratuais válidas e eficazes⁽⁸⁵⁾ entre a DRELVT e a Gertal.

8.1.3 – No que concerne à expectativa da Gertal em obter a remuneração dos serviços prestados após a cessação dos efeitos (em 31.03.2012) do contrato indicado em 3.2 (“renovado” nos moldes referenciados em 3.6), e a despeito da DGEstE não elucidar a fonte (ou fundamento) de tal expectativa, presume-se⁽⁸⁶⁾ que se reporta ao contrato sinalizado em 3.5, objeto de ulterior recusa do visto.

8.1.4 – De acordo com o disposto no art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC, os contratos sujeitos a fiscalização prévia podem produzir todos os seus efeitos antes do visto (ou da declaração de conformidade), exceto os financeiros. Nesta situação, os contratos ficam adstritos a uma condição legal resolutiva — a eventual recusa do visto — cuja verificação determina a cessação dos seus efeitos materiais após a data da notificação da respetiva decisão (de recusa) às entidades interessadas, podendo estas pagar os serviços realizados até à data daquela notificação⁽⁸⁷⁾, cf. n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito legal.

8.1.5 – Contudo, o aludido art.º 45.º foi alterado pela Lei n.º 61/2011, de 07.12⁽⁸⁸⁾, aditando-lhe (além de outro) um n.º 4, que estabeleceu um regime diferenciado para os contratos de valor superior a € 950.000,00, os quais ficam inibidos de produzir quaisquer efeitos antes do visto (ou da declaração de conformidade). Por esta via, o legislador instituiu uma condição legal suspensiva — a concessão do visto — cuja verificação condiciona a produção de todos os efeitos emergentes do contratos que se reconduzam àquele inciso legal⁽⁸⁹⁾.

8.1.6 – O regime abreviadamente exposto, e de que ambas as partes tinham conhecimento [cf. assinalado em 5.4, alínea a) do relatório], reduz, necessariamente, a amplitude das expectativas dos contraentes privados da Administração cujos contratos se encontrem sujeitos à mencionada fiscalização prévia — que, no caso de contratos cujo valor exceda os € 950.000,00, é ainda menor.

8.1.7 – Por conseguinte, conclui-se que a perspetivada remuneração dos serviços prestados pela Gertal após 31.03.2012 carece de fundamento legal considerando, cumulativamente, o regime dos efeitos do visto positivado no citado art.º 45.º, n.º 4 e a ausência de efeitos do

⁽⁸⁵⁾ Assim, a validade da contratação informal (evidenciada em 5) dos serviços realizada à margem do acordo quadro AQ15-RC foi afetada pela nulidade fixada nos art.ºs 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04) e 8.º, n.º 2, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07, devido à não obtenção de prévia autorização para o efeito nos termos apontados em 3.16. A eficácia do contrato indicado em 3.5 ficou comprometida por força das disposições conjugadas dos n.ºs 2 e 4, do art.º 45.º, da LOPTC.

⁽⁸⁶⁾ Presunção que a entidade auditada não afastou no contraditório realizado, cf. se alcança do teor do articulado (de 4 fls.) subscrito pelo Diretor-Geral dos Estabelecimentos Escolares do MEC e ex diretor regional de educação de Lisboa e Vale do Tejo, adiante analisado.

⁽⁸⁷⁾ E “desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período”, como o impõe o citado art.º 45.º, n.º 3, da LOPTC.

⁽⁸⁸⁾ Lei que iniciou a sua vigência em 17.12.2011, cf. seu art.º 3.º.

⁽⁸⁹⁾ Dito de outro modo, os contratos que se subsumam no citado art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC, são ineficazes enquanto não forem visados e assim permanecem se o visto lhes for recusado.



contrato indicado em 3.5, alegada pela DRELVT (vide n.º 3.10) no âmbito do proc. de visto n.º 401/2012.

8.1.8 – No que respeita ao invocado interesse público no fornecimento de refeições após a referida data de 31.03.2012, importa observar o seguinte: o princípio da prossecução do interesse público constitui, inequivocamente, um princípio que deve presidir a toda a atividade administrativa, encontrando-se consagrado nas leis constitucionais (art.º 266.º, n.º 1, da CRP) e ordinária (art.º 4.º do CPA), que definem as múltiplas finalidades ou interesses públicos que devem ser realizados e as entidades administrativas competentes para o efeito. E, em relação ao fornecimento de refeições escolares, a lei⁽⁹⁰⁾ cometeu às DRE a concretização de algumas atribuições naquele domínio.

8.1.9 – No entanto, a prossecução dos numerosos interesses públicos é balizada por critérios e limites fixados por lei, aos quais a Administração se deve ater em obediência ao princípio da legalidade, igualmente plasmado nas leis antes citadas (cf. art.ºs 266.º, n.º 2, da CRP e 3.º, n.º 1, do CPA). Como afirmado pelo Plenário da 1.ª S. do TdC no seu Ac. n.º 34/2005, de 21.12 (RO n.º 30/2005), “(...) não é menos certo que o Município, como a Administração em geral, em nenhum aspeto da sua relevantíssima atividade pode contrariar o princípio da legalidade. Isto é, a Administração não pode, mesmo invocando o «interesse público» (a que, de resto, está sempre subordinada – art.º 4.º do Código de Procedimento Administrativo e 266.º n.º 1 da Constituição), «dispensar» a subordinação ao princípio da legalidade (art.º 3.º do mesmo Código e 266.º n.º 2 da Constituição)”.

8.1.10 – Dito isto, resta salientar que a inexistência de enquadramento contratual conforme à lei verificado na concretização do alegado interesse público em assegurar o fornecimento de refeições escolares é imputável a atuações da DRELVT, como se conclui dos fundamentos da decisão de recusa de visto ao contrato n.º 8/2012, expostos em 3.12, e dos inerentes à rejeição do pedido de exceção referido em 3.15⁽⁹¹⁾, resumidos em 3.16.

8.2 – COMENTÁRIOS ÀS ALEGAÇÕES OFERECIDAS PELO EX DIRETOR REGIONAL DE EDUCAÇÃO DE LISBOA E VALE DO TEJO

8.2.1 - Na pronúncia⁽⁹²⁾ apresentada no contraditório realizado, o responsável reitera o quadro factual exposto no n.º 3 do RA (n.ºs 3 a 12 do articulado) informando, complementarmente, que o acordo de transação descrito em 3.20 não produziu quaisquer efeitos⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ Vide, por ex., o DL n.º 55/2009, de 02.03 (que aprovou o regime jurídico aplicável à atribuição e ao funcionamento dos apoios no âmbito da ação social escolar), em particular, os art.ºs 18.º e segs.

⁽⁹¹⁾ Anote-se ainda que o pedido de exceção referido em 3.9 — que não teve qualquer seguimento — foi efetuado na véspera da cessação dos efeitos (em 31.03.2012) do contrato descrito em 3.2, “renovado” nos termos enunciados em 3.6, o que evidencia deficiências da DRELVT ao nível da oportunidade/tempestividade no desenvolvimento da sua atividade contratual.

⁽⁹²⁾ Pronúncia formulada num articulado de 4 fls., assinado pelo ex diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, atual diretor-geral dos Estabelecimentos Escolares, José Alberto Moreira Duarte, com o registo de entrada na DGTC n.º 11119, de 20.06.2014, constando um exemplar do anexo II deste documento.

⁽⁹³⁾ Cf. expresso no n.º 19 do articulado onde, certamente por lapso, se declara que o acordo referido no texto supra foi objeto de “recusa de visto” ao invés da decisão (n.º 337/2013) de devolução sumariada no n.º 1.3 do relatório.



Tribunal de Contas

8.2.2 – Sem prejuízo de reconhecer “*que a renovação do pedido de exceção solicitado ao Adjunto do Gabinete do SEEA em 30-03-2012, em termos temporais, já se encontrava no prazo limite*” (n.º 18 do articulado), alega ser sua convicção que, se a tramitação do pedido de exceção efetuado em 30.03.2012 tivesse sido semelhante à dos anteriores — alusão aos pedidos de exceção autorizados pela SETF em 10.01.2012 e 07.03.2012⁽⁹⁴⁾ —, aquele teria sido igualmente autorizado (n.ºs 14, 15, 16 e 18 do articulado).

8.2.3 – O argumento resumido no número anterior, além de desacompanhado de adequada justificação (de facto ou de direito), apresenta diminuta relevância se se atentar que os pedidos de exceção referenciados não foram autorizados em momento prévio à contratação indicada em 3.2 e à da sua renovação (descrita em 3.6), como o exigem os art.ºs 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 e 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07.

8.2.4 – Ao referido acresce que qualquer pedido de autorização para desenvolver um procedimento de contratação à margem de um AQ que compreendesse os bens ou serviços pretendidos pela DRELVT carecia da intermediação de outra unidade orgânica do MEC — o CAPI⁽⁹⁵⁾, atual Direção de Serviços de Contratação Pública (DSCP), sob a direção da SG — e de uma entidade externa àquele departamento governamental — a ANCP, EPE, atual ESPAP, IP — o que, *a priori*, implicaria uma tramitação mais prolongada no tempo.

8.2.5 – Não obstante invocar o interesse público subjacente aos serviços prestados pela Gertal entre 10.04.2012 e 06.07.2012 (n.º 17 do articulado) — matéria já comentada nos n.ºs 8.1.8 e 8.1.9, que aqui se dão por transcritos — “*Lamenta hoje não ter atuado de forma diferente no que se refere à renovação do pedido de exceção junto do CAPI, o que teria evitado o incumprimento das normas tipificadas no ponto 7 do RA*” (n.º 23 do articulado).

8.2.6 – Por último, o responsável solicita, ao abrigo do disposto no art.º 65.º, n.º 8, da LOPTC, a relevação de eventual responsabilidade sancionatória decorrente das infrações financeiras que lhe foram imputadas no RA destacando, para o efeito, a ausência de dolo das condutas integradoras de tais infrações e ser a primeira vez que o TdC o censura pela sua prática (n.ºs 25 e 26 do articulado).

8.2.7 – No que respeita ao pedido indicado no número que antecede, cumpre frisar que o instituto previsto no aludido art.º 65.º, n.º 8, da LOPTC, consubstancia uma competência de exercício não vinculado ou facultativo pelas 1.ª e 2.ª Seções do TdC (como resulta do emprego do termo “*poderão*”), ainda que se encontrem preenchidos todos os pressupostos exigidos nas três alíneas do seu n.º 8. Dito isto, constata-se que inexistem, em relação ao organismo e ao referido responsável, recomendações e condenações anteriores do TdC por irregularidades análogas às indicadas no relatório, como exigido nas als. b) e c) do n.º 8 do citado art.º 65.º.

⁽⁹⁴⁾ Autorizações de que se deu conta em 3.3 e 3.6 do relatório.

⁽⁹⁵⁾ Ao CAPI, criado na SG do ME, com competência, no essencial, para organizar e gerir o sistema integrado de compras de bens e serviços destinados aos organismos do ME e às escolas (cf. teor dos Desp. n.ºs 15620/2004, de 21.07 e 18715/2008, de 01.07, pub. nos DR, 2.ª S, n.º 182, de 04.08.2004 e n.º 134, de 14.07.2008, respetivamente) sucedeu-lhe a DSCP, unidade orgânica integrada na SG do MEC, com idêntica competência, cf. se alcança do disposto no art.º 8.º da Port. n.º 150/2012, de 16.05 (pub. no DR, 1.ª S., n.º 95, de 16.05.2012), que aprovou a estrutura orgânica daquele serviço central.



8.2.8 – Todavia, a consideração de que as infrações infra assinaladas só possam ser imputadas ao responsável identificado no n.º 7 deste documento a título de negligência, como exigido no art.º 65.º, n.º 8, al. a), da LOPTC, suscita reservas ponderando o seguinte:

- i) Relativamente ao ilícito financeiro indicado em 6.1, decorrente da não adoção do procedimento adjudicatório regulado no art.º 259.º, n.ºs 1 e 3, do CCP na formação do contrato concertado entre as partes nos termos explanados em 5 e a não redução a escrito do respetivo clausulado, cumpre notar que a atividade contratual desenvolvida pelo responsável no 1.º trimestre de 2012⁽⁹⁶⁾ evidencia que este sabia que o CCP não autoriza a dispensa de todas as formalidades mesmo quando se recorre aos procedimentos adjudicatórios simplificados nele previstos, como é o caso do ajuste direto estabelecido no seu art.º 24.º, n.º 1, al. c);
- ii) No que respeita aos ilícitos financeiros indicados em 6.2, 6.3 e 6.4, resultantes da violação de normas de direito financeiro [art.ºs 10.º, n.º 1, al. c), 11.º, n.º 1, 13.º e 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO, entre outros], constata-se que aquelas não protagonizam qualquer inovação legislativa do supra citado ramo de direito público. Assim, e sem esgotar todas as normas violadas, verifica-se que o comando normativo formulado no art.º 42.º, n.º 6, da LEO retoma o estatuído no art.º 18.º, n.ºs 2 e 3 da lei de enquadramento orçamental que a precedeu, a Lei n.º 6/91, de 20.02; por seu turno, e apesar do RAFE ter sido alterado, por último, pela Lei n.º 83-C/2013, de 31.12, observa-se que os seus art.ºs 10.º, n.º 1, al. c), 11.º, n.º 1, 13.º e 22.º, n.º 1 constam da versão originária do diploma legal que o aprovou, corporizado no DL n.º 155/92, de 28.07.

8.3 – COMENTÁRIOS ÀS ALEGAÇÕES OFERECIDAS PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DO ENSINO E ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR

8.3.1 – Apresenta-se conveniente começar por referir que a imputação da infração financeira indicada no n.º 6.2⁽⁹⁷⁾ a conduta(s) omissiva(s) do SEEAE, sustentada no RA contraditado foi, no presente documento, arredada pelas razões adiante enunciadas.

8.3.2 – Em moldes sistematizados e sucintos, na pronúncia⁽⁹⁸⁾ oferecida no contraditório efetuado, o responsável:

- i) Opõe-se ao enquadramento jurídico da relação subjacente ao acordo de transação conferido no RA (n.º 5), afirmando que se verificou uma verdadeira situação de enriquecimento sem causa justificativa (n.ºs 10 a 44 do articulado);
- ii) Contesta a “recusa de visto” ao acordo de transação (n.ºs 45 a 62 do articulado);
- iii) Justifica a ausência de ilicitude na não oposição à continuação da prestação de serviços pela *Gertal* ao abrigo do instituto do estado de necessidade administrativa

⁽⁹⁶⁾ Menção ao ajuste direto sumariado em 3.1, que precedeu o contrato descrito em 3.2, objeto da renovação sinalizada em 3.6.

⁽⁹⁷⁾ Correspondente ao n.º 7.2 do RA, em que a infração financeira neste indicada foi atribuída à conduta omissiva do SEEAE nos termos especificados no n.º 8.2 do mesmo RA.

⁽⁹⁸⁾ Pronúncia materializada num articulado de 30 fls., assinado pelo SEEAE, *João Casanova de Almeida*, com registo de entrada na DGTC n.º 10281, de 09.06.2014, constando do anexo II uma cópia integral daquele documento.



Tribunal de Contas

(n.ºs 63 a 77 do articulado);

- iv) Considera que as normas remissivas contidas no art.º 65.º, n.º 1, da LOPTC não são passíveis de serem violadas por omissão (n.ºs 91 e 92 do articulado);
- v) Advoga a ausência de responsabilidade sancionatória consequente da infração financeira que, no RA, lhe foi atribuída ante a inexistência de umnexo causal entre a sua conduta e o ilícito verificado (n.ºs 78 a 90 e 93 a 95 do articulado).

8.3.3 – No tocante à questão mencionada em 8.3.2, al. i), principie-se por notar que “*No Direito administrativo, a proibição do enriquecimento sem causa não deve ser vista simplesmente como está regulado no CC, porque o «princípio da prossecução do interesse público ou do bem comum» e o «princípio de que a lei é o fundamento e o limite da atividade da Administração (legalidade)» são o núcleo deste ramo do Direito, assim se sobrepondo, se for caso disso, ao regime civilista*”⁽⁹⁹⁾. Paralelamente, saliente-se que, “*Conforme vem sendo entendimento doutrinário e jurisprudencial constante, a falta de causa terá de ser não só alegada, como provada, de harmonia com o critério geral estabelecido no art.º 342.º [do CC] (...). Não bastará, para esse efeito, que não se prove a existência de uma causa de atribuição; é preciso convencer ainda o Tribunal da falta de causa, mesmo que demonstrada a deslocação patrimonial*”⁽¹⁰⁰⁾.

8.3.4 – Dito isto, cumpre ainda registar que, contrariamente ao alegado pelo responsável (n.ºs 16 a 20 do articulado), no RA não se afirmou que a aceitação da prestação por parte da DRELVT não constituía um pressuposto do enriquecimento sem causa. O que se salientou⁽¹⁰¹⁾ — e se reafirma —, é que tal aceitação (também) representou uma manifestação do acordo ou adesão daquela direção regional ao negócio informal descrito em 5, assim se considerando verificado um dos requisitos essenciais do negócio jurídico: a manifestação de vontade ou acordo das partes nesse sentido⁽¹⁰²⁾.

8.3.5 – Percorrendo os n.ºs 22 a 40 da sua pronúncia, verifica-se que o responsável considera que o caso em apreço integra a categoria (ou modalidade) do enriquecimento sem causa denominada “*enriquecimento por prestação*”, que pode ocorrer nas três situações tipificadas no art.º 473.º, n.º 2, do CC sendo que, no seu entender, aquele enquadra-se nas primeira e segunda situações ali enunciadas (“*o que for indevidamente recebido*” e “*o que for recebido por uma causa que deixou de existir*”) como resulta, em particular, do declarado no n.º 22 da sua pronúncia, bem como na terceira situação indicada naquela disposição legal (“*em vista de um efeito que não se verificou*”), como se conclui da conjugação do aduzido nos n.ºs 25 e 36 do mesmo documento.

⁽⁹⁹⁾ Afirmação produzida pelo Tribunal Central Administrativo do Sul no seu Ac. de 26.01.2012, decretado no proc. n.º 03772/08 (disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>), incidente sobre matéria (ausência de prévia autorização para a prestação de trabalho extraordinário) que, apesar de diversa, revela alguns pontos de contacto com a questão controvertida.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. expresse no Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01.04.2014, proferido no proc. 3221/10.4T2AGD.C1 (disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>).

⁽¹⁰¹⁾ Vide n.ºs 5.4, 5.6 e 5.7, do RA (págs. 16 e 17).

⁽¹⁰²⁾ O fornecimento de refeições confeccionadas traduz-se numa prestação típica do contrato de prestação de serviços, disciplinado no art.º 450.º e segs. do CCP, integrado na sua Parte III, consagrada ao regime substantivo dos contratos administrativos. Por força do disposto no art.º 1.º, n.º 6, al. a), do CCP, tal contrato reveste a natureza de contrato administrativo, cuja definição legal principia, justamente, com a imposição da existência de um “acordo de vontades”, como consta da redação do citado art.º 1.º, n.º 6.



8.3.6 - Com amparo na doutrina, o responsável particulariza as sobreditas situações: na 1.^a, inexistente causa jurídica (“obrigação”) que fundamente a prestação efetuada pelo empobrecido ao enriquecido, a 2.^a situação compreende os casos em que o empobrecido efetua uma prestação a outrem na convicção de que é devedor ou a quem não é credor e a 3.^a situação abrange hipóteses correspondentes à realização antecipada das prestações de um contrato que não se veio a celebrar⁽¹⁰³⁾.

8.3.7 – Iniciando pela análise desta última (3.^a situação) observa-se, desde logo, que o responsável não identifica o(s) contrato(s)⁽¹⁰⁴⁾ cuja celebração não veio a ocorrer nem o(s) fundamento(s) da(s) expectativa(s) imputada(s) ao cocontratante nesse sentido⁽¹⁰⁵⁾.

8.3.8 – Recorde-se que, no período que antecedeu o fornecimento em questão (executado entre 10.04.2012 e 06.07.2012), a DRELVT já havia celebrado dois contratos com a *Gertal*, um em 03.01.2012⁽¹⁰⁶⁾ e outro em 29.02.2012⁽¹⁰⁷⁾, em que o primeiro cessou os seus efeitos em 31.03.2012 por caducidade e segundo nunca os chegou a produzir por imperativo legal — pelo que a alegada “antecipação” não poderá, forçosamente, respeitar a tais contratos.

8.3.9 – Porém, poder-se-ia considerar que o “*contrato que não se veio a celebrar*” corresponderia a uma segunda renovação do contrato resumido em 3.2, solicitada pela DRELVT ao Gabinete do SEEAE em 30.03.2012 (vide n.º 3.9 do relatório).

8.3.10 – Todavia, não só o solicitado por aquela direção regional não sofreu quaisquer desenvolvimentos⁽¹⁰⁸⁾, como não se divisam no processo de auditoria elementos instrutórios que revelem que a *Gertal* teve conhecimento de tal pedido (ou solicitação) antes ou durante o período — de 10.04.2012 a 06.07.2012 — em que efetuou o fornecimento e apresentou a pagamento a respetiva faturação e ou ainda que a DRELVT obteve, no mesmo período, informações que lhe permitissem formar a convicção de que o solicitado mereceria a ulterior concordância do membro do Governo responsável pela área das finanças, cf. exigido nos art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 e 8.º, n.^{os} 1 e 3, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07.

8.3.11 – O exposto prejudica a subsunção do fornecimento em questão na 3.^a situação do “enriquecimento por prestação” prevista na parte final do n.º 2 do art.º 473.º do CC, não podendo, conseqüentemente, considerar-se que a *Gertal* o realizou a título de execução antecipada de um contrato que não se veio a concretizar.

⁽¹⁰³⁾ Quanto a esta última situação, vide n.^{os} 26.º e 36.º do articulado apresentado no contraditório.

⁽¹⁰⁴⁾ Contrato ou atos (ex., a decisão de contratar) praticados num procedimento tendente à celebração do aludido contrato.

⁽¹⁰⁵⁾ Como se conclui ao citar Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos no n.º 23 do seu articulado.

⁽¹⁰⁶⁾ Menção ao contrato indicado em 3.2, “renovado” nos termos descritos em 3.6 e extinto em 31.03.2012 por ter atingido o termo da sua vigência.

⁽¹⁰⁷⁾ Referência ao contrato indicado em 3.5, que não produziu quaisquer efeitos antes da 1.^a Secção do TdC se pronunciar sobre a sua legalidade e regularidade financeira por força do disposto no art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC nem após tal pronúncia em virtude do juízo desfavorável formulado por aquela Secção sobre o mencionado contrato, como se deu conta em 3.12.

⁽¹⁰⁸⁾ Como o indicava o facto do pedido formulado pela SG do MEC (assinalado no n.º 3.15 do relatório) após a cessação do fornecimento em causa abranger um hiato temporal mais amplo (de 01.04.2012 a 06.07.2012) que o requerido pela DRELVT, restrito a abril e maio de 2012 (apontado em 3.9 do relatório) o que, em sede de contraditório, veio a ser confirmado pelo seu ex diretor regional, *José Alberto Moreira Duarte*, cf. se depreende do exposto no n.º 16 da sua pronúncia.



Tribunal de Contas

8.3.12 – No que concerne ao enquadramento dos serviços *sub judice* nas 1.^a e 2.^a situações do “enriquecimento por prestação”, contempladas no mesmo dispositivo legal (art.º 473.º, n.º 2, do CC), cumpre acrescentar que o responsável assinala que as manifestações de vontade exteriorizadas por funcionários da DRELVT no sentido da prestação daqueles (serviços) ser efetuado ou não ser interrompido não traduzem “*declarações negociais geradoras de um contrato*” mas antes um “*assentimento ou reconhecimento da utilidade dessa prestação*”, cf. se extrai do teor dos n.ºs 27 e 28 do articulado.

8.3.13 – Sobre o antes alegado cabe apenas referir que, em geral, é a utilidade proporcionada pela execução de uma prestação na satisfação das necessidades imanentes às atribuições que, por lei, a Administração se encontra adstrita a prosseguir que constitui, precisamente, o fundamento de toda a sua atividade contratual. Por conseguinte, tal critério (utilidade da prestação) não se mostra decisivo para evidenciar a ausência de causa jurídica (1.^a situação) ou de uma causa que deixou de existir (2.^a situação), determinante da obrigação de restituir fixada no art.º 473.º, n.º 1, do CC.

8.3.14 – No tocante à razão que presidiu à “*não interrupção*” do fornecimento por parte da *Gertal* após a caducidade⁽¹⁰⁹⁾ do contrato descrito em 3.2, o responsável atribuiu-a à “*consciência do prestador do serviço*” da relevância dos serviços em causa, como afirma no n.º 32 da sua pronúncia⁽¹¹⁰⁾ (e reitera no n.º 66 do mesmo documento).

8.3.15 – Com o devido respeito, não é verosímil conceber que um operador económico do setor da restauração — como o é a *Gertal* — destinasse parte significativa⁽¹¹¹⁾ do seu capital ao financiamento dos recursos materiais e humanos imprescindíveis ao fornecimento de refeições confeccionadas a 229 refeitórios escolares por razões filantrópicas. E, se dúvidas persistissem sobre o móbil da sua conduta, a emissão, pelo citado operador, da faturação⁽¹¹²⁾ correspondente aos serviços prestados com uma periodicidade mensal evidencia que aqueles (serviços) têm ou tiveram por causa uma contraprestação, o que é próprio do sinalagma contratual.

8.3.16 – No n.º 29 da sua pronúncia, o responsável opõe-se a que “*da realidade factual subjacente se retira a existência de um contrato formalmente inválido, isto é, de um negócio jurídico formado por declarações negociais verbais que não deixariam de conduzir à existência de um contrato, ainda que nulo*”, uma vez que, “*mesmo quando um contrato público não seja obrigatoriamente reduzido a escrito através de um clausulado autónomo «...entende-se que o contrato resulta da conjugação do caderno de encargos com o conteúdo da proposta*

⁽¹⁰⁹⁾ Caducidade ocorrida em 31.03.2012 e reconhecida pelo responsável no n.º 31 do seu articulado.

⁽¹¹⁰⁾ Além da razão supramencionada, o responsável aponta, em alternativa, uma outra, correspondente a “*contactos informais entre esses funcionários no sentido de se assegurar voluntariamente a continuidade do serviço à margem de um contrato e enquanto o problema da celebração do contrato não fosse resolvido*” (n.º 32 do articulado). Atendendo a que esta (razão) se apoia na consideração de que a situação em causa configura (também) um caso de enriquecimento por prestação “*em vista de um efeito que não se verificou*” (art.º 473.º, n.º 2, do CC), a sua pertinência é afetada pelas objeções formuladas a tal entendimento, constantes dos n.ºs 8.3.7 a 8.3.10 e que aqui se dão por transcritas.

⁽¹¹¹⁾ “Significativa” considerando o *quantum* indemnizatório (€ 3.590.318,24, com IVA) fixado no acordo de transação extrajudicial sintetizado em 3.20.

⁽¹¹²⁾ A faturação e periodicidade da sua emissão são expressamente referidas na Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012, parcialmente reproduzida em 3.13.



adjudicada» (artigo 95.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos)» — o que, in casu, não sucedeu ante a não redução a escrito dos citados elementos (caderno de encargos e proposta) —, como declara no n.º 40 do mesmo documento⁽¹¹³⁾.

8.3.17 – O argumento supra assenta na proposição de que a constituição do contrato informal explanado em 5 decorreu em conformidade com o quadro legal aplicável à atividade contratual (e financeira) da DRELVT. Assim, a existência daquele (contrato informal) dependeria da prévia formalização, pela DRELVT, de um documento (o CE) contendo “*as cláusulas a incluir no contrato a celebrar*” (art.º 42.º, n.º 1, do CCP) e, pela *Gertal*, de uma declaração por si subscrita que agregasse as condições em que se dispunha a fazê-lo (art.º 56.º, n.º 1, do CCP) no período de 10.04.2012 a 06.07.2012. Todavia, na prática, nada impede que as partes formulem as condições em que se dispõem a contratar à margem das formalidades estipuladas na lei nem a preterição destas determina a inexistência do contrato⁽¹¹⁴⁾ ou negócio jurídico entre aquelas concertado, mas tão só a sua invalidade⁽¹¹⁵⁾ — em regra, sancionada pelo ordenamento jurídico com a anulabilidade e, nalguns casos, com nulidade.

8.3.18 – Dito isto, e atenta a factualidade prévia e contemporânea à formação do aludido contrato informal, não é de enjeitar que as partes tivessem, tacitamente, adotado ou assumido que os serviços a prestar observariam condições contratuais idênticas às estabelecidas no contrato celebrado em 29.02.2012 (indicado em 3.5) — *ab initio* privado de todos os seus efeitos nos termos do art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC e assim se mantendo na sequência da decisão de recusa do visto proferida pela 1.ª Secção do TdC em 22.05.2012 (resumida em 3.12) sendo que, segundo o declarado pela DRELVT no proc. de visto (n.º 401/2012) que incorporou tal contrato, este não teve qualquer execução (material e financeira)⁽¹¹⁶⁾.

8.3.19 – Saliente-se que a assunção das condições contratuais referenciada no número precedente é, em certa medida, indiciada pela consideração⁽¹¹⁷⁾ dos PU propostos pela *Gertal* no procedimento (identificado em 3.5) de formação do contrato outorgado em 29.02.2012 para efeitos de cálculo da compensação fixada no acordo de transação sumariado em 3.20.

8.3.20 – Nos n.ºs 41 e 42 da sua pronúncia, o responsável considera que no RA se reconhece a inexistência de causa jurídica justificadora do fornecimento realizado pela *Gertal* entre 10.04.2012 e 06.07.2012 — ao se afirmar⁽¹¹⁸⁾ que, neste período, “*inexistam quaisquer relações contratuais válidas e eficazes entre a DRELVT e a Gertal*” — salientando, em particular, que a aceitação (ou admissão) de que tal fornecimento não foi titulado “*por qualquer contrato eficaz (mesmo que inválido) conduz diretamente à incontornável conclusão de que o aproveitamento*

⁽¹¹³⁾ Entendimento idêntico transparece do texto do n.º 30 do articulado mas sob o enquadramento do direito civil.

⁽¹¹⁴⁾ Contrato entendido em sentido lato, equivalente a um acordo de vontades tendente à produção de efeitos jurídicos vinculativos para ambas as partes.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. art.ºs 283.º e 283.º-A (invalidade derivada), e 284.º (invalidade própria do contrato), do CCP.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. se conclui do declarado no último parágrafo do Of. da DRELVT n.º 6132, de 18.04.2012, em resposta ao solicitado no p. 10 do documento anexo ao Of. da DGTC n.º DECOP/UAT 2/1694/2012, de 30.03.2012, inclusos no proc. de visto n.º 401/2012.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. resulta da conjugação do afirmado nos p. 3 e 4 do Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013 e do “Doc. n.º 3” àquele anexo.

⁽¹¹⁸⁾ Afirmação formulada no n.º 6.2 do RA, retomada no n.º 8.1.2 deste documento.



Tribunal de Contas

dessa prestação pelo Estado não teve «causa jurídica justificativa», verificando-se esse pressuposto de aplicação do artigo 473.º, n.º 1 do Código Civil (n.º 42 do articulado).

8.3.21 – O alegado pelo responsável não é passível de merecer concordância pelos motivos que a seguir se enunciam:

- i) Em diversos segmentos do texto do RA e deste documento se sinalizou a ineficácia do contrato descrito em 3.5, resultante, na sua génese (ineficácia “originária”), do preceituado no art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC e, após a prolação do Ac. da 1.ª Secção do TdC n.º 15/2012⁽¹¹⁹⁾ (ineficácia “superveniente”), da conjugação do disposto no n.º 2 com o citado número da mesma norma legal. De igual forma se deu conta de que a impossibilidade legal daquele (contrato) produzir quaisquer efeitos antes do visto era conhecida por ambas as partes (DRELVT e Gertal)⁽¹²⁰⁾ e que, segundo o declarado pela DRELVT, tal interdição foi respeitada⁽¹²¹⁾. Por conseguinte, a manutenção da sua ineficácia em virtude da decisão de recusa do visto consubstanciada no citado Ac. n.º 15/2012 não leva à conclusão de que “o aproveitamento dessa prestação pelo Estado não teve causa jurídica justificativa” (como argumentado pelo responsável) pela simples razão de que não foi efetuada qualquer prestação ao abrigo do sobredito contrato⁽¹²²⁾ — o que afasta a verificação de um “enriquecimento à custa de outrem”, como o exige o disposto no art.º 473.º, n.º 1, do CC;
- ii) Da afirmação da inexistência de “quaisquer relações contratuais válidas” retira-se tão só a constatação da ausência de relações contratuais aptas a produzir todos os seus efeitos de forma estável ou duradoura, isto é, válidas⁽¹²³⁾, e não o reconhecimento da falta de “uma causa ou justificação jurídica” do fornecimento em questão.

8.3.22 – Por fim, assinale-se que a DRELVT considerou que o fornecimento em causa se fundou numa “relação contratual de facto” — cf. se extrai do teor da sua Inf. n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24.10.2012, sintetizada em 3.17 — e que, no contraditório realizado, o seu ex diretor regional⁽¹²⁴⁾ não se opôs ao enquadramento jurídico conferido a tal relação no n.º 5 do RA, replicado no mesmo número do presente relatório.

⁽¹¹⁹⁾ Aresto objeto da exposição abreviada constante do n.º 3.12 do relatório.

⁽¹²⁰⁾ Vide n.ºs 3.1, 3.6 e 5.4, al. a), do relatório.

⁽¹²¹⁾ Vide n.ºs 3.10, 8.1.7 e 8.3.18, do relatório.

⁽¹²²⁾ Só assim não seria se a execução do contrato indicado em 3.5 tivesse tido início antes da recusa do visto materializada no Ac. da 1.ª Secção do TdC n.º 15/2012 (sumariado em 3.12) e se se mantivesse após a(s) notificação(ões) mencionada(s) em 3.13, o que determinaria uma valoração jurídica do fornecimento realizado entre 10.04.2012 e 06.07.2012 diversa da explanada no n.º 5 do RA e deste documento, centrada, no essencial, no cometimento do ilícito financeiro tipificado no art.º 65.º, n.º 1, al. h), da LOPTC por violação do disposto no art.º 45.º, n.ºs 2 e 4, da mesma lei. Porém, esta tese não é juridicamente sustentável ante o declarado pela DRELVT no último parágrafo do seu Of. n.º 6132, de 18.04.2012 (incluso no proc. de visto n.º 401/2012). De igual modo — e também em tese face à ausência, no proc. de auditoria, de indícios nesse sentido — o recurso, por parte da Administração, ao instituto do enriquecimento sem causa previsto no art.º 473.º do CC para fundamentar a restituição da deslocação patrimonial verificada a seu favor na sequência da execução pretérita de um contrato legalmente sujeito a fiscalização prévia e aos constrangimentos fixados no art.º 45.º, n.ºs 2 e 4, da LOPTC seria, a priori, censurável, por configurar um expediente destinado a contornar o regime da eficácia dos atos e contratos estabelecido nos n.ºs 2 e 4 do citado art.º 45.º.

⁽¹²³⁾ Validade explicitada na nota de rodapé n.º 80 do RA (pág. 20), prejudicada pela sanção ou desvalor jurídico (nulidade) previsto nos art.ºs 5.º, n.º 6, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04) e 8.º, n.º 2, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07, em consequência da não obtenção de prévia autorização para contratar os serviços objeto do contrato informal descrito em 5 à margem do acordo quadro AQ15-RC. Por conseguinte, a eventual indemnização da Gertal pela prestação de tais serviços deveria ater-se ao regime da invalidade dos negócios jurídicos estabelecido no art.º 289.º, n.º 1, do CC ante a natureza subsidiária do instituto do enriquecimento sem causa positivada no seu art.º 474.º.

⁽¹²⁴⁾ Responsável identificado em 1.6, constando do anexo II uma cópia do articulado por aquele apresentado no contraditório.



8.3.23 – Como apontado no n.º 8.3.2, al. ii), nos n.ºs 45 a 62 do seu articulado, o responsável contesta a “recusa de visto” ao acordo de transação extrajudicial sumariado em 3.20, sustentando, em resumo, “*que o Acordo de Transação era a única via lícita ao dispor do signatário, enquanto detentor de competências delegadas para autorizar a despesa em causa, para titular juridicamente o pagamento à GERTAL de um crédito que indubitavelmente detinha sobre o Estado (fosse, como se sustenta, ao abrigo do enriquecimento sem causa, fosse ao abrigo de um acordo informal como sustenta o Tribunal de Contas)*” (n.º 53 do articulado).

8.3.24 – Apesar de não ser esta a sede (auditoria) adequada para sindicar a decisão da 1.ª Secção do TdC invocada pelo responsável, as considerações por este tecidas suscitam dois breves comentários. Primeiro, a referida decisão⁽¹²⁵⁾ da 1.ª Secção não negou o visto ao sobredito acordo, como afirmado pelo responsável nos n.ºs 48, 51 e 57 da sua pronúncia. Segundo, o recurso ao acordo de transação só é admissível para os efeitos indicados no art.º 1248.º, n.º 1, do CC, não podendo versar sobre as matérias indicadas no seu art.º 1249.º nem incorrer em algum dos fundamentos legais (enunciados nos art.ºs 283.º e 284.º, do CCP) que determine a sua invalidade — o que, pelas razões assinaladas em 5.11, não se verificou.

8.3.25 – Como atrás mencionado [em 8.3.2, al. iii)], nos n.ºs 63.º a 77.º do seu articulado, o responsável advoga a exclusão da ilicitude da conduta da DRELVT — consubstanciada na aceitação ou na não oposição ao fornecimento de refeições pela *Gertal* após a caducidade (em 31.03.2012) do contrato descrito em 3.2 — à luz da figura do estado de necessidade positivada no art.º 3.º, n.º 2, do CPA, invocando “*um contexto burocrático*” particularmente adverso, a saber, “*as alterações à LOPTC introduzidas pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro de 2011, que passaram a impedir a produção de quaisquer efeitos nos contratos de valor superior a € 950.000,00*” e “*a recusa de visto ao Contrato 8/2012, no dia 22 de maio de 2012*”, cf. enunciado no n.º 66 do articulado.

8.3.26 – Mais alega, a favor da justificação da atuação da DRELVT ao abrigo da aludida figura, a “*necessidade imperiosa de prosseguir com o fornecimento de refeições aos alunos*” (n.º 68 do articulado) em virtude da sua interrupção acarretar “*prejuízos irreparáveis para o interesse público*” (n.º 69 do articulado) e a sujeição da contratação daquele fornecimento a prévia “*autorização do Ministro das Finanças*” e “*de um conjunto de trâmites procedimentais que escapavam à sua competência*” (n.º 70 do articulado).

8.3.27 – O art.º 3.º, n.º 2, do CPA, dispõe que “*Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração*”.

8.3.28 – Como se conclui do teor da norma antes transcrita, esta não enuncia os pressupostos de verificação do estado de necessidade⁽¹²⁶⁾, pelo que a sua densificação passa, necessariamente, por recurso aos ensinamentos da doutrina e jurisprudência.

⁽¹²⁵⁾ Decisão transcrita em 1.3 para cuja consulta se remete.

⁽¹²⁶⁾ Atente-se que o estado de necessidade consubstancia um princípio geral de direito, presente no direito privado (ex., art.º 339.º, do CC) e público (exs., art.ºs 35.º do Código Penal, 35.º, n.º 3, do regime jurídico das autarquias (continua na pág. seguinte)



Tribunal de Contas

8.3.29 - A jurisprudência mais recente do STA tem entendido que “O estado de necessidade consiste na atuação sob o domínio de um perigo iminente e atual para cuja produção não haja concorrido a vontade do agente”⁽¹²⁷⁾.

8.3.30 - No que respeita à doutrina, Paulo Otero considera que “o estado de necessidade pressupõe a existência de circunstâncias de facto extraordinárias que, gerando uma necessidade e urgência de atuação, envolvem a ameaça ou a continuação de uma efetiva situação de perigo ou de dano a valores, bens ou interesses públicos cuja essencialidade da tutela exige uma intervenção administrativa que só pode ser alcançada com preterição das regras que normalmente pautam a atividade da Administração Pública”⁽¹²⁸⁾.

8.3.31 - De forma mais incisiva, Freitas do Amaral e Maria da Glória F. P. D. Garcia⁽¹²⁹⁾ apontam como pressupostos do estado de necessidade administrativa [a] a urgência⁽¹³⁰⁾ na decisão, [b] a natureza imperiosa do interesse público a defender e, [c] a excecionalidade da situação. A urgência emerge “da existência de um perigo atual e iminente que ameaça um interesse público protegido e da impossibilidade de, para o afastar, cumprir as normas legais”, a natureza imperiosa do interesse público a defender decorre de uma ponderação de bens que justifica o sacrifício do interesse da legalidade e a excecionalidade da situação resulta “de uma ausência de regular funcionamento do aparelho administrativo e, mesmo, estadual, de uma desarticulação da própria sociedade com a organização administrativa, inconciliável com o uso de poderes públicos forjados na normalidade”⁽¹³¹⁾.

8.3.32 - Por último, Sérvulo Correia⁽¹³²⁾⁽¹³³⁾ identifica como pressupostos do estado de necessidade os infra enunciados, sucintamente explicitados:

- a) Perigo iminente e atual – traduzido num risco objetivo de lesão ou ofensa, de carácter transitório ou ocasional, não existindo tempo para tentar uma solução que não implique a preterição de normas legais;
- b) Para um interesse público essencial – em que o interesse em causa deverá respeitar a aspetos essenciais da vida coletiva;
- c) Causado por circunstância excepcional – que significa, para este efeito, anormalidade;

locais, das entidades intermunicipais e do associativismo autárquico aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12.09 e 151.º, n.º 1, do CPA).

⁽¹²⁷⁾ Cf. Ac. do STA de 11.02.1999, proferido no proc. n.º 036231 e Aresto do mesmo tribunal emitido em 04.03.2004 no proc. n.º 01353/03 (acórdãos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt/).

⁽¹²⁸⁾ Cf. autor citado em *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Almedina, 2003, pág. 997.

⁽¹²⁹⁾ Cf. autores citados em artigo intitulado *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, pub. na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, Abril 1999, pág. 447 e seguintes.

⁽¹³⁰⁾ Urgência que não se confunde com a figura da “urgência administrativa”, uma vez que (a) esta constitui uma realidade ordinária da atuação administrativa “porque está prevista na lei para situações em que ocorra um perigo atual e iminente que ameace a satisfação de um interesse público legalmente protegido e imponha à Administração uma atuação imediata e inadiável”, (b) os correspondentes procedimentos administrativos “traduzem formas simplificadas de agir” e (c) a “atuação administrativa urgente está, em qualquer caso, prevista na lei”, cf. Diogo Freitas do Amaral em *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2009, págs. 338 a 341.

⁽¹³¹⁾ Cf. preconizado por Freitas do Amaral e Maria da Glória F. P. D. Garcia no artigo (nomeado *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*) pub. na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, Abril 1999, págs. 483 a 487.

⁽¹³²⁾ Autor igualmente citado pelo responsável na nota de rodapé n.º 8 constante da pág. 24 da sua pronúncia.

⁽¹³³⁾ José Manuel Sérvulo Correia em artigo denominado *Revisitando o Estado de Necessidade*, pub. na obra *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, pág. 719 e seguintes.



- d) Não provocada pelo agente – na medida em que o *“princípio da boa fé (...) não é consentâneo com a aplicação do regime do estado de necessidade a situações provocadas pelo próprio ente ou órgão administrativo, que, assim, delas se pudesse servir voluntariamente para se eximir à lei geral”*;
- e) Só contornável ou atenuável pela inaplicação, pela Administração, da regra estabelecida – o que exige a ponderação da adequação da inaplicação da regra estabelecida.

8.3.33 – Fixados os pressupostos do estado de necessidade com base na jurisprudência e doutrina atrás referenciadas — que, no essencial, convergem na sua caracterização — cabe indagar se a DRELVT agiu em estado de necessidade ao “aceitar” os serviços prestados pela *Gertal* no período transcorrido entre 10.04.2012 e 06.07.2012 à margem das normas legais e regulamentares aplicáveis à aquisição de tais serviços e realização da correspondente despesa, indicadas em 5.9 e 5.10.

8.3.34 – Primeiramente, é manifesto que, esgotado o prazo (em 31.03.2012) do contrato resumido em 3.2, renovado nos termos descritos em 3.6, existia o perigo ou risco da população escolar por aquele abrangida ficar sem acesso a uma refeição diária, frequentemente a *“única refeição quente de que dispõem”*, cf. sublinha o responsável no n.º 69 da sua pronúncia. De igual modo, não se contesta que a saúde ou bem-estar físico daquela população consubstancia um interesse público essencial, justificativo de tutela administrativa.

8.3.35 – Porém, não foram circunstâncias extraordinárias ou anormais que geraram o aludido perigo ou risco — circunstâncias materializadas, segundo o responsável (vide n.ºs 8.3.25 e 8.3.26), na:

- a) Impossibilidade dos contratos de valor superior a € 950.000,00 produzirem quaisquer efeitos antes do visto;
- b) Recusa do visto ao contrato resumido em 3.5 pela 1.ª Secção do TdC em 22.05.2012;
- c) Obrigatoriedade da DRELVT obter autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das finanças para contratar os serviços em causa à margem do AQ vigente.

8.3.36 – No que respeita à situação assinalada na al. c) do número precedente, cumpre elucidar que a citada “obrigatoriedade” decorre do disposto no art.º 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02.⁽¹³⁴⁾, em vigor na ordem jurídica interna desde fevereiro de 2007. O tempo de vigência que este DL já acumulava à data da “aceitação”, pela DRELVT, dos serviços em causa — computado, grosso modo, em 5 anos⁽¹³⁵⁾ — obsta a que se possa considerar que o

⁽¹³⁴⁾ Apesar do DL n.º 37/2007, de 19.02, ter sido alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04 e DL n.º 117-A/2012, de 14.04, a redação do seu art.º 5.º, n.º 4 não foi afetada por tais diplomas legais. O art.º 5.º, n.º 4, dispõe que “A contratação centralizada de bens e serviços, nos termos do n.º 1, é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, sendo-lhes proibida a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta de obras, de bens móveis e de serviços abrangidos pelas categorias definidas nos termos do n.º 3, salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada”. Refira-se ainda que o preceituado neste número e disposição legal viria a ser acolhido no art.º 8.º, n.ºs 1 e 3, do regulamento do SNCP, aprovado sob o n.º 330/2009 e pub. no DR, 2.ª S., n.º 146, de 30.07.2009.

⁽¹³⁵⁾ Período de tempo que medeia entre o primeiro ano de vigência do supracitado DL n.º 37/2007 e o da “aceitação” dos sobreditos serviços (2012).



Tribunal de Contas

risco ou perigo para a população escolar referenciada em 8.3.34 se prenda com o regime⁽¹³⁶⁾ nele fixado.

8.3.37 – Relativamente à recusa do visto mencionada na al. b) do n.º 8.3.35, também não é juridicamente aceitável considerar que o resultado (decisão) da regular atividade jurisdicional prosseguida pela 1.ª Secção do TdC no quadro dos seus poderes de controlo financeiro prévio fixados na LOPTC (que enuncia, no seu art.º 44.º, n.ºs 3 e 4, o sentido possível do aludido resultado) represente uma situação excecional ou anómala para os efeitos pretendidos. Porém, ainda que assim não se entendesse — o que só em tese se consente —, constata-se que a recusa do visto ao contrato indicado em 3.5 é motivada por condutas da DRELVT legalmente censuráveis, cf. se extrai dos fundamentos⁽¹³⁷⁾ do acórdão (n.º 15/2012) que consubstanciou a sobredita recusa. Tal inviabiliza o enquadramento da atuação daquela direção regional no estado de necessidade por ausência de verificação de um outro dos seus pressupostos: a exclusão da imputação da circunstância excecional a comportamentos da Administração, como exigido pela jurisprudência e doutrina atrás citadas [vide 8.3.29 e 8.3.32, al. d)].

8.3.38 – No que concerne ao argumento indicado na al. a) do n.º 8.3.35, correspondente à interdição dos contratos de valor superior a € 950.000,00 sujeitos a fiscalização prévia produzirem quaisquer efeitos antes do visto⁽¹³⁸⁾ (ou declaração de conformidade), introduzida na LOPTC pela Lei n.º 61/2011, de 07.12, cumpre observar o seguinte.

8.3.39 – O regime prescrito no art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC é, sob os mesmos pressupostos, distinto do estipulado no n.º 1 do mesmo preceito legal — que dispõe sobre o regime geral dos efeitos do visto⁽¹³⁹⁾ — pelo que não repugna, a priori, considera-lo como uma norma excecional. Todavia, tal não significa que esta (norma excecional) constitua uma circunstância (normativa) de carácter excecional ou anómala, legitimadora da inobservância da lei aplicável através do estado de necessidade dado que, logo no n.º 5 do citado art.º 45.º⁽¹⁴⁰⁾, o legislador previu a derrogação da aludida exceção ao determinar, no essencial, a aplicação do regime geral dos efeitos do visto a contratos de valor superior a € 950.000,00 precedidos de ajuste direto filiado em motivos de urgência imperiosa, resultantes de acontecimentos imprevisíveis não imputáveis à entidade adjudicante. E, recorde-se, a DRELVT recorreu a tal derrogação, como se extrai da factualidade descrita em 3.1, 3.2, 3.4 e 3.11 do relatório.

⁽¹³⁶⁾ Regime sobejamente conhecido pela DRELVT como o ilustra a factualidade descrita em 3.3 e 3.6 do relatório.

⁽¹³⁷⁾ Fundamentos resumidos no n.º 3.12 do relatório.

⁽¹³⁸⁾ Registe-se que a proibição dos contratos sujeitos a fiscalização prévia produzirem quaisquer efeitos antes do visto não constitui uma inovação no ordenamento jurídico nacional visto que era este o regime geral que vigorava antes da Lei n.º 98/97, de 26.08, com exceção dos contratos de arrendamento e de empreitada de obras públicas, que podiam iniciar os seus efeitos materiais em data anterior à do visto, cf. se alcança do disposto no art.º 4.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 146-C/80, de 22.05 [posteriormente revogado pelo art.º 115.º, al. g), da referida Lei n.º 98/97].

⁽¹³⁹⁾ Sobre o regime dos efeitos do visto previsto no art.º 45.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC, vide o expandido nos n.ºs 8.1.4 e 8.1.5 do relatório.

⁽¹⁴⁰⁾ O n.º 5 do art.º 45.º da LOPTC (que estatui que “O disposto no número anterior não é aplicável aos contratos celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam em caso algum imputáveis, e não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei”) foi igualmente aditado pela Lei n.º 61/2011, de 07.11.



8.3.40 – Por outro lado, observa-se que ficaria por explicar o motivo pelo qual a DRELVT persistiu na adjudicação (em 28.12.2011) e subsequente celebração (em 29.02.2012) do contrato sintetizado em 3.5 se a interdição constante do n.º 4 do art.º 45.º da LOPTC — divulgada em 07.12.2011 com a publicação da Lei n.º 61/2011 — consubstanciasse, de facto, uma situação excecional ou anómala, com impacto no quadro (jurídico, económico, social, etc.) contratual prefigurado pela DRELVT à data da sobredita adjudicação.

8.3.41 – Como sinalizado em 8.3.2, al. iv), o responsável entende que as normas remissivas contidas no art.º 65.º, n.º 1, da LOPTC não são suscetíveis de serem violadas por omissão uma vez que “*preveem deveres positivos de cumprimento de trâmites procedimentais financeiros e adjudicatórios, que impõem a obtenção de autorizações e a realização de diligências procedimentais no caso de o sujeito jurídico empreender ativamente atos de assunção de despesa pública e de celebração de contratos públicos*” (cf. n.º 91 do articulado).

8.3.42 – O alegado não merece acolhimento pelas razões que a seguir se sumariam. Em termos amplos, uma das manifestações do princípio da legalidade traduz-se na obrigação, por parte dos órgãos e agentes da Administração, do exercício da competência que a lei lhes confere para a prossecução dos interesses públicos delimitados nos respetivos diplomas orgânico-funcionais, não sendo legalmente admitida a renúncia, recusa ou abstenção de tal exercício, cf. art.º 29.º, n.º 1, do CPA. Todavia, os secretários de Estado não têm competência própria, só exercendo em cada caso a competência que lhes seja delegada pelo Primeiro-Ministro, Vice-Primeiro-Ministro ou pelo ministro respetivo⁽¹⁴¹⁾.

8.3.43 – Revertendo ao caso, verifica-se que o Ministro da Educação e Ciência delegou no responsável a competência para, em resumo, autorizar a realização de despesas com aquisição de serviços até ao montante fixado no art.º 17.º, n.º 1, al. c), do DL n.º 197/99, de 08.06, decidir contratar, escolher o respetivo procedimento e aprovar a minuta do ulterior contrato nos termos dos art.ºs 26.º, 38.º e 98.º, do CCP, cf. seu Desp. n.º 10041/2011, de 28.07, reiterada no subsequente Desp. n.º 10134/2012, de 26.01, como se deu conta em 4.10. Por esta via, aquele (responsável) ficou investido numa posição de garante que pessoalmente o obrigava a evitar um resultado lesivo das normas citadas.

8.3.44 – Finalmente, cumpre recordar que, com exceção do direito penal, as exigências de tipicidade nos demais ramos de direito público sancionatório “*fazem-se sentir em menor grau: as infrações não têm, aí, que ser inteiramente tipificadas*”, como afirmado pelo Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 635/2011 (proc. n.º 548/2010⁽¹⁴²⁾), que se pronunciou pela não inconstitucionalidade da norma da al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC.

8.3.45 - Por último, o responsável afasta a responsabilidade sancionatória que, no n.º 8.2 do RA, lhe foi imputada em resultado da infração financeira indicada no n.º 6.2 ante a inexistência de um nexos causal entre a sua conduta omissiva e a verificação (ou ocorrência) da aludida

⁽¹⁴¹⁾ Cf. art.º 8.º, n.º 4, do DL n.º 86-A/2011, de 12.07, alterado e republicado pelo DL n.º 119/2013, de 21.08, entretanto alterado pelo DL n.º 20/2014, de 02.10.

⁽¹⁴²⁾ Ac. pub. no DR, 2.ª Série, n.º 24, de 02.02.2012.



Tribunal de Contas

infração (n.ºs 78 a 90 e 93 a 95 do articulado) — argumentação a que se adere pelos motivos seguidamente enunciados.

8.3.46 – Em diversas passagens do seu articulado, o responsável alega, em síntese, que não teve conhecimento de que a *Gertal* continuou a fornecer refeições após a caducidade da renovação do contrato indicado em 3.2 (n.ºs 80 e 89 do articulado), “*nem foi pessoalmente informado do problema que a caducidade de tal contrato acarretaria*” (n.º 81 do articulado), inexistindo igualmente “*um dever de vigilância ativa dos membros do Governo sobre as atuações (para mais omissivas) dos dirigentes que estão sob a sua «alçada»*” (n.º 94 do articulado).

8.3.47 – Acrescenta o mesmo responsável que apenas teve conhecimento da continuidade do fornecimento referenciado em 8.3.46 através da informação sumariada em 3.18 (n.ºs 46 e 83 do articulado), isto é, em 26.12.2012, data em que, objetivamente, já não podia impedir a ocorrência daquela situação (n.º 89 do articulado).

8.3.48 – Considerando o alegado nos dois números que antecedem, o responsável conclui pela impossibilidade de imputação objetiva de qualquer responsabilidade financeira sancionatória (n.º 96 do articulado).

8.3.49 – Compulsados os documentos instrutórios do presente processo de auditoria, constata-se que nenhum deles⁽¹⁴³⁾ é passível de demonstrar que o responsável teve, em tempo oportuno, conhecimento da prestação dos serviços realizada pela *Gertal* entre 10.04.2012 e 06.07.2012.

8.3.50 – Ante o assinalado em 8.3.49, conclui-se que, efetivamente, o responsável não podia ter adotado a conduta omitida (autorização da despesa subjacente ao contrato informal descrito em 5) por forma a evitar o resultado lesivo produzido (constituição da obrigação da despesa sem prévia autorização para a sua realização) o que justifica, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, o afastamento da responsabilidade financeira sancionatória que, no RA, lhe foi assacada.

⁽¹⁴³⁾ De entre os documentos consultados, salientam-se os seguintes: [1] contrato referido em 3.5, subscrito pelo ex diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, José Alberto Moreira Duarte, em representação da DRELVT; [2] Of. da DRELVT n.º 1294, de 14.03.2012 (que capeou a remessa do contrato indicado em 3.5 a visto do TdC), assinado pelo seu ex diretor, José Alberto Moreira Duarte; [3] solicitação da renovação aludida em 3.9, efetuada por correio eletrónico em 30.03.2012 pelo ex diretor regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, José Alberto Moreira Duarte, ao Adjunto do SEEAE, Vítor Batista, cf. fl. 9 dos emails integrados no “Doc. 5” anexo ao Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013; [4] Of. da DGTC n.º DECOP/UAT.2/2440/2012, de 23.05.2012 (citado em 3.13), remetido ao diretor regional da DRELVT; [5] requerimento de interposição do RO indicado em 3.14, anexo ao Of. da DRELVT n.º 8857/GJ/2012, de 11.06.2012, assinado pelo seu ex diretor regional, José Alberto Moreira Duarte, e, [6] pedido de autorização referido em 3.15, formulado por correio eletrónico em 18.07.2012 por Susana Frazoa da SG do MEC à ANCP, cf. fls. 5 a 7 dos emails inclusos no “Doc. 5” anexo ao Of. da DGEstE n.º 13191/D-DSRLVT-GJ/2013, de 03.10.2013.



9 – SANÇÃO APLICÁVEL

9.1 - A eventual responsabilidade financeira resultante da infração apontada em 6.1 em que incorre o responsável identificado em 7.1 por inobservância das normas legais e regulamentares indicadas em 4.2, 4.3 e 4.4, é sancionada com multa nos termos previstos no art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, da LOPTC.

9.2 - A eventual responsabilidade financeira emergente do ilícito assinalado em 6.2 em que incorre o responsável identificado em 7.2 por incumprimento do preceituado no art.º 7.º, n.º 1, al. e), do EPD, é sancionada com multa nos termos do disposto no art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, da LOPTC.

9.3 - A eventual responsabilidade financeira consequente das infrações indicadas em 6.3 e 6.4 em que incorre o responsável identificado em 7.3 por desrespeito do determinado no art.º 7.º, n.ºs 1, al. d) e 3, al. b), do EPD, é sancionada com multa (uma por cada infração) nos termos delimitados no art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, da LOPTC.

9.4 - A eventual condenação nas referidas responsabilidades financeiras, a efetivar através de processo de julgamento de responsabilidades financeiras [cf. art.ºs 58.º, n.º 3, 79.º, n.º 2 e 89.º, n.º 1, al. a), da LOPTC], é sancionável com multa, num montante a fixar pelo Tribunal, de entre os limites fixados no n.º 2 do art.º 65.º, da LOPTC. A multa tem como limites mínimo e máximo os montantes correspondentes, respetivamente, a 25 UC⁽¹⁴⁴⁾ (€ 2.550,00) e 180 UC (€ 18.360,00), a determinar, em qualquer caso, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do mesmo dispositivo legal.

9.5 - Anote-se que o responsável indiciado não recorreu à faculdade de extinguir o procedimento sancionatório através do pagamento das multas pelo seu valor mínimo de acordo com as disposições dos art.ºs 65.º, n.º 3, e 69.º, n.º 2, al. d), da LOPTC, apesar de informado⁽¹⁴⁵⁾ dessa possibilidade.

9.6 - Com relevância para a decisão a proferir cumpre ainda mencionar que, de acordo com a consulta de registos existentes neste Tribunal, o responsável indiciado não foi objeto de quaisquer juízos de censura ou de recomendações anteriores respeitantes a irregularidades idênticas às anteriormente indicadas. No entanto, a invocação, pelo indiciado responsável, de que as infrações assinaladas em 6.1, 6.2, 6.3 e 6.4 só a título de negligência [cf. art.º 65.º, n.º 8, al. a), da LOPTC] lhe podem ser imputadas suscita os juízos já formulados e melhor explicitados nas alíneas i) e ii) do n.º 8.2.8 deste documento para as quais se remete.

⁽¹⁴⁴⁾ O valor da UC é, desde 20.04.2009, de € 102,00, cf. art.ºs 22.º e 26.º, n.º 1, do DL n.º 34/2008, de 26.02 (alterado pela Lei n.º 64.º-A/2008, de 31.12), 2.º da Portaria n.º 9/2008, de 03.01, 1.º do DL n.º 323/2009, de 24.12, 67.º, al. a), da Lei n.º 55-A/2010, de 31.12, 79.º, al. a), da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12, 114.º, al. a), da Lei n.º 66-B/2012, de 31.12 e 113.º, al. a), da Lei n.º 83-C/2013, de 31.12.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. último parágrafo formulado na pág. 25 do relato contraditado.



Tribunal de Contas

10 – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tendo o processo sido submetido a vista do Ministério Público, à luz dos n.ºs 4 e 5 do art.º 29.º da Lei n.º 98/97, de 26.08, com a redação dada pela Lei n.º 48/2006, de 29.08, e do art.º 73.º do Regulamento Geral do TdC, republicado em anexo à Resolução n.º 13/2010⁽¹⁴⁶⁾, emitiu aquele magistrado parecer (de 21.01.2015), no qual manifesta a sua concordância com o projeto de relatório, sem embargo de entender que *“se verificam os pressupostos da infração continuada (artigo n.º 30.º do Código Penal) quanto à infração da alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC. Com efeito, o circunstancialismo externo da conduta omissiva do indigitado responsável, claramente identificado nos pontos 5.5 e 11 do douto projeto de relatório, revela uma considerável diminuição da sua culpa; existe uma plúrima realização do mesmo tipo de infração e uma pluralidade de normas secundárias que protegem fundamentalmente o mesmo bem jurídico, situando-se este no plano da legalidade do processo de realização da despesa pública (ato autorizador da despesa, cabimentação e registo de compromisso)”*.

O mesmo magistrado acrescenta ainda que nada tem *“a opor ao pedido de revelação da responsabilidade financeira formulado pelo indigitado responsável em sede do exercício de direito ao contraditório (cf. pontos 25 e 26 do Requerimento – pronúncia sobre o Relato de Auditoria)”*.

11 – CONCLUSÕES

Do exposto, formulam-se as seguintes conclusões:

- 1 -** Em 07.12.2011 foi publicada a Lei n.º 61/2011, que introduziu diversas alterações à LOPTC, designadamente, a interdição dos contratos⁽¹⁴⁷⁾ sujeitos a fiscalização prévia de valor superior a € 950.000,00 produzirem quaisquer efeitos antes do TdC se pronunciar sobre a sua legalidade e regularidade financeira (art.º 45.º, n.º 4), podendo, todavia, produzir efeitos materiais em data anterior a tal pronúncia se aqueles (contratos) forem celebrados na sequência de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa fundada em circunstâncias imprevisíveis não imputáveis à entidade adjudicante e inconciliáveis com o cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos regulados na lei (art.º 45.º, n.º 5);
- 2 -** Em 17.12.2011, a citada Lei n.º 61/2011 entrou em vigor, aplicando-se aos contratos celebrados após aquela data (cf. seu art.º 3.º);
- 3 -** Em 28.12.2011, e na sequência de um procedimento de contratação (nos termos do art.º 259.º, do CCP) desenvolvido no âmbito do acordo quadro (AQ15-RC) relativo ao fornecimento de refeições confeccionadas firmado no pretérito pela extinta ANCP, a DRELVT adjudicou à *Gertal* a aquisição do fornecimento (estimado) de 4.409.475 refeições pelo preço de € 6.234.847,95 (sem IVA), destinadas a refeitórios escolares no período compreendido entre 02.01.2012 e o fim do ano letivo de 2011/2012;

⁽¹⁴⁶⁾ Resolução pub. no DR, 2.ª S., n.º 95, de 17.05.2010.

⁽¹⁴⁷⁾ Contratos, atos e outros instrumentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais mas por razões que se prendem com a economia do texto supra, limitou-se a referência a contratos.



- 4 - Nos termos do art.º 19.º, n.º 1, do CE integrado no AQ indicado no número precedente, os contratos celebrados ao abrigo do dito acordo seriam reduzidos a escrito;
- 5 - Em 03.01.2012, e amparando-se no ajuste direto previsto no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do CCP, o diretor regional da DRELVT celebrou com a mesma empresa um contrato (n.º 1/2012) tendo por objeto o fornecimento (estimado) de 1.115.625 refeições escolares pelo preço de € 1.577.491,65 (sem IVA), a efetuar entre 02.01.2012 e 31.01.2012 atendendo, cumulativamente, a que o contrato a outorgar no seguimento da adjudicação aludida em 3 ficaria sujeito à interdição de efeitos mencionada na 1.ª parte do n.º 1 e à necessidade de assegurar tais serviços desde o início do 2.º período do ano letivo de 2011/2012;
- 6 - Após obtenção, *a posteriori*, de autorização da SETF (em 10.01.2012) para realizar a contratação exposta em 5 à margem do acordo quadro AQ15-RC, a DRELVT submeteu o dito contrato a fiscalização prévia do TdC que, em 19.04.2012, decidiu conceder-lhe o visto (proc. de visto n.º 168/2012);
- 7 - Dois meses (aproximadamente) após a adjudicação referida em 3, ou seja, em 29.02.2012, a DRELVT e a *Gertal* outorgaram o correspondente contrato (n.º 8/2012), ulteriormente alterado (através de adenda) por forma a acomodar a redução do preço nele estipulado em virtude dos serviços já prestados ao abrigo do contrato assinalado em 5;
- 8 - A execução dos serviços contemplados no contrato indicado em 5 prolongou-se até 31.03.2012 em resultado da sua renovação, autorizada (em 07.03.2012) pelo membro do Governo sinalizado em 6 com fundamento na sujeição do contrato enunciado em 7 à proibição de efeitos mencionada na 1.ª parte do n.º 1 e de ainda não ter obtido o visto do TdC — o que, à data daquela autorização, era inviável considerando que a DRELVT só mais tarde (em 14.03.2012) providenciou pela sua remessa a este Tribunal;
- 9 - Findo o prazo (em 31.03.2012) da execução dos serviços objeto do contrato indicado em 5, renovado nos termos aludidos em 8, a *Gertal* continuou, com a anuência (tácita) da DRELVT, a assegurar a prestação daqueles entre 10.04.2012 e 06.07.2012. A desformalização da formação e conclusão da relação contratual aquisitiva assim constituída contrariou relevantes normas da contratação pública e de direito financeiro destacando-se, no domínio das primeiras, a preterição do procedimento adjudicatório regulado no art.º 259.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, a desenvolver no seio do acordo quadro citado em 3, e a sua posterior não redução a escrito, cf. o impunham os art.ºs 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04), 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07 e 19.º, n.º 1, do CE referido em 4 e, no plano das segundas, a inexistência de cabimento prévio e de prévia autorização da realização da despesa subjacente ao dito contrato, cf. o exigem os art.ºs 13.º e 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO;
- 10 - Em 22.05.2012, a 1.ª Secção do TdC decidiu recusar o visto ao contrato (e adenda) mencionado em 7 pelas razões expressas no seu Ac. n.º 15/2012 que, na sequência de recurso deduzido pela DRELVT, foi mantido pelo Plenário da mesma secção por acórdão (n.º 19/2012) de 09.10.2012;



Tribunal de Contas

- 11** - Em 18.07.2012 — já o ano letivo de 2011/2012 findara bem como os serviços prestados ao abrigo da contratação informal referenciada em 9 — a SG do MEC solicitou à SETF autorização para adquirir, através da promoção de um procedimento de contratação fora do acordo quadro AC15-RC, 2.750.000 refeições escolares, a fornecer no hiato temporal decorrido entre 01.04.2012 e 06.07.2012, o que veio a ser rejeitado (em 11.09.2012) pelo citado membro do Governo com fundamento na extemporaneidade do requerido;
- 12** - Em 27.12.2012, o Estado Português (através do MEC) e a *Gertal* celebraram um acordo de transação extrajudicial mediante o qual o primeiro, ancorado no instituto do enriquecimento sem causa previsto no art.º 473.º do CC, confere ao segundo a importância de € 3.590.318,24 (IVA incluído), destinada a compensar este último pelo fornecimento de refeições escolares no período compreendido entre 10.04.2012 e 06.07.2012;
- 13** - Na sequência da submissão do acordo de transação indicado no número anterior a fiscalização prévia (incorporado no proc. de visto n.º 85/2013), a 1.ª Secção do TdC decidiu (em 22.04.2013) proceder à sua devolução aos serviços por inutilidade da sua apreciação e ordenar o apuramento de eventuais responsabilidades financeiras;
- 14** - Em execução da decisão judicial referida em 13, detetou-se a desformalização da relação contratual mencionada em 9 cuja violação das normas neste indicadas integram os ilícitos financeiros tipificados no art.º 65.º, n.º 1, als. b) e c), da LOPTC, imputáveis ao ex diretor regional da extinta Direção Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, *José Alberto Moreira Duarte*, passíveis de o constituir em responsabilidade financeira sancionatória punida com multa nos termos delimitados nos n.ºs 1 e 2 daquela disposição legal;
- 15** - Considera-se que as circunstâncias fácticas e a gravidade do incumprimento desaconselham a relevação da responsabilidade.

12 – RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria exposta e resumida nas conclusões que antecedem, formulam-se as seguintes recomendações:

- 1** - No âmbito das atribuições do MEC, quando esteja em causa o fornecimento de serviços que visam a satisfação permanente de necessidades coletivas, a definição e planeamento da sua aquisição deve ser tempestivamente programada por forma a que a sua ulterior contratação não comporte riscos de interrupções na sua disponibilização, em consonância com uma atuação administrativa norteada por imperativos de eficiência e eficácia [subjacentes aos art.ºs 267.º, n.º 5, da CRP, 10.º, do CPA e 3.º, n.ºs 1, 5 e 8, als. e) e f), da Lei n.º 4/2004, de 15.01⁽¹⁴⁸⁾];
- 2** - Os bens e serviços abrangidos pelas categorias definidas na(s) lista(s) anexa(s) à(s) portaria(s) referida(s) no art.º 5.º, n.º 3, do DL n.º 37/2007, de 19.02, objeto de acordos quadro celebrados pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.,

⁽¹⁴⁸⁾ Lei que estabelece os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração direta do Estado, alterada, por último, pela Lei n.º 64/2011, de 22.12.



só podem ser adquiridos pelas entidades compradoras vinculadas — como é o caso da DGEstE — ao abrigo de tais acordos, através do procedimento adjudicatório regulado nos art.^{os} 258.º, n.º 1 ou 259.º, do CCP, consoante o caso [art.^{os} 5.º, n.º 4, do citado DL n.º 37/2007, alterado pelas Leis n.^{os} 3-B/2010, de 28.04 e 117-A/2012, de 14.06, e 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 330/2009, de 30.07];

- 3 -** As entidades compradoras vinculadas podem promover procedimentos tendentes à contratação direta de bens e serviços objeto dos acordos quadro aludidos em 2 se, em momento anterior àquela (contratação), o membro do Governo responsável pela área das finanças a autorizar na sequência da apresentação, por tais entidades, de proposta(s) fundamentada(s) para o efeito [art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02, alterado pelas Leis n.^{os} 3-B/2010, de 28.04 e 117-A/2012, de 14.06, e 8.º, n.^{os} 1 e 3, do Regulamento n.º 330/2009, de 30.07];
- 4 -** O MEC e os serviços de administração que o integram (como a DGEstE), não devem recorrer à celebração de acordos de transação extrajudicial (previstos no art.º 1248.º, n.º 1, do CC) como expediente ou instrumento para se eximirem à observância dos procedimentos concorrenciais previstos no CCP e das normas aplicáveis à realização de despesas;
- 5 -** Na fase preparatória da decisão de contratar ou em simultâneo com esta, deverá efetuar-se um registo de cabimento do qual constem os encargos financeiros que se antevê depender com a aquisição pretendida (art.º 13.º, do RAFE), a fim de obstar ao desperdício de recursos (humanos, materiais e financeiros) associados a uma posterior decisão de não adjudicação ditada por ausência (ou insuficiência) de créditos orçamentais para a suportar;
- 6 -** A realização de despesas com a aquisição de bens e serviços deverá ser objeto de autorização, conferida em momento prévio ou contemporâneo à assunção do(s) compromisso(s) contratual(ais) pelo órgão ou agente legalmente competente para o efeito [art.^{os} 22.º, n.º 1, do RAFE e 42.º, n.º 6, da LEO];
- 7 -** Em momento anterior ou contemporâneo à outorga de contratos onerosos ou documentos equivalentes, deverá proceder-se à escrituração dos respetivos compromissos ou encargos assumidos [art.^{os} 10.º, n.º 1, al. c), e 11.º, n.º 1, do RAFE, art.º 5.º, n.º 2, da Lei n.º 8/2012, de 21.02, alterada pelas Leis n.^{os} 20/2012, de 14.05, 64/2012, de 20.12 e 66-B/2012, de 31.12, e art.^{os} 7.º, n.^{os} 3, al. b) e 4, do DL n.º 127/2012, de 21.06, alterado pelas citadas Leis n.^{os} 64/2012 e 66-B/2012].



Tribunal de Contas

13 – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1ª Secção, nos termos do art.º 77.º, n.º 2, alínea c), da LOPTC:

- a) Aprovar o presente Relatório, que evidencia ilegalidades na contratação de serviços de fornecimento de refeições escolares, na(s) autorização(ões) exigida(s) por lei para a realização das consequentes despesas e no registo contabilístico dos respetivos encargos financeiros, identifica as correspondentes infrações financeiras e o eventual responsável pelo seu cometimento;
- b) Aprovar as recomendações formuladas no número 12;
- c) Fixar os emolumentos devidos pela Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares em 137,31 €, ao abrigo do estatuído no art.º 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL n.º 66/96, de 31.05, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99, de 28.08 e 3-B/2000, de 04.04;
- d) Remeter cópia deste Relatório:
 - i) Ao Senhor Ministro da Educação e Ciência, *Nuno Paulo de Sousa Arrobas Crato*;
 - ii) Ao Secretário de Estado do Ensino e Administração Escolar, *João Casanova de Almeida*, e ao ex diretor regional da extinta Direção Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, *José Alberto Moreira Duarte*;
 - iii) Ao Juiz Conselheiro da 2.ª Secção responsável pela área (V) da Ciência, Ensino Superior, Educação, Cultura, Juventude e Desporto;
- e) Remeter o processo ao Ministério Público nos termos do n.º 1 do art.º 57.º e da al. d) do n.º 2 do art.º 77.º da LOPTC;
- f) Após as comunicações e notificações necessárias, divulgar o Relatório na página da Internet do Tribunal de Contas.

Lisboa, 10 de fevereiro de 2015.

OS JUÍZES CONSELHEIROS,

Helena Abreu Lopes - Relatora

João Figueiredo

Alberto Fernandes Brás



EQUIPA	FORMAÇÃO BASE	SERVIÇO
Carla Bochecha	Lic. em Direito	DCC
COORDENAÇÃO DA EQUIPA		
Dra. Helena Santos	Lic. em Direito	DCC
SUPERVISÃO		
Dra. Ana Luísa Nunes	Lic. em Direito	DCPC

ANEXOS AO RELATÓRIO



Anexo I

Mapa de infrações financeiras indiciadas

PONTOS DO RELATÓRIO	FACTOS	NORMAS VIOLADAS	TIPO DE RESPONSABILIDADE	RESPONSÁVEIS	FLS. DO PROC. DE AUDIT.
3.9, 3.15 a 3.20, 4.2 a 4.4, 4.11, 5.9, als. a) e c), 6.1, 6.5, 7.1, 8.2.5 e 9.1	Omissão do procedimento adjudicatório (a desenvolver no seio do AQ15-RC celebrado pela extinta ANCP) legalmente exigido para a formação do contrato constituído nos termos evidenciados em 5 e da forma (redução a escrito) prescrita para a sua exteriorização	Art.ºs 1.º, n.º 4 e 259.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04), 8.º, n.º 1, do Reg. n.º 330/2009, de 23.07, 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA e 19.º, n.º 1, do CE incluso no AQ referido em 3.3	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. l), da LOPTC	O ex diretor regional da DRELVT, JOSÉ ALBERTO MOREIRA DUARTE, ante o não exercício da competência que lhe foi subdelegada pelo SEEAE no n.º 2 do seu Desp. n.º 1666/2012, de 26.01	Fls. 6, 20, 37 d), 43, 56, 83, 95, 105 a 121, 124, 141 a 145, 162, 184, 254, 312 a 314, 318 a 322, 325, 326, 331 e 392
3.9, 3.12, 3.13, 3.14, 3.17, 4.5, 4.10, 5.9, al. b), 6.2, 6.5, 7.2, 8.2.5 e 9.2	Omissão do ato autorizador da realização da despesa (€ 3.590.318,24, IVA incluído) subjacente ao contrato informal constituído nos termos evidenciados em 5	Art.ºs 22.º, n.º 1, do RAFE, 42.º, n.º 6, da LEO, 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e 3.º, n.º 1, e 4.º, do CPA	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC	O ex diretor regional da DRELVT, JOSÉ ALBERTO MOREIRA DUARTE, ante o deficiente exercício do dever funcional fixado no art.º 7.º, n.º 1, al. e), do EPD ao não propor superiormente e em tempo oportuno diligências adequadas	Fls. 43, 68, 83, 94, 95, 141 a 145, 168 a 187, 265 a 269, 318 a 322, 325, 326, 331 e 392
3.9, 3.16, 3.17, 3.18, 3.20, 4.6, 5.10, al. a), 6.3, 6.6, 7.3 e 9.3	Falta de cabimento prévio da despesa (€ 3.590.318,24, IVA incluído) subjacente ao contrato informal constituído nos termos evidenciados em 5	Art.ºs 13.º do RAFE e 10.º do DLEOE 2012	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC	O ex diretor regional da DRELVT, JOSÉ ALBERTO MOREIRA DUARTE, ante o não exercício dos deveres funcionais conferidos no art.º 7.º, n.ºs 1, al. d) e 3, al. b), do EPD, consubstanciados na omissão de atos destinados a assegurar uma rigorosa gestão orçamental do(s) serviço(s) gerido(s) por aquele dirigente	Fls. 43, 68, 83, 105 a 116, 139 a 145, 318 a 322, 325, 326 e 331
3.9, 3.16, 3.17, 3.18, 3.20, 4.7, 5.10, al. b), 6.4, 6.6, 7.3 e 9.3	Não registo do compromisso assumido (€ 3.590.318,24, com IVA) com os serviços objeto do contrato informal instituído nos moldes descritos em 5	Art.ºs 10.º, n.º 1, al. c) e 11.º, n.º 1, do RAFE, 4.º, n.º 4 e 84.º, n.º 2, do DLEOE 2012	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC		



Anexo II

Alegações dos responsáveis



Exmo. Senhor
Presidente do Tribunal de Contas
Juiz Conselheiro
Guilherme d'Oliveira Martins

Av. Da República, 65

1050-189 LISBOA

ASSUNTO: *AUDITORIA À DIREÇÃO-GERAL DOS ESTABELECIMENTOS ESCOLARES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA, PARA O APURAMENTO DE RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS IDENTIFICADAS NO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA INCIDENTE SOBRE O PROCESSO DE VISTO N.º 85/2013, PROC. AUDIT. N.º 12/2013 - ARF/11ºS.*


Relativamente ao assunto acima identificado, junto a pronúncia sobre o Relato de Auditoria.

Com os melhores cumprimentos,

O SECRETÁRIO DE ESTADO DO ENSINO E DA ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR


(João Casanova de Almeida)

DGTC 9 6 14 10281



João Casanova de Almeida, Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar, tendo sido notificado, no âmbito do Processo de Auditoria n.º 12/2013 - ARF/1.ª S. - «Auditoria à Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares do Ministério da Educação e Ciência para o apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia incidente sobre o processo de visto n.º 85/2013» - , do relato de auditoria aí produzido (o «Relato de Auditoria»), vem, ao abrigo 13.º, n.ºs 1 a 3 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (a «LOPTC»), apresentar a sua

Pronúncia sobre o Relato de Auditoria

...o que faz nos termos seguintes:

§1.º

ENQUADRAMENTO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CONTRADITÓRIO

1.º

No Capítulo 5 do Relato de Auditoria, dedicado às supostas «ilegalidades detetadas», o Tribunal propõe-se (re)fazer um correto enquadramento jurídico da relação subjacente ao acordo de transação extrajudicial celebrado entre o Estado e a empresa GERTAL S.A. (a «GERTAL»), a 27 de dezembro de 2012 (o «Acordo de Transação»), através do qual, como é sabido, o Estado pretendeu titular a compensação devida à GERTAL pelo facto de esta empresa ter fornecido refeições escolares aos alunos de escolas públicas, no período compreendido entre 10 de

41

abril e 6 de julho de 2012, sem que esse fornecimento tenha tido como contrapartida o pagamento de qualquer quantia.

2.º

Como também é sabido, o Estado *i*) fundamentou a (elementar) obrigação de compensar a GERTAL pelo fornecimento de refeições a alunos de estabelecimentos de ensino público do Ministério da Educação no instituto do «enriquecimento sem causa» concretizado normativamente no artigo 473.º e ss. do Código Civil,...

3.º

...e *ii*) fundamentou a escolha de um acordo de transação, previsto nos artigos 1248.º e seguintes do Código Civil, para concretizar e titular essa compensação, na «autonomia pública contratual da Administração» [*inter alia* artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos (o «CCP»)].

4.º

Ora, face a esta fundamentação o Relato de Auditoria desenvolve um exercício de reenquadramento jurídico da factualidade verificada que, como veremos, para além de ser juridicamente incorreto, encerra uma *pré-compreensão* que, a nosso ver, vicia todo o raciocínio desenvolvido.

5.º

Essa *pré-compreensão* traduz-se na tentativa, juridicamente deslocada, de *descortinar a celebração de um contrato* na factualidade subjacente à prestação do serviço de fornecimento de refeições escolares entre 10 de abril de 2012 e 6 de julho de 2012 (cfr., em particular, pontos 5.4, 5.7, 5.9 e 5.10 do Relato de Auditoria).

6.º

Compreende-se a razões do esforço hermenêutico desenvolvido pelo Tribunal ao cair na tentação de *ficcionar a existência de um contrato* entre o

Estado e a GERTAL a partir dos factos (com relevância jurídica, não há dúvidas) que levaram à continuação da prestação do serviço de fornecimento de refeições no período referido.

7.º

Assim, identificado um contrato, ainda que «informal», entre as partes, a realidade jurídica que daí derivaria encaixaria «que nem uma luva» nas normas contraordenacionais que preveem «responsabilidades financeiras sancionatórias» que cabe ao Tribunal de Contas aplicar, mormente as estabelecidas no artigo 65.º da LOPTC.

8.º

Sucedem que, no caso concreto, a realidade factual subjacente à prestação do serviço de fornecimento de refeições escolares no período em causa é mais complexa do que pretende o Tribunal de Contas e, por conseguinte, é insuscetível de ser licitamente «arrumada» nos quadros jurídicos em que o Tribunal de Contas normalmente se move para a efetivação de responsabilidades financeiras sancionatórias.

9.º

Como passaremos a demonstrar, a persistência do Tribunal de Contas na sua via interpretativa conduz diretamente a soluções jurídicas ilegais e altamente lesiva de direitos fundamentais do visado: o exercício de ficcionar a existência de um verdadeiro «contrato» onde ele não existe — e que, de resto, o signatário nunca conheceu — para efeitos de aplicação das normas sancionatórias previstas no artigo 65.º da LOPTC *viola gravemente o princípio da reserva de lei* (princípio que assume uma relevância garantística acrescida quando se trata da aplicação de normas sancionatórias taxativamente previstas e sujeitas ao «*princípio da tipicidade*») na medida em que pretende produzir um efeito jurídico punitivo à margem das situações a que o mesmo está normativamente ligado.

§2.º

A FONTE DA OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR A GERTAL: A AUSÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO

10.º

Segundo o Relato de Auditoria (cfr. ponto 5.4) «...observa-se que a fonte da obrigação de restituição filia-se, na sua génese, num negócio (informal) formado por declarações negociais tácitas reveladas pelos comportamentos concludentes das partes – correspondentes à prestação dos serviços em causa pela GERTAL e sua aceitação, pela DRELVT, no período... [em causa]»,...

11.º

...o que seria «indiciado», em síntese, i) pelo facto de ambas (a DRELVT e a GERTAL, note-se, não se identificando um responsável individual concreto) terem noção de que a eficácia do Contrato 8/2012, cuja celebração na sequência de concurso público visava titular a prestação dos serviços em causa no período de abril a julho de 2012, tinha a sua eficácia condicionada à emissão de visto, ii) de ambas terem a noção de que esse visto foi recusado a 22 de maio de 2012 e iii) de ambas terem a noção que o Contrato 1/2012, que visava titular a prestação dos serviços em causa até que o Contrato 8/2012 produzisse efeitos, caducou a 31 de março de 2012.

12.º

Continua o Relato de Auditoria da senda da tese contratual afirmando que (cfr. ponto 5.5) «...a GERTAL continuou, com a anuência da DRELVT (...) a fornecer os serviços em questão na expectativa de estes virem a ser remunerados...»,...

13.º

...e que «...o sinalizado em 5.4 e 5.5 expõe a impossibilidade de se conciliarem tais comportamentos (prestação de serviços GERTAL e sua aceitação pela DRELVT) (...) com

um hipotético desconhecimento de inexistência de qualquer vínculo contratual ou com a "ausência de causa justificativa" exigida no artigo 473.º, n.º 1 do Código Civil».

14.º

Ora, mesmo que se admitisse a verificação *qua tale* da descrição factual assumida pelo Relato de Auditoria, a verdade é que a mesma não é suscetível de sustentar a constituição de uma relação jurídica de natureza contratual entre as partes, que afastasse a obrigação de compensação da GERTAL do regime do enriquecimento sem causa.

15.º

Posto de outra forma, apesar do enorme esforço desenvolvido no Relatório de Auditoria para pôr em evidência aspetos volitivos do comportamento da DRELVT (que ademais é uma instituição e não uma pessoa física) a verdade é que **toda a Doutrina** enquadra as situações típicas decorrentes desse comportamento no instituto do «*enriquecimento sem causa*» e não na figura, aqui juridicamente deslocada, do «negócio informal».

16.º

Mais, a existência de uma vontade na aceitação de prestações não tituladas contratualmente é precisamente um dos pressupostos da aplicação do instituto do enriquecimento sem causa a estas situações e não um fator do seu afastamento, ao contrário do que se sustenta erradamente no Relato de Auditoria.

Vamos à Doutrina.

17.º

ALEXANDRA LEITÃO (*O enriquecimento sem causa da Administração Pública*, AAFDL, 1998, que passaremos a citar apenas com indicação de página), depois de ancorar solidamente o instituto do enriquecimento sem causa no direito administrativo no contexto dos princípios da legalidade administrativa, da boa fé

Y
W

e da tutela da confiança (invocados pelo Estado no Acordo de Transação) e da «*equitativa repartição dos encargos públicos*» – princípio este, com assento constitucional, que deixa patente que, suceda o que suceder, é imperativo compensar a GERTAL pelas prestações que efetuou no período em causa, tal como foi percecionado pelo Estado quando celebrou o Acordo de Transação – ,...

18.º

...remete as situações como a presente diretamente para o instituto do enriquecimento sem causa: «*a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa é admissível nos casos de execução antecipada dos contratos administrativos, quando o particular realiza certa prestação em cumprimento de uma ordem de um órgão ou agente da Administração, antes mesmo de o contrato estar concluído*» (p. 90)¹.

19.º

A Autora prossegue, muito a propósito, esclarecendo que nestes casos «...*a prestação não tem cobertura contratual, uma vez que se deu início à execução apenas por necessidade prática*» (p.90). De resto, «*a execução antecipada de contratos é mais vulgar no direito administrativo por duas razões fundamentais:*

– *A primeira prende-se com o facto de os procedimentos tendentes à celebração de um contrato administrativo serem mais morosos, nomeadamente quando implicam a realização de um concurso público, atrasando o início da execução do contrato;*

– *A segunda tem a ver com os prejuízos que podem resultar [para o interesse público] desses atrasos*» (p. 92).

20.º

Por fim, veja-se como a Autora enquadra os comportamentos do tipo *volitivo* que o Relato de Auditoria imputa genericamente à DRELVT e que, num sentido diametralmente oposto ao da Autora, pretende qualificar como

¹ Em abono desta conclusão a Autora convoca a opinião convergente de FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, II volume, Tecnos, Madrid, 1992, p. 28.

41

«declarações negociais tácitas» ou «comportamentos concludentes» geradores de um «contrato informal» (p. 80):

«No entanto, uma das especificidades que o enriquecimento sem causa da Administração apresenta é exatamente a exigência de que esta demonstre ter aceitado a vantagem que é proporcionada pelo ato do particular». Este requisito do enriquecimento sem causa (e não do surgimento de um contrato) é perfeitamente compreensível, destinando-se a impedir que a Administração seja responsabilizada no âmbito deste instituto sem que tenha consentido na atuação do particular. E «esse consentimento pode traduzir-se numa aquiescência expressa, mas tem-se por verificado sempre que a Administração não se oponha à conduta do particular, valendo o silêncio como aceitação tácita da sua utilidade» (pp. 80/81).

21.º

Também MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (cfr. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom quixote, 2009, pp. 553/554) colocam, sem hesitar, as situações do tipo da situação em apreço no âmbito do instituto do enriquecimento sem causa.

22.º

Naquilo a que chamam «situações típicas de enriquecimento sem causa» os Autores identificam a modalidade do «enriquecimento por prestação». Segundo os Autores, «as situações de enriquecimento por prestação são de tal modo paradigmáticas do instituto do enriquecimento sem causa que o art. 473.º, n.º 2 do CC não se refere senão a elas. Existe enriquecimento por prestação em três grupos de situações: primeiro, quando alguém enriquece em virtude de uma prestação efetuada por outrem na ausência de qualquer obrigação [é o caso em apreço], em virtude de uma prestação efetuada por quem não é devedor ou a quem não é credor [é também o caso, já que na ausência de contrato, jamais o Estado poderia exigir a prestação que foi efetuada à GERTAL, beneficiando assim de um comportamento voluntário não contratualmente

titulado ou exigível], ou em virtude de uma prestação respeitante a uma obrigação existente mas ainda não vencida...» (p. 553).

23.º

E como exemplos desta modalidade de enriquecimento sem causa, não só colocam as situações em que alguém presta uma atividade em virtude de um contrato administrativo inexistente, nulo ou anulado (o que admitimos ser excessivo, porque aqui funcionaria primariamente o regime do artigo 289.º do Código Civil), mas, com toda a propriedade, também e precisamente a situação em que «o co-contratante da administração desenvolve uma atividade vantajosa para a administração na expectativa da celebração de um contrato que não vem a ocorrer» (p. 554).

24.º

No doutrina civilística LUÍS MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações*, Vol. I, 7.ª ed. 2008, pp. 422 e ss.) clarifica integralmente o conceito «enriquecimento por prestação» enquanto modalidade típica do enriquecimento sem causa, «que respeita a situações em que alguém efetua uma prestação a outrem, mas se verifica uma ausência de causa jurídica para que possa ocorrer por parte deste a receção dessa prestação. Nesta categoria, o requisito fundamental do enriquecimento sem causa é a realização de uma prestação». De entre as hipóteses de enriquecimento por prestação temos uma que se aplica diretamente à situação em apreço e isso mesmo é referido pelo Autor: «a restituição da prestação por não verificação do efeito pretendido».

25.º

Esta hipótese de trabalho resulta da parte final, do n.º 2 do artigo 473.º do Código Civil tem como pressupostos «i) a realização de uma prestação visando um determinado resultado; b) correspondendo esse resultado ao conteúdo de um negócio jurídico; c) sendo que esse resultado não se vem posteriormente a realizar» (p. 482).

26.º

Ora, como exemplo prático de uma hipótese deste tipo o Autor refere expressamente «...a realização de prestações antecipadamente à constituição do contrato gerador das correspondentes obrigações», como sucede quando há a realização da prestação na expectativa de posterior ratificação de um contrato celebrado por um representante sem poderes (p. 429).

27.º

Este breve excuro pela doutrina permite perceber a mistificação jurídica em que assenta a linha argumentativa do Relato de Auditoria. Procurando “à força” retirar da factualidade verificada a celebração de um contrato, olvida que nestas situações, e segundo o que é pacificamente aceite, as eventuais manifestações de vontade exteriorizadas por funcionários da parte que aproveitou a prestação, expressas ou tácitas, por ação ou omissão, no sentido de uma determinada prestação *ser efetuada* ou *não ser interrompida*, não são assumidas como declarações negociais geradoras de um contrato,...

28.º

...mas sim, como não poderia deixar de ser, como o assentimento ou o *reconhecimento da utilidade* dessa prestação, pressuposto fundamental para que surja uma responsabilidade compensatória na esfera jurídica da Administração **ancorada no enriquecimento sem causa.**

29.º

Nem vale a pena argumentar que da realidade factual subjacente se retira a existência de um contrato formalmente inválido, isto é, de um negócio jurídico formado por declarações negociais verbais que não deixariam de conduzir à existência de um contrato, ainda que nulo.

30.º

Mesmo que nos movêssemos no plano da informalidade própria do direito civil, o carácter verbal das declarações negociais de *proposta* e *aceitação* não afasta a exigência de que as mesmas tenham que ser *completas* e *inequívocas*, porque só assim a proposta contratual (uma declaração negocial receptícia) faz nascer no destinatário o «*direito potestativo*» de, pela aceitação, fazer nascer um contrato².

31.º

Ora, de acordo com a realidade factual dada como assente pelo Relato de Auditoria, que em larga medida, e como daí se depreende, constitui uma novidade para o signatário, o que efetivamente se passou foi a *não interrupção* de um serviço de fornecimento de refeições escolares após a caducidade do Contrato 1/2012 que vinha titulando essa prestação, para acudir à necessidade prática e imperiosa de não interromper o fornecimento de refeições escolares a cerca de 53.000 alunos de determinadas escolas públicas até que o assunto encontrasse solução formal.

32.º

E essa *não interrupção*, cujos contornos factuais que à mesma conduziram não são conhecidos do signatário nem resultam assentes do Relato de Auditoria, terá resultado, admite-se, ou da consciência do prestador do serviço e dos então funcionários da DRELVT de que o fornecimento de refeições aos alunos das escolas públicas em causa não poderia em caso algum ser interrompido – trata-se consabidamente de um universo de alunos em que avultam situações de carência grave, em que a refeição escolar é a única refeição quente do dia –, ou de contactos informais entre esses funcionários no sentido de se assegurar

² Neste sentido, e por todos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 1999, Almedina, pp. 294 e ss..

voluntariamente a continuidade do serviço à margem de um contrato e enquanto o problema da celebração do contrato não fosse resolvido.

33.º

Em qualquer caso, resulta por demais evidente que tais comportamentos não podem ser reconduzidos à formação de um contrato. Por um lado, não há notícia de terem existido declarações negociais firmes, claras e completas que acertassem quaisquer condições contratuais. Por outro lado, é manifesto que tais comportamentos não geraram nem obrigações de prestação na esfera jurídica da GERTAL, nem direitos à prestação na esfera jurídica do Estado.

34.º

Com efeito, do que se tratou foi, como é patente, de uma atuação voluntária da GERTAL que terá merecido o assentimento de funcionários ou responsáveis da DRELVT em função do problema prático com que se defrontavam, atuação voluntária essa que poderia ter cessado a qualquer momento sem que a GERTAL pudesse ser demandada por incumprimento contratual ou que o Estado tivesse algum meio de exigir o cumprimento da prestação no quadro da execução específica de um contrato inexistente.

35.º

Esta realidade, como já se demonstrou, não é reconduzível nem pela lei, nem pela doutrina, à existência de qualquer contrato, ainda que formalmente inválido.

36.º

Esta realidade, pelo contrário, é verdadeiramente um *exemplo de escola* de um «enriquecimento sem causa por prestação» em virtude da *execução antecipada de um contrato* que não se veio a celebrar;...

4/1

37.º

...apresentando-se a não celebração do contrato, precisamente, como a «ausência de causa justificativa» para a prestação que está pressuposta no artigo 473.º, n.º 1 do Código Civil e que convoca o dever de indemnizar no quadro do instituto do enriquecimento sem causa.

38.º

Sem prejuízo, se o que se evidenciou nos artigos anteriores – quanto à ineptidão para fazer surgir um contrato dos comportamentos comissivos ou omissivos que terão dado origem à não interrupção da prestação do serviço de fornecimento de refeições no período em causa – é válido quando se raciocina no contexto da autonomia privada, torna-se ainda mais incontornável quando nos movemos, como é o caso, adentro dos parâmetros da autonomia pública contratual.

39.º

Aqui, o universo de titulares de órgãos administrativos com capacidade jurídica para fazer surgir um contrato «existente» (mesmo que inválido) é muito limitado. E, por outro lado, não são concebíveis contratos públicos existentes celebrados de forma informal, isto é, por via verbal e sem qualquer amparo documental (com a única exceção dos contratos celebrados na sequência de um «ajuste direto simplificado» e que mesmo assim pressupõem uma adjudicação formulada por escrito pelo órgão competente para autorizar a despesa formulada sobre fatura regulamente emitida).

40.º

Com efeito, mesmo quando um contrato público não seja obrigatoriamente reduzido a escrito através de um clausulado autónomo «...entende-se que o contrato resulta da conjugação do caderno de encargos com o conteúdo da proposta adjudicada» (artigo 95.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos).

41.º

Por fim, refira-se que é o próprio Relato de Auditoria que acaba por reconhecer que o fornecimento de refeições escolares no período compreendido entre 10 de abril e 6 de julho de 2012 não se fez ao abrigo de qualquer contrato que se assumisse como «*causa ou justificação jurídica*» dessa prestação: no ponto 6.2 afirma-se expressamente que «*só no plano extra jurídico se concebe (ou admite) a menção, no texto transcrito, a uma "suspensão" dos serviços uma vez que, no período em que estes foram prestados (de 10.04.2012 a 06.07.2012) inexistiam quaisquer relações contratuais válidas e eficazes entre a DRELVT e a GERTAL*³».

42.º


Ora, o reconhecimento de que a prestação no período em causa não foi titulada por qualquer contrato *eficaz* (mesmo que inválido) conduz diretamente à incontornável conclusão de que o aproveitamento dessa prestação pelo Estado não teve «*causa jurídica justificativa*», verificando-se esse pressuposto de aplicação do artigo 473.º, n.º 1 do Código Civil.

43.º

Tudo visto quanto a este aspeto, sobressai uma consequência evidente do correto enquadramento jurídico da factualidade subjacente à efetiva prestação do serviço de fornecimento de refeições pela GERTAL no período em que não existia qualquer contrato que titulasse essa prestação:

– Perante a inexistência de um contrato, e percebendo-se que a obrigação de compensação da GERTAL, fundando-se no enriquecimento sem causa, nasce de um conjunto de circunstâncias concretas de responsabilidade difusa e não apurada no Relato de Auditoria, não há base para a aplicação das normas sancionatórias previstas no artigo 65.º da LOPTC,...

³ Destacado nosso.



...e muito menos há base para aplicação de tais normas ao signatário, visto que não acompanhou o desenrolar dos acontecimentos que criaram a situação geradora de responsabilidade compensatória na esfera da Administração.

44.º

Como acima se referiu, o ficionamento juridicamente insustentado da existência de um contrato para efeitos assegurar o preenchimento de previsões normativas sancionatórias que pressupõe essa existência viola diretamente o «*princípio da reserva de lei*» que impende sobre o Tribunal de Contas, nomeadamente por força do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na versão em vigor, que aprova o Regime Geral das Contraordenações (o «RGCO»).

§3.º

A LICITUDE E RELEVÂNCIA DO ACORDO DE TRANSAÇÃO

45.º

Importa ao signatário, a bem do rigor jurídico, expender uma breves linhas sobre o Acordo de Transação cuja celebração foi por si subscrita na sequência e com base na Informação n.º 1360/2012/DSMCC, de 26 de dezembro de 2012, da Secretaria Geral do Ministério da Educação.

46.º

O signatário apenas tomou conhecimento preciso e formal do circunstancialismo envolvido na prestação não titulada de serviços pela GERTAL através da informação referida no artigo anterior.

4A

47.º

E, atendendo ao teor dessa informação ainda hoje permanece convicto de que o Acordo de Transação celebrado é válido e constituía o meio idóneo para assegurar a necessária compensação da GERTAL pela deslocação patrimonial associada à prestação de serviços que assegurou no período em causa.

48.º

Ainda que este debate jurídico esteja hoje diminuído de relevância atendendo a que o Tribunal de Contas negou o visto prévio a este contrato, releva para o signatário pronunciar-se sobre alguns equívocos jurídicos em que o Tribunal laborou aquando a recusa de visto e em que continua a laborar no Relato de Auditoria.

49.º

O primeiro equívoco é a consideração de que a circunstância de «o acordo extrajudicial de transação ter por fundamento factos já consumados e efeitos já produzidos» tornando «extemporânea e inútil a fiscalização prévia do contrato informal subjacente...», torna também inútil ou desnecessário o Acordo de Transação.

50.º

Com efeito, mesmo que se entendesse que a causa da obrigação de compensar a GERTAL nascia de um contrato informal subjacente, o que, como se demonstrou no capítulo anterior, se afigura juridicamente incorreto, a verdade é que o *dever de restituir* à GERTAL o valor correspondente à deslocação patrimonial inerente à prestação de serviços que efetivamente assegurou (479.º, 1, *in fine* do Código Civil) *permanece vivo e intocado*.

51.º

Consequentemente, com a recusa de visto ao Acordo de Transação por se considerar que este é inútil, o Tribunal de Constas impede que esse contrato

y/w

produza o necessário *efeito titular do pagamento* que, bem ou mal, o Estado ficou vinculado a efetuar à GERTAL e comete uma violação da Constituição.

52.º

De facto, a via seguida pelo Tribunal de Contas perante a situação concreta verificada descamba numa *medida com efeitos expropriatórios*, que se pode equiparar a um «*confisco*», na medida em que cristaliza na ordem jurídica a impossibilidade de a GERTAL ser compensada por uma prestação de serviços que aproveitou ao Estado sem que este tenha assumido os correspondentes encargos.

53.º

Repare-se que o Acordo de Transação era a única via lícita ao dispor do signatário, enquanto detentor de competências delegadas para autorizar a despesa em causa, para titular juridicamente o pagamento à GERTAL de um crédito que indubitavelmente detinha sobre o Estado (fosse, como se sustenta, ao abrigo do enriquecimento sem causa, fosse ao abrigo de um acordo informal como sustenta o Tribunal de Contas).

54.º

Com efeito, perante a demonstração pela GERTAL da existência de um crédito decorrente da prestação de serviços entre abril e julho de 2012 – crédito esse que nasce de circunstâncias alheias ao signatário, mas que nem por isso deixa de ter de ser liquidado – a alternativa a uma ação judicial de condenação ao pagamento da quantia em causa era, sem margem para dúvidas, uma «*transação preventiva*» que satisfizesse o crédito efetivamente detido pela GERTAL e que salvaguardasse o Estado de despesas adicionais com juros de mora e com encargos com o processo judicial que fatalmente se sucederia.

55.º

Consciente que este Acordo de Transação era um contrato público gerador de despesa, o signatário autorizou a inerente despesa e assegurou-se de que o

mesmo tinha **cabimento orçamental e número de compromisso**⁴, salvaguardando o cumprimento das normas procedimentais e financeiras aplicáveis— nomeadamente os artigos 10.º, n.º 1, alínea c); 11.º, n.º 1; 13.º e 22.º, n.º 1 do Regime da Administração Financeira e Patrimonial do Estado; 42.º, n.º 6 da Lei de Enquadramento Orçamental; e 4.º, n.º 4; 10.º e 84.º, n.º 2 da Lei de Execução do Orçamento de Estado para 2012—e ficando, quanto a este processo, salvaguardado contra a aplicação das normas sancionatórias previstas no artigo 65.º da LOPTC.

56.º

Como é natural, o signatário não autorizará qualquer despesa que não esteja associada a título contratual válido devidamente autorizado e que cumpra as regras em vigor quanto à assunção de encargos e realização de despesas públicas.

57.º

Significa isto que o Tribunal de Contas, ao negar o visto ao Acordo de Transação, subtraindo a única possibilidade de legitimamente se titular a compensação devida à GERTAL, constituiu na ordem jurídica um constrangimento denegador de um *direito de conteúdo patrimonial* da GERTAL, com isso lesando objetivamente o *direito à propriedade privada* consagrado no artigo 62.º Constituição.

58.º

Como é de ver, mesmo que o Tribunal considerasse que os factos constitutivos da obrigação de compensar a GERTAL implicassem o cometimento de algum ilícito a montante do Acordo de Transação — a que o signatário é alheio —, e mesmo que em função disso pretendesse assacar responsabilidades pessoais de natureza sancionatória em ação devidamente intentada para o efeito, nada disso poria ou põe em causa a relevância e a licitude da Acordo de Transação

⁴ Cfr. Considerandos L) e J) do Acordo de Transação.

YH

autorizado pelo signatário, que visa acudir a um problema real que tem que ser solucionado no quadro da Constituição e da Lei.

59.º

São, em suma, questões autónomas entre si e que devem ser tratadas em sedes diferentes, desfazendo-se assim outro equívoco que encerra o Relato de Auditoria quanto a esta matéria: mesmo que a relação jurídica que dá origem ao direito de crédito da GERTAL tenha sido constituída com violação de alguma norma financeira ou procedimental aplicável, desde que o crédito se tenha efetivamente constituído, como é o caso, será legítimo recorrer à figura da transação para evitar que este seja satisfeito na sequência de uma ação judicial intentada para o efeito, ação essa em que serão seguramente deduzidas pretensões a juros moratórios e que acarretará o pagamento de custas judiciais e encargos com o processo pelo Estado.

60.º

Está assim verificado o principal pressuposto qualificativo que o artigo 1248.º do Código Civil empresta ao conceito de «*Transação*»: visou-se prevenir um litígio judicial iminente (que, ademais, subtrairia a realização da despesa a que o Estado fosse condenado ao crivo do Tribunal de Contas) através de um acordo de transação, o que é admitido naturalmente pela generalidade da doutrina juspublicista⁵ que se pronunciou sobre o assunto, ancorando-se na *autonomia*

⁵ De resto o Relato de Auditoria demonstra ter conhecimento dessa Doutrina (notas de rodapé 63 e 64), ainda que no ponto 5.8 cite de forma perfeitamente deslocada MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, já que no trecho aí citado o Autor discorria sobre os limites a acordos de transação sobre o modo de exercer poderes administrativos de natureza vinculada – contratos com objeto passível de ato administrativo ou de subordinação –, em particular a acordos compositivos celebrados no âmbito de procedimentos administrativos – acordos endoprocedimentais –, não se ocupando dos limites a acordos de transação «com objeto passível de direito privado», com é o caso, nem, em particular, a acordos destinados a assegurar a satisfação de créditos detidos por particulares sobre a

pública contratual da Administração (artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos). Desde que o crédito exista e que o valor transacional a atribuir ao prestador corresponda àquilo que é ressarcível no quadro do artigo 479.º do Código Civil – o que não foi contestado –, não há porque resistir à utilização deste instrumento típico de solução ou prevenção de litígios.

61.º

Refere ainda o Relato de Auditoria que não se vislumbrariam no Acordo de Transação quaisquer «*concessões recíprocas*», já que este se limitaria a reconhecer um crédito da GERTAL sobre a Administração.

62.º

Não se compreende esta objeção: como é evidente, o acordo visa acertar o montante devido à GERTAL pela prestação de serviços efetuada sem contrapartida, titular o seu pagamento (satisfazendo um direito subjetivo público do particular como é dever da Administração) e, na perspetiva do Estado (e do signatário), consolidar uma situação jurídica em que a GERTAL desiste de quaisquer pretensões a juros moratórios vencidos ou a vencer até à resolução do problema e em que prescinde definitivamente do recurso à via judicial para satisfação do seu crédito.

§4.º

DA AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA NÃO OPOSIÇÃO À CONTINUAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELA GERTAL

Administração fundados seja no enriquecimento sem causa, seja noutra título gerador de obrigações ressarcitórias.

63.º

Independentemente do que se disse acima e da análise da posição jurídica específica do signatário face às normas contraordenacionais que o Relato de Auditoria convoca, é relevante aferir, em termos gerais, se a conduta omissiva que aquele documento reputa de ilícita pode merecer tal qualificação.

64.º

Assim, todos os ilícitos apontados pelo Tribunal de Contas se referem à omissão da adoção de diligências que impedissem que, após a caducidade do Contrato 1/2012, e até ao final do ano letivo, a GERTAL continuasse a prestar o serviço de fornecimento de refeições que deu origem à obrigação pública de ressarcimento.

65.º

Ora, independentemente de o signatário não ser o responsável pelas alegadas atuações omissivas geradoras desse efeito, e independentemente da qualificação jurídica emprestada a tais atuações (assentimentos à utilidade da prestação no quadro do enriquecimento sem causa ou contratos informais), entende o signatário que as mesmas não podem ser reputadas de ilícitas atendendo aos contornos específicos da realidade concreta com que os eventuais responsáveis pelas mesmas se confrontaram.

66.º

Como referimos, a *não interrupção da prestação do serviço* terá resultado, admite-se, ou da consciência do prestador do serviço e dos então funcionários da DRELVT de que **o fornecimento de refeições aos alunos das escolas públicas em causa não poderia em caso algum ser interrompido**, ou de contactos informais entre esses funcionários no sentido de se assegurar voluntariamente a continuidade do serviço à margem de um contrato e enquanto o problema da celebração do novo contrato não fosse resolvido.

44

E isto num contexto burocrático muito difícil, em que a DRELVT, tendo expectativa de o procedimento concursal AQ2/ASE/2011 permitir em tempo útil titular contratualmente o fornecimento de refeições até ao termo do ano letivo, se viu confrontada, em primeiro lugar, com as alterações à LOPTC introduzidas pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro de 2011, que passaram a impedir a produção de quaisquer efeitos nos contratos de valor superior a € 950.000,00, e, em segundo lugar, com a recusa do visto ao Contrato 8/2012, no dia 22 de maio de 2012.

67.º

Olhando para a situação jurídica em que os atores deste «enredo» estavam colocados, parece evidente que, mesmo do ponto de vista jurídico, **os mesmos não poderiam ter agido de outra forma.**

68.º

Assim, se de um lado se lhes colocaria um problema de ausência, à data, de um contrato titular da prestação de serviços em apreço, de outro lado colocava-se seguramente o problema da **necessidade imperiosa** de prosseguir com o fornecimento de refeições aos alunos das escolas públicas em causa.

69.º

Nesta linha, como se sustentou na Informação n.º 1360/2012/DSMCC, de 26 de dezembro de 2012, da Secretaria Geral do Ministério da Educação, a suspensão do serviço de refeições às crianças da educação pré-escolar e aos alunos dos vários níveis de ensino básico e do ensino secundário das escolas da área geográfica da DRELVT, a meio do ano letivo, **acarretava prejuízos irreparáveis para o interesse público**, estando em causa uma refeição diária num elevado número de escolas (226) e para um número de alunos extremamente elevado (53.125), na sua maioria carenciados, em que a refeição na escola é a única refeição quente de que dispõem.

70.º

Perante esta realidade objetiva, e atendendo a que a celebração de um contrato que titulasse a prestação de serviços se revelava um objetivo que não dependia inteiramente de si próprios – dependeria em primeira análise de uma autorização do Ministro das Finanças, nos termos do artigo 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, e de um conjunto de trâmites procedimentais que escapavam à sua competência –, a alegada não oposição à continuação da prestação do serviço por parte da GERTAL sempre se teria que encontrar justificada no quadro do instituto do «estado de necessidade administrativa».

71.º

O «estado de necessidade administrativa» é um instituto com concretização normativa no n.º 2 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo. Nos termos desse preceito, “os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade”⁶.

72.º

Acerca deste preceito importa fazer duas notas. Por um lado, apesar de a sua letra se referir a atos, «o estado de necessidade pode legitimar não apenas atos administrativos, como também operações materiais ou técnicas e, até, contratos administrativos»⁷.

73.º

Por outro lado, o preceito determina a consequência da atuação administrativa praticada em estado de necessidade – a validação dessa atuação – e o

⁷ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Almedina, 1997, pág. 93.

critério que pauta a sua admissibilidade – apenas quando os resultados não possam ser alcançados por outra via. Assim, é necessário recorrer a outras disposições, designadamente ao artigo 339.º do Código Civil, para a concretização do conceito de Estado de Necessidade. Aquela norma define estado de necessidade como a atuação sob o domínio de um perigo iminente e atual suscetível de causar um dano manifestamente superior àquele que é causado pela atuação em estado de necessidade.

74.º

No direito administrativo, o bem lesado em Estado de Necessidade não é uma «coisa alheia», mas o conjunto de normas que são lícitamente incumpridas para salvaguardar um interesse público materialmente superior.

75.º

Há, assim casos, ao contrário do que parece entender-se no Relato de Auditoria (ponto 6.9), em que a observância estrita do princípio da legalidade cede perante interesses públicos superiores. E não temos dificuldade em antecipar que o Tribunal de Contas, se confrontado com uma situação em que a ponderação a efetuar por determinado agente administrativo seja entre interromper o fornecimento diário de refeições escolares a mais de 50.000 alunos para salvaguardar o cumprimento pontual de normas relativas à assunção de encargos públicos, ou não interromper esse fornecimento, concordaria com a atuação omissiva que viesse a ter lugar.

76.º

O que há de comum entre o artigo 339.º e o artigo 3.º, n.º 2 do Código do procedimento administrativo é o desígnio de “validar comportamentos que se desviam das normas em princípio aplicáveis para com isso evitar males manifestamente superiores àqueles em que consiste o formal incumprimento e que, eventualmente, forem causados por

4/1

*tal incumprimento*⁸. Dir-se-á, assim, que o estado de necessidade administrativa permite aos órgãos administrativos que, em determinadas circunstâncias, “se subtraíam ao respeito da regra legal existente – de uma ou outra regra legal, ou, até, da fase do procedimento – para não sacrificar interesses legais (públicos ou mesmo privados) que, por força daquelas circunstâncias, se manifestam, em determinado caso, de modo sensivelmente mais relevante do que aqueles que a regra legal preterida visa normalmente proteger”⁹.

77.º

E cumpre notar ainda que o estado de necessidade administrativa não tem por efeito tornar legal uma conduta que seria ilegal, mas antes tornar válido um concreto comportamento ilegal, exercendo, assim, um efeito validante sobre esse comportamento.

§4.º

DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO SIGNATÁRIO

78.º

Como acima se referiu, o signatário não acompanhou diretamente o desenrolar dos acontecimentos que criaram a situação geradora de responsabilidade compensatória na esfera da Administração.

79.º

O signatário não autorizou a continuação da prestação do serviço por parte da GERTAL após a caducidade do Contrato 1/2012.

⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Revisitando o Estado de Necessidade*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral*, 2010, p.

⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES E J. PACHEGO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Almedina, 1997, pág. 92

80.º

O signatário não teve conhecimento de que após a caducidade do Contrato 1/2012 a GERTAL continuou a prestar o serviço de fornecimento de refeições que havia prestado até ao fim de março de 2012 ao abrigo daquele contrato, nem outra coisa é referida ou dada como assente no Relato de Auditoria,...

81.º

...nem foi pessoalmente informado do problema que a caducidade de tal contrato acarretaria, malgrado a referência na nota de rodapé 33 do Relato de Auditoria à existência de um e-mail e de uma informação da Secretaria Geral do Ministério da Educação dirigidos ao Gabinete do signatário.

82.º

De resto, ainda que tal informação tivesse chegado ao seu conhecimento, o mesmo não teria capacidade jurídica para impedir a concretização do problema, já que a celebração de um novo contrato que titulasse o fornecimento de refeições pela GERTAL entre abril e julho de 2012 à margem do Acordo Quadro da ESPAP celebrado para esse efeito dependeria de uma autorização prévia do Ministro das Finanças nos termos do artigo 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro.

83.º

O signatário apenas teve conhecimento dos contornos específicos de toda a problemática subjacente à prestação de serviços não titulada contratualmente através da Informação n.º 1360/2012/DSMCC, de 26 de dezembro de 2012, da Secretaria Geral do Ministério da Educação, o que o levou a celebrar o Acordo de Transação de modo a evitar prejuízos desnecessários para a Administração e a satisfazer um direito subjetivo público de natureza creditícia, constitucionalmente tutelado, que se havia constituído na esfera jurídica da GERTAL com fundamento no artigo 473.º do Código Civil.

84.º

O exposto conduz naturalmente ao afastamento da aplicação ao signatário de qualquer norma contraordenacional estabelecida no artigo 65.º da LOPTC, desde logo porque não cometeu, ainda que por omissão, qualquer ato ilícito previsto e punido por tais normas.

85.º

A efetivação da responsabilidade financeira exige, como é sabido, uma apreciação jurídica positiva em dois níveis distintos — o nível da *imputação objetiva* e o nível da *imputação subjetiva* —, a qual deve ser empreendida a partir da norma de responsabilidade em causa.

86.º

As normas de responsabilidade financeira apontadas pelo Relato de Auditoria como suscetíveis de acolher as alegadas infrações praticadas pelo signatário — inerentes à suposta omissão de adoção de diligências tendentes a impedir a formação do, também suposto, «contrato informal» com a GERTAL — são as alíneas *b)* e *l)* do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC.

O tipo objetivo acolhido na previsão da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC corresponde à «*violação de normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*». Por seu turno, a alínea *l)* refere-se à «*violação de normas legais ou regulamentares relativas contratação pública...*».

87.º

Em face do teor destas normas, o apuramento (objetivo) da responsabilidade financeira compreende, necessária e cumulativamente, os seguintes momentos:

41

a) Identificação das normas hipoteticamente violadas e do respetivo conteúdo prescritivo;

b) Identificação e recorte das condutas sob escrutínio e da sua desconformidade com os parâmetros delimitados nos termos da alínea anterior, configuradora da respetiva ilegalidade;

c) Imputação dessas condutas ao agente, atribuindo o facto (ato) ao agente como seu, ou, por outras palavras, o estabelecimento da relação causal da ação ou omissão do agente com os efeitos ou resultados do facto constitutivo de responsabilidade (a *imputatio facti*).

88.º

Ora, tendo em consideração o sobredito quanto à atuação do signatário, resulta patente que a mesma não é suscetível de objetivamente integrar a previsão das normas sancionatórias invocadas, desde logo porque o Relatório de Auditoria não logrou determinar os elementos referidos nas alíneas b) e c) anteriores.

89.º

Por um lado, porque como se deixou expresso e não é factualmente desmentido pelo Relato de Auditoria, o signatário não teve conhecimento atempado de que a GERTAL permaneceu a fornecer refeições escolares sem título contratual, isto é, não tomou conhecimento do problema a tempo de impedir que o mesmo se verificasse. Não podem assim ser objetivamente imputável à sua esfera jurídica eventuais ilícitos associados à constituição de uma obrigação ressarcitória para a qual não contribuiu e que não tinha condições objetivas de impedir.

90.º

Repare-se que o que acabou de se referir não tem sequer a ver com juízos de culpa, próprios do elemento subjetivo da responsabilidade sancionatória: é a própria atuação potencialmente ilícita que pura e simplesmente não se verificou.

91.º

Em segundo lugar, as normas primárias para as quais remetem as normas remissivas contidas no artigo 65.º, n.º 1 da LOPTC não são passíveis de serem violadas por omissão no sentido que ao termo é reservado pelo Relato de Auditoria. Trata-se de normas que preveem deveres positivos de cumprimento de trâmites procedimentais financeiros e adjudicatórios, que impõem a obtenção de autorizações e a realização de diligências procedimentais no caso de o sujeito jurídico empreender ativamente atos de assunção de despesa pública e de celebração de contratos públicos.

92.º

Ora, o Relato de Auditoria reconhece que o signatário não empreendeu ativamente diligências que conduzissem à obrigação de compensar a GERTAL em apreço. Pelo contrário, o Relato de Auditoria afirma expressamente que o signatário cometeu os ilícitos contraordenacionais em causa «por omissão».

93.º

Ora, na ausência de um dever *in vigilando* das atuações dos funcionários e dirigentes da Administração do Estado legalmente cometido aos membros do Governo, resulta patente que a atuação omissiva identificada no Relato de Auditoria, mesmo que reunisse os contornos factuais aí identificados, não seria idónea a preencher os pressupostos de imputação objetiva da responsabilidade sancionatória.

94.º

De facto, malgrado o que perpassa dos pontos 7.4 e 7.5 do Relato de Auditoria, nem dos artigos 61.º e 62.º da LOPTC, nem do artigo 14.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, na versão em vigor, nem de qualquer outra, se retira um dever de vigilância ativa dos membros do Governo sobre as atuações (para mais omissivas) dos dirigentes que estão sob sua «alçada», ou se retira qualquer norma

suscetível de responsabilizar objetivamente o signatário pela factualidade verificada, a que é totalmente alheio,...

95.º

...e que não conhecia, nem tinha o dever de conhecer, a menos que se veja nessas normas a instituição de uma **responsabilidade contraordenacional objetiva** dos membros do Governo que não tem base e atentaria contra a Constituição.

96.º

Afirmada a **impossibilidade de imputação objetiva** de qualquer responsabilidade financeira sancionatória ao signatário decorrente da circunstância, a que é totalmente alheio, de a GERTAL ter continuado a prestar o serviço de fornecimento de refeições escolares à DRELVT entre 10 de abril e 6 de julho de 2012, de forma não titulada, inútil se torna aquilatar da verificação dos pressupostos subjetivos da responsabilidade financeira, que conseqüentemente é insuscetível de existir.

EM CONCLUSÃO:

Em função do que se deixou exposto, a conclusão a retirar é a de que o projeto de Relato de Auditoria do Tribunal de Contas inclui um número considerável de incorreções que importa naturalmente rever, em particular, e no que concerne ao signatário, as que se prendem com sua identificação como potencial responsável pelo cometimento das infrações identificadas no ponto 7 do Relato de Auditoria.

Requer-se, por isso, que essa revisão seja promovida, sendo certo que o signatário se encontra disponível para prestar qualquer outro esclarecimento que se entenda necessário.



JOÃO CASANOVA DE ALMEIDA

A

Exma. Senhora
Subdiretora-Geral do Tribunal de Contas
Dra. Márcia Vala
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Auditoria à Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares do Ministério da Educação e Ciência para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia incidente sobre o processo de visto n.º 85/2013.
Proc. Audit. N.º 12/2013 - ARF/1ª S.

José Alberto Moreira Duarte, Diretor-Geral dos Estabelecimentos Escolares e ex-Diretor Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, notificado do Relato de Auditoria (RA), nos termos do artigo 13.º, n.ºs 1 a 3, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (república em anexo à Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, alterada pelas Leis n.ºs 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro) a fim de se pronunciar sobre o conteúdo do mesmo, vem fazê-lo nos termos e com os fundamentos seguintes:

I - Introdução

1. O Relato de Auditoria ora notificado teve como origem a remessa ao Tribunal de Contas, por parte da Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares, para efeitos de fiscalização prévia, do Acordo de Transação Extrajudicial, celebrado entre o Estado, Ministério da Educação e Ciência (MEC) e a Gertal - Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., tendo por objeto a resolução do litígio decorrente do fornecimento de refeições escolares, efetuado por esta àquele mediante o pagamento de uma compensação no valor de € 3.590.318,24 (IVA incluído).
2. Em 22-04-2013, a 1.ª Seção do Tribunal de Contas decidiu (Decisão n.º 337/2013) devolver o citado proc. de visto por se verificar que *“o acordo extrajudicial em causa tem por fundamento factos já consumados e efeitos jurídicos já produzidos, sendo agora, extemporânea e inútil a fiscalização prévia do contrato informal subjacente, relação essa que constitui o efetivo «facto gerador da obrigação de despesa». (...) Tendo em atenção as ilegalidade em causa, determina-se o prosseguimento do processo para apuramento das responsabilidades financeiras a que haja lugar”*.

II - Dos factos apurados

3. Tal como resulta dos factos apurados do Relato de Auditoria (ponto 3.2), em 30-01-2012, a DRELVT celebrou com a GERTAL - Companhia de Restaurantes e Alimentação, S.A., um contrato (n.º 1/2012) tendo por objeto o fornecimento (estimado), de 1.115.625 refeições em 226 refeitórios escolares pelo preço de €1.577.491,65, sem IVA, com início em 02-01-2012 e prazo de 21 dias úteis, eventualmente renovável por iguais períodos, até que fosse concedido o visto do TC ao *“procedimento concursal AQ2/ASE/2011”*, cf. expresso na sua cl. 3.ª.

A

4. Em 10-01-2012, a Secretário de Estado do Tesouro e Finanças (SETF) autorizou (nos termos do artigo 5.º, n.º 4 do DL n.º 37/2007 de 19.02, materializada no Despacho n.º 40/12-SETF, de 10-01-2012, exarado sobre o ofício da Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP) de 10-01-2012), a realização da contratação referenciada, para o período de 02-01-2012 a 31-01-2012, à margem do acordo AQ15-RC, celebrado pela ANCP.
5. O contrato n.º 1/2012, foi submetido a visto do Tribunal de Contas em 01-02-2012, pela DRELVT, ulteriormente integrado no proc. de visto n.º 168/2012.
6. Em 29-02-2012, a DRELVT, celebrou com a GERTAL o contrato n.º 8/2012, tendo por objeto o fornecimento (estimado) de 4.409.375 refeições em refeitórios escolares no período compreendido ente 02-01-2012 e o fim do ano letivo de 2011/2012, pelo preço estimado de € 6.234.847,95 (sem IVA). A formação do contrato foi precedida do procedimento AQ2/ASE/2011.
7. Em 07-03-2012, a SETF autorizou, por despacho n.º 261/12-SETF, a renovação do contrato n.º 1/2012, pelo prazo de 42 dias úteis, no período compreendido entre 01-02-2012 a 31-03-2012, considerando, cumulativamente, o constrangimento jurídico introduzido pela Lei n.º 61/2011, de 07-02 (o contrato, em fase de conclusão - designado "AQ/ASE/2011 - não poder produzir quaisquer efeitos antes do visto do TC).
 - a) O contrato n.º 8/2012, foi submetido a fiscalização prévia do TC em 14-03-2012, posteriormente incorporado no processo de visto n.º 401/2012.
 - b) Em 22-05-2012, a 1.ª Seção do TC recusou o visto ao contrato (e adenda) n.º 8/2012, com fundamento na ilegalidade da anulação (ocorrida em 28-11-2011) da 1.ª adjudicação (decidida em 27-12-2011).
8. Em 30-03-2012, a DRELVT diligenciou junto das entidades competentes, em cumprimento das diretrizes recebidas, a "renovação do pedido de exceção para a continuidade do fornecimento de refeições", contratado pelo ajuste direto n.º 2/ASE/2012, para "abril e maio".
9. Em 18-07-2012 e ao abrigo do disposto no art.º 5, n.º 4 do DL. N.º 37/2007, de 19.02, a Secretaria-Geral (SG) do MEC solicitou à SETF (através da ANCP) autorização para adquirir, à margem do acordo quadro AQ15-RC, 2.750.000 refeições escolares para o período de 01-04-2012 a 06-07-2012.
10. Em 24-10-2012, a DRELVT elaborou a informação n.º 20/DSGM/DAPO/2012, alusiva à "Dívida à empresa GERTAL pelo fornecimento de refeições em refeitórios escolares", na qual salienta os prejuízos "irreparáveis para o interesse público" advenientes da sua eventual suspensão após 31-03-2012 (...) a DRELVT não negligenciou a necessidade de obter a respetiva autorização formal tendo solicitado em tempo oportuno (...) o referido pedido de autorização", ponto 3.17 do RA.
11. Em 26-12-2012, a SG do MEC, formulou a Inf. N.º 1360/2012/DSMCC que, no essencial reproduz a matéria de facto apresentada na Inf. da DRELVT n.º 20/DSGM/DAPO/2012, de 24-10-2012, procedendo, subseqüentemente, ao seu enquadramento jurídico. Sugere um acordo de transação, nos termos do art. 1248.º do CC, o qual acautelará os princípios da boa fé e da tutela da confiança revelado pela GERTAL ao dar "continuidade à prestação dos serviços em causa, na expectativa de obter o correspondente pagamento". Em 26-12-2012, a Secretária-Geral Adjunta do MEC emitiu parecer concordante com o teor da citada Informação, submetendo o assunto à apreciação do Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar.
12. Em 27-12-2012, é celebrado entre o MEC, representado pelo Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar (SEEAE), no uso das competências delegadas pelo despacho n.º 10134/2012, do Senhor Ministro da Educação e Ciência, de 21 de junho de 2012, publicado no D.R., 2.ª Série, n.º 145, de 27 de julho de 2012 e a GERTAL - Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A, o Acordo de Transação, nos termos dos artigos 1248.º e 1250.º do Código Civil.

A

13. Do ponto 5 do Relato de Auditoria - Ilegalidades detetadas consta que:

Ponto 5.7 “ os comportamentos sub júdice só são justificáveis ou plausíveis à luz duma aparente relação jurídica, de natureza contratual, tacitamente constituída entre as partes (...) alegadamente ditadas pelo interesse público em manter, sem interrupções, o fornecimento de refeição até ao final do ano letivo de 2011/2012.

Ponto 5.9 “(...) conclui-se, relativamente ao citado contrato que:

- a) A sua formação não foi antecedida do procedimento adjudicatório indicado em 4.3 (...);
- b) A despesa subjacente aos serviços objeto do sobredito contrato informal, no montante de € 3.590.318,24 (com IVA), careceu de autorização, em discordância com as normas indicadas em 4.5;
- c) não foi reduzido a escrito, em violação da norma regulamentar especificada em 4.4”.

III - Análise

14. Como resulta da factualidade provada, a DRELVT, face à ausência de visto do Tribunal de Contas ao contrato n.º 8/2012, para o fornecimento de refeições em refeitórios escolares, decorrente do procedimento concursal AQ2/ASE/2011, diligenciou junto do Adjunto do Gabinete do Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar (SEEAE), via email, a renovação do pedido de exceção, para a continuidade do fornecimento de refeições, contratado pelo ajuste direto n.º 2/ASE/2012.
15. De salientar que, à semelhança dos anteriores pedidos de exceção (de 10-01-2012 e 24-02-2012), a DRELVT desencadeou a mesma tramitação processual, ou seja, solicitou ao Adjunto do Gabinete do SEEAE para que diligenciasse junto do CAPI (atual DSCP) a renovação do pedido de exceção para a continuidade do fornecimento de refeições, à ANCP.
16. Efetivamente, tal pedido não foi oportunamente encaminhado, tendo ocorrido apenas em 18 de julho de 2012 o envio por parte do CAPI à ANCP da referida renovação do pedido de exceção, para o período entre o dia 1 de abril e 6 de julho de 2012.
17. Atendendo à natureza dos serviços prestados “fornecimento de refeições às crianças da educação pré-escolar e aos alunos dos vários níveis de ensino básico e do ensino secundário” e a absoluta impossibilidade da sua suspensão, por estar em causa o fornecimento de uma refeição diária, num elevado número de escolas (226) e para um número de alunos extremamente elevado (53.125), na sua maioria carenciados e em que a referida refeição constitui, na maioria dos casos, a única refeição quente que ingerem, não podia a DRELVT ter atuado de forma diferente.
18. Reconhecendo que a renovação do pedido de exceção solicitado ao Adjunto do Gabinete do SEEAE em 30-03-2012, em termos temporais, já se encontrava no prazo limite, certo é que, tendo a tramitação seguida sido semelhante aos anteriores, em 10-04-2012, início das atividades letivas, certamente a renovação do pedido de exceção teria sido autorizado.
19. O Acordo de Transação Extrajudicial, celebrado entre o MEC e a GERTAL, após recusa de visto com os fundamentos constantes da Decisão n.º 337/2013, da 1.ª Seção do Tribunal de Contas, não produziu qualquer efeitos.

IV - Das responsabilidades financeiras indiciadas

20. De entre as responsabilidades financeiras sancionatórias indiciadas ao ex-Diretor Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo, constam no RA:
- “7.1 A preterição, por omissão, do procedimento adjudicatório regulado no artigo 259.º, n.ºs 1 e 3 do CCP (...) integra o ilícito financeiro descrito no art. 65.º, n.º 1, al. l, da LOPTC;*
- 7.2 A falta (por omissão) de autorização da despesa inerente ao contrato informal (...), tipificada no art. 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC;*
- 7.3 A ausência de registo dos encargos prováveis (cabimento prévio), (...) ilícito financeiro enunciado no artigo 65.º, n.º 1, al. b) da LOPTC;*
- 7.4 A não escrituração do compromisso ou encargos assumidos com os serviços (...) infração financeira descrita no art. 65.º, n.º 1, al. b) da LOPTC.”*
21. Como resulta de todo o exposto, a atuação da ex-DRELVT, ainda que marcada pela irregularidades apontadas, pautou-se sempre quer pelo cumprimento dos normativos legais em vigor quer pelo interesse público subjacente ao fornecimento das refeições escolares a serem servidas às crianças que frequentavam as escolas sob jurisdição da DRELVT.
22. Efetivamente, existiu uma contraprestação que beneficiou o interesse público, o que não pode ser ignorado.
23. Lamenta hoje não ter atuado de forma diferente no que se refere à renovação do pedido de exceção junto do CAPI, o que teria evitado o incumprimento das normas tipificadas no ponto 7 do RA, nomeadamente, 7.1 a 7.4.
24. Não obstante, como ex-titular do cargo de Diretor Regional de Educação de Lisboa e Vale do Tejo assume as responsabilidades inerentes ao mesmo.
25. Razão pela qual, face à ausência de antecedentes pessoais e à tomada de consciência que o presente processo lhe mostrou a importância de observar com maior rigor todas as estipulações legais nesta matéria, encontram-se preenchidos os pressupostos que permitem que a sua responsabilidade seja relevada, à luz do disposto no n.º 2 do artigo 64.º da LOPTC:
26. Acresce que nos termos do disposto na al. c) do n.º 8 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, na sua redação atual, “(...) a 1ª e 2ª Seções do Tribunal de Contas poderão, desde logo, relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando: (...) c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática”.

Termos em que peticiona que seja relevada a responsabilidade financeira por estarem preenchidos os pressupostos legais.

Com os melhores cumprimentos.

O Diretor-Geral dos Estabelecimentos Escolares


José Alberto Moreira Duarte