

ACÓRDÃO N.º 08/2012 - 15.mai.2012 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 17/2011

(Processo n.º 124/2010-SRMTCT)

DESCRITORES: Contrato Programa / Cooperação Financeira / Omissão de Pronúncia / Erro / Nulidade / Decisão

SUMÁRIO:

1. A omissão de pronúncia incide apenas sobre questões postas ao Tribunal e não sobre os fundamentos ou considerações desenvolvidas pelas partes, daí que seja irrelevante e, por conseguinte, insusceptível de constituir causa geradora de nulidade, a não-aceitação pelo tribunal de tais considerações ou fundamentos.
2. No caso *sub judice* não ocorre qualquer omissão de pronúncia porque a aplicação da al. v) da Resolução do Governo Regional n.º 1504/2009, de 10 de dezembro, não foi abordada nem pelo tribunal *a quo*, nem pelo recorrente, nem pelo Ministério Público, e o julgador deve ater-se às questões controvertidas, nos termos do n.º 2 do art.º 100.º da LOPTC.
3. A nulidade prevista no art.º 668.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Civil ocorre apenas se os fundamentos aduzidos pelo julgador conduzirem, necessária e logicamente, a um resultado oposto ao plasmado no acórdão.
4. Resultando do caso *sub judice* que o requerente não se conforma com os argumentos apresentados pelo julgador, não existe qualquer contradição entre o decidido e a sua fundamentação.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO Nº8 /15.MAI.2012 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 17/2011

(Processo nº 124/2010-SRMTTC)

1. O Governo Regional da Madeira, representado pela Secretaria Regional da Educação e Cultura, notificado do Acórdão nº 5/13.MAR.2012-1ªS/PL, que confirmou a decisão recorrida, julgou improcedente o recurso e manteve a recusa de visto ao contrato-programa de cooperação financeira celebrado, em 29 de Dezembro de 2010, com o CELFF – Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A., no montante de € 1.141.000,00, sobre aquele acórdão veio arguir nulidades, nos termos do artigo 668º do Código do Processo Civil (CPC).
2. O requerimento apresentado pelo recorrente, que aqui se dá por integralmente reproduzido, refere que *“tanto a decisão da 1ª Instância, como o Acórdão [referido] lavram em erro que importa nulidade para o Acórdão em causa, na medida em que acaba por se traduzir, simultaneamente, numa omissão de pronúncia e numa contradição entre os fundamentos e a decisão, nulidades que para todos os efeitos se arguem (art. 668º do CPCivil) e que conduziram a um manifesto erro decisório, cuja alteração decorrerá, como consequência lógica e necessária, da procedência da arguição de nulidades suscitada e da sua respectiva supressão”*.
3. De entre outros aspetos, refere ainda o requerente:
 - a) *“Por razões diversas (...) regista-se, neste caso, a circunstância de, no âmbito do processo de "visto prévio", ter o Tribunal de Contas analisado e avaliado actos e procedimentos distintos, a saber - "contrato de programa de cooperação financeira" e "o concurso limitado por prévia qualificação com vista a cessão de exploração da EPHTM”*;
 - b) *“O Tribunal de Contas (...) em ambas as instâncias, embora com relevantes "nuances" diferenciadoras, atribui a tal conexão graves males, ilegalidades e vícios que põem em causa, tanto o "contrato programa", como o "concurso", justificando desse modo a recusa de "visto prévio”*;
 - c) *“Em todo o caso, não se pode deixar de antecipar que, no domínio dos princípios e das regras mais elementares, em que as instâncias que velam pela legalidade têm de ser exemplares, pelo que falar de "bugalhos", quando se está a tratar de "alhos", embora possa permitir "matar dois coelhos de uma só cajadada", não constitui, a este nível de responsabilidades, o procedimento mais escorreito e desejável”*;
 - d) *“Aliás, tratando-se de decisões, inexplicavelmente, sem audiência prévia dos interessados, esta mistura de questões importa, como importou em 1ª Instância, uma verdadeira decisão "surpresio", sem contraditório, pelo menos no que ao procedimento concursal diz respeito e, por conexão, e em certa medida, mesmo em relação ao "contrato-programa”*;
 - e) *“(...) a Resolução nº 1504/2009, de 10-12-2009 (...), referia expressamente, na sua alínea u), o seguinte:*



Tribunal de Contas

- "A Região Autónoma da Madeira não se demitirá das funções de acompanhamento e fiscalização da exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira, visando permanentemente a defesa do interesse público";*
- f) *"E na mesma sequência das preocupações referidas, consignou-se expressamente na alínea v) da mesma Resolução o seguinte:*
"O concessionário terá o direito de celebrar com a Região autónoma da Madeira os contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e e/ou do Orçamento Regional que estejam previstos na lei e regulamentos em vigor para apoio ao ensino profissional privado";
- g) *"(...) o Acórdão em causa, na sequência, aliás, do que já acontecera na 1ª Instância, faz (...) uma leitura truncada e deturpada das peças que integram o procedimento concursal";*
- h) *"Efectivamente, referir-se nos documentos concursais e contratuais que "a concessionária é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as actividades que integram a concessão", não equivale necessariamente, à ideia de que terá de ser ela que, por meios exclusivamente próprios, tenha de custear integralmente as actividades em causa";*
- i) *"Mas se dúvidas houvesse sobre o excerto transcrito, o que nos parece, aliás, pouco admissível, na medida em que uma coisa é ser responsável pela obtenção de financiamento, outra coisa é financiar, exclusiva e integralmente, por meios próprios, sempre a Resolução do Governo Regional, na alínea u) que acima se transcreveu, as teria dissipado, mas a subsistirem em qualquer medida, sempre aos concorrentes assistia o direito de suscitar os pedidos de esclarecimento necessários nos termos dos artºs 50º e 166º do Código dos Contratos Públicos";*
- j) *"(...) a alínea v) da Resolução do Governo Regional (...) é clara [e] (...) além de publicada no Jornal Oficial, integrava a documentação disponibilizada aos concorrentes para efeitos de concurso limitado, por prévia qualificação, [que revelava], desde o primeiro momento, com total transparência, essa possibilidade de recurso a "contrato-programa";*
- k) *"Não se entende, pois, a acusação constante do Acórdão em causa de que tal possibilidade foi ocultada a hipotéticos interessados no concurso, sendo essa, aliás, a grande ilegalidade que se imputa àquele procedimento e ao contrato programa, por violação das regras da concorrência, juízo este que só pode ser devido a erro, pois, a Resolução do Governo Regional era explícita a tal respeito, facto que o Acórdão não apreciou nem valorou e sobre o qual nada diz, enfermando, assim, num aspecto essencial, de nulidade por omissão de pronúncia (artº 668º, nº 1., alínea d), do CPCivil);*
- l) *"Por isso, não se compreende que, na linha da decisão da 1ª Instância, no Acórdão em causa se refira que o quadro estabelecido no âmbito concursal foi um e que, mais tarde, se pretendeu implementar, por via do contrato programa, outro, diferente, que perverteria o anteriormente fixado, referindo-se expressamente no Acórdão em causa o seguinte: "Não pode agora, depois de estabelecido o universo concorrencial em que se formou o contrato, e depois deste ter sido celebrado, subverter-se aquele quadro, excepto se para tal houver um claro suporte legal";*
- m) *"O Acórdão em causa, com todo o devido respeito, afigura-se contraditório, quando, por um lado, aponta aos procedimentos adoptados a omissão relativamente à possibilidade de recurso a "contrato-programa", por parte do concessionário (o que*



Tribunal de Contas

não é verdade, como se demonstrou, maxime pela já muito referida Resolução do Governo Regional), e por outro, ao mesmo tempo considere que tal referência ou menção era dispensável, na medida em que essa possibilidade decorria naturalmente da lei”;

- n) *“Por isso cabe perguntar onde se situa, no entendimento do douto Acórdão, o fundamento para recusa de "visto prévio"?”;*
- o) *“O fundamento para tal recusa decorreria da circunstância de, segundo o mesmo Acórdão: "O concessionário não concorreu a nenhum programa, ou projecto ou acção previsto na legislação e regulamentação de fundos de financiamento", e reforça ainda tal ponto de vista com a circunstância de, no texto do contrato programa em questão se referir que a participação financeira dela decorrente se destina " ... a garantir transitoriamente a viabilidade financeira e operacional da escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados”;*
- p) *“Segundo a análise crítica do Acórdão em questão, o contrato-programa destinar-se-ia assim a garantir o funcionamento da escola, sendo suposto que tal deveria acontecer por via da concessão, sem financiamento algum, conclusão que não é legítima, pois, os documentos concursais, como se demonstrou, previam, entre os financiamentos a que o concessionário poderia recorrer, exactamente os "contratos-programa”;*
- q) *“Há assim uma evidente contradição entre o decidido e a sua fundamentação, nulidade que se argui, e que teve como consequência o erro decisório manifesto, de que o mesmo Acórdão enferma”;*
- r) *“Com todo o respeito, exactamente daquilo que são preocupações de rigor e transparência, como foi a de deixar clara, desde logo na Resolução do Governo Regional, a possibilidade, legalmente admitida, do recurso a contrato-programa, e a menção expressa na cláusula 9ª, nº 3., do contrato de concessão, dessa possibilidade e a cautela explícita no próprio contrato programa, de se tratar de medida transitória para assegurar a viabilização financeira e operacional da escola e estabelecimento de aplicação a ela associado, nesta fase inicial, tenham servido, paradoxalmente, de fundamento de recusa do "visto prévio”;*
- s) *“Mas a contradição entre os fundamentos e a decisão, nulidade de que o Acórdão em causa enferma, torna-se ainda mais evidente quanto, depois de se ter admitido ser legalmente possível prever o recurso a contratos-programa, se ter jogado com conceitos ou nomen juris para confundir e considerar ilegal, por alegadamente não previsto no procedimento concursal, se estar perante a atribuição de subsídios que teriam sido ocultados aos demais concorrentes, quando é a própria lei – artº 25º do Decreto Legislativo Regional nº 34/2009/M, de 31/12 - que preceitua, no seu nº4, que "os subsídios e outras formas de apoio concedidos serão objecto de contrato-programa como o beneficiário, onde são definidos os objectivos, as formas de auxílio, as obrigações das partes e as penalizações em caso de incumprimento”;*
- t) *“Claro fica que estamos a tratar de uma e única mesma coisa – contrato-programa - não sendo verdade que tal não estivesse previsto na documentação que consubstanciou o procedimento concursal e que isso não fosse do conhecimento de todos e quaisquer eventuais concorrentes e interessados, não ocorrendo assim qualquer violação das regras da concorrência e da contratação pública”.*

4. O Ministério Público emitiu bem fundamentado parecer no sentido de que se julgue a arguição manifestamente improcedente.



5. Em síntese, o requerente argui as seguintes nulidades no acórdão proferido:

- a) **Nulidade por omissão de pronúncia**, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 668.º do CPC, por não ter sido considerada a alínea v) da Resolução do Governo Regional n.º 1504/2009, de 10 de dezembro que previa que *"[o] concessionário terá o direito de celebrar com a Região Autónoma da Madeira os contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e e/ou do Orçamento Regional que estejam previstos na lei e regulamentos em vigor para apoio ao ensino profissional privado"* pelo que estava consagrada, com pleno conhecimento de todos os interessados no concurso, a possibilidade de recurso a "contrato-programa" sendo *"pois, a Resolução do Governo Regional (...) explícita a tal respeito, facto que o Acórdão não apreciou nem valorou"*;
- b) **Nulidade por contradição entre o decidido e a sua fundamentação** – embora o requerimento não o explicita, enquadrável na alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo 668.º – na medida em que o acórdão *"por um lado, aponta aos procedimentos adoptados a omissão relativamente à possibilidade de recurso a "contrato-programa", por parte do concessionário (o que não é verdade, como se demonstrou, maxime pela já muito referida Resolução do Governo Regional), e por outro, ao mesmo tempo considere que tal referência ou menção era dispensável, na medida em que essa possibilidade decorria naturalmente da lei"* e ainda porque *"o contrato-programa destinar-se-ia assim a garantir o funcionamento da escola, sendo suposto que tal deveria acontecer por via da concessão, sem financiamento algum, conclusão que não é legítima, pois, os documentos concursais, como se demonstrou, previam, entre os financiamentos a que o concessionário poderia recorrer, exactamente os "contratos-programa"*.

6. Não tem razão o requerente. Vejamos porquê.

7. Em primeiro lugar, porque a aplicação ao caso da alínea v) da Resolução do Governo Regional n.º 1504/2009, de 10 de dezembro, não foi abordada nem pelo tribunal *a quo* na decisão recorrida, nem pelo recorrente na petição de recurso, nem pelo Ministério Público no seu parecer. E o julgador deve ater-se às questões controvertidas nos termos do n.º 2 do artigo 100.º da LOPTC¹.

8. Mas mesmo que tivesse sido suscitada por uma dessas entidades e este Tribunal se não lhe tivesse referido, no plano da substância a solução adotada em nada se teria alterado, porque a norma constante daquela disposição foi reproduzida no n.º 3 da cláusula 9.ª do contrato de concessão celebrado em 1 de setembro de 2010, em cuja execução o contrato-programa que esteve *sub judicio* se insere. E esta cláusula foi

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 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.



Tribunal de Contas

bastamente citada e analisada no acórdão cuja nulidade agora se argui: vide alínea b) do nº2, nºs 5 e 6 do nº 3, alínea f) do nº 7, nº 13 e nº 15 do acórdão.

Mais: o acórdão proferido cuidou expressamente de referir e considerar que a cláusula 9ª do contrato correspondia à cláusula 9ª do caderno de encargos do concurso internacional: vide a alínea i) do nº 7 do acórdão.

Portanto, a matéria sobre a qual se veio agora dizer que este Tribunal não atendeu, foi sobejamente considerada e atendida.

Não ocorreu pois qualquer omissão de pronúncia.

Como refere o Ministério Público no seu parecer “[a] omissão de pronúncia apenas incide sobre questões postas ao Tribunal e não sobre os fundamentos ou considerações desenvolvidas pelas partes. Daí que seja irrelevante e, por conseguinte, insuscetível de constituir causa geradora de nulidade, a não-aceitação pelo Tribunal de tais considerações ou fundamentos. É que o juiz é livre na busca das regras de direito aplicáveis, não estando sujeito às alegações das partes no tocante à identificação, interpretação e aplicação do direito”.

9. O requerente continua a defender que com aquela disposição – constante como se viu da Resolução, mas também do caderno de encargos e do contrato de concessão – haveria fundamentação bastante para a celebração do contrato-programa e que elas já constavam da documentação do procedimento de formação do contrato de concessão. Defende, em consequência, que o contrato-programa em causa - e o consequente financiamento - concretizam um contrato de financiamento previsto nos documentos do concurso e no contrato de concessão.

As razões porque não se subscreve tal entendimento já constam do acórdão proferido, nos seus números 12 a 15 e 18, que o recorrente persiste em não aceitar.

Mas como se vê, repete-se, não há qualquer omissão de pronúncia.

10. E diga-se ainda que persiste o requerente em referir que este Tribunal associa “actos e procedimentos distintos, a saber - "contrato de programa de cooperação financeira" e "o concurso limitado por prévia qualificação com vista a cessão de exploração da EPHTM”, e “atribui a tal conexão graves males, ilegalidades e vícios que põem em causa, tanto o "contrato programa", como o "concurso", justificando desse modo a recusa de "visto prévio”. E conclui que “[e]m todo o caso, não se pode deixar de antecipar que, no domínio dos princípios e das regras mais elementares, em que as instâncias que velam pela legalidade têm de ser exemplares, pelo que falar de "bugalhos", quando se está a tratar de "alhos", embora possa permitir "matar dois coelhos de uma só cajadada", não constitui, a este nível de responsabilidades, o procedimento mais escorreito e desejável”.

Ora, as razões por que este Tribunal relacionou – e bem! – o contrato-programa com o contrato de concessão estão claramente enunciadas no acórdão no seu nº 9. E ao contrário do que agora se disse não se misturam “alhos” com “bugalhos”. Nem se



Tribunal de Contas

pôs em causa o concurso, nem o contrato de concessão. E, portanto, não se tratou de "matar dois coelhos de uma só cajadada".

11. Também não tem qualquer fundamento a alegação de não ter havido "audiência prévia dos interessados, [nesta] mistura de questões" constituindo "uma verdadeira decisão "surpresio", sem contraditório, pelo menos no que ao procedimento concursal diz respeito", tanto mais que essa questão foi abordada, como excesso de pronúncia, na petição de recurso e depois contrariada no acórdão.

Como refere o Ministério Público no seu parecer "[a] avaliar pela terminologia utilizada, parece-nos, salvo o devido respeito, que o requerente labora no erro de confundir o procedimento jurisdicional de fiscalização prévia, com as decisões finais do procedimento administrativo. Não se compreende a invocação da "audiência prévia dos interessados", e de falta de contraditório já que a Lei de Organização dos Processos do Tribunal de Contas (LOPTC) disciplina a tramitação do processo de fiscalização prévia, mormente na sua fase de recurso (em que se prevê expressamente a audição do recorrente sobre questões novas suscitadas no parecer do Ministério Público, nos termos do n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC), não havendo lugar a qualquer dúvida sobre a natureza jurisdicional das decisões proferidas pelos juízes do Tribunal de Contas em matéria de fiscalização prévia".

12. Não há igualmente qualquer contradição entre os fundamentos e a decisão tomada. O acórdão reconhece que a concessionária pode candidatar-se a financiamentos ao abrigo das já referidas disposições constantes do caderno de encargos do concurso e do contrato de concessão celebrado (e face ao agora alegado, também constante de Resolução do Governo). Simplesmente o financiamento que resulta do contrato-programa não se enquadra no financiamento previsto por aquelas disposições. E não se trata de "se ter jogado com conceitos ou nomen juris para confundir". Se, porventura, *ab initio* tivesse havido tal intenção, na Resolução (cuja disposição foi agora invocada) e no caderno de encargos para formação do contrato de concessão ter-se-ia expressamente dito que o concessionário teria direito a celebrar contrato-programa que suportasse financiamento para "garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados".

O que não se disse. E não se tendo dito, não se pode concluir que os interessados sabiam... Ainda que o Governo tenha dito – como agora também se alegou - que "[a] Região Autónoma da Madeira não se demitirá das funções de acompanhamento e fiscalização da exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira, visando permanentemente a defesa do interesse público". E como é patentíssimo, tal declaração nada tem ver com a possibilidade de celebração de contratos-programa para atribuição de financiamentos, como agora se veio defender.

E quando no nº 14 do acórdão se referiu que o contrato-programa se destina "a assegurar que a escola funcione, o que seria suposto acontecer por via da concessão, sem financiamento algum", está-se a explicitar que a escola deveria funcionar sem recurso a este concreto financiamento que o contrato-programa suporta. E não a outros tipos de financiamento, como os previstos nas referidas disposições da



Tribunal de Contas

Resolução, do caderno de encargos e do contrato de concessão, como resulta do facto de esse mesmo nº 14 do acórdão se iniciar dizendo: “[m]as é flagrante que o contrato-programa sub judicio não se enquadra nesse tipo de contratos de financiamento”.

13. Como referiu o Ministério Público “[a] nulidade prevista no artigo 668º nº 1 d) do Código de Processo Civil apenas acorreria se os fundamentos aduzidos pelo julgador conduzissem, necessária e logicamente a um resultado oposto ao plasmado no acórdão. Ora o que se verifica, no caso sub judice, é que o requerente não se conforma com os argumentos apresentados pelo julgador”.

Não ocorreu pois contradição entre o decidido e a sua fundamentação.

14. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em desatender as arguidas nulidades do Acórdão nº 5/13.MAR.2012-1ªS/PL.
15. Mais entendem dever referir que as afirmações feitas pelo requerente de este Tribunal “falar de “bugalhos”, quando se está a tratar de “alhos”, embora possa permitir “matar dois coelhos de uma só cajadada”, quando manifestamente o não fez, e ainda de “ter jogado com conceitos ou nomen juris para confundir”, quando também manifestamente não o fez, estão no limiar de uma inaceitável violação do dever de correção e de boa-fé que devem imperar na relação com os Tribunais e na litigação que perante eles decorre.

16. Custas pelo incidente, a cargo do requerente, no montante de 4 UC.

Lisboa, 15 de maio de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto,

(José Vicente)