



ACÓRDÃO N.º 2 /11 – 21.JAN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 17/2010-R **(Processo de fiscalização prévia n.º 1022/2010)**

1. Os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objetivos que visam realizar.
2. A locação financeira envolve uma relação jurídica trilateral, entre o fornecedor da coisa locada, o financiador, que a adquire e a dá em locação, e o locatário, que a goza em contrapartida de uma remuneração. Na locação operacional a relação é meramente bilateral, entre o locador (simultaneamente fornecedor e proprietário de uma coisa) e o locatário.
3. Na locação financeira a remuneração a pagar pelo locatário visa o reembolso do valor aplicado pelo locador, enquanto na locação operacional a remuneração se destina tão só a pagar o gozo do bem e a prestação de serviços acessórios de manutenção, reparação ou assistência técnica.
4. A função creditícia, presente na locação financeira, justifica que o locador não seja responsável pela entrega de uma coisa conforme e esteja isento de responsabilidade pela perda ou deterioração do bem. Sujeita ao regime geral da locação, a locação operacional implica que o locador, porque proprietário jurídico e económico da coisa locada, suporta o risco da sua perda ou deterioração, competindo-lhe as reparações necessárias à conservação do bem.
5. Em termos legais, a opção de compra é um elemento típico e indissociável da locação financeira. Noutras modalidades de locação, pode ou não ser consagrada.
6. O contrato em apreciação não é um contrato de locação financeira nem um contrato de locação operacional. Embora não inclua a opção de compra do bem, encerra uma estrutura jurídica trilateral, com a intervenção de uma entidade financiadora, definida desde o início e regulada no texto contratual, tem um prazo ajustado ao pagamento integral do bem e estabelece que os riscos pela deterioração e perda do bem correm pelo locatário. É, pois, um contrato atípico, com elementos relevantes de locação financeira.



Tribunal de Contas

7. A este contrato aplicam-se as normas gerais sobre contratos, sobre contratos públicos e sobre locação e, ainda, as normas aplicáveis a casos análogos quanto aos elementos específicos não regulados no regime geral.
8. À intervenção da instituição financeira, que desde o início se previa vir a adquirir o bem para o dar de locação à entidade adjudicante, deve aplicar-se o disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.
9. Embora essa instituição não outorgue formalmente o contrato submetido a fiscalização prévia, é mencionada nesse contrato e nele estão regulados os seus direitos e obrigações assim que assuma a posição de locadora, o que veio a suceder de imediato. Essa instituição deve, assim, ter-se por parte do negócio celebrado, sendo ela que assegura a componente do financiamento. Estando legalmente habilitada para o efeito, considera-se respeitado o disposto naquela norma legal.
10. Nada obsta a que a fornecedora do bem seja parte do contrato, tanto mais que assume obrigações duradouras relativamente à assistência e manutenção técnica do equipamento.
11. A intervenção da instituição de crédito é uma componente essencial do negócio e formalizou-se com a pronta cessão da posição contratual. No entanto, essa instituição foi designada livremente pela adjudicatária e a sua escolha como co-contratante da entidade adjudicante não foi objecto do procedimento pré-contratual.
12. A falta do concurso para a escolha da referida co-contratante, exigível nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, origina a nulidade do acto de adjudicação e do correspondente contrato.
13. A nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC.
14. Por isso, se mantém a recusa de visto ao contrato.

Lisboa, 21 de Janeiro de 2011

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 2 /11 – 21.JAN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 17/2010-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1022/2010)

I. RELATÓRIO

I.1. Pelo Acórdão n.º 32/2010, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas recusou o visto ao “*Contrato de Locação para Tomógrafo Computorizado CT BRIGHTSPEED 16’ N.º 192757*”, celebrado, em 22 de Julho de 2010, entre a *Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE*¹, e a empresa *General Electric Portuguesa, S.A.*, pelo valor de € 601.606,08, acrescido de IVA.

I.2. A recusa do visto, proferida ao abrigo da alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)², teve por fundamento:

- O entendimento pelo Tribunal de que o contrato submetido a visto se deveria caracterizar como um contrato de locação financeira;
- A circunstância de esse contrato ter sido celebrado com uma entidade que não é uma instituição de crédito nem uma sociedade financeira, em violação do disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro;
- A falta de concurso público ou limitado por prévia qualificação para a escolha da entidade financiadora.

I.3. Inconformada com o Acórdão, veio dele interpor recurso a ULSM, pedindo a revogação do mesmo e a concessão de visto ao contrato.

¹ Doravante designada como ULSM.

² 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, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 13 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas. As referidas alegações culminam com as seguintes conclusões:

“

- I. *Vem o presente recurso interposto do Acórdão proferido pela 1.ª Secção do presente Tribunal, que qualificou o contrato celebrado pela recorrente como um contrato de locação financeira, motivo pelo qual recusou o visto ao mesmo.*
- II. *Da matéria de facto demonstrada nos presentes autos ressalta que foi aberto concurso público, tendo em vista o fornecimento de um equipamento de TAC, de 16 cortes, em regime de aluguer operacional, incluindo contrato de manutenção integral com actividade de ampola ilimitada, pelo período de 6 anos.*
- III. *O contrato em causa foi sempre configurado pela ULSM como aluguer operacional, por se tratar de equipamento que se integra num sector de rápida evolução tecnológica, por permitir um melhor controle relativamente à componente de manutenção, extremamente importante no âmbito do serviço público que visa assegurar, e ainda pelo facto de, sendo um contrato de valor elevado, tendo em conta o respectivo tempo de duração, a opção pelo aluguer operacional possibilita a fixação inequívoca dos custos totais com a utilização do equipamento no período de tempo em causa.*
- IV. *Por outro lado ainda, encontra-se assegurado o objectivo da obtenção de melhores condições financeiras e com conseqüente menor encargo para a ULSM, porquanto a liberdade dada aos concorrentes na escolha da instituição de crédito dá a garantia de que, para tornar a proposta o mais competitiva possível, os mesmos diligenciam para a obtenção das melhores condições financeiras praticáveis.*
- V. *Acresce também que a opção pelo modelo de contratualização do equipamento em causa foi antecedida pela realização de um estudo de análise económico-financeira, realizado pelo Departamento de Gestão Financeira da ULSM em Outubro de 2008, o qual concluiu, para além de outros aspectos técnicos, pela conveniência da opção do aluguer operacional.*
- VI. *O contrato em causa mostra-se manifestamente insusceptível de ser juridicamente caracterizado como contrato de locação financeira, uma vez que lhe falta uma das características essenciais (previstas legalmente), qual seja o direito à opção de compra do TAC, no final do contrato.*
- VII. *Tal opção não se encontra prevista sequer como faculdade da qual a ULSM possa vir a lançar mão – como se verifica do texto do contrato junto aos autos; ou seja, e contrapondo ao que vem expresso a fls. 12 do Acórdão recorrido, a ULSM não só não tem qualquer imposição de aquisição do bem em causa, como nem sequer dispõe, efectivamente, de qualquer faculdade nesse sentido que possa vir a exercer.*



- VIII. *Não goza a ULSM de qualquer direito ou possibilidade contratual de vir a adquirir o equipamento de TAC em questão, sendo até claro e evidente que a ULSM, pelas razões acima já expostas ligadas à evolução tecnológica de tal tipo de equipamento, nunca teve sequer interesse em tal possibilidade.*
- IX. *Em face do texto contratual aqui em causa, forçoso será concluir que este, ao não incluir a já referida opção de compra, se mostra insusceptível de ser caracterizado como contrato de locação financeira.*
- X. *Não dispondo a ULSM de qualquer opção de compra do equipamento de TAC (ou seja, do direito potestativo à compra final), o contrato mostra-se, isso sim, susceptível de ser apropriadamente caracterizado como contrato de aluguer operacional.*
- XI. *Por outro lado, a circunstância de o valor a pagar durante o contrato ultrapassar o valor do equipamento propriamente dito, facilmente se explica pelo facto de, no valor da renda estabelecido na adjudicação efectuada, estar incluída toda a manutenção, assistência técnica, peças e ampolas de RX para todo o período do contrato (seis anos).*
- XII. *Em face do exposto, verifica-se, pois, que não existe fundamento legal para a caracterização contratual efectuada pelo Acórdão recorrido e que constitui o fundamento único para a recusa do visto que foi decidida.*
- XIII. *O Acórdão recorrido fez, assim, uma incorrecta apreciação da matéria de facto relevante, bem como uma incorrecta interpretação e aplicação das normas legais pertinentes, designadamente das referidas no presente recurso.”*

I.4. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto ao contrato, por entender que:

- A existência ou não de opção de compra não é determinante para a caracterização do contrato como de locação financeira;
- O caso tem que ser analisado à luz da vontade inequívoca das partes em obter um específico financiamento para sustentar a locação, recorrendo para tal efeito a uma sociedade financeira;
- A escolha da entidade financiadora deveria ter sido feita por consulta ao mercado.

I.5. Notificada para se pronunciar sobre o parecer do Ministério Público e, em particular, sobre a inexistência de concurso para a escolha da entidade financiadora, a recorrente veio afirmar que:

- Mantém tudo o que havia aduzido no requerimento de interposição do recurso;



- Considera central a questão da caracterização do contrato;
- O contrato em causa se mostra insusceptível de ser juridicamente caracterizado como contrato de locação financeira, por lhe faltar o direito à opção de compra do TAC no final do contrato, a qual não está, nem expressa nem implicitamente, incluída no contrato;
- Essa opção de compra, mesmo que não seja característica suficiente para caracterizar uma locação financeira, é característica necessária para essa qualificação. Ou seja, tem que existir para que seja possível caracterizar um contrato como de locação financeira;
- O contrato em causa configura-se como um contrato destituído de natureza bancária ou financeira, não tendo a ULSM pretendido obter qualquer específico financiamento para sustentar o aluguer operacional. *“O aspecto do financiamento é da exclusiva conta e interesse da locadora ‘General Electric Portuguesa, S.A.’”*;
- A ULSM apenas pretendeu, com o aluguer operacional, assegurar a disponibilização do equipamento com vista à respectiva utilização, assegurando ainda a manutenção necessária;
- Não tendo o contrato natureza bancária ou financeira, a posição de locador pode ser assumida por qualquer entidade, no caso a entidade que assegura a colocação do equipamento e a respectiva manutenção;
- Pela mesma razão, não tendo a ULSM pretendido obter a prestação de “serviços financeiros”, a mesma não procedeu à escolha da entidade financiadora nem teria de o fazer.

I.6. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da LOPTC, o que consta do processo de 1.ª instância e as alegações da recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto com relevância para a decisão:

- a) Em Outubro de 2008 o Departamento de Gestão Financeira da ULSM, por determinação do respectivo Conselho de Administração, realizou um estudo de análise económico-financeira para a substituição de um equipamento de TAC,



Tribunal de Contas

que incluiu a análise de três opções de financiamento: investimento, *leasing* e *renting*/locação operacional;

- b) A comparação entre as três opções assentou em informação facultada pelas quatro principais empresas vendedoras de TAC no mercado nacional, quanto ao custo de aquisição do equipamento e ao custo de modalidades alternativas de financiamento. O estudo concluiu, designadamente, que:
- O *Leasing*/Locação Financeira implicava a opção de compra do bem no final do contrato, mediante o pagamento do valor residual;
 - O *Renting*/Locação Operacional incluía serviços relacionados com o correcto funcionamento do equipamento e não compreende em geral a opção de compra;
 - O *Leasing* apresentava custos superiores às outras opções e implicava um aumento na rubrica de amortizações;
 - O *Renting*/Aluguer Operacional era a opção mais vantajosa por implicar menores custos;
 - Esta solução era também a mais adequada à constante actualização tecnológica, por estarem em causa bens que apresentam um grau de obsolescência que ronda os cinco anos;
- c) Por deliberação do Conselho de Administração da ULSM de 31 de Março de 2009, foi autorizada a abertura de um concurso público tendo em vista a aquisição de um equipamento de TAC, de 16 cortes, *em regime de aluguer operacional*, incluindo contrato de manutenção integral com actividade de ampola ilimitada, pelo período de 6 (seis) anos;
- d) Foi então realizado um concurso público, cujo aviso de abertura foi publicado na 2ª Série do *Diário da República*, Parte L, de 28 de Setembro de 2009, bem como no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, de 30 de Setembro de 2009;
- e) De acordo com o nº1 do Programa de Concurso e com o artigo 1º do Caderno de Encargos, esse procedimento tinha em vista o *aluguer operacional* de tomografia computadorizada multi-corte de 16 cortes, conforme cláusulas técnicas constantes do processo, com manutenção integral, pelo período de 72 meses;
- f) Nos termos do artigo 2º, do Caderno de Encargos, a entidade adjudicatária não poderia ceder a sua posição contratual ou qualquer dos direitos e obrigações decorrentes do contrato sem autorização da ULSM;
- g) Apresentaram-se ao concurso cinco concorrentes, a saber: *Philips Portuguesa, SA, Siemens, SA, General Electric Portuguesa, SA, Toshiba Medical Sistemas, SA e Saramed – Importação e Exportação, Lda.* ;



- h) De acordo com o nº5 do Programa de Concurso, o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, considerando a ponderação dos seguintes factor e subfactores:

“Preço (entende-se por preço o valor total sem IVA para os 72 meses de contrato deduzido de eventual valor de retoma proposto nos termos da cláusula 5ª das Cláusulas Técnicas Específicas)

$$i. \quad \text{Pontuação} = (\text{Valor Total} - \text{Valor Retoma}) + 200$$

$$1. \quad 4000$$

Melhor preço = pontuação máxima, restantes preços = classificação proporcional

O factor de desempate, em caso de pontuações iguais, será a proposta com o tempo de implementação da solução (prazo de entrega + montagem + entrada em produção) mais célere.”

- i) Na proposta da *General Electric Portuguesa, S.A.*, na parte relativa às condições de fornecimento, a fls. 28, refere-se:

“A General Electric Portuguesa, S.A. propõe-se fornecer os equipamentos e serviços descritos no corpo desta proposta de acordo com o esquema de pagamento que se segue.

Pagamento por Aluguer Operacional

O contrato de aluguer operacional será celebrado entre a Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.P.E. e uma Instituição Financeira a indicar pela General Electric Portuguesa, S.A.³

- De acordo com o mesmo contrato, a Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.P.E., liquidará 72 rendas mensais, consecutivas (...).

- As rendas, com o valor actual indicado atrás nesta Proposta, incluem os custos inerentes à utilização dos equipamentos durante o período total de vigência do Contrato (6 anos), a saber, o Aluguer Operacional dos equipamentos propriamente dito, a sua manutenção e assistência técnica conforme descrito no capítulo “Manutenção e Assistência Técnica em Garantia”, a substituição de peças e componentes avariados (incluindo ampolas de RX) e o seguro contra acidentes e/ou incêndios. No valor das rendas estão ainda incluídos os trabalhos de desmontagem e remoção do equipamento de TAC actualmente instalado e a funcionar na sala a que se destina o equipamento objecto do presente concurso. Acresce ainda as despesas de Contrato no valor de 52,22€+IVA e Comissão de Gestão Anual de 22,39€+IVA.

³ Negrito nosso.



Tribunal de Contas

- O valor das rendas atrás proposto foi calculado com base numa Taxa Fixa e ficará inalterável durante todo o período de vigência do contrato de locação (6 anos).

- Findo o período de vigência do contrato objecto da presente proposta e só então, a Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.P.E., poderá optar por devolver os equipamentos à Instituição Financeira Locadora, proprietária dos mesmos, ou permanecer com eles ao seu serviço, mediante o prolongamento deste contrato.

- As condições de Aluguer Operacional aqui propostas só serão válidas e efectivas após aprovação prévia pela **Instituição Financeira eleita para financiar a operação**⁴, pelo que a Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.P.E. deverá disponibilizar toda a informação financeira e institucional requerida pela **Entidade Bancária que suportará a presente operação**⁵, bem como deverá acompanhar o Contrato de Aluguer Operacional com os documentos necessários ao estabelecimento da mesma.”

- j) Por deliberação do Conselho de Administração da ULSM de 27 de Abril de 2010, a adjudicação foi efectuada à proposta da *General Electric Portuguesa, SA*, pelo valor global de € 601.606,08, acrescido do IVA, o que corresponde a uma renda mensal fixa de € 8.355,64, acrescido de IVA à taxa legal vigente no momento da facturação;
- k) Em **22 de Julho de 2010**, foi celebrado um *Contrato de Locação* para Tomógrafo Computorizado “*CT BRIGHTSPEED 16*” entre a ULSM e a *General Electric Portuguesa, S.A.*, identificada como Locador (vide início do contrato) e também como Fornecedor (vide Cláusula 2.^a das Condições Particulares);
- l) De acordo com o artigo 1º das Condições Gerais estabelecidas no contrato, este “*tem por objecto a locação do bem identificado nas Condições Particulares, escolhido e encomendado directamente pelo Locatário, e adquirido especificamente pelo Locador para o dar em locação àquele, obrigando-se a conceder-lhe o seu gozo*”;
- m) Nos termos do nº1 do artigo 2º, das mesmas Condições Gerais, o locatário (a ULSM) declara expressamente ter procedido à encomenda do bem locado sob a sua inteira responsabilidade;
- n) De acordo com a Cláusula 6.^a das Condições Particulares, ficou convencionado que “*a General Electric poderá, a qualquer momento, ceder a sua posição contratual de locadora e ceder qualquer crédito emergente do presente contrato à Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A., devidamente autorizado a exercer essa actividade em Portugal*” e que “*Caso a*

⁴ Negrito nosso.

⁵ Idem.



General Electric ceda a sua posição contratual, ficará responsável pela assistência técnica e manutenção do bem objecto do contrato.”

o) O artigo 3º das Condições Gerais estabeleceu:

“1. Após a transmissão da posição de Locador à Totta Crédito Especializado, SA, qualquer acção ou direito relacionados com o não cumprimento do prazo de entrega do bem locado ou da entrega em condições não aceitáveis, ou em condições defeituosas, deverá ser exercido directamente pelo Locatário junto do fornecedor, ficando o Locatário, desde já, subrogado nos direitos do Locador sobre o fornecedor no que, especificamente, se referir ao cumprimento integral e pontual do contrato de compra e venda.

(...)

3. Como consequência do previsto no número um da presente cláusula, o Locador não responde pelas circunstâncias relacionadas com o eventual não cumprimento pontual e integral pelo fornecedor do contrato de compra e venda, não ficando o Locatário exonerado do cumprimento do presente contrato por esse facto.

4. Caso, após a transmissão da posição do Locador à Totta Crédito Especializado, S.A., o fornecedor incumpra definitivamente as obrigações decorrentes do contrato de compra e venda do bem, por falta de entrega do mesmo ou a sua desconformidade com o bem encomendado pelo Locatário, ou, ainda, pela não reparação dos defeitos verificados aquando da entrega, o presente contrato poderá ser resolvido por simples comunicação do Locador ao Locatário, ficando contudo aquele com direito a reter as rendas ou outros valores pagos pelo Locatário, como compensação de despesas efectuadas, encargos administrativos com a operação contratada e lucros cessantes, não sendo devida qualquer outra quantia pelo Locatário ao Locador”;

p) Consta do artigo 5.º das Condições Gerais:

“Considerando que a escolha e encomenda do bem, bem como a fixação das características específicas do mesmo foram negociadas directamente entre o Locatário e o fornecedor, nos termos do contrato anexo, o Locador não poderá em nenhuma circunstância ser responsabilizado por qualquer vício, defeito ou anomalia do bem, nem por qualquer prejuízo derivado da sua construção, transporte, instalação, funcionamento ou inadequação aos fins pretendidos pelo Locatário, renunciando este a qualquer direito ou acção contra o Locador, o qual subroga expressamente o Locatário, caso este o pretenda, nos direitos que lhe assistem contra o fornecedor ao abrigo do contrato de compra e venda do bem”;



- q) Os artigos 8.º e 9.º das Condições Gerais regulam a responsabilidade por sinistros e pela perda ou deterioração do bem, estabelecendo que o Locatário é responsável por segurar o bem, por diligenciar pelo accionamento rápido desse seguro e pela reparação do bem, a suas expensas.

Estabelecem esses artigos que em caso de perda total do bem o contrato se considera resolvido, tendo o Locador direito a receber do Locatário uma indemnização de montante igual ao *pro rata* do valor das rendas vincendas.

Resulta dos mesmos artigos que o Locador fica autorizado a receber directamente da seguradora os montantes indemnizatórios devidos, fazendo-os reverter a favor do Locatário, deduzidos das quantias que lhe sejam devidas por ele, continuando, todavia, o Locatário obrigado ao pagamento de quaisquer quantias a seu cargo que ultrapassem o valor das referidas indemnizações;

- r) De acordo com o artigo 9º, nº1, das mencionadas Condições Gerais, terminado o contrato, por qualquer causa, o Locatário restituirá o bem ao Locador;
- s) Nos termos das Cláusulas 2ª e 6.ªB das Condições Particulares, a *General Electric Portuguesa, S.A.*, assegurará a assistência técnica permanente do equipamento objecto do contrato, cabendo-lhe suportar todos os encargos e despesas necessários às operações de manutenção global e de reparação que se mostrem necessárias, mesmo após a cedência da sua posição contratual à *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*;
- t) De acordo com a Cláusula 4ª das Condições Particulares, o prazo do contrato é de 72 meses, com início na data da assinatura do auto de recepção, sem prejuízo da susceptibilidade de prorrogação, caso tal venha a ser objecto de acordo das partes.
- u) Nos termos da Cláusula 5ª das Condições Particulares, as rendas, em número de 72, são fixas e no valor mensal de € 8.355,64, acrescido de IVA, à taxa legal;
- v) Em **14 de Julho de 2010**, a ULSM havia remetido à Agência de Matosinhos da Caixa Geral de Depósitos um ofício intitulado de “Instrução Permanente de Transferência Bancária (IPTB)”, e relativo ao **assunto** “*Contrato de Locação Financeira nº 192757*”, no qual refere que “...*Pelo presente autorizamos V. Exªs a que, por débito na nossa conta acima indicada, a qual desde já nos comprometemos a ter devidamente provisionada, transfiram para a conta da TOTTA-CRÉDITO ESPECIALIZADO, SA, supra referida, por força do Contrato de Locação Financeira em epígrafe e do contrato de seguro nele mencionado, os valores respeitantes a rendas, prémios de seguro e outras despesas, comissões e portes, bem como o respectivo valor residual caso optemos por tal (...). A presente autorização é irrevogável, salvo acordo escrito e assinado pela Totta-Crédito Especializado, S.A.*”.⁶

⁶ Vide fls. 274 do processo de 1.ª instância.



Tribunal de Contas

- w) Em **27 de Julho de 2010**, a *General Electric Portuguesa, S.A.* cedeu a sua posição contratual à *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*;
- x) Por ofício datado de **27 de Julho de 2010**, e referindo-se ao “*Contrato Locação Para Tomógrafo Computorizado ‘CT BRIGHTSPEED 16’*”, a ULSM informou a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.* de que aceitava a cessão da posição contratual referente ao contrato celebrado com a empresa *General Electric Portuguesa, S.A.*;⁷
- y) A ULSM celebrou, com o mediador de seguros ligado à *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, um contrato de seguro relativo aos riscos inerentes ao contrato de locação do equipamento médico supra mencionado, e, em 27 de Julho de 2010, declarou pretender que a sociedade *Totta-Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.* procedesse à cobrança dos prémios de seguro, com periodicidade mensal, aceitando o seguro nos termos e condições propostos.

II.2. DA QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO

Como se alcança do referido no ponto I, o recurso fundamenta-se essencialmente na não aceitação, por parte da recorrente, do juízo da 1.^a instância no sentido de caracterizar o contrato como sendo de locação financeira.

Importa, pois, decidir sobre a qualificação jurídica do contrato em causa.

a) Contextualização

Refira-se, desde já, que, tal como tem sido extensa e uniformemente afirmado na jurisprudência da 1.^a Secção do Tribunal de Contas⁸, os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objectivos que visam realizar.

Esta perspectiva é tanto mais relevante quanto as dinâmicas administrativa, económica e comercial têm determinado uma crescente evolução e atipicidade das fórmulas contratuais utilizadas.

⁷ Vide fls. 237 e 269 do processo de 1.^a instância.

⁸ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.^a Secção, em Subsecção, n.ºs 79/01, 200/01, 31/02, 87/02, 88/02, 98/02, 100/02, 102/02, 103/02, 104/02, 6/03, 7/03, 12/03, 20/03, 22/03, 28/03, 29/03, 30/03, 31/03, 32/03, 42/03, 50/03, 79/03, 23/04 e 111/09, e em Plenário, n.ºs 50/01, 2/02, 17/02, 26/02, 28/02, 5/03, 7/03, 10/03, 16/03, 17/03, 18/03, 20/03, 21/03, 25/03, 31/03, 37/03, 39/03, 49/03, 21/04 e 41/09.



Tribunal de Contas

Essa evolução, propiciada pela liberdade contratual vigente no direito privado, tem-se verificado também na esfera pública, em parte pela crescente privatização do direito aplicável às entidades do sector público e noutra parte pela própria abertura do direito administrativo à atipicidade contratual.

A cada vez maior flexibilização dos tipos contratuais resulta, em muito, do funcionamento dos mercados e da permanente procura de vantagens económicas e financeiras nos contratos firmados, o que inclui comportamentos reactivos aos regimes jurídicos aplicáveis aos vários tipos contratuais.

Ora, não se devem considerar as entidades do sector público como impedidas de aceitar e procurar as vantagens económicas e financeiras de tipos contratuais modificados, mas, porque precisamente elas se inserem no sector público, sector que é abrangido por uma regulamentação ditada pelo interesse público, deve ter-se permanentemente em atenção a salvaguarda desse interesse.

Isto significa que o afastamento de um conjunto de regras aplicáveis a um determinado tipo de contratos públicos deve ser ponderado, não apenas em face da simples e concreta modificação de algum dos aspectos que, em regra, integram o tipo contratual em causa, mas sobretudo em face da permanência, ou não, da razão de ser da regulamentação fixada.

Daí a importância e a prevalência que devem ser dadas nesta matéria a interpretações que privilegiem a substância e a teleologia sobre a forma.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) exprime bem esta preocupação, através da adopção da regra interpretativa do efeito útil, interpretando as normas e as situações sempre de modo a conferir o pleno efeito às disposições e propósitos, rejeitando interpretações e artifícios que enfraqueçam, limitem ou retirem o efeito útil às normas comunitárias.

Trata-se de uma regra interpretativa que tem, também na matéria em causa, plena aplicação e justificação.

Pelas razões referidas, e antes de abordar directamente a tipologia do contrato em apreciação, importa reiterar e clarificar que:

- Essa qualificação deve ser feita, não apenas com base na configuração formal do negócio, mas tendo também em atenção as circunstâncias em que o mesmo se enquadra e os objectivos que visa realizar;
- Mais do que qualificar um contrato com um conteúdo atípico importa determinar o regime jurídico que lhe é aplicável;
- A atipicidade ou natureza *sui generis* de um contrato público não significa necessariamente o afastamento do regime jurídico do tipo contratual que mais dele se aproxima;



- A determinação das regras aplicáveis deve ter em atenção a necessidade de preservar o interesse público, os princípios de contratação pública e o efeito útil que as normas correspondentes ao tipo contratual próximo visam prosseguir.

b) Do contrato de locação financeira

O acórdão recorrido referiu já as circunstâncias históricas do nascimento e evolução da figura da locação financeira e as vantagens económicas que se pretenderam com ela obter.

Fernando de Gravato Morais, em *Manual da Locação Financeira*, Almedina, 2006, traça, de forma mais detalhada e impressiva, essas circunstâncias e vantagens, e salienta que os contornos e regime da figura, também por vezes designada como *leasing*, variam consoante os países e têm evoluído no tempo.

No mesmo manual, o autor aponta ainda a existência de várias modalidades e formas de locação financeira e um conjunto de figuras próximas, como a locação, a locação operacional, o *renting*, a locação com opção de compra, a locação-venda, a venda a prestações com reserva de propriedade e o aluguer de longa duração (ALD).

A actual definição de *locação financeira* no ordenamento jurídico português consta do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho:

“Locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.”

O autor que vimos referindo, Fernando de Gravato Morais, considera que da noção e do regime deste tipo contratual emergem os seguintes elementos constitutivos da locação financeira:

- A indicação, pelo locatário ao locador, previamente à conclusão do contrato, da coisa a comprar ou a construir e do respectivo fornecedor;
- O dever do locador de adquirir a coisa ao fornecedor;
- O dever do locador de conceder temporariamente o gozo da coisa ao locatário;
- A obrigação do locatário de pagar uma renda;
- A faculdade detida pelo locatário de adquirir a coisa locada no termo do contrato.



Após analisar o conteúdo da locação financeira e referir as várias posições doutrinárias sobre a sua natureza, aquele autor conclui qualificando a locação financeira como um *contrato de crédito com características específicas*, em que a função creditícia se opera através da disponibilidade de um bem e em que o propósito fundamental do locador é o reembolso do valor mutuado.

É a prevalência da função creditícia que justifica que o locador financeiro não seja o proprietário económico da coisa, que não seja responsável pela entrega de uma coisa conforme e esteja isento de responsabilidade pela perda ou deterioração do bem.

Um dos autores italianos citados na obra em referência, Leo, realça de forma curial uma *dupla função de financiamento* realizada pela locação financeira: financiamento ao fornecedor e ao locatário. “*A concessão do crédito não se destina assim só a financiar a aquisição, mas ainda a alienação correspondente.*”

c) Da locação operacional

Fernando de Gravato Morais define, por outro lado, a *locação operacional* como um negócio através do qual o produtor ou distribuidor de uma coisa, em regra *standardizada* ou de elevada incorporação tecnológica, proporciona a outrem o seu gozo temporário, mediante remuneração, prestando também, em princípio e de modo acessório, determinados serviços, v.g., de manutenção do bem.

O autor refere que a locação operacional tem sido geralmente qualificada pela doutrina como uma locação ordinária, atenta a sua similitude com ela e a aproximação dos elementos essenciais de ambas.

Em ambos os casos a relação jurídica constituída tem uma estrutura meramente bilateral (locador e locatário), ao contrário do que sucede na locação financeira, em que, não obstante isso não estar reflectido na outorga formal do contrato, há três elementos na relação: o fornecedor da coisa locada, o financiador, que a adquire e a dá em locação, e o locatário que a goza em contrapartida de uma remuneração.

Na realidade, a locação operacional é, para o locador, simultaneamente produtor e proprietário de uma coisa, um meio de colocação dos seus próprios bens no mercado, em alternativa à sua alienação.

d) Dos sujeitos contratuais

No contrato de locação financeira a posição de locador é ocupada pela parte que adquire o bem e o dá em locação.

O locador é o proprietário do bem, embora não seja o seu produtor ou fornecedor e o tenha adquirido por indicação do locatário. Conforme salienta Leite de Campos, em *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, BFD, 1987, a



compra do bem ao fornecedor reveste-se de características especiais pois o adquirente, futuro locador, “*dispensa-se de discutir as características da coisa e a sua adequação aos fins visados pelo locatário*”.

Como já referimos, nesta modalidade contratual o locador é um financiador, que, na ausência de interesse ou possibilidade do fornecedor e do locatário em suportarem o empate de capital necessário, aceita fazer o investimento, sendo por ele remunerado.

O financiamento efectuado pelo locador é o elemento central do regime jurídico da locação financeira, determinando que a mesma só possa ser efectuada por instituições de crédito e justificando uma compressão do direito de propriedade do locador.

O vendedor ou fornecedor do bem, apesar de não ser parte do contrato de locação financeira, integra a operação global de estrutura triangular e é essencial à caracterização do contrato.

Ao invés, e como também já vimos, no contrato de locação operacional os sujeitos são apenas dois: o simultaneamente produtor, proprietário e locador e o locatário.

e) Da remuneração do contrato

Na locação financeira, a remuneração a pagar pelo locatário não representa a simples contrapartida da concessão do gozo da coisa. Excedendo o valor que um mero locatário cobraria pelo mero uso do bem, nela se reflecte o preço suportado pelo locador com a aquisição da coisa, os vários encargos tidos com essa aquisição e os juros relativos ao capital investido pelo locador, incluindo o seu lucro e os riscos do crédito.

Na locação operacional, enquanto variante da locação ordinária, o valor a pagar periodicamente pelo utilizador encontra-se relacionado com o gozo do bem e com a prestação dos serviços acessórios de manutenção, reparação ou assistência técnica, não cobrindo, em princípio, o valor de aquisição. Em correspondência com esta função da remuneração, é comum que a duração contratual seja curta e que se conceda ao locatário a possibilidade de revogação ou prorrogação do contrato, mediante pré-aviso.

f) Do risco incorrido

Na mera locação compete ao locador assegurar o gozo da coisa para os fins a que se destina⁹.

Sujeita ao regime geral da locação, a locação operacional implica que o locador, porque proprietário (jurídico e económico) da coisa locada, suporta o risco da sua

⁹ Cfr. artigo 1031.º, alínea b), do Código Civil.



perda ou deterioração, competindo-lhe as reparações necessárias à conservação do bem¹⁰.

Ao invés, na locação financeira, e por força dos artigos 10.º, n.º 1, alíneas e) e j), e 15.º do Decreto-Lei n.º 149/95, cabe ao locatário financeiro manter e conservar o bem, corre por sua conta o risco da sua perda ou deterioração e está o mesmo obrigado a segurar a coisa e suportar os respectivos custos.

g) Da opção de compra

Como já acima referimos, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95 refere a possibilidade de o locatário financeiro adquirir a coisa locada no termo do contrato.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), do mesmo diploma, o locador está *obrigado* a, findo o contrato, vender o bem ao locatário, caso este o queira, e, de acordo com o artigo 10.º, n.º 1, alínea k), e n.º 2, alínea f), o locatário tem o *direito de*, findo o contrato, *adquirir o bem locado* pelo preço estipulado e o dever de o restituir “*quando não opte pela sua aquisição*”.

É seguro que o locatário não está obrigado à compra do bem, podendo optar por não o adquirir e restituir a coisa locada. No entanto, está legalmente estabelecido o seu direito potestativo de aquisição.

A doutrina tem discutido a qualificação da prestação do locador, como uma promessa unilateral de venda, uma promessa irrevogável de alienação ou um dever *ex lege*, sujeito a execução específica¹¹. É, no entanto, pacífico que se trata de uma opção do locatário, com a qual o locador se tem de conformar.

Esta opção de compra não está prevista no regime do *leasing* de outros países nem integra o regime regra da locação. Como salienta Fernando de Gravato Morais, isso não significa que o locatário não possa comprar a coisa locada, significa que a eventual compra, sendo possível, não integra os elementos estruturantes desses contratos.

Este autor afirma que *a faculdade de compra é um elemento caracterizador do contrato de locação financeira*. No mesmo sentido vejam-se os Acórdãos da Relação do Porto, de 19 de Dezembro de 2000 (Mário Cruz), da Relação de Coimbra de 30 de Setembro de 1997 (Araújo Ferreira) e da Relação do Porto de 14 de Fevereiro de 2005 (Marques Pereira), por ele citados.

Deve, pois, considerar-se que, por força da lei, *a opção de compra é típica e indissociável da locação financeira*. Pode não ser accionada, mas não pode ser afastada.

¹⁰ Cfr. artigo 1036.º do Código Civil.

¹¹ Cfr. Fernando de Gravato Morais na obra já citada.



Ao invés, noutras modalidades contratuais de locação¹², a opção de compra pode, ou não, ser consagrada.

Ao confrontar a figura da locação financeira com a da locação com opção de compra, a da locação-venda e a da venda a prestações com reserva de propriedade, aquele autor reconhece as similitudes, mas impressivamente chama a atenção para dois aspectos diferenciadores:

- *A prevalência da função de financiamento na locação financeira*, onde o lucro obtido emerge da remuneração desse financiamento e não da alienação do bem, que é eventual e feita por um valor residual mínimo e pré-fixado;
- *A estrutura trilateral da relação jurídica de locação financeira* oposta à estrutura bilateral das restantes.

h) Do contrato celebrado

Se procurarmos agora enquadrar as características da relação jurídica em análise num dos dois tipos contratuais em confronto (locação financeira ou locação operacional), vemos que a mesma não se reconduz integralmente a nenhum desses tipos, antes tendo elementos de ambos.

A situação em causa tem as seguintes características, próprias da *locação operacional*:

- O contrato de locação foi formalmente celebrado com o fornecedor do bem¹³;
- A remuneração a pagar integra os serviços de assistência técnica e manutenção¹⁴;
- As prestações remuneratórias são fixas e, formalmente, integram a utilização do equipamento, a manutenção e assistência técnica, a substituição de peças e componentes avariados, o seguro contra acidentes e/ou incêndios, a desmontagem e remoção do equipamento actualmente instalado, as despesas de contrato e uma comissão de gestão anual¹⁵;
- O contrato não integra a opção de compra do bem. Findo o mesmo, o locatário deve restituir o bem ou negociar a prorrogação do contrato¹⁶.

Em contrapartida, existem elementos que contrariam ou impedem a caracterização do contrato como de *aluguer operacional*, o qual, como já se apontou, segue o regime da locação ordinária:

- A relação jurídica em causa não é estritamente bilateral;

¹² Como é o caso da locação, da locação operacional ou do aluguer de longa duração (ALD).

¹³ Cfr. alínea k) do ponto II.1.

¹⁴ Cfr. alínea i) do ponto II.1.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Cfr. alíneas i) e r) do ponto II.1.



- Embora enquanto fornecedor o co-contratante esteja vinculado a entregar um bem conforme com os requisitos do locatário, enquanto locador não o está, o que reforça expressamente a caracterização trilateral da relação¹⁷;
- Está estabelecido que os riscos pela deterioração e perda do bem correm pelo locatário e que este está obrigado a segurar o bem e a suportar os respectivos custos¹⁸;
- O contrato não tem uma duração curta nem é concedida ao locatário a possibilidade de revogação do mesmo, mediante pré-aviso, o que indicia o estabelecimento de um prazo suficiente para o pagamento integral do bem¹⁹.

Por outro lado, em termos substanciais, a relação jurídica que analisamos tem quase todas as características da *locação financeira*:

- A indicação do bem a adquirir foi feita pelo locatário e o mesmo é integralmente responsabilizado por essa indicação²⁰;
- Embora o contrato de locação tenha sido formalmente outorgado com o fornecedor do bem, desde o início que esse fornecedor associou a entidade financeira ao negócio e se desvinculou de manter a relação de locação. Na proposta de fornecimento que apresentou ao concurso, o concorrente referiu mesmo que as condições de locação careciam da aprovação prévia da instituição financeira para serem válidas e efectivas e que o contrato de locação deveria ser outorgado directamente com a entidade financiadora²¹;
- A intervenção da *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, no negócio está consagrada no texto contratual, apesar de a sociedade financeira não outorgar directamente nele. O contrato regula mesmo a relação jurídica que com ela se estabelecerá por via da cessão contratual²²;
- A relação contratual com a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.* inicia-se, pois, ainda antes da cessão contratual, chegando ao ponto de estabelecer-se, em data anterior a essa cessão e ao próprio contrato, que a ela são devidas as rendas contratuais²³. Nunca essas rendas foram entregues à *General Electric*;
- A consagração de que o locador não se responsabiliza pela entrega de um bem conforme com os requisitos do locatário é sintomática do desinteresse do

¹⁷ Cfr. ponto II.2.d) supra.

¹⁸ Cfr. alíneas o), p) e q) do ponto II.1 e ponto II.2.f) deste Acórdão..

¹⁹ Cfr. ponto II.2.e) supra.

²⁰ Cfr. alíneas l), m) e p) do ponto II.1.

²¹ Cfr. alíneas i), n), o) e w) do ponto II.1.

²² Cfr. alíneas n), o), p) e q) do ponto II.1.

²³ Cfr. alíneas i), n), o), p), v), w) e x) do ponto II.1.



locador pelo bem e da prevalência da função de financiamento sobre a propriedade económica, que é própria da locação financeira²⁴;

- O estabelecimento de que os riscos pela deterioração e perda do bem correm pelo locatário e de que este está obrigado a segurar o bem e a suportar os respectivos custos é próprio do regime jurídico da locação financeira²⁵.

Obsta à caracterização do contrato como de locação financeira a inexistência de opção de compra no final do mesmo²⁶.

Deve também relevar-se o facto de que o valor das rendas para uma operação de locação financeira e a opção de compra própria dessa figura jurídica nunca foram queridos pela ULSM²⁷.

Por outro lado, assinala-se a especificidade de o financiamento ser principalmente dirigido ao fornecedor, para financiar a alienação²⁸ do equipamento, embora essencial para permitir o aluguer pretendido pelo locatário.

Face ao que se referiu, há, pois, que concluir que *o contrato celebrado não é nem um contrato de locação financeira nem um contrato de locação operacional*.

É um contrato atípico, com elementos de ambos os tipos referidos.

Avultam, no entanto, características da locação financeira, de que se destacam os dois elementos diferenciadores deste tipo contratual referidos na parte final do ponto II.2.g): a prevalência da função de financiamento, que se reflecte no regime contratual consagrado, e a estrutura trilateral da relação jurídica.

II.3. DO REGIME APLICÁVEL

Estando nós perante um contrato atípico, cujo regime jurídico não está claramente definido nem legalmente compilado, importará determinar as regras aplicáveis a cada uma das suas vertentes.

Desde logo, aplicar-se-ão as normas de natureza geral que regulam os contratos e, nomeadamente, os contratos públicos, bem como as normas relativas à locação.

Quanto a regras específicas, deveremos socorrer-nos do disposto no artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil. Tal como aí se prevê, os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos, havendo analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

²⁴ Cfr. alíneas o), p) e q) do ponto II.1 e ponto II.2.b) deste Acórdão.

²⁵ Cfr. alíneas o), p) e q) do ponto II.1 e pontos II.2.b) e II.2.f) deste Acórdão.

²⁶ Cfr. ponto II.2.g) supra.

²⁷ Cfr. alínea b) do ponto II.1 e pontos I.3 e I.5 deste Acórdão.

²⁸ E não também a aquisição, como na locação financeira.



Para além disso, deveremos ter em atenção a regra interpretativa do efeito útil, evitando que a não qualificação formal do contrato como de um determinado tipo afaste a aplicação de normas instituídas em função de especificidades desse tipo que o contrato atípico também contenha e cujo objectivo e finalidade devam ser assegurados.

Como acima referimos²⁹, esse trabalho implica a ponderação e relevação das circunstâncias em que o contrato se enquadra, dos objectivos que visa realizar, do regime do(s) tipo(s) contratual(ais) que mais dele se aproxima(m) ou do(s) elemento(s) de um determinado tipo que lhe são semelhantes, bem como a necessidade de preservar o interesse público, os princípios de contratação pública e o efeito útil que as normas correspondentes à figura próxima visam prosseguir.

No entanto, para a decisão do presente recurso necessitamos apenas de determinar o regime aplicável às duas vertentes a que se reportou a decisão recorrida:

- A possibilidade ou não de o contrato ter sido celebrado com uma entidade que não é uma instituição de crédito nem uma sociedade financeira, em face do disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro;
- A falta de concurso público ou limitado por prévia qualificação para a escolha da entidade financiadora.

Analisemos, então, cada uma dessas vertentes.

II.4. DA ENTIDADE CONTRATADA

Como já se referiu, o contrato de locação foi, no caso, formalmente celebrado entre a ULSM e o fornecedor do equipamento, a empresa *General Electric Portuguesa, S.A.*

No Acórdão recorrido caracterizou-se o contrato *sub judicio* como um contrato de locação financeira e, nessa medida, sujeito ao estabelecido no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

De acordo com esta norma, conjugada com o disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do mesmo diploma legal, só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, “*operações de crédito, incluindo concessões de garantia e outros compromissos, locação financeira e factoring*”.

Já determinámos que o contrato em causa não é um contrato de locação financeira.

Mas integrará este contrato uma *operação de crédito*, legalmente reservada às instituições de crédito e às sociedades financeiras?

²⁹ Cfr. alínea a) do ponto II.2.



E mesmo que formalmente não o seja, justificar-se-á a aplicação da mesma regra?

Como se referiu na decisão de 1.^a instância, “*o que se pretende com o contrato de locação financeira é, afinal, a obtenção dos meios financeiros necessários para conseguir o uso de um bem, para cuja compra não se dispõe, no imediato, dos suficientes meios de pagamento*”, encerrando o contrato a prestação de um serviço financeiro (a concessão de crédito), tanto para o locador como para o locatário.

Verifica-se essa situação no presente caso, nomeadamente relativamente ao locador?

A recorrente invoca que pretendeu, desde o início, proceder ao aluguer do equipamento pelo período de 6 anos, nunca tendo pretendido obter qualquer específico financiamento para sustentar esse *aluguer operacional*, não tendo, portanto, o contrato celebrado qualquer natureza bancária ou financeira.

Nessa medida, conclui que não se aplica a norma referida, podendo a posição de locador ser assumida por qualquer entidade, “*no caso a entidade que assegura a colocação do equipamento e a respectiva manutenção*”.

Mais refere a recorrente que “*o aspecto do financiamento é da exclusiva conta e interesse da locadora “General Electric Portuguesa, S.A.”*”³⁰.

De facto, como já reconhecemos, a ULSM lançou um concurso para o *aluguer operacional* do equipamento, depois de afastada a alternativa da locação financeira³¹.

Só que a proposta apresentada pela *General Electric Portuguesa, S.A.*, não previa que esta empresa assegurasse, como locadora, o aluguer operacional do equipamento proposto. Como se confirma pelo exposto na alínea i) do ponto II.1, a *General Electric* apenas se propôs fornecer o equipamento de acordo com um esquema que pressupunha o financiamento da operação por uma instituição financeira (“*instituição financeira eleita para financiar a operação*”), que adquiriria a propriedade do equipamento (mediante o pagamento do respectivo preço ao fornecedor) e assumiria a posição de locadora.

De acordo com a proposta da *General Electric*, essa instituição financeira seria por ela indicada, as condições de aluguer propostas só seriam válidas e efectivas após a aprovação dessa entidade financeira, a ULSM deveria disponibilizar toda a informação financeira e institucional requerida pela entidade bancária de suporte à operação e o contrato de aluguer deveria ser celebrado entre a ULSM e a própria instituição financeira.

É, assim, evidente que a *General Electric* dispôs-se a fornecer o equipamento, mas nunca em regime de locação operacional *tout court*. O que ela se propôs fazer, para ir ao encontro do interesse da ULSM de locar o equipamento, foi vendê-lo a uma instituição financeira, que, por sua vez, o locaria à ULSM. A instituição financeira, por seu turno, dispôs-se a adquirir o equipamento para o dar em locação à ULSM,

³⁰ Cfr. ponto I.5. deste Acórdão.

³¹ Cfr. alíneas a) a e) do ponto II.1.



Tribunal de Contas

mediante confirmação da respectiva capacidade financeira e aprovação das condições do contrato, desinteressando-se do bem e da sua conservação.

Na proposta da *General Electric*, o modelo contratual pretendido pela ULSM tinha como pressuposto a intervenção de uma instituição financeira que adquiria o bem pretendido por aquela entidade e lho dava em locação, mediante comprovativos de solvabilidade e aprovação das condições contratuais e sem assumir quaisquer riscos de manutenção, perda ou deterioração desse bem.

E, apesar de a *General Electric* não ter proposto um aluguer operacional, como era condição do concurso, mas um outro tipo de negócio, foi essa a proposta que a ULSM aceitou, constituindo-se como parte de uma relação jurídica trilateral, em que num dos vértices estava a instituição financeira “*eleita para financiar a operação*”.

As circunstâncias em que o contrato se enquadra não permitem, pois, afirmar que o financiamento seja da *exclusiva conta e interesse* da locadora, *General Electric Portuguesa, S.A*, como pretende a recorrente.

De resto, a própria ULSM, na sua petição de recurso, evidencia que estava bem ciente do *elemento creditício* do negócio. No ponto IV das suas Conclusões afirma claramente ter dado liberdade aos concorrentes na escolha da instituição de crédito (indicando assim que a sabia necessária) e ter confiado que, desse modo, os concorrentes diligenciarão pela obtenção das melhores condições financeiras praticáveis (bem sabendo que essas condições financeiras se reflectiriam no valor das rendas)³².

O financiamento da instituição financeira, ainda que dirigido ao fornecedor, foi um pressuposto essencial do negócio entre a ULSM e a *General Electric* e esse negócio só se realizou mediante as condições exigidas pela financiadora e com a sua efectiva intervenção.

É certo que, ao contrário do que havia sido proposto, o contrato não foi, a final, outorgado directamente entre a ULSM e a entidade financeira. Mas, embora outorgado entre a ULSM e a *General Electric*, o contrato previu e regulou expressamente a cessão da posição contratual desta empresa à instituição de crédito, o que se verificou de imediato.

Assim, para além das circunstâncias fácticas que rodearam a celebração do contrato, o objectivo prosseguido foi claramente o estabelecimento da relação de locação com a entidade financiadora.

A situação constituída é, pois, nesta vertente, em tudo semelhante à locação financeira, justificando-se a aplicação do mesmo regime.

A inexistência de opção de compra é irrelevante para este efeito, uma vez que o valor do bem se encontrará certamente amortizado no final do período contratual e o bem deixará de ter interesse para a locadora.

³² Cfr. ponto I.3 deste Acórdão.



Tribunal de Contas

Ainda assim, e por isso mesmo, afigura-se-nos desnecessário discutir se a *General Electric*, não sendo uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira, poderia ter outorgado o contrato.

O que o artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 determina é que só essas entidades podem proceder, a título profissional, a operações de crédito.

Ora, a *General Electric* não procedeu directamente a uma operação de crédito. Ela é a fornecedora do equipamento e a responsável pela respectiva manutenção e assistência técnica.

Foi a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, que assumiu essa função na relação triangular instituída e a função creditícia só se efectivou quando essa instituição comprou o bem à *General Electric* e a cessão contratual da locação se operou a seu favor.

Ora, tal como consta da cláusula 6.ª do contrato, a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.* está devidamente autorizada a exercer a actividade financeira em Portugal.

Embora não tenha outorgado formalmente o contrato submetido a fiscalização prévia, a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, é nele mencionada quer na cláusula 6.ª quer nas respectivas Condições Gerais, que regulam os direitos e obrigações dessa instituição após assumir a posição de locador³³. Comprova-se ainda no processo que essa posição foi assumida em 27 de Julho de 2010³⁴ e que foram dadas instruções irrevogáveis de pagamento para a mesma ainda antes da assinatura formal dos instrumentos contratuais³⁵.

Por tudo o que se referiu, a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, deve, pois, ter-se por parte do negócio celebrado, sendo ela que assegura a componente do financiamento e sendo certo que está legalmente habilitada para o efeito.

Por outro lado, nada obsta a que a *General Electric* seja parte do contrato, tanto mais que assume obrigações duradouras relativamente à assistência e manutenção técnica do equipamento.

Assim, tendo a actividade financeira sido assegurada por uma entidade habilitada para o efeito, considera-se não estar violado o disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 298/92.

II.5. DO PROCEDIMENTO DE ESCOLHA

³³ Cfr. alíneas n), o), p) e q) do ponto II.1.

³⁴ Cfr. alíneas w) e x) do ponto II.1.

³⁵ Cfr. alínea v).do ponto II.1.



Tribunal de Contas

Como acabámos de referir, a intervenção de uma instituição de crédito no negócio, e, concretamente, a intervenção da *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, não é exterior ao contrato celebrado nem releva de relações exclusivas com a *General Electric*.

Por outro lado, essa intervenção também não surge como um incidente da execução contratual.

É, como vimos, uma intervenção que foi prevista pela própria ULSM, que foi uma componente essencial da proposta apresentada ao concurso realizado e que veio a ser concretizada na sequência da adjudicação, estando perfeitamente identificada e regulada no contrato celebrado.

Como já afirmámos, a *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, é parte do negócio, tendo sido chamada a aprovar previamente as condições da locação, a apreciar as condições financeiras da ULSM para o cumprimento do contrato e tendo, entretanto, já assumido a posição de locadora que desde o início lhe estava destinada.

Ora, verifica-se que a escolha dessa entidade como co-contratante da ULSM não foi objecto de procedimento pré-contratual.

O concurso aberto destinava-se à selecção de um equipamento e respectivo fornecedor, apenas prevendo o *aluguer operacional* desse equipamento³⁶.

A proposta apresentada pela *General Electric* e que veio a ser adjudicada apontava, não para o aluguer operacional do equipamento por si própria enquanto fornecedora, mas para a intervenção como locadora de uma entidade financeira “*a indicar*” pela proponente³⁷.

Como também já assinalámos nos pontos I.3 e II.4, a própria ULSM reconhece ter dado liberdade aos concorrentes para a escolha da instituição de crédito.

Para além de não ter sido realizado um procedimento de selecção da entidade financiadora, em momento algum do processo de escolha a instituição de crédito foi identificada ou apreciada.

Assim, o concurso realizado não cobriu todas as escolhas necessárias.

O contrato celebrado difere do que foi posto a concurso, já que integra um esquema atípico que não se reconduz ao aluguer operacional anunciado e envolve um co-contratante que não foi objecto de selecção concorrencial.

A deficiência que nesta matéria o Acórdão recorrido e o Ministério Público apontam ao processo, embora num quadro da sua qualificação como de locação financeira, continua a verificar-se mesmo que o contrato não possa assim qualificar-se e deva ser tido como atípico.

³⁶ Cfr. alínea e) do ponto II.1.

³⁷ Cfr. alínea i) do ponto II.1.



Tribunal de Contas

De facto, mesmo atípico, o contrato corresponde a uma modalidade de locação.

Nos termos dos artigos 20.º, n.º 1, alínea b), 431.º e 432.º do Código dos Contratos Públicos³⁸, a locação deve ser precedida de um procedimento concorrencial.

Através desse procedimento deve proceder-se à escolha, em ambiente concorrencial, da proposta e do(s) co-contratante(s) da entidade pública.

Esse procedimento destina-se, além do mais, a assegurar o respeito pelos princípios da transparência, igualdade e concorrência, aplicáveis a todos os processos de contratação pública por força constitucional e legal, tanto nacional como comunitária, de modo a garantir aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, através da transparência e da publicidade adequadas³⁹.

Isso significa que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados, incluindo as entidades financiadoras dos negócios a realizar.

Nessa linha, quando se prevê que um negócio com uma entidade pública envolva vários co-contratantes, todos eles devem ser identificados na proposta e avaliados no processo de escolha. Quando não o sejam, não podem vir mais tarde a integrar o contrato.

Este regime é aplicável a todos os contratos públicos e está estabelecido em obediência aos princípios acima referidos, como parte da disciplina de prossecução do interesse público aplicável às entidades públicas.

A jurisprudência deste Tribunal já afirmou claramente que, nos casos em que as entidades financiadoras/locadoras não são as fornecedoras dos bens é necessário assegurar que tanto o processo de escolha do bem como o processo de escolha da entidade são públicos e concorrenciais.

Tal como o Acórdão de 1.ª instância refere e tal como vem também mencionado pelo Ministério Público, as duas vertentes poderiam ter sido objecto de procedimentos separados ou poderiam ter sido acauteladas no mesmo concurso.

Mas assim não sucedeu.

Embora o bem a locar tenha sido escolhido de forma concorrencial, a entidade financiadora/locadora foi escolhida directamente pela adjudicatária, sem qualquer

³⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

³⁹ Cfr. artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição, 2.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo, 4.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.



Tribunal de Contas

processo ou critério de escolha pública e concorrencial, o que se impunha por força do Código dos Contratos Públicos e dos princípios aplicáveis.

II.6. CONCLUSÃO

Face a tudo o que acima se refere, conclui-se no sentido de que:

- a) O contrato em apreciação não é um contrato de locação financeira nem um contrato de locação operacional, mas antes um contrato atípico, ao qual se deve aplicar a disciplina geral dos contratos públicos e da locação e, bem assim, as normas específicas da figura que for mais próxima de cada um dos seus elementos;
- b) Apesar de o disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, ser aplicável ao caso, não se verificou violação do regime nele contido, uma vez que a entidade financiadora é parte do negócio e está legalmente autorizada a exercer a actividade creditícia;
- c) O procedimento concorrencial realizado não integrou a escolha da *Totta Crédito Especializado, Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, que veio a ser parte do negócio e é a actual locadora e co-contratante da *Unidade Central de Saúde de Matosinhos, EPE*;
- d) A falta do concurso para a escolha da referida co-contratante, exigível nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, origina, como se referiu no Acórdão recorrido, a nulidade do acto de adjudicação e do correspondente contrato;
- e) A nulidade constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em:

- a) **Revogar a decisão recorrida na parte em que considera haver violação do disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro;**
- b) **Negar provimento ao recurso e manter a recusa do visto ao contrato, por força do artigo 44.º, n.º 3, alínea a) da LOPTC, atenta a violação do disposto no artigo 20.º, n.1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos.**



Tribunal de Contas

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31/5.

Lisboa, 21 de Janeiro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(António Santos Carvalho)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)