



“Transitou em julgado em 18/02/02”

ACORDÃO Nº 7/2002-29.Jan-1ªS/SS

Proc. Nº 4 601/01

1. Sua Excelência o **Ministro da Defesa Nacional** remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal um conjunto de **cinco contratos** relacionados com o **fornecimento de helicópteros** para as Forças Armadas Portuguesas, a saber:

- a) “**Contrato Quadro**”, celebrado entre o “Estado Português”, a “DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.” e “EH Industries, Ltd.”;
- b) “**Contrato de Aquisição**”, celebrado entre o “Estado Português”, a “DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.” e “EH Industries, Ltd.”;
- c) “**Contrato de Contrapartidas**”, celebrado entre o “Estado Português” e “EH Industries, Ltd.”;
- d) “**Contrato de Locação**”, celebrado entre o “Estado Português” (locatário) e a “DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.” (locador); e
- e) “**Contrato de Manutenção**”, celebrado entre o “Estado Português” e a “DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.” .

O denominado “**Contrato Quadro**” regula “*os modos da união entre os contratos de aquisição e de contrapartidas, decorrentes do concurso (...) para o fornecimento de doze helicópteros, equipamentos e serviços destinados à Força Aérea Portuguesa,...*”

Deste contrato não resulta para o Estado Português, directa ou indirectamente, qualquer despesa.

O **Contrato de Aquisição** tem por objecto o fornecimento e aquisição de **doze** helicópteros nos seguintes termos:



Tribunal de Contas

- “Um lote de **dois** helicópteros, para operar no âmbito do Sistema de Fiscalização e Controlo das Actividades de Pesca (SIFICAP), (...) **a adquirir pelo Estado**”, pelo preço unitário de 26.339.000 €;
- Um lote de **dez** helicópteros, destinados à execução de missões de busca e salvamento e de busca e salvamento em combate (SAR/CSAR), (...) **a adquirir pela DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S.A**”, pelos preços unitários de 23.686.000€ (6 helicópteros SAR) e 25.800.122€ (4 helicópteros CSAR)

O **contrato de contrapartidas** vincula o Adjudicatário perante o Estado português “à obrigação de resultado de proporcionar à indústria nacional contrapartidas no valor de 394.017.420€”, aproximadamente.

Deste contrato não resulta para o Estado Português, directa ou indirectamente, qualquer despesa.

O **contrato de locação** “tem como objecto essencial a atribuição ao Estado pela locadora, do direito de gozo temporário de 10 helicópteros com o respectivo equipamento complementar, destinados à execução de missões de busca e salvamento e de busca e salvamento em combate (SAR/CSAR) , adquiridos pela locadora à EH Industries, Ltd, ...”.

A locação vigorará pelo prazo de 15 anos, contados a partir da data da assinatura do último protocolo de entrega, renovável por um novo período não superior a 10 anos (cláusulas 4ª, nº 2 e 6ª, nº 1).

Por força do presente contrato o Estado pagará ao locador uma renda anual de, aproximadamente, 22.854.920€, durante os primeiros 15 anos de vigência, com início em data acordar (cláusula 7ª).

O **Contrato de Manutenção** “tem por objecto os 10 helicópteros destinados à execução de missões de busca e salvamento e de busca e salvamento em combate (SAR/CSAR), adquiridos pela locadora à EH Industries, Ltd (...), tendo como conteúdo essencial a obrigação de a locadora assegurar ao locatário a boa conservação e a reparação dos helicópteros prestando os serviços técnicos para isso necessários” (cláusula 1ª, nº 2).



Tribunal de Contas

2. Após o que acaba de se relatar no número anterior, suscita-se, de imediato, uma questão prévia qual seja a de saber se todos os contratos antes enunciados estão ou não sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal.

Nos termos do artº 46º nº 1 al. b), e por remissão para o artº 5º nº 1 al. c), ambos da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), estão sujeitos a fiscalização prévia “os contratos reduzidos a escritos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesas”, celebrados pelas entidades referidas no nº 1 do artº 2ª ainda da citada LOPTC, a saber: o Estado e seus Serviços; as Regiões Autónomas e seus Serviços; as Autarquias Locais, suas Associações ou Federações e seus Serviços, bem como as Áreas Metropolitanas; os Institutos Públicos e as Instituições de Segurança Social.

Por força do artº 47º al. c) da mesma Lei, estão isentos da dita fiscalização prévia “os contratos (...) de assistência técnica”.

Face às disposições legais citadas, desde logo se conclui que os denominados **contrato quadro**” e **contrato de contrapartidas**” não se encontram sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal, uma vez que dos mesmos não resulta qualquer despesa financeira para o Estado português.

O **contrato de manutenção**, atento o respectivo objecto, configura-se como um verdadeiro contrato de assistência técnica, logo isento da fiscalização prévia deste Tribunal, por força da al. c) do artº 47º da LOPTC.

Relativamente ao **contrato de locação**, das disposições conjugadas do nº 1 do artº 46º e nº 1 al. c) artº 5º ambos da LOPTC, não restam dúvidas quanto à sua sujeição à fiscalização prévia deste Tribunal.

Quanto ao denominado **contrato de aquisição** a resposta à questão prévia colocada assume outra complexidade.



Tribunal de Contas

Em rigor, este contrato, formalmente unitário, encerra na sua substância dois contratos:

- Um contrato de compra e venda de **dois helicópteros** celebrado entre o **Estado** (comprador) e a **EH Industries, Ltd.** (vendedora);
- e outro contrato de compra e venda de dez helicópteros celebrado entre a **DEFLOC** (compradora) e a **EH Industries, Ltd.** (vendedora).

Sendo claro que face ao estatuído nas disposições conjugadas antes citadas e porque só os contratos celebrados pelo Estado e seus serviços (artº 2º nº 1 e artº 5º nº 1 al. c)) se encontram sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal e tendo ainda presente que a DEFLOC assume a natureza de sociedade anónima (cfr. contrato de constituição de 18SET2001, junto aos autos) forçosamente se concluirá que este denominado contrato de aquisição apenas se encontra sujeito à fiscalização prévia deste Tribunal na parte em que respeita à compra dos dois helicópteros (SIFICAP) que constituem o primeiro lote. Na verdade, a participação de um ente público, neste caso o Estado, enquanto adquirente, no presente contrato apenas se verifica em relação à aludida compra.

Em síntese e conclusão, a análise e decisão do presente processo ater-se-á, somente, sobre o contrato de aquisição de acordo com a delimitação acabada de efectuar e sobre o contrato de locação.

3. Para a decisão do processo, nos termos acabados de definir, importam os seguintes factos, que se dão como assentes:

3.1

- Autorizado por despacho do Ministro da Defesa Nacional de 5 de Agosto de 1999, com publicação de anúncio no Diário da República, III série, de 26 do mesmo mês e ano, foi aberto concurso com selecção de propostas para negociação para o *"fornecimento de 11 a 14 helicópteros, equipamentos e serviços para a Força Aérea Portuguesa (FAP), sendo: (1) um lote de dois helicópteros para operar na fiscalização e controlo das actividades de pesca SIFICAP (...); e (2) um lote de 9 a 12 helicópteros destinados à*



Tribunal de Contas

execução de missões de busca e salvamento e busca e salvamento em combate (SAR/CSAR) ...";

- De acordo com o nº 10 do referido anúncio seriam seleccionadas, no máximo, três propostas para passarem à fase da negociação;
- Apresentaram-se a concurso três concorrentes com um total de 4 propostas;
- Foram seleccionadas para a fase de negociação duas propostas apresentadas pelo concorrente EH Industries, Ltd. e a da empresa Sikorsky;
- Após prolongadas negociações os concorrentes apresentaram em 23 de Novembro de 2001 as suas *"últimas e melhores propostas de preço de aquisição"* ;
- Através do seu despacho nº 270/MDN/2001 de 28 de Novembro, o Ministro da Defesa Nacional decidiu *"adjudicar o fornecimento dos helicópteros concursados à EH Industries, Ltd. (proposta nº 2, motorização RTM)"*;
- No nº 6 do mesmo despacho determina-se *"a imediata notificação do presente despacho e de todos os seus anexos à DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S.A, para conhecimento e preparação das diligências subsequentes que sejam da competência dos respectivos órgãos"*;
- O despacho a que vimos fazendo referência foi ratificado por Resolução do Conselho de Ministros de 29 de Novembro de 2001, publicada no DR II Série de 27 de Dezembro seguinte;
- O contrato de aquisição – bem como os restantes – foi celebrado em 20 de Dezembro de 2001;

3.2.

- Precedida do necessário (artº 4º do Decreto-Lei nº 397/98, de 17 de Dezembro) despacho autorizador do Ministro da Defesa Nacional, proferido em 14 de Setembro de 2001, foi constituída, por escritura pública do dia 18 do mesmo mês e ano, a sociedade anónima com a firma **DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.** que tem por objecto *"o comércio e locação de equipamentos de defesa"* (cláusula 3ª);



Tribunal de Contas

- O capital social desta sociedade anónima foi subscrito e realizado pela “EMPORDEF – Empresa Portuguesa de Defesa (SGPS), SA” na quantia de 101 250,00€ correspondente a 10 125 acções no valor nominal de 10€ cada e pela Caixa Geral de Depósitos na quantia de 23 750,00€ correspondente a 2 375 acções no valor nominal de 10€ cada;
- Na acta da reunião nº 39 da Comissão do Concurso nº1/DGAED/99, realizada a 14 de Maio de 2001, consta que o Presidente da dita Comissão *“informou ainda os concorrentes que, em princípio, na fase final, até 2004, o Estado, como tal, não poderia assumir compromissos no domínio financeiro. Nestas condições os compromissos serão assumidos pela DEFLOC como entidade compradora do bem”*;

3.3

- Como já referido em 20 de Dezembro de 2001 foi celebrado entre o “Estado Português”, a “DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.” e “EH Industries, Ltd.” o designado contrato quadro que nos termos da cláusula 1ª regula *“os modos da união entre os contratos de aquisição e de contrapartidas, decorrentes do concurso (...) para o fornecimento de doze helicópteros, equipamentos e serviços destinados à Força Aérea Portuguesa, ...”*
- No ponto 2 do respectivo preâmbulo, escreve-se a determinado passo que “a Comissão acertou com ambos os concorrentes um esquema de aquisição assente na compra dos bens por um terceiro e na subsequente adopção de um modelo de locação operacional”.
- Ainda segundo o mesmo preâmbulo, o acerto alcançado com os concorrentes quanto à modalidade de financiamento, antes referida, tem suporte no nº 11.4.1 do Programa do Concurso que confere à Comissão “amplos poderes negociais”;
- Por sua vez o ponto 11.4.2 do referido programa estabelece que “A Comissão pode acordar com qualquer um dos concorrentes (...) a introdução de novas condições,



Tribunal de Contas

alterações do preço, modalidades de financiamento do plano e condições de pagamentos e dos prazos de entregas”;

- A cláusula 2ª do Contrato-Quadro a que vimos fazendo referência estipula que “o *contrato de aquisição* tem por conteúdo essencial o fornecimento pelo adjudicatário ao Estado do lote de helicópteros referido na alínea a) da cláusula anterior (2 helicópteros/SIFICAP) e à adquirente (DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, SA) do lote de helicópteros referido na alínea b) da cláusula anterior (10 helicópteros/SAR/CSAR)”;
- Em 20 de Dezembro de 1999 é celebrado entre a “adquirente” - DEFLOC– Locação de Equipamentos de Defesa, SA – e a EH Industries, Ltd. um contrato de compra e venda de dez helicópteros, correspondentes ao lote SAR/CSAR;
- Na mesma data é celebrado entre a DEFLOC e o Estado o contrato de locação daqueles 10 helicópteros, pelo prazo de 15 anos renovável por mais 10 anos.

4. O fornecimento dos helicópteros em causa nos presentes autos vem fundamentado, do ponto de vista legal, essencialmente, nas leis-quadro de Programação Militar. A primeira a Lei nº 46/98, de 7 de Agosto com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica nº 2/99, de 3 de Agosto e a segunda a Lei Orgânica nº 5/01, de 14 de Novembro.

Para o que interessa dispõe o nº 1 do artº 2º da última das leis orgânicas citadas (que reproduz o que já se dispunha no artº 1º-A da anterior):

“Os actos de investimento público previstos no nº 1 do artigo anterior podem ser concretizados por locação sob qualquer das suas formas contratuais, quando tal se mostrar justificado pelo interesse nacional, de modo a permitir a dilatação no tempo da satisfação do correspondente encargo financeiro, sem prejuízo da normal inscrição das prestações anuais no mapa que contém os programa da Lei de Programação Militar”.



Tribunal de Contas

5. Durante a fase de análise e estudo do processo suscitaram-se diversas questões sobre as quais foi ouvido o Senhor Ministro da Defesa Nacional que, em extensa resposta, que aqui se dá por inteiramente reproduzida, prestou os esclarecimentos tidos por convenientes.

É, pois, à luz dos factos enunciados em 3. e tendo presentes os esclarecimentos prestados pelo Senhor Ministro da Defesa Nacional que os dois contrato sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal (recorde-se, o contrato de aquisição na parte em que respeita à compra dos dois helicópteros (SIFICAP) e o contrato de locação dos dez helicópteros SAR/CSAR) não-de ser apreciados e decididos, sem esquecer a globalidade do processo aquisitivo.

6. Apreciando

É certo que a Lei de Programação Militar, quer a que se encontrava em vigor na data da abertura do concurso (Lei nº 46/98, de 7 de Agosto com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica nº 2/99, de 3 de Agosto) quer a actual, em vigor na data da celebração dos contratos (Lei Orgânica nº 5/01, de 14 de Novembro), permitem que o investimento público em equipamento para as Forças Armadas se concretize, para além da aquisição directa, através das diferentes formas contratuais que a locação possa revestir.

Significa isto que o fornecimento dos helicópteros em causa no processo, dois por via da aquisição directa e dez por via da locação operacional, encontra suporte legal nas citadas leis de programação militar.

*

O artº 4º do Decreto-Lei nº 33/99, de 5 de Fevereiro, que estabelece o regime jurídico relativo à celebração dos contratos de aquisição de armas, munições e outro material de guerra, que no seu nº 2 aponta para um regime de concurso com selecção de propostas para negociação, permite no nº 3 que a escolha do co-contratante se faça com recurso ao ajuste directo desde que *"a protecção dos interesses essenciais de segurança do Estado Português"* assim o exija. Tratando-se da aquisição de material de guerra a protecção de tais interesses é por demais evidente, o que simplifica a fundamentação do recurso ao ajuste directo em casos como os dos autos.



Tribunal de Contas

Aliás, tal entendimento sai reforçado se tivermos presente o disposto na alínea b) do nº 1 do artº 296º do Tratado CE donde resulta uma cedência do princípio da concorrência quando as aquisições tenham por objecto material de guerra.

Portanto, quer a aquisição dos dois helicópteros do lote SIFICAP, decidida após a realização de concurso com selecção de propostas para negociação, quer a locação dos dez helicópteros do lote SAR/CSAR que, atenta a ausência de procedimento específico com vista à locação, tem de entender-se feita por ajuste directo, são legalmente possíveis.

*

A confissão expressa contida no nº 1 do artº 2º da Lei de Programação Militar, Lei Orgânica nº 5/2001, de 14 de Novembro, de que o recurso a contratos de locação (operacional no caso) no que toca ao fornecimento de bens de equipamento para as Forças Armadas visa, para além do mais, *"a dilatação no tempo da satisfação do correspondente encargo financeiro"* afasta-nos de uma eventual discussão sobre as implicações que um contrato daquela natureza e regime teria ao nível da disciplina orçamental e das finanças públicas.

*

No entanto, pese embora o suporte legal dos contratos em apreço, o procedimento que conduziu à celebração do contrato de locação operacional dos dez helicópteros do lote SAR/CSAR merecia um acréscimo de clareza e transparência.

Se atentarmos nas principais peças do concurso subjacente ao fornecimento em causa nos autos, o despacho do Ministro da Defesa Nacional de 5 de Agosto de 1999, o Programa do concurso e o anúncio publicado no Diário da República, III série, de 26 do mesmo mês, em nenhuma delas se faz referência ou se deixa, sequer, antever a possibilidade de os helicópteros em questão, no todo ou em parte pudessem vir a ser adquiridos por entidade diferente do Estado para a este depois os locar. Bem pelo contrário, tudo apontava para que fosse o Estado a proceder à aquisição dos ditos helicópteros.

E não é, como defende o Senhor Ministro da Defesa Nacional na sua resposta a esta questão, do facto de nem no Anúncio, Programa ou Caderno de Encargos alguma vez se identificar o Estado como entidade adquirente que pode concluir-se que parte dos bens em causa (dez helicópteros) iriam ser adquiridos por uma entidade terceira, no caso uma sociedade anónima ainda que, para já, de capitais públicos como é a DEFLOC.



Tribunal de Contas

E também não é pelo facto de a Lei de Programação Militar permitir a locação de bens de natureza militar que se pode concluir que o concurso tinha por fim, ainda que parcialmente, uma aquisição de bens por terceiros para imediata locação ao Estado.

Dispõe o artº 13º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho que *"na formação e execução dos contratos as entidades públicas e privadas devem agir segundo as exigências da identidade, autenticidade e veracidade na comunicação"*. E o nº 2 do mesmo artigo dispõe ainda que *"os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento, bem como os contratos, devem conter disposições claras e precisas"*.

Valendo este princípio e tendo o concurso sido autorizado pelo Ministro da Defesa Nacional, o respectivo anúncio sido publicado no Diário da República sob a égide do Ministério da Defesa Nacional/Direcção-Geral de Armamento e Equipamentos de Defesa (o anúncio vem subscrito pelo Director Nacional de Armamento) e sendo o regime regra a aquisição (como claramente resulta do artº 2º do Decreto-Lei nº 33/99, de 5 de Fevereiro) não era viável outra conclusão que não fosse a de que se estaria perante um procedimento que tinha por objecto a aquisição pelo Estado de 11 a 14 helicópteros. E também não se concebe que o Estado, através dos seus serviços, sem nada dizer, desencadeie um procedimento aquisitivo para ser concretizado por terceiros particulares.

Tudo ficaria simplificado e a transparência ganharia se, havendo, como há, suporte legal para o fornecimento em questão, desde o início se anunciasse tal metodologia e propósito.

*

O que até aqui se disse é válido para a intervenção da DEFLOC no "negócio".

De facto, a primeira referência a esta sociedade anónima no procedimento concursal e negocial aparece na já citada acta da reunião nº 39 da Comissão do Concurso, realizada a 14 de Maio de 2001, onde se dá conta aos concorrentes que, não podendo o Estado assumir compromissos no domínio financeiro até 2004, os compromissos decorrentes da aquisição seriam assumidos pela DEFLOC como entidade compradora do bem. Isto muito antes, sequer, da constituição da dita sociedade anónima.

As referências só voltam a surgir em 14 de Setembro de 2001, data do despacho do Ministro da Defesa Nacional que autorizou a sua constituição e em 18 do mesmo mês e ano data da escritura pública de constituição.



Tribunal de Contas

Em rigor, deve dizer-se que a intervenção da DEFLOC só aparece legitimada pelo denominado “Contrato Quadro” que, atenta a sua outorga pelo Ministro da Defesa Nacional e a ausência, no processo, de qualquer outro acto formal, deve ter-se como o verdadeiro acto adjudicatório da locação.

Sendo legalmente possível, como já se disse, no caso, o recurso ao ajuste directo também aqui a transparência ganharia se desde o início se tivesse anunciado a intervenção no processo aquisitivo de uma terceira entidade (já escolhida ou a escolher pelo Estado) que, essencialmente, desempenhará o papel de intermediário no modo de financiamento (ou no modo de dilatação no tempo da satisfação dos correspondentes encargos financeiros, para usarmos a expressão da Lei) da aquisição subjacente. É que, na verdade, dos elementos instrutórios complementares remetidos pelo Senhor Ministro da Defesa Nacional com a sua resposta, resulta evidente que quem acaba por financiar a aquisição dos dez helicópteros do lote SAR/CSAR será um sindicato bancário liderado pelo BPI que, para o efeito concederá um financiamento à DEFLOC por forma a que esta fique dotada *“de meios financeiros para proceder à aquisição dos 10 helicópteros EHI e posterior locação à Força Aérea”* (Cfr. Memorando junto aos autos e remetido a coberto do ofício nº 260/CG, de 17/1/2002 do Gabinete do Senhor Ministro da Defesa Nacional).

7. Concluindo.

Pelos fundamentos expostos acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal:

- a) Visar o denominado “contrato de aquisição” mas tão só na parte respeitante à aquisição dos dois helicópteros que constituem o lote 1, denominado SIFICAP;
- b) Visar, ao abrigo do nº 4 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto e porque as apontadas ilegalidades não geram a nulidade dos contratos nem violam directamente normas financeiras, o contrato de locação operacional de dez helicópteros celebrado entre o Estado e a “DEFLOC”, com a recomendação de que em futuros procedimentos aquisitivos se respeite o rigor, a clareza e objectividade quanto à metodologia a adoptar, ao tipo de contratos a celebrar e às entidades a envolver, definindo, desde o início, e publicitando as regras que hão-de pautar o procedimento negocial;



Tribunal de Contas

- c) Mandar entregar cópia do presente acórdão para os efeitos tidos por convenientes aos Excelentíssimos Juizes Conselheiros da 2ª Secção deste Tribunal responsáveis pelas Áreas I (Parecer sobre a Conta Geral do Estado – Despesa, Dívida Pública e Património Financeiro), IV (Funções Gerais de Soberania e Funções Económicas) e IX (Sector Público Empresarial).

Não são devidos emolumentos (artº 16º da Lei Orgânica nº 5/2001, de 14 de Novembro – Lei de Programação Militar).

Lisboa, 29 de Janeiro de 2002.

Os Juizes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)