



**Transitou em julgado em
24/09/07**

Acórdão n.º119/1.ªS/SS

Assunto: Minuta de contrato de locação financeira imobiliária a celebrar entre o Município de Tomar e o Banco BPI, SA, no montante de €530.592,15

I

Relatório: Os factos

1. Em reunião de 14/03/2006, a Câmara Municipal de Tomar (doravante designada por Câmara Municipal) deliberou propor à Assembleia Municipal a aquisição, através de *leasing*, de uma propriedade composta por 3 prédios contíguos sitos na Charneca do Maxial, freguesia de Madalena, concelho de Tomar, pelo valor de €370.000,00.
2. Em reunião de 31/03/2006, a Assembleia Municipal pronunciou-se favoravelmente à realização da operação de locação financeira.
3. O procedimento adoptado para aquele efeito foi o concurso público de âmbito nacional.
4. Nos termos do Programa de Concurso, a adjudicação seria feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta o valor da renda, o valor total da operação, incluindo o valor residual, as despesas administrativas e outras.
5. De acordo com o Caderno de Encargos, o valor do investimento é de €370.000,00, acrescido dos encargos inerentes ao processo de aquisição, destacando-se, ainda, o seguinte:



Tribunal de Contas

- a) Prazo da operação: 180 meses;
 - b) Periodicidade da renda: trimestral e antecipada;
 - c) Valor residual: 5%;
 - d) Indexante: *Euribor* a 90 dias, sem intervalo de variação ou qualquer arredondamento.
6. Em reunião de 09/03/2007, o júri do concurso definiu a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interferem na aplicação do critério de adjudicação.
7. Na sequência do relatório final do Júri do concurso, a Câmara Municipal, em reunião de 16/05/2007, deliberou contratar a operação financeira junto do Banco BPI, S.A., na modalidade de juro indexada à *Euribor* a 90 dias, com um *spread* de 0,1%.
8. Em reunião de 03/07/2007, a Câmara Municipal aprovou a minuta do contrato de locação financeira imobiliária.
9. São as seguintes as principais condições contratuais constantes da minuta do contrato de locação financeira:
- a) Prazo: 180 meses;
 - b) Valor total máximo do investimento: €391.947,02, correspondente à soma do valor de aquisição do imóvel (€370.000,00) com o valor do IMT¹ aplicável (€18.500,00) e com o valor das despesas notariais (€3.447,02);
 - c) As rendas serão fixadas tendo por referência a taxa *Euribor* 3m, arredondada para a milésima superior, acrescida de um *spread* de 0,1%;
 - d) Valor total estimado da locação: € 530.592,15, correspondente à soma do valor estimado das rendas a pagar, incluindo o valor residual a pagar (€19.597,35), caso o Município exerça a opção de compra dos imóveis.

¹ Abreviatura de “Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis”.



II

Dos fundamentos da decisão: da sujeição da minuta à fiscalização prévia do Tribunal

1. Nos termos da alínea c) do número 1 do artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26/08, as minutas de contratos só estão sujeitas a fiscalização prévia desde que o valor seja igual ou superior ao estabelecido nas Leis que aprovam os Orçamentos do Estado e desde que os encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no acto da sua celebração.
2. Face ao valor da operação a contratar, está verificado um dos pressupostos acima referidos.
3. No que se refere ao segundo pressuposto, importa salientar que, nos termos do Ponto 4 das Condições Particulares da minuta do contrato de locação financeira, o início do prazo do contrato verifica-se na data de aquisição do imóvel.
4. Por seu turno, nos termos do Ponto 7 do referido documento, a primeira renda vence-se na data da escritura.
5. Sendo a minuta omissa, o Município esclareceu “que a aquisição dos prédios, para efeitos da clausula 4ª das condições particulares, será efectuado antes da celebração do contrato de locação financeira, imediatamente após o visto do Tribunal”.
6. Termos em que a minuta do contrato sub judice recai no âmbito da aplicação da alínea c) do nº 1 do artigo 46º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, sendo o instrumento adequado para sujeitar á fiscalização prévia do Tribunal de Contas.



III

Dos fundamentos da decisão: Da não realização de concurso publico internacional, como fundamento da recusa de visto

1. O procedimento concursal adoptado pelo Município foi o concurso publico de âmbito nacional, pelo que a divulgação do mesmo só ocorreu a nível nacional mais concretamente no Diário da Republica e nos jornais Público e Diário de Noticias, não tendo sido objecto de publicação no Jornal Oficial das Comunidades ou em jornais de expansão europeia com indicação de se tratar de um concurso internacional a realizar no âmbito da União Europeia, ao qual se poderiam candidatar operadores financeiros de qualquer país.
2. O montante estimado dos encargos imergentes do contrato de locação financeira é de € 530.592,15.
3. Para o efeito releva o disposto nos artigos 87º, 190º, 191º e 194º do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho.
4. O contrato de locação financeira é o contrato pelo qual uma entidade, o locador financeiro, concede a outra - o locatário financeiro – o gozo temporário duma coisa corpórea, adquirida pelo próprio locador, a um terceiro, por indicação do locatário.
5. O contrato de locação é um contrato financeiro de natureza creditícia destinado a assegurar a obtenção de recursos financeiros que permitam a concretização do negócio de aquisição dos bens corpóreos. (Sobre a natureza do contrato de locação financeira veja-se, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, 3ª Edição, Almedina, Coimbra 2006, pag. 562; Fernando Gravato de Moraes, “Manual de Locação Financeira”, Almedina, Março de 2006, pag. 260; Rui Pinto Duarte, “ A Locação Financeira” (“Estudo Jurídico do Leasing Financeiro” in “Escritos sobre Leasing e Factoring”, Principia, Lisboa 2001, pag. 85); e Acórdão nº 49/99-1ªSecção - Recurso Ordinário nº



Tribunal de Contas

19/99-1ªS/PL, - Relator Consº Pinto Almeida, publicado no D.R. II série, nº21, de 26 de Janeiro de 2000)

6. O seu regime consta hoje essencialmente do Decreto Lei 149/95, de 24 de Junho, do Decreto Lei 265/97 de 2 de Outubro e do Decreto Lei 285/2001 de 3 de Novembro.
7. São ainda relevantes o Decreto Lei 298/92 de 31 de Dezembro que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e o Decreto Lei nº 72/95, de 15 de Abril.
8. Para efeitos de controlo do endividamento municipal, na Lei de Finanças Locais em vigor (Lei nº 2/2007, de 15 de Janeiro) e na anterior (artº 23, nº 1 da Lei nº 42/98, de 6 de Agosto) considera-se que a locação financeira constitui uma modalidade de concessão de crédito. (cfr. neste sentido Acórdão 49/99, 1ªSecção, - Relator Consº Pinto Almeida, e António Menezes Cordeiro, ob. cit. loc cit. e Fernando Gravato de Morais, ob, cit. loc. cit.).
9. Daí que para efeitos de disciplina da realização das despesas públicas, da contratação pública, não possa deixar de estar sujeita ao regime da prestação de serviços financeiros (cfr. Acórdão nº 49/99- 1ª Secção, - Relator Cons. Pinto Almeida). Ou seja, o disposto no Decreto Lei nº 197/99, que transpõe a Directiva 92-50/CEE, de 18 de Junho de 1992.
10. No âmbito financeiro os únicos contratos de prestação de serviços financeiros excepcionados são de acordo com os artigos 77º nº 1 alinea d) os que visam a aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros produtos financeiros, bem como serviços prestados pelo Banco de Portugal, o que não é o caso “sub judice”.
11. Por sua vez a alínea b) do nº 1 do artigo 191º do referido diploma estipula que as aquisições de serviços incluídas no anexo V, na qual se incluem as prestações de serviços financeiros com valor estimado igual ou superior a 200.000 euros, com



Tribunal de Contas

exclusão do IVA, se aplicarão cumulativamente os procedimentos gerais definidos no capítulo XIII e segts, Secção II (artº 194º a 197º). O que está, aliás, em consonância com a disciplina constante da Directiva 192-50/CEE de 18 de Junho de 1992.

12. Está em causa a prestação de serviços financeiros, na modalidade de locação financeira, por uma instituição financeira, a uma autarquia local. Independentemente da natureza da coisa corpórea cuja aquisição se destina a financiar sejam coisas móveis ou coisas imóveis. Sendo por isso de afastar quaisquer subsunção do contrato de locação financeira no contrato de locação ou no contrato de compra e venda de móveis (cfr. neste sentido Acórdão 49/99 – 1ª Secção de 21 de Dezembro PL, -Relator Consº Pinto Almeida).
13. Assim, face ao disposto no artigo 191, nº 1 alinea b) do Decreto Lei 197/99 de 8 de Junho o Município de Tomar deveria ter procedido à publicidade do respectivo anúncio de concurso no Jornal Oficial das Comunidades.
14. Acresce que de acordo com a Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia de 17 de Outubro de 2002, os contratos financeiros celebrados por entidades sujeitas ao âmbito da aplicação da Directiva nº 92-50/CEE de 18 de Junho, tendo em vista assegurar o financiamento da aquisição ou locação de imóveis estão submetidas à disciplina da referida directiva. (Cfr. este sentido, Fabrice Armand, “Les Contrats de Services Bancaires et d’Investissement des Collectivités Locales”, Economica, Paris, 2003 pag. 220)
15. Essa obrigação subsiste na Directiva 2004/18/CE de 31/04 como pode ver-se dos artigos 1º, 2º, d) e anexos II e VII 1º, 9º, 7º, 35º, e e 36º que revogam a anterior Directiva já referida, com efeitos a partir de 31/01/06, data a partir da qual os Estados Membros estavam vinculados a transpô-la o que Portugal ainda não fez (cfr. neste sentido Acórdão 115/07-1ªSecção/SS – Relator Cons. Amável Raposo).



Tribunal de Contas

16. Os ajustamentos que a nova Directiva introduziu, quer relativamente aos serviços adquiridos, quer aos limiares comunitários que servem de referência à obrigação de publicidade não alteram, no caso em apreciação o núcleo da obrigação: os serviços a adquirir que antes integravam a categoria 12 do anexo V do Decreto - Lei 197/99, estão agora previstos na categoria XII do anexo II da nova Directiva; e o limiar comunitário que era de €200.000, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 191 do D.L. 197/99 é agora de €211.000. (cfr. neste sentido Acórdão nº 06/07, Maio.2/1ªSecção/PL, Relator Consº Amável Raposo, Acórdão nº 04/07, Abril.18, 1ª Secção-PL, - Relator Consº Amável Raposo e Acórdão nº 115/07, Agosto.02 – 1ªSecção/SS, Relator -Consº Amável Raposo).
17. Limiar esse que o contrato a celebrar em conformidade com a minuta ora sujeita a visto excede. Quer considerando o valor inicialmente contratado, quer o valor dos encargos estimados.
18. Ao omitir-se a publicidade no JOUE ou noutro meio de divulgação idóneo, a nível comunitário (cfr. nº 212 da Comunicação interpretativa da Comissão 2006/C, 179/02), omissão que viola as referidas normas, os potenciais interessados, sedeados nos diversos países da União Europeia, que se socorrem desse meio de divulgação para acederem aos concursos públicos internacionais de prestação de serviços, designadamente financeiros e bancários, ficaram por plausível falta de conhecimento e de participação impedidos de apresentarem as suas propostas, o que afectando a concorrência e podendo afectar o resultado financeiro do contrato, constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º nº 3, alínea c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (cfr. neste sentido os arestos da 1ª Secção do Tribunal de Contas referidos em 14. de que foi Relator o Conselheiro Amável Raposo.)



Tribunal de Contas

19. Acresce que a exigência de publicidade no JOUE, responde não a um imperativo de direito interno, mas também de direito comunitário, sendo que inexistindo nas referidas directivas qualquer norma a autorizar a derrogação dessa publicidade, a sua violação é susceptível de fazer incorrer Portugal, enquanto país membro da União Europeia numa acção de incumprimento, nos termos previstos nos artigos 226º a 229º do Tratado CEE, e conseqüente prolação de acórdão condenatório por parte do Tribunal de Justiça Europeu (sobre o processo de acção de incumprimento e as conseqüências jurídicas dos acórdãos do Tribunal de Justiça Europeu, cfr. Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins, “Contencioso Comunitário”, Almedina, Coimbra 2002, pag. 186).
20. As situações de incumprimento de directivas comunitárias na área da contratação pública desencadeadas pela Comissão contra Estados Membros e decididas pelo Tribunal de Justiça Europeu têm sido frequentes.
21. E a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, quer em sede de acções de incumprimento, quer em sede de questões prévias e prejudiciais suscitadas pelos juízes nacionais enquanto primeiros aplicadores e garantes da aplicação do Direito Comunitário tem sido invariável no sentido de que relativamente aos contratos abrangidos pelas directivas comunitárias e relativamente às entidades sujeitas ao seu âmbito de aplicação, não há fundamento a não ser que expressamente previsto nas directivas para, situando-se os contratos em causa acima dos limiares comunitários, não proceder à realização de concurso publico internacional e à sua publicação no JOUE ou através de qualquer outro meio idóneo ao nível da União Europeia, por forma a assegurar a concorrência comunitária e a concretização do mercado interno (cfr. neste sentido Dorthe Dahagaard Dingel “Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law”, Kluwer, 1999, págs. 133 a 157; Christopher Bovis, “EC Public Procurement: Case Law and Regulations”, Oxford, 2006, Oxford University Press, págs. 49 a 94; Peter Trepte, “Public Procurement in the EU, A Practitioner Guide”, 2º Edition, Oxford, 2007, págs. 526 a 600; Ann Lawrence Durviaux, “Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d’un système”, Bruxelles, 2006, Larcier, pag. 407 a 427; Philippe Flamme,



Tribunal de Contas

Maurice -André Flamme, Claude Dardenne, “Les Marchés Publics Européens et Belges, L’Irrésistible Européanisation du Droit de la Commande Publique”, 2005, Bruxelles, Larcier, pág. 89 a 110 ; Maria João Estorninho, “Direito Europeu dos Contratos Públicos , Um olhar Português “, Almedina, Coimbra, Novembro de 2006, pag. 61 a 105)

22. Os riscos que adviriam para o Estado Português de uma situação de incumprimento do Direito Comunitário são suficientemente fortes, a par da limitação da concorrência comunitária para não permitir ao Tribunal de Contas usar da faculdade prevista no nº 4 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

23. Acresce que o Acórdão nº 19/00-1ª Secção/PL (Relator Cons. Pinto Almeida), que considerou o não cumprimento da obrigação de publicidade no JOUE, de contratos de locação financeira imobiliária, como fundamento de recusa de visto foi objecto de publicação no Diário da República, II Série, nº 21 de Janeiro de 2000, não podendo a sua ignorância ser invocada como causa de não cumprimento do direito comunitário derivado dos contratos públicos.

IV

Da Decisão

Termos em que se entende não fazer uso da faculdade prevista no nº 4 do artigo 44º e se decide recusar o visto à minuta de contrato.

São devidos emolumentos.

Comunicações necessárias

Lisboa em 30 de Agosto de 2007



Tribunal de Contas

(Cons. Ernesto Luis Rosa Laurentino da Cunha – Relator)

(Cons. Carlos Manuel Botelho Moreno)

(Cons. Armindo de Sousa Ribeiro)