



Universidade do Minho

Escola de Direito

Vânia Isabel Vicente Grilo

**Da contratação (pública) das Instituições
Particulares de Solidariedade Social**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Administrativo

Trabalho efetuado sob a orientação de:

Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca

Outubro de 2013

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho ____/____/____

Assinatura: _____

Agradecimentos:

“A gratidão é a memória do coração”

(Antístenes)

Apesar deste trabalho de investigação ser um esforço individual e solitário, há contributos que não podem nem devem deixar de ser realçados. Por isso expresso o meu sincero agradecimento:

À Professora Doutora Isabel Fonseca, minha orientadora, por todo o carinho, apoio, motivação e disponibilidade com que me brindou ao longo destes anos. As suas sugestões e indicações foram preciosas e indispensáveis para redigir esta tese.

E, à minha família, em especial aos meus pais e ao meu irmão, por todo o amor, confiança e apoio. A vossa serenidade foi essencial.

A todos os meus sinceros agradecimentos

Resumo:

Da contratação (pública) das Instituições Particulares de Solidariedade Social

Com a elaboração deste trabalho pretende-se aferir de que forma as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem atuar como “organismos de direito público”, enquadrando-se desse modo no universo da Contratação Pública.

As Instituições Particulares de Solidariedade Social têm uma importância inegável na satisfação das necessidades básicas de uma sociedade. O Estado, depositário legal dessa competência, confere a estas instituições a realização das atividades de solidariedade e ação social, apoiando e financiando o seu desenvolvimento. Esta cooperação faz com que estas instituições estejam submetidas a prerrogativas de cariz público.

De modo a estarem sujeitas às regras da Contratação Pública, as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem assumir-se como entidades adjudicantes, especificamente como “organismos de direito público”.

Os requisitos da noção de “organismo de direito público” foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo o ordenamento jurídico português acolhido nos mesmos termos este conceito.

Constituem requisitos indispensáveis e cumulativos para a qualificação de uma entidade como “organismo de direito público”: a personalidade jurídica, a realização de atividades de interesse geral desprovidas de caráter industrial e comercial e a dependência da entidade ao Estado, às autarquias locais ou regionais ou a outros organismos de direito público.

As Instituições Particulares de Solidariedade Social dotadas de personalidade jurídica desenvolvem atividades de interesse geral indispensáveis para o bem-estar da coletividade. Essas atividades estão desprovidas de interesse comercial e industrial, se as instituições atuarem no mercado munidas com determinados benefícios que lhes conferem vantagem em relação às outras entidades participantes. Essas regalias derivam sobretudo do financiamento público atribuído pelo Estado a essas instituições.

Abstract:

Of the (public) procurement of Private Institutions of Social Solidarity

With the formulation of this paper we aim to assess how the Private Institutions of Social Solidarity can act as “bodies governed by public law”, thereby positioning themselves in the universe of Public Procurement.

These institutions have undeniable importance in meeting the basic needs of a society. The State, legal depository of that competence, entrusts these institutions with the elaboration of activities of solidarity and social action, supporting and financing their development. This cooperation makes these institutions subject to public oriented prerogatives.

In order to be subjected to the rules of Public Procurement, Private Institutions of Social Solidarity may take as contracting authorities, specifically as a “bodies governed by public law”.

The requirements for the notion of "body governed by public law" were developed by the Court of Justice of the European Union and the Portuguese legal system accepted the same terms of that notion.

To qualify an entity as a "body governed by public law" the cumulative requisites are: a legal personality, established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and financed, for the most part, by the State, either regional or local authorities as well as other bodies governed by public law.

Private Institutions of Social Solidarity that have legal personality and develop general interest activities are essential to the welfare of any community. These activities are devoid of commercial and industrial character if these institutions act in the market provided with certain benefits that give them advantage over other entities. These benefits derive mainly from public funding allocated by the State to such institutions.

Índice:

INTRODUÇÃO

1. Da apresentação do tema, da delimitação do objeto
e dos motivos que presidiram à sua escolha 13
2. Da sequência da exposição 16

CAPÍTULO I – As Instituições Particulares de Solidariedade Social

1. Contexto histórico: o terceiro setor 19
2. As Instituições Particulares de Solidariedade Social em Portugal 27
 - 2.1 O regime jurídico 28
 - 2.2 As Tipologias 37
 - 2.3 A análise do seu conceito legal e constitucional 45

CAPÍTULO II – O Conceito de “organismo de direito público”: cenário europeu

1. A génese da noção de “organismo de direito público” 53
2. Os elementos constitutivos do conceito de “organismo de direito público”: uma análise de jurisprudência 70
 - 2.1 A personalidade jurídica 73
 - 2.2 Satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial 74
 - 2.3 Sujeição ao poder público 80

CAPÍTULO III - O Conceito de “organismo de direito público”: o quadro jurídico português

1. O Código dos Contratos Públicos 85

| | |
|---|-----|
| 2. A aplicação do conceito de “organismo de direito público” às realidades portuguesas: considerações emanadas pelos Tribunais Nacionais | 107 |
| 3. O conceito de “organismo de direito público” e as Instituições Particulares de Solidariedade Social | 120 |
| 3.1 O modo de financiamento das Instituições Particulares de Solidariedade Social | 120 |
| 3.2 A tutela e os poderes de fiscalização exercidos sobre as Instituições Particulares de Solidariedade Social: o caso concreto do Tribunal de Contas | 135 |
| CONCLUSÃO | 145 |
| BIBLIOGRAFIA | 151 |
| JURISPRUDÊNCIA | 159 |

Lista de abreviaturas

| | |
|---------|---|
| CA | Código Administrativo |
| CC | Código Civil |
| CCP | Código dos Contratos Públicos |
| CPC | Código do Processo Civil |
| CDFUE | Carta de direitos fundamentais da União Europeia |
| CEDH | Carta Europeia dos Direitos do Homem |
| CEFA | Fundação para os estudos e formação autárquica |
| Cfr. | Conforme |
| CLDS+ | Contratos locais de desenvolvimento social mais |
| CNAAPAP | Comissão nacional de acompanhamento e avaliação de protocolos e acordos de protocolos |
| CPA | Código de Procedimento Administrativo |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DGSS | Direção-geral da Segurança Social |
| DL | Decreto - Lei |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos do Homem |
| EBF | Estatuto de benefícios fiscais |
| EIPSS | Estatuto das Instituições Particulares da Solidariedade Social |
| EPE's | Entidades Públicas Empresariais |
| ETAF | Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais |
| FSE | Fundo Social Europeu |
| GPA | Government Procurement Agreement |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| IMI | Imposto municipal sobre imóveis |
| IMT | Imposto municipal sobre transmissões onerosas de imóveis |
| IPSS | Instituições Particulares de Solidariedade Social |
| IRC | Imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas |
| IRS | Imposto sobre o rendimento de pessoas singulares |
| IS | Imposto de selo |
| ISS | Instituto da Segurança Social |
| IUC | Imposto único de circulação |
| IVA | Imposto sobre o valor acrescentado |

| | |
|--------|---|
| LADA | Lei de acesso a documentos administrativos |
| LBSS | Lei de bases da Segurança Social |
| LCSP | Ley de Contratos del Sector Público |
| LOPTC | Lei de organização e processo do Tribunal de Contas |
| OCIP | Orçamento e contas das instituições particulares |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| PAEF | Programa de assistência económica e financeira |
| PARES | Programa de alargamento de redes e equipamentos sociais |
| PCAAC | Programa comunitário de ajuda alimentar a carenciados |
| PIDAAC | Programa de investimentos de despesas e desenvolvimento da Administração Central |
| PIB | Produto Interno Bruto |
| PME | Pequena e média empresa |
| POAT | Programa operacional de assistência técnica |
| POPH | Programa operacional de potencial humano |
| QREN | Quadro de referência estratégico nacional |
| RJSEE | Regime jurídico do setor empresarial do Estado |
| RJSEL | Regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais |
| RJSPE | Regime jurídico do setor público empresarial |
| SEL | Setor empresarial local |
| SEE | Setor empresarial do Estado |
| SPE | Setor público empresarial |
| SS | Segurança Social |
| STA | Supremo Tribunal Administrativo |
| TA | Tribunal Administrativo |
| TdC | Tribunal de Contas |
| TFUE | Tratado sobre o funcionamento da União Europeia |
| TJUE | Tribunal de justiça da União Europeia |
| UE | União Europeia |

Introdução:

1. Da apresentação do tema, da delimitação do objeto e dos motivos que presidiram à sua escolha

No momento da escolha do tema para uma tese ou mesmo para outro tipo de obra expositiva, é relevante atender à sua atualidade, procurando uma área específica cuja investigação se mostre ainda necessária, quer a nível da importância indiscutível do tema ou devido à falta ou escassez de tratamento que o mesmo teve até ao momento por parte da doutrina.

As Instituições Particulares de Solidariedade Social assumem uma relevância inequívoca no quadro da assistência social no nosso ordenamento jurídico. O sistema público de segurança social não é exclusivo do Estado, e a própria lei constitucional consagra um verdadeiro direito à criação destas instituições, impondo ao Estado o dever de apoiar as suas atividades e funcionamento, na medida em que reconhece utilidade de carácter geral às atividades desenvolvidas. Estas instituições atuam como pessoa coletiva de utilidade pública, sendo constituídas sem finalidade lucrativa, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos.

Mas de que modo devem atuar estas instituições na prossecução desses objetivos? Que formas organizacionais podem assumir? Quais as normativas que devem respeitar?

São diversas as tipologias que estas instituições podem adotar, convergindo-se em fundações ou associações. A cada uma dessas entidades são atribuídas regras específicas, todavia todas tem um ponto comum e primordial para a sua qualificação como Instituições Particulares de Solidariedade Social: o desenvolvimento de atividades relacionadas com o dever moral de solidariedade social e de justiça mediante a concessão de bens e a prestação de serviços.

Reguladas por um Estatuto específico, as Instituições Particulares de Solidariedade Social em cooperação com o Estado, podem assumir prerrogativas

públicas que lhes permitem desenvolver as suas atividades de interesse geral de modo mais eficaz e eficiente. Com a criação do Código dos Contratos Públicos, novas formas de atuação foram destinadas a estas entidades, na medida em que as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem assumir-se como entidades adjudicantes, especificamente como “organismos de direito público” se cumprirem os requisitos indispensáveis.

O conceito de “organismo de direito público” foi introduzido no ordenamento jurídico português em 1999 por meio do Regime Jurídico da contratação pública da locação e aquisição de bens imóveis e móveis que procedeu à transposição das diretivas europeias relativas a esta temática.

Atualmente a matéria alusiva à contratação pública está consagrada no Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º18/2008 de 29 de Janeiro), que pretendeu essencialmente dar corpo à obrigação que impendia sobre o Estado Português de proceder à transposição para a ordem jurídica interna das diretivas europeias inovadoras sobre a Contratação Pública de 2004.

Foi precisamente a nível europeu, por intermédio do Tribunal de Justiça da União Europeia que o conceito de “organismo de direito público” se desenvolveu. Por motivos de igualdade e equidade foi necessário criar um conceito que englobasse entidades que não estando inseridas no setor público tradicional, desenvolvem atividades de interesse geral munidas com regalias públicas atribuídas pelo facto de realizarem atividades que melhoram a vida em sociedade.

Para considerar-se uma entidade como “organismo de direito público” é necessário preencher cumulativamente alguns requisitos. A entidade deve possuir personalidade jurídica, realizar atividades de interesse geral desprovidas de carácter industrial ou comercial e deve estar sujeita à influência do Estado, das autarquias locais ou regionais ou de outros organismos de direito público. Esta influência afere-se pelo financiamento maioritário, pelo controlo de gestão ou pelo poder de um desses entes designar membros seus para os órgãos de direção, gestão ou fiscalização da entidade.

E é precisamente no cumprimento desses requisitos que surgem as dúvidas e inseguranças.

De que forma e em que termos devemos entender estes requisitos? Que tipo de situações englobam? O que quer dizer “atividade de interesse geral sem carácter

industrial ou comercial”? Qual a abrangência do conceito de “financiamento maioritário”? Em que termos se processa o “controlo de gestão”?

Como já foi referido, o conceito de “organismo de direito público”, foi exaustivamente estudado pela jurisprudência emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. São muitos os acórdãos europeus que se debruçam sobre os elementos constitutivos desta noção tentando esclarecer as dúvidas que surgem em torno do preenchimento dos referidos elementos.

A nível nacional, a jurisprudência é escassa e os Tribunais aplicam de forma automática as conceções da jurisprudência europeia, não tendo em conta, em alguns casos, a complexidade inerente às especificidades portuguesas. E é neste ponto que se deve debruçar o estudo. Entende-se que o legislador evitou clarificar o conceito comunitário, não procedeu a exemplificações, deixando espaço livre para a manipulação conceptual baseada nos conceitos do direito administrativo nacional.

São pois inúmeras as realidades portuguesas que poderão preencher os requisitos necessários para a qualificação de “organismo de direito público”, todavia e por uma questão de seletividade inerente ao trabalho de investigação, escolhemos as Instituições Particulares de Solidariedade Social, dado a inegável importância que estas assumem perante a sociedade.

Se estas entidades preencherem os requisitos elencados, podem ser consideradas “organismos de direito público”, estando portanto sujeitas às regras e princípios da contratação pública, bem como aos benefícios e imposições que acarreta. Todavia as entidades beneficiárias das prerrogativas elencadas no Código de Contratos Públicos não detêm conhecimentos técnicos que lhe permitam desenvolver todos os procedimentos adjudicatórios para a contratação de empreitadas e aquisição de bens e serviços para a concretização dos seus projetos. A falta de conhecimento técnico faz com que não sejam cumpridas as regras de contratação, fazendo com que, por exemplo, as despesas que podiam ser elegíveis não o sejam. É neste ponto e em muitos outros, como a questão da tutela administrativa e do financiamento, que se torna necessário o estudo da posição destas instituições no domínio da contratação pública.

Há todavia que ter em atenção que as Instituições Particulares de Solidariedade Social, poderão, se outros requisitos estiverem preenchidos, assumir-se como

contraentes públicos, mas de novo, por uma questão de seletividade, apenas estudaremos as Instituições Particulares de Solidariedade Social como “organismo de direito público”, dado a complexidade que este conceito levanta.

A pergunta sobre o qual se desenrola este trabalho - *De que forma as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem considerar-se “organismo de direito público”* - afigura-se pertinente e atual. É necessário verificar e estudar qual o impacto do Código dos Contratos Públicos nas atuações destas instituições, bem como tentar responder, ou apontar caminhos de resolução, a outras questões mais específicas.

Em que medida as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem tornar-se entidades adjudicantes, especificamente “organismos de direito público”? De que forma devem os requisitos ser preenchidos? Em que termos os contratos realizados por estas entidades, sejam com outras entidades privadas ou com o Estado, estão sujeitos ao Código dos Contratos Públicos? Devem as Instituições Particulares de Solidariedade Social estar sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas? Em que termos?

2. Da sequência da exposição

Depois de apresentado o tema sobre o qual se desenrola esta investigação, bem como os motivos para a sua escolha, é chegado o momento de referir a sequência a qual obedecerá o presente estudo.

Metodologicamente, esta narrativa desenvolve-se em três capítulos.

No primeiro capítulo intitulado por - “As Instituições Particulares de Solidariedade Social” - tem-se como objetivo efetuar uma abordagem geral destas instituições, inserindo-as no designado “terceiro setor”.

Nesse âmbito, o nosso discurso terá uma componente maioritariamente expositiva, referindo o regime jurídico a que estão sujeitas estas entidades.

No segundo capítulo - “O Conceito de “organismo de direito público”: cenário europeu” – pretende-se estudar a génese do conceito de “organismo de direito público”, tendo presente que foi no contexto europeu que este se gerou.

Com a evolução do mercado único novas formas de comercialização foram implementadas, sendo que os contratos públicos ocupam nesse âmbito uma posição central. De modo a aumentar o campo de abrangência destes contratos, foi criado o conceito de “organismo de direito público” sujeito a requisitos específicos. É precisamente sobre o estudo desses requisitos que se debruça este capítulo. O objetivo primordial é investigar a abrangência de cada um dos requisitos, referindo para isso a jurisprudência europeia que existe sobre esta matéria.

No terceiro e último capítulo intitulado por - “O Conceito de “organismo de direito público”: o quadro jurídico português” - pretende-se analisar de que forma o conceito europeu foi transposto para o ordenamento jurídico nacional, analisando quais as entidades portuguesas que podem estar nele incluídas.

Faremos uma análise ao Código de Contratos Públicos, referindo o seu âmbito de aplicação objetivo e principalmente subjetivo.

Exemplificaremos outras entidades que também podem assumir a figura de “organismo de direito público”, todavia não pretende ser um estudo exaustivo, já que são as IPSS que assumem o lugar de destaque.

É neste último capítulo que estudaremos a questão fundamental desta narrativa: a aplicação do conceito de “organismo de direito público” às Instituições Particulares de Solidariedade Social, focando-nos no modo de financiamento público e tutela administrativa a que estas instituições estão sujeitas.

Assim, no final desta narrativa pretende-se tentar dar resposta à seguinte indagação: *de que forma as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem assumir-se como “organismos de direito público”?*

CAPÍTULO I

As Instituições Particulares de Solidariedade Social

1. Contexto histórico: o terceiro setor

O tema do terceiro setor constitui uma problemática teórica e conceptual em afirmação nas ciências sociais e no plano político. Conduz-nos à ideia de um setor económico diferente do setor público e do setor privado lucrativo. Uma das primeiras impressões que se extrai quando se aborda esta temática, é a enorme variedade de termos e critérios utilizados para a sua definição.

De um modo reiterado pela doutrina, se tem entendido que o terceiro setor engloba as “organizações que não sendo Estado, produzem bens e serviços de interesse geral e que, sendo privadas, não tem como objetivo principal a apropriação individual do lucro”¹.

As expressões que surgiram para designar este setor eram variadas e não isentas de ambiguidades: setor voluntário, setor independente, setor intermédio, setor da economia associativa, setor da sociedade civil, setor privado social, terceiro sistema, setor não lucrativo, terceiro setor ou setor da economia social². Apesar de serem expressões distintas e de diversos significados, há um ponto em comum: pretende-se referir uma entidade que não sendo pública também não é integralmente privada, é um “setor intermédio”³.

Todavia a diversidade de entidades que este setor engloba dificulta a sua conceitualização. Por exemplo, designamos este setor como “não lucrativo”, todavia pode abarcar organizações que prosseguem fins que aproveitam aos seus fundadores, cooperadores ou associados, bem como entidades cujo objeto é constituído por atividades de natureza económica⁴. Mas independentemente das divergências

¹ Conforme (Cfr.) SÍLVIA FERREIRA, *As organizações do terceiro sector na reforma da Segurança Social*, IV Congresso Português de Sociologia, Coimbra: APS, 2000, p. 1.

² Esta enunciação está referida em LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 210.

³ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 211.

⁴ Na perspetiva americana é enunciada uma definição subjacente a certas características organizacionais: constituída por entidades organizadas, particulares, não distribuidoras de lucros, auto-governadas e voluntárias. No plano europeu acrescenta-se uma outra

conceptuais acerca da sua qualificação, o certo é que parece não poder negar-se que se trata de um dos “mecanismos mais estimulados para permitir uma desoneração das tarefas públicas do Estado”⁵, onde a “pluralidade e a diversidade de manifestações institucionais e jurídicas parece constituir o único dado consensual”⁶.

A doutrina tem apontado algumas teorias que tentam justificar a existência e o fundamento destas instituições não lucrativas. Seguindo a exposição de CARLOS PESTANA BARROS e de VASCO ALMEIDA, podemos indicar algumas teorias essenciais consideradas basilares nesta matéria⁷.

A teoria dos bens públicos⁸ considerava que estas instituições surgiram para satisfazer procuras específicas de bens considerados públicos, mas que não eram satisfeitos pelo setor público. Estas entidades “surgem para satisfazer uma procura residual que não é coberta nem pela provisão governamental nem pelo mercado”⁹.

A teoria da confiança¹⁰ disponha que a ausência de finalidade lucrativa tornava estas organizações “mais fiáveis”, minimizando possivelmente o risco de abuso da posição dominante do produtor. Assim, “as formas não lucrativas aparecem quando os mecanismos contratuais “normais” falham, não providenciando os consumidores com os meios necessários à escolha na afectação de recursos”¹¹.

A teoria da heterogeneidade¹² referenciava que eram os empreendedores religiosos que determinavam a existência deste tipo de organizações. Como refere VASCO ALMEIDA, “quanto maior for a heterogeneidade da população, mais numerosas serão as iniciativas dos empreendedores religiosos e de outras organizações

categoria, a participação nos lucros, o que permite abranger as cooperativas e as mutualidades, sendo esta a principal diferença em relação à conceção americana.

⁵ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 265.

⁶ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 213.

⁷ Cfr. CARLOS PESTANA BARROS, *O sector não-lucrativo: uma análise da literatura*, in: “As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal”, Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 16 e 17 e Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 15 a 34.

⁸ Esta teoria foi apresentada por BURTON WEISBROD em 1988, na obra intitulada por *The Nonprofit Economy*.

⁹ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 18.

¹⁰ Teoria desenvolvida por H. HAUSMAN em 1987 no artigo intitulado por *Economic theories of nonprofit organization*, in: “The nonprofit sector: A research handbook”.

¹¹ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 23.

¹² Esta teoria teve como propulsora ESTELLE JAMES em 1986, que a retratou na obra *The Nonprofit Enterprise in Market Economies*.

ideológicas. Consequentemente, mais elevada será também a dimensão do sector não lucrativo”¹³.

A teoria dos *stakeholders*¹⁴ procurava o fundamento da existência destas instituições na organização do mercado e não na procura específica de bens. Como refere VASCO ALMEIDA, é “a convergência entre procura e oferta que determina a incidência das formas não lucrativas, relativamente a outras formas organizacionais”¹⁵. Nesta teoria é atribuído aos “interessados” o poder de controlar as organizações não lucrativas que prestariam serviços aos utentes sobre sua égide. As organizações eram assim intermediárias na relação entre os “interessados” e utentes.

Eram inúmeras as falhas e desvantagens apontadas a estas teorias, o que propiciou a que fosse necessário criar um “quadro teórico alternativo”, partindo do pressuposto que as perspetivas institucionais podem dar um contributo importante para o estudo do terceiro setor. É o quadro legal que incentiva ou não a existência destas organizações¹⁶. Segundo CARLOS PESTANA BARROS, a “tensão entre a eficiência económica e a coesão social constitui o fundamento da criação das organizações não lucrativas”, de modo a compensar os efeitos “perversos” do mercado¹⁷.

Foi assim necessário tentar criar uma noção que pudesse ter pretensões de validade universal. O programa internacional organizado pela Universidade Johns Hopkins nos EUA¹⁸ desenvolveu uma definição operativa com pressupostos específicos, e as organizações seriam inseridas no designado “terceiro setor” se esses requisitos fossem preenchidos.

¹³ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 29.

¹⁴ Esta expressão não tem equivalente em português mas podemos designar por “aderentes que controlam a organização não lucrativas” ou por “interessados”.

Esta teoria foi criada por BEN-NER, A. & VAN HOOMISSEN, T. em 1991, referida no artigo *Nonprofits in the mixed economy: A demand and supply analysis*, in: “Annals of Public and Cooperative Economics”.

¹⁵ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 30.

¹⁶ Para um maior desenvolvimento nesta matéria ver VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., pp. 43 a 72.

¹⁷ Cfr. CARLOS PESTANA BARROS, *O sector não-lucrativo: uma análise da literatura*, ob. cit., p. 17.

¹⁸ A este respeito consultar *online* a página da Universidade Johns Hopkins, disponível em www.jhu.edu. *The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project* é um projecto que nasce da constatação da crescente importância das organizações de carácter não lucrativo em diversas áreas, como a educação, saúde, serviços sociais, serviços culturais e até no setor da criação de emprego.

Neste programa, as organizações deviam: ser reconhecidas institucionalmente, sendo precedidas de um processo de formalização e reconhecimento legal; tratar-se de instituições de natureza jurídica privada sem prejuízo de serem participadas por órgãos de poderes públicos; ter um caráter independente de modo a não estarem inseridas na organização pública, e por fim, não lhes era permitido a distribuição de excedentes pelos seus membros, associados ou administradores.

Esta enunciação de pressupostos aplicada cegamente ao regime português afastaria do universo do “terceiro setor” as designadas cooperativas ou as associações mutualistas, na medida em que é permitido a estas organizações a distribuição do excedente pelos seus associados, como veremos adiante.

Deve portanto adaptar-se esta designação anglo-saxónica às realidades europeias e assim teremos duas conceções de “terceiro setor”: a conceção restrita enunciada anteriormente e a conceção ampla, de origem francófona, que engloba no domínio da economia social organizações que podem ter por objeto uma atividade de natureza económica.

A nível Europeu, o desenvolvimento destas organizações pode ser analisado em quatro fases distintas¹⁹.

Numa primeira fase, no século XIX, e por influência de certas correntes ideológicas - como o liberalismo económico -, surgiram os três primeiros movimentos sociais que emergiram como formas de atividade económica alternativas à economia capitalista: o cooperativismo, o mutualismo e o associativismo. Num contexto de uma sociedade caracterizada por graves problemas sociais e económicos, era necessário criar e implementar um espírito de entreatajuda e cooperação, construindo formas de atividade económica mais solidárias.

Num segundo momento, na viragem para o século XX, estas instituições obtiveram enquadramento legal, assumindo progressivamente um lugar de destaque. Prosseguiam objetivos de interesse mutual entre os membros ou de interesse público geral, ganhando autonomia de gestão face ao Estado.

A terceira fase surge num período posterior à Segunda Guerra Mundial, onde estas organizações viram o seu quadro de atividades regulado pelo “Estado Providência”. Nesta época o Estado estendeu o seu “poder de regulador e

¹⁹ Cfr. CARLOTA QUINTÃO, *Terceiro Sector – elementos para referência teórica e conceptual*, V Congresso Português de Sociologia, Braga: APS, 2004, pp. 2 a 6.

regulamentador”, controlando uma parte significativa das organizações privadas que atuavam nesta matéria. As organizações deixaram de poder atuar livremente e passaram a ter um “papel meramente complementar face aos regimes obrigatórios”. Devido a esta institucionalização dos “Estado Providência”, as organizações do “terceiro setor” corriam o risco de “isoformismo institucional” aproximando-se dos modelos e princípios do setor público e do setor privado.

Todavia esta corrente alterou-se na viragem para o século XXI, constituindo-se a quarta fase de desenvolvimento destas organizações. A crise económica e social do final dos anos 70, bem como a retração do “Estado Providência”, fez com que as organizações ganhassem maior autonomia e dinamismo. Era necessário impulsionar a criação de novas formas para fazer face aos problemas sociais que surgiram.

Em 1997 a Comissão Europeia lançou uma ação piloto designada por *The Third System, Jobs and Local Development: The European Experience* que englobava alguns projetos de investigação e intervenção, com o propósito de melhorar as atividades desenvolvidas neste campo, assumindo importância as matérias relativas à criação de emprego e ao desenvolvimento de necessidades sociais. O documento avaliou a contribuição deste setor para o emprego e para o desenvolvimento local em termos de geração de emprego direto, apontando formas para melhorar o acesso ao emprego, a promoção da empregabilidade e a inclusão social. Examinou também as principais medidas necessárias para enfrentar as barreiras para o desenvolvimento deste setor, apontando rumos para melhorar a sua eficácia²⁰.

Em Portugal, assim como em muitos países, as origens das conceções do “terceiro setor” estão relacionadas com a Igreja. Desde sempre que o Clero se dedicou aos atos de assistência e proteção com o intuito de prestar caridade e de atuar junto dos grupos sociais mais desfavorecidos.

A primeira instituição considerada de referência para a assistência pública nacional foi o Conselho Geral de Beneficência, criado em 1835 pela D. Maria II. Com este conselho pretendia-se combater a mendicidade.

Durante o regime do Estado Novo, encontrava-se legalmente consagrado o princípio da ação supletiva do Estado em matérias de iniciativas particulares no domínio das atividades de saúde e assistência. Apenas era da sua incumbência orientar,

²⁰ Documento integral disponível online em

http://c.y.mcdn.com/sites/www.istr.org/resource/resmgr/working_papers_dublin/campbell.pdf.

coordenar e fiscalizar estas atividades. Quem as realizava eram as designadas “instituições particulares de assistência”²¹.

Com o 25 de Abril de 1974 operaram-se as maiores transformações neste setor. O Estado decidiu intervir nas prestações sociais mas na maior parte dos casos não de uma forma direta, importando essa responsabilidade para as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), fornecendo incentivo e apoio às atividades por elas desenvolvidas.

Posteriormente, com o reconhecimento do setor cooperativo e social na Constituição de 1976, este setor ganha finalmente um lugar de destaque no ordenamento português. Entes nós, estas organizações não se limitam apenas a contribuir para o aprofundamento dos direitos sociais mas também possibilitam a “manutenção de uma situação onde algumas áreas da protecção social ainda não são direitos de cidadania”²².

Este reconhecimento do setor cooperativo e social na Constituição de 1976, marca o início de uma fase de profundas transformações do “terceiro setor”.

Do exposto se afere que “o terceiro sector emerge da conjugação histórica de relações e eventos que moldam as possibilidades de uma determinada observação do sector ter ressonância em determinadas estruturas sociais”²³.

São características consideradas nucleares do “terceiro setor” a generalizada ausência de fins lucrativos e a iniciativa privada ou particular. DOMINGOS SOARES FARINHO refere neste âmbito: o critério simples (ausência de busca pelo lucro) e o critério complexo (satisfação de interesses sociais em detrimento do retorno do investimento inicial).

No ordenamento jurídico português integram este setor, as associações, as fundações e as empresas sociais reguladas pela Lei n.º30/2013 de 8 de Maio referente à Lei de Bases da Economia Social²⁴.

²¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 62.

²² Cfr. SÍLVIA FERREIRA, *O papel de movimento social das organizações do terceiro sector em Portugal*, V Congresso Português de Sociologia, Braga: APS, 2004, p. 83.

²³ Cfr. SÍLVIA FERREIRA, *A invenção estratégica do 3º Sector com estrutura de observação mútua: uma observação histórico-conceptual*, in: “Revista de Crítica de Ciências Sociais”, n.º 84, Março de 2009, p. 172.

²⁴ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *O Direito do Terceiro Setor em Portugal – Brevíssima viagem à relação com o Estado*, in: “II Encontro Luso-Brasileiro de Direito, tensões entre o público e o privado”, Universidade FUMEC, 10 a 12 de Setembro de 2013, disponível online em http://prezi.com/2sw_uzbwe3cr/o-que-e-o-terceiro-sector/ (acedido em 15 de Outubro de 2013).

Sendo assim, estas entidades não devem obedecer à lógica do mercado, os seus fins podem ser imanentes ou transcendentais, não ficando necessariamente impedidas de prosseguirem acessoriamente um fim lucrativo, mas apenas a título acessório.

Já o elemento da iniciativa privada ou particular, terá apenas o objetivo de distinguir as entidades criadas pelos particulares das criadas pelos poderes públicos, sendo que é possível as entidades públicas participarem na administração das organizações sem fins lucrativos, devendo ter em conta que “a inclusão destas entidades no terceiro setor só será de admitir num quadro de cooperação entre as entidades do terceiro sector e a Administração, e apenas quando e na medida em que representem ainda uma expressão organizada da vontade dos particulares (...)”²⁵. O financiamento público atribuído a estas entidades deve ser visto como o reconhecimento da importância da atividade desempenhada, e não uma apropriação pública dessas entidades.

No âmbito do setor não lucrativo predominam as atividades relacionadas com a prestação de serviços nas áreas da segurança social, na saúde e educação.

Apesar de ser imposto ao Estado a obrigação constitucional da criação de um sistema de Segurança Social, o certo é que essas tarefas são cada vez mais realizadas pelas IPSS. É possível afirmar neste caso que em certas áreas ou mesmo domínios, “estamos perante um fenómeno de terceirização do Estado social”, na medida em que muitas das atividades caracterizadoras do Estado são desenvolvidas por outras entidades inseridas no aclamado “terceiro setor”. Daí que em alguns casos, este setor seja referido como “fórmula de compensação da crise do Estado social”, justificando-se assim a existência e o constante crescimento das instituições sem fins lucrativos²⁶.

Devido à inegável importância das tarefas relacionadas com a atividade de solidariedade social, LICÍNIO LOPES defende ainda que deveria ser criado um “subsector social ou subsector da solidariedade social”, na medida em que “o sector

A lei n.º 30/2012 de 8 de Maio refere as bases gerais do regime jurídico da economia social, assim como as medidas de incentivo à sua atividade em função dos princípios e dos fins que lhe são inerentes. Entende-se por economia social, o conjunto das atividades económicas-sociais, livremente levadas a cabo pelas cooperativas, associações mutualistas, misericórdias, fundações, IPSS, associações com fins altruístas que atuem no âmbito cultural, recreativo, desporto e desenvolvimento local, as entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e auto gestor e outras entidades dotadas de personalidade jurídica que respeitem os princípios elencados nesta lei, conforme artigos 1.º, 2.º e 4.º.

²⁵ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 230.

²⁶ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 266.

solidarista, no âmbito do qual se movem as IPSS, pode e deve ser autonomizado, mas como subsector de um sector mais vasto (...)”²⁷.

Assim, na opinião deste autor, é possível falar-se da existência de um setor não lucrativo, designado “terceiro setor” – de forma a reafirmar a sua autonomização dos dois setores tradicionais – e no âmbito deste setor, nada invalida que não possa ser ainda estabelecido um subsector de solidariedade social tendo em conta a importância dessa matéria para a coletividade.

Por fim, cumpre ainda referir que apesar das inegáveis virtudes atribuídas ao “terceiro setor”, como a “captação de recurso e a melhoria da eficácia”²⁸, há autores que consideram que os benefícios que se alcançam através deste sistema, não são conseguidos de uma forma “justa”. VASCO ALMEIDA entende que “a diminuição de custos, é, em parte, conseguida devido à existência de salários inferiores aos dos sectores público e privado lucrativo e ao nível baixo de qualificação de mão-de-obra”. São assim apontadas algumas deficiências relacionadas com a insuficiência de recursos humanos, baixo nível de qualificação dos trabalhadores bem como a falta de dinamismo dos dirigentes. Além disso, este autor entende que há casos em que a satisfação das necessidades dos utentes que se encontram em situação de maior desvantagem económica com baixos rendimentos *per capita* é “prejudicada em favor de uma estratégia de sobrevivência económica mais voltada para a maximização das receitas e menos para o atendimento à população mais carenciada”²⁹. Todavia apesar destas desvantagens, as virtudes deste sistema constituem uma importância inegável.

O problema de encontrar um espaço que atribua autonomia jurídica e institucional a este novo universo mantém-se. A sociedade ocidental continua a reger as suas atividades perante os dois pólos tradicionais, setor privado e setor público, sendo portanto complicado encontrar uma regulamentação correta para esta nova realidade.

Devido à grande dispersão legislativa neste setor, são diversos os critérios para o tratamento destas organizações: a sua estrutura e atividades são regulamentadas pelo

²⁷ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 269.

²⁸ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *O Direito do Terceiro Setor em Portugal – Brevíssima viagem à relação com o Estado*, ob. cit.

²⁹ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governação, instituições e terceiro setor: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 146.

Direito Privado, ao passo que, devido às relações estabelecidas com o Estado, é utilizado o Direito Público³⁰.

2. As Instituições Particulares de Solidariedade Social em Portugal

O direito administrativo não regula apenas as pessoas coletivas de natureza pública, mas também aquelas entidades privadas que pela atividade a que se dedicam não podem deixar de ser encaradas na ótica do interesse geral. Designamos estas entidades por “instituições particulares de utilidade pública”.

Estas instituições podem ser definidas como “pessoas colectivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, têm o dever de cooperar com a Administração Pública e ficam sujeitas, em parte, ao regime especial de Direito Administrativo”³¹.

São quatro as espécies de instituições particulares de utilidade pública: as sociedades de interesse coletivo, as pessoas coletivas de mera utilidade pública, as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e as IPSS³².

De entre as instituições citadas, apenas as três últimas são consideradas pessoas coletivas de utilidade pública, na medida em que as sociedades de interesse coletivo têm subjacente a obtenção de lucro.

Neste âmbito, as sociedades de interesse coletivo podem definir-se como “empresas privadas, de fim lucrativo, que por exercerem poderes públicos ou estarem submetidas a uma fiscalização especial da Administração Pública, ficam sujeitas a um regime jurídico específico traçado pelo Direito Administrativo”³³. Falamos por exemplo: de sociedade concessionárias de serviços públicos, de obras públicas, ou de exploração de bens do domínio público; de empresas que exerçam atividades em regime de exclusivo ou de privilégio não conferido pela lei geral; de empresas que exerçam atividades consideradas por lei de interesse coletivo ou de interesse nacional, entre outras entidades.

³⁰ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *O Direito do Terceiro Setor em Portugal – Brevíssima viagem à relação com o Estado*, ob. cit.

³¹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, p. 716.

³² Cfr. ISABEL CELESTE DA FONSECA, *Direito da organização administrativa – roteiro prático*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 182 a 191 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit., pp. 715 a 748.

³³ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 735.

Já quanto às pessoas coletivas de utilidade pública, estas englobam “as associações e fundações de direito privado que prossigam fins não lucrativos de interesse geral, cooperando com a administração central ou local, em termos de merecerem da parte desta a declaração de utilidade pública”³⁴.

As pessoas coletivas de mera utilidade pública, prosseguem fins que não são do domínio das IPSS ou das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, como por exemplo, fins culturais e desportivos, sendo que a intervenção da Administração Pública nestas entidades é mínima e não envolve tutela administrativa nem controlo financeiro, é uma “tutela imprópria, quase tutela, um poder de tutela muito esbatido”³⁵.

No que diz respeito às pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, levam a cabo finalidades de interesse geral em cooperação com as entidades públicas, mas realizam igualmente finalidades que são atribuições específicas da Administração. O poder exercido pela Administração Pública nestas entidades tem um carácter mais amplo e exigente, englobando, por exemplo, o poder de regulamentar e de tutelar.

Quanto às IPSS, estas englobam entidades privadas constituídas com propósito de dar expressão ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos. Prosseguem as atribuições elencadas nos seus Estatutos, sendo apoiadas financeiramente pela Administração, estando por isso sujeitas a uma tutela administrativa, como veremos seguidamente.

21. O regime jurídico

A evolução da assistência social, agora desenvolvida pelas IPSS e outras instituições similares sem fins lucrativos, tem uma história que remonta a tempos longínquos.

Desde a antiguidade que é possível encontrar “associações de pessoas reunidas em vista de um fim comum”³⁶, fim esse relacionado com situações de desastre, doenças,

³⁴ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 735.

³⁵ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da organização administrativa – roteiro prático*, ob. cit., p. 185.

³⁶ Designação utilizada por LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 20.

fomes, guerras entre muitas outras preocupações³⁷. Estas instituições eram vistas como “estruturas sociais em que os indivíduos se integram”³⁸.

Até ao final da Idade Média não existia um sistema organizado que concretiza-se a satisfação dos interesses dos cidadãos, sendo essa insuficiência colmatada pela atuação da realeza que legislava sobre a proteção dos fracos.

No final da Idade Média, com a criação da figura do “Estado” um novo impulso foi dado nesta matéria. Foram reestruturadas as atividades assistenciais sendo que era incumbência do Estado a gestão ou administração das associações que prosseguissem esse fim. Foram disciplinados os estatutos legais das instituições e reorganizados os serviços por elas prestados. Foi precisamente nesta época, que surgiram as misericórdias, como instituições assistenciais com um papel central na assistência social em Portugal³⁹.

A época liberal trouxe algumas modificações quanto à criação e implementação destas instituições. Nesta época, o Estado era considerado como “Estado-administrador”, sendo que todas as decisões estavam sob sua alçada. Assim, as instituições religiosas ou de assistência já criadas passaram a estar sujeitas em permanência à intervenção estadual. Daí que se podia afirmar que “a relação destas entidades com a Administração era tão intensa (e extensa) que as transforma em organismos auxiliares daquela, embora formalmente tidos como corporações ou institutos de assistência”⁴⁰. É nesta altura designado um termo técnico para incluir estas instituições, as “corporações administrativas”⁴¹. O conceito englobava as pessoas coletivas de natureza privada cuja atividade estava intrinsecamente relacionada com a satisfação de necessidades coletivas essenciais das quais o Estado não se pode desonerar. É precisamente com este regime que se começa a desenhar o conceito de “pessoa coletiva de utilidade pública administrativa”.

³⁷ Nos séculos XII e XIII, deu-se a criação de inúmeras confrarias, irmandades ou confraternidades, fundadas com o objetivo primordial de amparar os mais necessitados. Essas primeiras associações, para além dos fins corporativos relacionados com a sua organização, prosseguiram e apoiavam ainda, bens de beneficência, caridade ou piedade.

³⁸ Cfr. ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito Português*, Lisboa: Abdul's Angels, 2011, p. 7.

³⁹ A primeira Misericórdia fundada em Portugal foi a de Lisboa. A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa remonta a 1498. Foi fundada pelo Frei Miguel Contreiras com o apoio da rainha D. Leonor.

⁴⁰ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 46.

⁴¹ A sua concretização foi enunciada no Código Administrativo (CA) de 1896. Estavam incluídas nesta designação as corporações e fundações de direito privado, ou seja, as designadas na época por associações e institutos de piedade ou beneficência, conforme artigo 253.º do referido Código.

Com a implementação do Estado Novo, o Estado passou a ocupar um papel mais supletivo, o que proporcionou às corporações e institutos de beneficência ou assistência um papel mais autonomizado. O Estado confiou às entidades de assistência privada, a responsabilidade de atuação nos domínios da assistência social e da saúde, todavia estavam sujeitas à sua tutela e direção, bem como a algumas prerrogativas legislativas⁴².

Com a Constituição de 1976, às até aí designadas “instituições de assistência privada” sucederam as “instituições privadas de solidariedade social” ou as “instituições particulares de solidariedade social”.

Na versão original, dizia-se que: “ (...) a organização do sistema de segurança social não prejudicará a existência de instituições privadas de solidariedade social não lucrativas que serão permitidas, regulamentadas por lei e sujeitas à fiscalização do Estado”⁴³. Garantiu-se assim constitucionalmente a existência destas instituições bem como a sua autonomização relativamente à organização administrativa da Segurança Social (SS).

Com a revisão constitucional de 1982, a designação alterou sendo agora denominadas por “instituições particulares de solidariedade social”. O artigo referente a esta temática também foi modificado, tendo agora a seguinte redação: “O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social (...)”⁴⁴. Esta denominação manteve-se até ao presente⁴⁵.

Com este novo quadro constitucional instituído em 1976, foi imperativo a revisão do regime do estatuto das instituições de assistência⁴⁶.

⁴² Tal resultava do próprio texto da Constituição Política de 1933: era incumbência do Estado “coordenar, impulsionar e dirigir todas as atividades sociais”. Essa função política e social do Estado deveria concretizar-se mediante atividades de assistência, beneficência e caridade, podendo ser realizada por outras entidades privadas.

⁴³ Cfr. Artigo 63.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976. Esta mudança de terminologia pretendeu cortar com o passado criando assim uma nova filosofia política e jurídica (um corte com o estatuto herdado do Estado Novo).

⁴⁴ Cfr. Artigo 63.º n.º 5 da CRP.

⁴⁵ Foram introduzidas algumas alterações à noção constitucional nas diversas revisões constitucionais, em 1982, em 1989 e em 1997, todavia apenas foram modificações pontuais e sem grande relevância jurídica neste conceito.

⁴⁶ Os diplomas mais importantes que anteriormente se ocupavam desta matéria eram, além do CA de 1940, a Lei n.º 1998 de 15 de Maio de 1944 (Estatuto da Assistência Social) e a Lei n.º 2120 de 19 de Julho de 1963 (Estatuto da Saúde e Assistência).

O aprofundamento deste regime jurídico foi depois efetuado pelo DL n.º 35108 de 7 de Novembro de 1945 e pelo DL n.º 413/71 de 27 de Setembro de 1971 que reorganizaram os serviços de assistência social.

Surge assim o Decreto-Lei (DL) n.º 519-G2/79 de 29 de Dezembro que regulava o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social. No seu artigo 1.º eram definidas como IPSS, “as criadas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa particular, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos e com o objetivo de facultar serviços ou prestações de segurança social”. Os objetivos destas instituições reconduziam-se assim à “concessão de serviços e prestação de segurança social”⁴⁷.

Quer a designação enunciada no texto constitucional quer o conceito legal acabado de expor, eram alvo de críticas e interrogações. Para alguns autores, estas designações, “consumiram” a figura de “pessoa coletiva de utilidade pública administrativa”⁴⁸, todavia esta não é a posição maioritária na doutrina. Para FREITAS DO AMARAL, a categoria das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa continua a ser admitida. Nas palavras do autor, “ (...) continuam a dever ser qualificadas como pessoas coletivas de utilidade pública administrativa todas aquelas que já o eram (...) e não passaram a instituições particulares de solidariedade social nos termos do DL n.º 119/83 de 25 de Fevereiro”⁴⁹. Este novo conceito apenas poderá absorver as designadas “pessoas coletivas de utilidade pública administrativa”, se estas, pela sua atividade, se enquadrarem no objeto prosseguido pelas instituições no âmbito da segurança social ou no exercício da assistência social⁵⁰. Daqui se conclui que a Constituição de 1976 “criou uma nova categoria de instituições particulares de interesse social – as instituições particulares de solidariedade social – que não se confundem com as demais instituições, subsumíveis no conceito de pessoas coletivas de utilidade pública (...)”⁵¹.

O estatuto referenciado no DL n.º 519-G2/79 viria a ser revogado pelo ainda atual Estatuto das IPSS (EIPSS), vertido no DL n.º 119/83 de 25 de Fevereiro⁵².

⁴⁷ Cfr. Artigo 1.º n.º1, in fine do DL n.º519-G2/79.

⁴⁸ Posição defendida por SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa: Almedina, 1985, p. 156.

⁴⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*, ob. cit., p. 722.

⁵⁰ Tal como veremos mais adiante, esta possibilidade encontra consagração no atual Estatuto das IPSS (DL n.º 119/83 de 25 de Fevereiro), no artigo 94.º: “As instituições qualificadas como pessoas coletivas de utilidade pública administrativa que, pelos fins que prossigam, devam ser consideradas instituições particulares de solidariedade social deixam de ter aquela qualificação e ficam sujeitas ao regime estabelecido no presente diploma”.

⁵¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., pp. 88 e 89.

⁵² Este diploma já sofreu algumas alterações pelo DL n.º 386/83 de 15 de Outubro, DL n.º 89/85 de 1 de Abril, DL n.º 402/85 de 11 de Outubro e DL n.º 29/86 de 19 de Fevereiro.

Consoante o artigo 1.º, são consideradas IPSS as “constituídas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade social e de justiça entre os indivíduos e desde que não sejam administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico, para prosseguir, entre outros, os seguintes objetivos, mediante a concessão de bens e a prestação de serviços: a) apoio a crianças e jovens; b) apoio à família; c) apoio à integração social e comunitária; d) proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; e) promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação; f) educação e formação profissional dos cidadãos; g) resolução dos problemas habitacionais das populações”⁵³.

Desta enunciação pode retirar-se alguns elementos fundamentais: a institucionalização, a criação por iniciativa particular, a prossecução de fins de solidariedade social, a ausência de fins lucrativos e a prossecução de objetivos expressos na Constituição e na própria lei⁵⁴.

Além destes objetivos, estas instituições podem ainda prosseguir de modo secundário outros fins não lucrativos, desde que compatíveis com os referidos no EIPSS⁵⁵.

Esta nova redação elencada alargou o âmbito de atuação destas entidades, que agora prosseguem igualmente fins estabelecidos na Constituição, algo que com o estatuto anterior não era possível, pois aí os objetivos das IPSS eram reduzidos à concessão de serviços e prestação de segurança social, como já foi referenciado anteriormente.

⁵³ O DL n.º 64/2007 de 14 de Março (alterado pelo DL n.º 99/2011 de 28 de Setembro) define o regime de licenciamento e de fiscalização da prestação de serviços e dos estabelecimentos de apoio social, em que sejam exercidas atividades e serviços do âmbito da segurança social relativos a crianças, jovens, pessoas idosas ou pessoas com deficiência, bem como os destinados à prevenção e reparação das situações de carência, de disfunção e de marginalização social (artigo 1.º n.º1), exemplificando no artigo 4.º os meios utilizáveis para a concretização desses objetivos: “a) crianças e jovens: creche, centro de atividades de tempos livres, lar de infância e juventude e apartamento de autonomização, casa de acolhimento temporário; b) No âmbito do apoio a pessoas idosas: centro de convívio, centro de dia, centro de noite, lar de idosos, residência; c) No âmbito do apoio a pessoas com deficiência: centro de atividades ocupacionais, lar residencial, residência autónoma, centro de atendimento, acompanhamento e animação de pessoas com deficiência; d) No âmbito do apoio a pessoas com doença do foro mental ou psiquiátrico: fórum sócio ocupacional, unidades de vida protegida, autónoma e apoiada; e) No âmbito do apoio a outros grupos vulneráveis: apartamento de reinserção social, residência para pessoas com VIH/sida, centro de alojamento temporário e comunidade de inserção; f) No âmbito do apoio à família e comunidade: centro comunitário, casa de abrigo e serviço de apoio domiciliário”.

⁵⁴ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 91.

⁵⁵ Cfr. Artigo 1.º n.º 2 do EIPSS.

As instituições têm a faculdade de escolher livremente as suas áreas de atividade nos limites impostos pelo EIPSS, estabelecendo livremente a sua organização interna⁵⁶. Este princípio da autonomia e da autorregulação deriva do princípio da liberdade de associação consagrado constitucionalmente no artigo 46.º da CRP⁵⁷.

O Estado aceita, apoia e valoriza o contributo das instituições na realização de direitos sociais através de formas de cooperações (acordos), todavia não podem nunca interferir com o direito à livre atuação por parte destas entidades⁵⁸. Mais adiante, estudaremos em pormenor estes acordos realizados entre as IPSS e o Estado.

Os interesses e os direitos dos beneficiários relacionam-se com os das próprias instituições, dos associados ou dos fundadores⁵⁹. Esta regra verifica-se sobretudo para as formas de solidariedade altruísta.

No que diz respeito ao registo, os ministérios da tutela poderão “organizar um registo das instituições particulares de solidariedade social do respetivo âmbito”⁶⁰. Quanto à obrigatoriedade do registo, o LBSS (Lei de Bases da Segurança Social) refere que as IPSS “estão sujeitas a registo obrigatório”⁶¹. A portaria n.º139/2007 de 29 de Janeiro define as regras a que obedece o registo respeitante às IPSS. São sujeitos a registo atos como a constituição, a integração, a fusão, a cisão e a extinção das instituições, as ações de declaração de nulidade ou anulação dos atos de constituição e de deliberações sociais, a eleição, designação e recondução dos membros dos corpos gerentes das instituições e as decisões finais que sejam proferidas nas ações e procedimentos cautelares⁶². Segundo o artigo 2.º desta Portaria, “o registo tem essencialmente por finalidades: a) Comprovar a natureza e os fins das instituições; b)

⁵⁶ Cfr. Artigo 3.º do EIPSS.

⁵⁷ Como refere o artigo 46.º n.º 1 da CRP, “os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respetivos fins não sejam contrários à lei penal”. Além da Constituição, este princípio da livre associação está consagrado no artigo 20.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e no artigo 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

⁵⁸ Cfr. Artigo 4.º do EIPSS.

⁵⁹ Cfr. Artigo 5.º n.º 1 do EIPSS.

⁶⁰ Cfr. Artigo 7.º do Estatuto.

⁶¹ Cfr. Lei n.º 4/2007 de 16 de Janeiro, artigo 32.º n.º 2.

Além destas normativas, e quanto ao registo, podemos ainda referir outras leis específicas: o DL n.º 129/98 de 13 de Maio relativo ao Registo Nacional de Pessoas Coletivas (alterado pelo DL n.º 12/2001 de 25 de Janeiro, DL n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, DL n.º 2/2005, de 4 de Janeiro, Rect. n.º 6/2005, de 17 de Fevereiro, DL n.º 111/2005, de 8 de Julho, DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, DL n.º 125/2006, de 29 de Junho, DL n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, DL n.º 247-B/2008, de 30 de Dezembro, DL n.º 122/2009, de 21 de Maio, Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho e DL n.º 250/2012, de 23 de Novembro) e DL n.º 134/2003 de 28 de Junho referente ao Registo de pessoas coletivas religiosas.

⁶² Cfr. Artigo 5.º da Portaria n.º 139/2007.

Comprovar os factos jurídicos especificados neste diploma; c) Reconhecer a utilidade pública das instituições; d) Facultar o acesso às formas de apoio e cooperação previstas na lei”. Neste âmbito “só podem ser registados os atos constantes dos documentos que legalmente os comprovem”⁶³, sendo efetivado “mediante despacho do diretor-geral da Segurança Social que defira o requerimento de registo”⁶⁴.

As instituições registadas adquirirão automaticamente a natureza de “pessoas coletivas de utilidade pública” conforme elenca o artigo 8.º do EIPSS. Este é um regime especial de atribuição de utilidade pública. O regime geral pressupõe que as associações e fundações tenham uma duração de três anos, dependendo de um requerimento por parte dos interessados⁶⁵. No caso das IPSS o registo atribui essa designação de forma automática, todavia os requisitos relativos ao registo tem de estar preenchidos, caso contrário já não merecem tal declaração⁶⁶. Esta concessão de utilidade pública acarreta algumas vantagens, como por exemplo, a concessão de benefícios fiscais⁶⁷ e a isenção de penhora de bens⁶⁸.

⁶³ Cfr. Artigo 6.º n.º 1 da Portaria n.º 139/2007.

⁶⁴ Cfr. Artigo 9.º n.º 1 da Portaria n.º 139/2007.

⁶⁵ Cfr. Artigo 4.º e 5.º do DL n.º 460/77 de 7 de Novembro referente ao Estatuto das Coletividades de Utilidade Pública. Sofreu diversas alterações, e no que diz respeito especificamente ao momento da declaração de utilidade pública, a lei original designava que eram necessários cinco anos de duração. Foi a alteração introduzida Decreto-Lei n.º 391/2007 de 13 de Dezembro que procedeu a esta atenuação para três anos.

⁶⁶ Os requisitos e todas as outras implicações relativas ao registo das IPSS constam na já enunciada Portaria n.º 139/2007 de 29 de Janeiro.

⁶⁷ Exemplificando alguns destes benefícios fiscais: em termos do imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas (IRC), o artigo 10.º n.º 1 b) do Código do IRC (CIRC) refere que “estão isentas de IRC, as instituições particulares de solidariedade social, bem como as pessoas coletivas àquelas legalmente equiparadas”; no que diz respeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS), o artigo 12.º n.º 4 do Código do IRS (CIRS) dispõe que “O IRS não incide sobre os montantes respeitantes a subsídios para manutenção, nem sobre os montantes necessários à cobertura de despesas extraordinárias relativas à saúde e educação, pagos ou atribuídos pelos centros regionais de segurança social e pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa ou pelas instituições particulares de solidariedade social em articulação com aqueles, no âmbito da prestação de ação social de acolhimento familiar e de apoio a idosos, pessoas com deficiências, crianças e jovens, não sendo os correspondentes encargos considerados como custos para efeitos da categoria B”; quanto ao imposto de valor acrescentado (IVA), O Código do IVA (CIVA) refere no artigo 9.º n.º 6 que estão isentas de IVA “As transmissões de bens e as prestações de serviços ligadas à segurança e assistência sociais e as transmissões de bens com elas conexas, efetuadas pelo sistema de segurança social, incluindo as instituições particulares de solidariedade social”; quanto ao imposto de selo (IS), o artigo 6.º d) do Código do IS (CIS) dispõe que estão isentas deste imposto as “instituições particulares de solidariedade social e entidades a estas legalmente equiparadas”; no que respeita ao Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI), o artigo 44.º n.º 1 f) do Estatuto dos benefícios fiscais (EBF) refere que “estão isentas de imposto municipal sobre imóveis, as instituições particulares de solidariedade social (...)”; quanto ao imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT), o artigo 6.º e) do Código do IMT (CIMT) refere igualmente que as IPSS estão isentas deste imposto; por fim, quanto ao imposto único de circulação (IUC), o artigo 5.º n.º 2 b) do Código do IUC (CIUC) refere a isenção deste imposto às IPSS, que deve ser “reconhecida mediante despacho do Diretor-Geral dos Impostos sobre requerimento das entidades interessadas devidamente documentado”;

⁶⁸ Cfr. Artigo 737.º n.º 1 do novo Código de Processo Civil (CPC) aprovado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho, “Estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas

No que diz respeito à aquisição de personalidade jurídica⁶⁹, as IPSS adquirem personalidade jurídica no ato de constituição que, via regra, deve constar de escritura pública (exceção para as instituições canonicamente eretas com veremos adiante) que deverá especificar: as quotas, donativos ou serviços com que os associados concorrem para o património social; a denominação, fim e sede da pessoa coletiva; a sua forma de funcionamento; a duração, quando a associação se não constitua por tempo indeterminado, resultando daí, por parte do Estado, a atribuição de benefícios.

Quanto à gestão, a empreitada de obras de construção ou grande reparação, assim como a alienação e o arrendamento de imóveis pertencentes às instituições, deverá ser realizada mediante concurso ou hasta pública⁷⁰. Para a hasta pública é aplicável subsidiariamente o regime de venda judicial em processo executivo⁷¹. No caso do concurso, e se não houver normas que disponham em sentido oposto, a jurisprudência nacional tem entendido que se aplica o regime das empreitadas de obras públicas e de aquisição de bens e serviços. Exemplificando: no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 19/12/2006, processo n.º 025/05, é analisado um contrato de empreitadas de obras públicas entre uma IPSS e um empreiteiro, para a construção de um centro social e paroquial⁷². A questão que se levanta é a de saber se este contrato está sujeito às regras da contratação pública. Na decisão é referido que “a conjugação da disciplina estabelecida nos preceitos enunciados no número anterior [referentes à obrigação do concurso na realização de empreitadas de obras, conforme artigo 23.º, bem como a tutela referida no artigo 33.º e 24.º] com a estabelecida no artigo 3.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março [relativa ao requisito de gestão] é de concluir que a sua gestão está sujeita a um controlo por parte do Estado, donde decorre que estas pessoas são de considerar donas de obras públicas; o que significa que os contratos por elas celebrados são contratos de empreitada de obras públicas, regulados pelo referido Decreto-Lei n.º 59/99. São contratos praticados a coberto de uma ambiência de direito público, resultante do predomínio de preocupações de interesse público, que as leva a não poder adoptar procedimentos diferentes dos nele

coletivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas coletivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afetados à realização de fins de utilidade pública”.

⁶⁹ Cfr. Artigo 9.º do EIPSS.

⁷⁰ Cfr. Artigo 23.º n.º 1 do EIPSS.

⁷¹ Cfr. Artigo 811.º e ss do CPC.

⁷² Esta decisão jurisprudencial portuguesa, bem como todas as citadas posteriormente, podem ser consultadas *online* em www.dgsi.pt.

tipificados e a actuar numa posição de supraordenação que lhes possibilita o estabelecimento de cláusulas exorbitantes; ou seja, são contratos administrativos”. Considerou-se nesta decisão que são competentes os Tribunais Administrativos (TA) para a ação respeitante a questões derivadas da execução de um contrato de empreitadas⁷³.

Para terminar esta análise geral do regime das IPSS, cumpre tecer breves considerações sobre a tutela. Na versão original do Estatuto, o artigo 32.º consagrava um conjunto de atividades que careciam de autorização dos serviços competentes⁷⁴. Todavia este artigo foi revogado mas subsistem nesta normativa alguns poderes de controlo da Administração sobre as IPSS. Tendo em conta apenas as normas referidas no EIPSS⁷⁵, e como refere o artigo 34.º, “os serviços competentes poderão ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias e inspeções às instituições e seus estabelecimentos” sendo que “os orçamentos e as contas das instituições são aprovados pelos corpos gerentes nos termos estatutários, mas carecem de visto dos serviços competentes”, conforme o artigo 33.º. O n.º 3 deste mesmo artigo dispõe ainda que “as contas das instituições não estão sujeitas a julgamento do Tribunal de Contas”. Apesar desta consideração, e como iremos estudar adiante, o Tribunal de Contas (TdC) tem ingerência nesta matéria. LICÍNIO LOPES entende que esta norma “padece de um vício”, aliás para este autor “o DL n.º 119/83 de 25 de Fevereiro, que aprova os estatutos das IPSS, é inconstitucional sob o ponto de vista formal” e essa inconstitucionalidade advém do facto de o diploma ter sido emanado pelo Governo no uso da competência legislativa normal. Nas palavras do autor “um diploma que interfere com a liberdade de associação e com o seu exercício, devia pelo menos ter sido objecto de uma prévia autorização legislativa por parte da Assembleia da República”, conforme impõe o artigo 165.º n.º 1 b) da CRP⁷⁶. Todavia como não foi declarado institucional ou até revogado, este é o regime base que regula as IPSS⁷⁷.

⁷³ Assim foi também entendido nos acórdãos do STA de 14/03/2006, processo n.º 0976/05 e de 1/4/2003, processo n.º 0483/03, em que as IPSS foram consideradas nos mesmos termos como “donas de obras públicas”.

⁷⁴ Essas atividades relacionavam-se com a aquisição de bens imóveis a título oneroso, a alienação de imóveis a qualquer título e a realização de empréstimos.

⁷⁵ Numa fase posterior analisaremos outras formas de controlo além das referenciadas no EIPSS.

⁷⁶ Este artigo refere que é da exclusiva competência da Assembleia da República (salvo autorização ao governo) legislar sobre os direitos, liberdades e garantias.

Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 156.

⁷⁷ Relativamente ao regime jurídico das IPSS ver ainda, MARIA DE FÁTIMA BARROCO, *As instituições particulares de solidariedade social – seu enquadramento e regime jurídico*, in: “As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal”,

2.2 As tipologias

O ordenamento jurídico português possui um universo heterógeno de entidades que podem ser qualificadas como “instituições particulares de solidariedade social”. E foi essa a intenção do legislador, na medida em que não restringiu a constituição dessas organizações a uma forma ou tipo específico, designando apenas “instituições”.

Coube assim à lei tipificar as formas possíveis de atuação dos particulares na prossecução dos interesses da coletividade. Nesta linha, o artigo 2.º do EIPSS enumera as formas que podem revestir estas instituições.

Assim sendo, podemos ter pessoas coletivas de cariz fundacional e pessoas coletivas de tipo associativo, sendo que podem agrupar-se em uniões, federações e confederações.

Falemos de seguida sobre as características essenciais de cada uma destas entidades, começando pelas associações.

As associações de solidariedade social⁷⁸ podem prosseguir qualquer dos objetivos previstos no Estatuto sendo que o seu regime está estabelecido nos artigos 52.º a 67.º do diploma.

Estas associações adquirem personalidade jurídica no ato de constituição que deverá constar de escritura pública especificando: as quotas, donativos ou serviços com que os associados concorrem para o património social; a denominação, fim e sede da pessoa coletiva; a forma do seu funcionamento e a duração quando esta não seja constituída por tempo indeterminado⁷⁹. Aos associados são atribuídos alguns direitos e deveres, sendo o dever essencial “contribuir para a realização dos fins institucionais por meio de quotas, donativos ou serviços”⁸⁰.

É da competência da Assembleia Geral deliberar sobre as matérias que não se encontram compreendidas nas atribuições legais dos outros órgãos, agindo segundo as designações do EIPSS⁸¹.

Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 59 a 74 e A. SANTOS LUÍS, *As instituições particulares de solidariedade social e a acção social em Portugal*, in: “As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal”, Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 119 a 138.

⁷⁸ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 a) do EIPSS.

⁷⁹ Cfr. Artigo 52.º do EIPSS.

⁸⁰ Cfr. Artigo 55.º n.º 1 do EIPSS.

⁸¹ Cfr. Artigo 58.º do EIPSS. Os artigos 59.º a 65.º elencam todas as imposições adstritas à atuação da assembleia.

Além destas considerações, o regime destas associações está ainda decalcado pelo regime geral para as associações previsto no Código Civil (CC)⁸², pelo Regime Geral de Direito de Livre Associação, aprovado pelo DL n.º 594/74 de 7 de Novembro⁸³ e ainda pelo Regime Especial de Constituição Imediata de Associação desenvolvido pela Lei n.º 40/2007 de 24 de Agosto⁸⁴.

As associações de voluntários de ação social⁸⁵ prosseguem os objetivos do artigo 1.º do EIPSS, que são específicos de outras instituições ou de outros serviços/estabelecimentos públicos, daí a designação de “voluntários”.

O seu regime basilar consta dos artigos 72.º a 75.º do EIPSS. Estas associações constituem-se e adquirem personalidade jurídica da mesma forma que as associações de solidariedade social⁸⁶ e a sua colaboração com outras entidades exerce-se mediante acordos⁸⁷. A estas associações pode aplicar-se subsidiariamente o regime das associações de solidariedade social já referido⁸⁸.

A este regime junta-se ainda a Lei de Bases do Enquadramento Jurídico do Voluntariado, previsto na Lei n.º 71/98 de 3 de Novembro⁸⁹.

As associações de socorros mútuos (designadas atualmente por associações mutualistas)⁹⁰ são IPSS com um número ilimitado de associados que desenvolvem, atividades de segurança social e de saúde aos seus associados e às suas famílias, podendo ainda desempenhar outros fins de proteção social. São reguladas pelo DL n.º 72/90 de 3 de Março, o Código das Associações Mutualistas⁹¹, todavia, o EIPSS pode

⁸² Cfr. Artigos 167.º a 184.º do CC relativo às associações.

⁸³ Como é descrito no preâmbulo deste DL, “O direito a livre associação constitui uma garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade”. Conforme o disposto no n.º 1, “a todos os cidadãos maiores de 18 anos, no gozo dos seus direitos civis, é garantido o livre exercício do direito de se associarem para fins não contrários à lei ou à moral pública (...)”.

⁸⁴ Segundo o artigo 1.º n.º 1 desta lei, este é um “regime especial de constituição imediata de associações com personalidade jurídica, com ou sem a simultânea aquisição, pelas associações, de marca registada”.

⁸⁵ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 b) do EIPSS.

⁸⁶ Cfr. Artigo 73.º do EIPSS.

⁸⁷ Cfr. Artigo 74.º do EIPSS.

⁸⁸ Cfr. Artigo 75.º do EIPSS.

⁸⁹ Esta lei visa “promover e garantir a todos os cidadãos a participação solidária em ações de voluntariado e definir as bases do seu enquadramento jurídico” (artigo 1.º). O Estado “reconhece o valor social do voluntariado como expressão do exercício livre de uma cidadania ativa e solidária e promove e garante a sua autonomia e pluralismo” (artigo 5.º).

Esta lei é regulamentada pelo DL n.º 389/99 de 30 de Setembro, alterado pelo DL n.º 176/2005 de 25 de Outubro.

⁹⁰ Cfr. Artigo 2.º n.º 2 c) do EIPSS.

⁹¹ Cfr. Artigo 76.º do EIPSS.

ser-lhe aplicável com carácter subsidiário nas matérias que o Código não regular diretamente⁹².

Constituem fins fundamentais destas associações a “concessão de benefícios de segurança social e de saúde destinados a reparar as consequências da verificação de factos contingentes relativos à vida e à saúde dos associados e seus familiares” bem como “outros fins de proteção social e promoção da qualidade de vida, através da organização e gestão de equipamentos e serviços de apoio social (...)”⁹³.

A constituição destas associações deve constar de escritura pública e designará a denominação, os fins e a sede da instituição, adquirindo personalidade jurídica no ato de constituição⁹⁴.

Estão sujeitos a registo, “os atos de constituição, os estatutos, os regulamentos de benefícios e os demais atos respeitantes às associações mutualistas”, sendo que “adquirem automaticamente a natureza de pessoa coletiva de utilidade pública”⁹⁵.

Além desta legislação, podemos ainda referir a Portaria n.º 135/2007 de 26 de Janeiro relativa ao registo das associações mutualistas. O registo tem por finalidade comprovar a natureza e os factos jurídicos referentes às associações, reconhecer a sua utilidade pública, permitir a cobrança de quotas bem como a criação e funcionamento de serviços e equipamentos. A realização destes atos é da competência da Direção-Geral da Segurança Social (DGSS)⁹⁶.

É ainda possível estas associações assumirem de modo exclusivo a gestão de regimes profissionais complementares, conforme refere o DL n.º 225/89 de 6 de Junho⁹⁷. Os regimes profissionais complementares têm por objetivo conceder aos trabalhadores por conta de outrem ou independentes, agrupados no quadro de uma empresa ou de um conjunto de empresas, prestações pecuniárias complementares das garantidas pelo regime geral da SS. A gestão de regimes profissionais complementares por associações mutualistas implica a criação de um fundo autónomo em relação a cada

⁹² Cfr. Artigo 122.º do Código das Associações Mutualistas.

⁹³ Cfr. Artigo 2.º do Código das Associações Mutualistas.

⁹⁴ Cfr. Artigo 13.º do Código das Associações Mutualistas.

⁹⁵ Cfr. Artigos 15.º n.º1 e 16.º do Código das Associações Mutualistas.

⁹⁶ Cfr. Artigos 2.º e 3.º da referida portaria. Nesta portaria estão ainda elencados os atos sujeitos a registo, bem com a forma, tipo e efeito que este produz.

⁹⁷ Esta normativa pretende regulamentar a concessão de benefícios complementares concedidos pelo regime geral de segurança social, estabelecendo, nomeadamente, o enquadramento jurídico das prestações, as condições técnicas e financeiras e as estruturas de gestão adequadas para o efeito.

regime para efeito da respetiva garantia financeira, sendo que a sua atuação rege-se pelo Código das Associações Mutualistas⁹⁸.

As irmandades da misericórdia ou santas casas da misericórdia⁹⁹, são constituídas no ordenamento jurídico canónico com o objetivo de satisfazer carências sociais e de praticar atos de culto católico¹⁰⁰. O EIPSS é-lhes aplicável em tudo o que se relacione com atividades de solidariedade social, sem prejuízo das sujeições canónicas que lhes são inerentes¹⁰¹, são designadas por “associações canonicamente eretas com atividade de proteção social”¹⁰². Sendo consideradas como associações, a estas entidades aplica-se o regime específico das associações de solidariedade social disposto anteriormente¹⁰³.

Relativamente às santas casas da misericórdia, podemos distinguir duas espécies: as misericórdias constituídas antes ou até depois da entrada em vigor EIPSS e que adotaram a forma de irmandade da misericórdia¹⁰⁴ e as que não adotaram esse estatuto de irmandade, continuando com o estatuto referenciado na lei civil, podendo apenas designar-se por “associações de solidariedade social”¹⁰⁵.

As associações de organizações ou instituições religiosas não católicas, para além das atividades religiosas, prosseguem os fins referidos no artigo 1.º do EIPSS¹⁰⁶. As associações religiosas “não são apenas as associações culturais, isto é, aquelas cujo fim principal é a sustentação do culto, mas também aquelas em que a finalidade do culto

⁹⁸ Cfr. Artigo 18.º a 20.º do referido DL.

⁹⁹ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 e) do EIPSS.

¹⁰⁰ Cfr. Artigo 68.º do EIPSS.

¹⁰¹ Cfr. Artigo 69.º n.º 1 do EIPSS.

¹⁰² Cfr. APÉLLES J.B.CONCEIÇÃO, *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social anotado*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 62, anotação ao artigo 68.º.

¹⁰³ Cfr. Artigo 69.º n.º 2 do EIPSS.

¹⁰⁴ Cfr. Artigo 95.º e 96.º do EIPSS. Segundo o artigo 95.º n.º 1, “as instituições atualmente denominadas santas casas da misericórdia ou misericórdias que não tenham sido criadas como irmandades e que queiram assumir agora essa forma enviarão à entidade tutelar uma declaração do Ordinário competente certificando a sua constituição na ordem jurídica canónica”. O artigo 96.º refere que se “coexistirem uma santa casa da misericórdia e a respetiva irmandade canonicamente ereta, pode a santa casa da misericórdia ou misericórdia integrar-se na irmandade, mediante acordo de ambas.”

¹⁰⁵ Cfr. Artigo 95.º n.º 2 do EIPSS.

¹⁰⁶ Cfr. Artigo 40.º do EIPSS.

não é elemento necessário, embora possa ser suficiente para a qualificação como religiosa de certa associação (...)”¹⁰⁷.

Além deste regime, pode ainda apontar-se a Lei n.º 16/2001 de 22 de Junho relativa à Liberdade Religiosa¹⁰⁸ e o DL n.º 134/2003 de 28 de Junho relativo ao Registo das Pessoas Coletivas Religiosas¹⁰⁹.

As cooperativas de solidariedade social podem designar-se como “instituições que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, e em obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das respetivas necessidades sociais e a sua promoção e integração”¹¹⁰. A constituição de IPSS sob a forma de cooperativa já havia sido consagrada no Estatuto anterior (DL n.º 519-G2/79)¹¹¹, todavia deixou de ser consagrada pelo EIPSS atual.

A admissibilidade desta figura institui-se assim por meio do Código Cooperativo¹¹². Estas cooperativas foram, por força da lei, equiparadas a IPSS, sendo-lhes imposto que prossigam os objetivos previstos pelo EIPSS¹¹³.

As casas do povo são equiparadas a IPSS, por força da lei e porque desenvolvem atividades relevantes no domínio dos regimes de SS¹¹⁴. O seu regime basilar consta do DL n.º 4/82 de 11 de Janeiro¹¹⁵ sendo a sua finalidade “desenvolver atividades de carácter social e cultural, com a participação dos interessados, e colaborar com o Estado e as autarquias, proporcionando-lhes o apoio que em cada caso se justifique, por forma a

¹⁰⁷ Cfr. APÉLLES J.B.CONCEIÇÃO, *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social anotado*, ob. cit., p. 49, anotação ao artigo 40.º.

¹⁰⁸ Além dos fins religiosos, estas entidades podem prosseguir outros fins, como os de assistência e de beneficência, de educação e de cultura, além dos comerciais e de lucro (artigo 21.º). As Igrejas e comunidades religiosas, “podem adquirir personalidade jurídica pela inscrição no registo das pessoas coletivas religiosas (...)”, conforme artigo 33.º n.º 1 da referida Lei.

¹⁰⁹ É mediante o registo como pessoa coletiva religiosa que estas associações adquirem personalidade jurídica, conforme artigo 1.º n.º 3 do referido DL. Podem inscrever-se as igrejas e demais comunidades religiosas de âmbito nacional, regional ou local, os institutos de vida consagrada e outros institutos fundados ou reconhecidos pelas entidades designadas e ainda as federações ou uniões dessas mesmas pessoas coletivas (artigo 2.º).

¹¹⁰ Cfr. DL n.º 7/98 de 15 de janeiro, relativo ao Regime Jurídico das Cooperativas de Solidariedade Social, artigo 2.º n.º 1.

¹¹¹ Cfr. Artigo 62.º a 68.º do regime constante no DL n.º 519-G2/79. Eram consideradas “associações constituídas de harmonia com os princípios cooperativos, tendo por fim facultar aos associados e seus familiares serviços que façam parte dos esquemas de segurança social” (artigo 62.º n.º 1).

¹¹² Cfr. DL n.º 51/96 de 7 de Setembro, alterado pelo DL n.º 7/98 de 15 de Janeiro, DL n.º 131/99, de 21 de Abril, DL n.º 108/2001, de 6 de Abril, DL n.º 204/2004, de 19 de Agosto e DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

¹¹³ Lei n.º 101/97 de 13 de setembro, que estende às cooperativas de solidariedade social os direitos, deveres e benefícios das IPSS.

¹¹⁴ Cfr. DL n.º 171/98 de 25 de Junho, que equipara a IPSS às casas do povo que prossigam os objetivos previstos pelo EIPSS.

¹¹⁵ Lei relativa à reestruturação das Casas do Povo, alterada posteriormente pelo DL n.º 246/90 de 27 de Julho.

contribuírem para a resolução de problemas da população residente nas respetivas áreas”¹¹⁶. Ao serem equiparadas às IPSS devem ter em conta o regime jurídico associado às IPSS de natureza associativa. Estas entidades continuam a desempenhar um papel relevante no domínio da ação social, sobretudo nos meios rurais.

No que diz respeito as pessoas coletivas de natureza fundacional, é possível também elencar uma manopla de tipologias, significativamente mais reduzida que a associativa.

As fundações de solidariedade social¹¹⁷ são instituições dotadas para prosseguir qualquer dos objetivos referenciados no artigo 1.º do EIPSS. O seu regime consta dos artigos 77.º a 86.º do EIPSS.

Estas fundações podem ser constituídas por ato entre vivos (que deve constar de escritura pública) ou por testamento¹¹⁸. O nascimento da fundação de direito privado pressupõe a prática de dois atos jurídicos, o ato de instituição (declaração de vontade) e de reconhecimento (de competência da autoridade pública). As fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento¹¹⁹. Há assim, “uma manifestação de vontade privada, reconhecida no plano constitutivo pela autoridade pública, ou seja um negócio jurídico regido primariamente pelo direito privado, cuja relevância institucional, traduzida na decisão da criação de uma pessoa colectiva dotada de um património destinado à realização de fins de relevância social, exige uma intervenção ulterior do direito público que exprime constitucionalmente um juízo sobre escopo proposto e o património afectado”¹²⁰.

Tal como as associações de solidariedade social, o regime das fundações de solidariedade social é também recalcado pelo direito civil¹²¹. Assim como as associações mutualistas, também as fundações de segurança social podem assumir a

¹¹⁶ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 do referido DL.

¹¹⁷ Cfr. Artigo 2.º n.º1 d) do EIPSS.

¹¹⁸ Cfr. Artigo 78.º do EIPSS.

¹¹⁹ Cfr. Artigo 79.º n.º1 do EIPSS.

¹²⁰ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas*, in: “Estudos em memória do Professor Doutor Castro Mendes”, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, p. 572. Na mesma linha, DOMINGOS SOARES FARINHO, *Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano”, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, pp. 349 a 354.

¹²¹ Cfr. Artigos 185.º a 194.º do CC, relativos às fundações.

gestão de regimes profissionais complementares consoante o DL n.º 225/89¹²², sendo denominadas por “Fundações de Segurança Social Complementar”.

Para além deste regime jurídico, torna-se relevante salientar a recente lei que regula as fundações, a Lei-Quadro das fundações¹²³. Esta normativa estabelece os princípios e as normas por que se regem as fundações portuguesas (qualquer que seja a sua natureza) e as fundações estrangeiras que desenvolvam os seus fins em território nacional¹²⁴. É especificamente extensível às fundações de solidariedade social que sejam abrangidas pelo EIPSS, ficando estas sujeitas às regras aplicáveis às fundações privadas, com as devidas especificações constantes dos artigos 39.º a 41.º da referida Lei-Quadro. Nestas disposições normativas é narrado que o reconhecimento destas fundações é da competência do Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação, devendo o respetivo requerimento ser apresentado nos serviços competentes do Ministério da Solidariedade e Segurança Social. As entidades competentes têm 45 dias, ou 60 dias se se tratar de fundações cujo âmbito de atuação seja na área da saúde ou educação, para emitir um parecer sobre o pedido. De salientar que esse requerimento deve obedecer aos requisitos elencados na presente Lei¹²⁵.

Este novo regime pode ter um cariz discriminatório, na medida em que as fundações de solidariedade social são negativamente discriminadas face às demais IPSS, e o estatuto de utilidade pública passa a ser mais exigente para estas fundações – já que é necessário ter em conta as disposições presentes na Lei-Quadro - do que para as demais entidades sem fins lucrativos¹²⁶.

Os institutos da Igreja Católica são entes fundados, dirigidos ou sustentados por organizações ou instituições da igreja católica, equiparados a nível de regulação às fundações de solidariedade social, sem prejuízo das considerações religiosas que tem de obedecer¹²⁷.

¹²² Cfr. Artigo 21.º do DL n.º 225/89.

¹²³ Cfr. Lei n.º 24/2012 de 9 de Julho, regulada pela portaria n.º 75/2013 de 18 de Fevereiro.

¹²⁴ Cfr. Artigo 1.º e artigo 2.º n.º 1 da Lei-Quadro das Fundações.

¹²⁵ Cfr. Artigo 22.º da Lei-Quadro das Fundações.

¹²⁶ Cfr. Orientações emanadas no Workshop realizado em 12 de Junho de 2012, em Lisboa na Gulbenkian, pelo Centro português de fundações e a sociedade de advogados Vieira de Almeida & associados, intitulado “Aplicação da Lei-Quando das Fundações às Fundações Privadas”, disponível *online* em <http://www.fc.ul.pt/sites/default/files/fcul/institucional/FFCUL/Lei-Quadro%20das%20Funda%C3%A7%C3%B5es%20-%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Gulbenkian.%202012-7-2012.pdf> (acedido em 15 de Setembro de 2013).

¹²⁷ Cfr. Artigos 40.º, 41.º e 51.º do EIPSS.

O seu regime está consagrado nos artigos 44.º a 51.º do EIPSS. A aplicação do EIPSS a estas instituições deve respeitar ainda as disposições da Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa¹²⁸. A personalidade jurídica destas instituições resulta da “simples participação escrita da ereção canónica feita pelo bispo da diocese onde tiverem a sua sede (...)”¹²⁹.

Por fim, no universo das fundações, podemos ainda falar dos institutos de outras organizações ou confissões religiosas. Estes podem equiparar-se, para efeitos do seu regime, às fundações de solidariedade social, sem prejuízo das considerações religiosas que lhe são inerentes¹³⁰.

Além de todas as entidades que acabamos de referir (consideradas típicas), podemos ainda apontar um outro grupo: as instituições particulares de solidariedade atípicas. Esta designação prende-se com o facto de a sua atividade “esgotar-se no exercício de funções de representação de interesse comuns e de coordenação da ação das instituições associadas (...)”¹³¹. São legalmente designados “agrupamentos”¹³² de instituições, qualificados como instituições de solidariedade social, variando apenas a sua forma, consoante o tipo de instituições associadas. Falamos de uniões, federações ou confederações¹³³.

As instituições podem estabelecer formas de cooperação que tenham por objetivo “a utilização comum de serviços ou equipamentos e o desenvolvimento de ações de solidariedade social (...)”¹³⁴. Desenvolvem atividades relacionadas com a coordenação das ações das instituições associadas, com a organização de serviços de interesse e de intervenção comuns às mesmas, com a representação dos interesses comuns e ainda com a promoção do desenvolvimento da ação das instituições¹³⁵.

¹²⁸ Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004 de 16 de Novembro. Conforme a disposição do artigo 12.º da Concordata, “as pessoas jurídicas canónicas (...), que, para além, de fins religiosos, prossigam fins de assistência e solidariedade, desenvolvem a respetiva atividade de acordo com o regime jurídico instituído pelo direito português (...)”.

¹²⁹ Cfr. Artigo 45.º do EIPSS.

¹³⁰ Cfr. Artigo 41.º do EIPSS remetendo para os artigos 77.º a 86.º.

¹³¹ Cfr. LICINÍO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 107.

¹³² Cfr. Artigo 2.º n.º 2 do EIPSS.

¹³³ Cfr. Artigos 87.º a 93.º do EIPSS.

¹³⁴ Cfr. Artigo 87.º n.º 1 do EIPSS.

¹³⁵ Cfr. Artigo 88.º do EIPSS.

As uniões, federações e confederações de instituições são consideradas como associações de solidariedade social, ficando assim sujeitas ao seu regime¹³⁶. Excetuam-se os agrupamentos das associações de socorros mútuos que são considerados como associações de socorros mútuos ficando sujeitas ao respetivo regime¹³⁷ e o agrupamento de cooperativas de solidariedade social, que assumem a qualificação de cooperativas de grau superior¹³⁸.

Assim sendo, podem constituir-se uniões de instituições quando as instituições revistam a mesma forma, atuem na mesma área geográfica e cujo regime de constituição o justifique¹³⁹; as federações de instituições constituem-se se as instituições prosseguirem atividades congéneres¹⁴⁰ e as confederações de instituições são resultado do agrupamento de federações e uniões¹⁴¹.

Sintetizando o que foi descrito, podemos ter IPSS de tipo fundacional (fundações e institutos), de tipo associativo (associações de solidariedade social, irmandades da misericórdia, casas do povo, associações de voluntários de ação social, associações de socorros mútuos e as cooperativas) e entidades legalmente equiparadas (as uniões, federações e confederações de IPSS).

2.3 A análise do seu conceito legal e constitucional

Debrucemo-nos agora sobre a análise dos elementos essenciais que constituem a noção de IPSS. Como é referido no artigo 1.º do EIPSS, são consideradas IPSS as instituições constituídas “sem finalidade lucrativa, por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade social e de justiça entre os indivíduos (...)”.

¹³⁶ Cfr. Artigo 89.º n.º 1 do EIPSS.

¹³⁷ Cfr. Artigo 89.º n.º 2 do EIPSS e artigos 10.º e 11.º do Código das Associações Mutualistas

¹³⁸ Cfr. Artigo 5.º n.º 3 do Código das Cooperativas.

¹³⁹ Cfr. Artigo 91.º do EIPSS.

¹⁴⁰ Cfr. Artigo 92.º do EIPSS.

¹⁴¹ Cfr. Artigo 93.º do EIPSS.

Ao dotar as IPSS de um caráter não lucrativo, o legislador teve em mente reforçar a ideia que “a solidariedade social é o reflexo exterior de um espírito solidário preexistente a qualquer modelo ou forma institucional do seu exercício”¹⁴².

A mesma ideia esta subjacente na disposição normativa constitucional, na medida em que o artigo 63.º n.º 5 da CRP refere a expressão “sem caráter lucrativo” para designar a atuação destas instituições. Nada impede que essas instituições possam exercer atividades secundárias, acessórias ou instrumentais também com caráter não lucrativo, desde que o seu exercício esteja ligado à prossecução do fim caracterizador destas entidades¹⁴³.

Estas instituições são dotadas de uma natureza privada, são instituições criadas por “iniciativa particular”. O ato de constituição destes entes há de ser sempre fruto da vontade individual – no caso das fundações – ou da vontade conjugada de uma pluralidade de vontades unidas para o mesmo fim- como é o caso das associações.

Pode todavia colocar-se a hipótese de o Estado, por sua iniciativa, criar entidades privadas investidas de interesse público para a prossecução de objetivos de solidariedade social, mas neste caso, não são consideradas IPSS, serão legitimadas pela normativa constitucional relativa às “outras instituições de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo”, conforme dispõe o artigo 63.º n.º 5 da CRP¹⁴⁴. Mas esta não pode nem deve ser uma atuação rotineira, na medida em que, a atividade de solidariedade social é um espaço preferencialmente atribuído à iniciativa particular.

No que diz respeito aos fins das IPSS, cumpre tecer algumas considerações. A solidariedade social é o fim essencial atribuído a estas entidades, é o elemento integrante e constitutivo da sua designação.

A solidariedade constitui um dos princípios fulcrais do sistema de proteção social, conforme dispõe a LBSS¹⁴⁵ e as IPSS constituem assim a forma escolhida pelo

¹⁴² Cfr. LICINÍO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 114.

Há todavia entidades reconhecidas de interesse público que têm por característica essencial, a natureza lucrativa, como é o caso das sociedades de interesse coletivo, como já vimos anteriormente.

¹⁴³ Cfr. Artigo 1.º n.º 2 do EIPSS.

¹⁴⁴ Esta possibilidade já estava prevista no DL n.º 138/80 de 1 de Maio e no regulamento do registo das IPSS do âmbito da ação social do sistema de Segurança Social, constante da Portaria n.º 139/2007 de 29 de Janeiro.

¹⁴⁵ Cfr. Artigo 8.º da LBSS. O princípio da solidariedade “consiste na responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema e envolve o concurso do Estado no seu financiamento” (artigo 8.º n.º 1).

legislador constitucional para desenvolver as atividades de concessão de bens e serviços adequadas à realização dos direitos sociais consagrados.

Tendo em consideração o artigo 36.º n.º1 da LBSS, o subsistema da solidariedade visa assegurar os “direitos essenciais por forma a prevenir e a erradicar situações de pobreza e de exclusão, bem como garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar (...)”.

Estes objetivos ligam-se com a designada justiça social, daí o apoio e fiscalização por parte do Estado às atividades realizadas pelas IPSS, como refere o artigo 63.º n.º 5 da CRP. Essa fiscalização deve limitar-se ao necessário e ser proporcional aos interesses públicos que a fundamentam. Deve portanto excluir-se “formas extremas de tutela”, como, a autorização administrativa para a criação da instituição, a aprovação dos estatutos bem como a homologação de órgãos, entre outros exemplos.

O facto de estas entidades desempenharem tarefas de interesse público não as transforma em órgãos de administração indireta do Estado. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, afirmam que a tutela exercida é apenas uma “tutela de legalidade, pois cabe ao Estado exercer poderes de fiscalização e inspeção destinados a garantir o cumprimento dos respetivos objetivos e a aferir da prossecução efetiva dos acordos e protocolos celebrados com o Estado”¹⁴⁶.

As IPSS atuam também no âmbito da ação social. Segundo o artigo 29.º n.º 1 da LBSS, o subsistema da ação social tem por objetivo a “prevenção e reparação de situações de carência e desigualdade sócio-económica, de dependência, de disfunção, exclusão ou vulnerabilidade sociais, bem como a integração e promoção comunitárias das pessoas e o desenvolvimento das respectivas capacidades”. As prestações de ação social visam assim “a satisfação das necessidades básicas das pessoas e das famílias mais carenciadas”¹⁴⁷. Esta ação social deve ser desenvolvida pelo Estado, pelas autarquias e por instituições privadas sem fim lucrativo¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Entendimento referido por J.J. GOMES CANOTILHOS/VITAL MOREIRA, *Constituição da República portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 821, anotação ao artigo 63.º.

¹⁴⁷ Cfr. ANTÓNIO SANTOS LUÍS, *As instituições particulares de solidariedade social e a ação social em Portugal*, ob. cit., p. 124.

¹⁴⁸ Cfr. Artigo 31.º n.º 1 da LBSS.

A natureza aberta do conceito de solidariedade social engloba outras áreas de atuação, além da ação social. Esta ideia é manifestada constitucionalmente, na medida em que o artigo 63.º n.º 5 da CRP, utiliza o advérbio “nomeadamente” para designar o campo de atuação destas entidades¹⁴⁹. A constituição deixa assim um espaço de manobra para o legislador poder concretizar outros fins, todavia são sempre fins de solidariedade social apoiados pela Constituição.

Também o artigo 1.º n.º 1 do EIPSS consagra esta abertura na medida em que refere que as IPSS “prosseguem entre outros, os seguintes objetivos (...)”. No entendimento de LICÍNIO LOPES, a expressão utilizada, pode conferir à “Administração o poder de, em última análise, criar novas categorias de IPSS ou recusar a sua constituição”¹⁵⁰. Para o mesmo autor, o legislador deveria intervir de forma a clarificar os fins, formas e tipos das IPSS de modo a não dar azo a quaisquer dúvidas.

Não podíamos terminar o enquadramento das IPSS sem fazermos uma breve referência aos princípios que estruturam a sua atuação.

Como vimos anteriormente, as IPSS asseguram a prossecução de bens essenciais à sociedade, que sendo incumbência do Estado são facultados por essas instituições.

Por esta razão, e no entendimento de LICÍNIO LOPES, as IPSS devem estar vinculadas aos direitos fundamentais, pois “defender que um beneficiário pudesse invocar os seus direitos fundamentais contra a direcção de um estabelecimento sob directa gestão da Administração, e já não o pudesse fazer contra a direcção de uma IPSS que, ao abrigo de um contrato de gestão, gere um estabelecimento daquela” seria incompreensível¹⁵¹. Será portanto legítimo aos utentes de uma IPSS invocar, por exemplo, a igualdade de tratamento ou até o respeito pela intimidade da sua vida privada. E esta ideia tem consagração no EIPSS, na medida em que o artigo 5.º n.º 2 refere que “os beneficiários devem ser respeitados na sua dignidade e na intimidade da vida privada e não podem sofrer discriminações fundadas em critérios ideológicos, políticos, confessionais ou raciais”.

¹⁴⁹ A constituição refere, no artigo 63.º n.º 5, como áreas de atuação: o apoio às crianças e à família (artigo 67.º), apoio à infância (artigo 69.º), apoio à juventude (artigo 70.º n.º 1 d)), proteção de deficientes (artigo 71.º) e de apoio à terceira idade (artigo 72.º).

¹⁵⁰ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 140.

¹⁵¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 424.

Apesar do EIPSS não referir objetivamente os princípios que devem enformar a organização, o funcionamento e a atuação das IPSS, é possível enunciar, além do dever de cooperação, um conjunto de princípios que devem ser respeitados¹⁵².

As IPSS são instituições criadas por iniciativa de particulares para prosseguirem interesses públicos, estando nessa medida sujeitas ao princípio da prossecução do interesse público. A nível legal, estatutário e mesmo constitucional, as IPSS só adquirem esse estatuto se prosseguirem fins de solidariedade social, fins de interesse coletivo que sendo obrigação do Estado são por si realizados.

O princípio de igualdade de tratamento encontra consagração específica no EIPSS, como vimos anteriormente. A admissão dos utentes e o funcionamento dos estabelecimentos devem ser realizados de modo a não criar desigualdades infundadas. Todavia o apoio aos utentes pode variar em função das suas necessidades socioeconómicas sem que haja aqui uma desigualdade.

As comparticipações financeiras dos utentes devem ser fixadas em função das suas possibilidades, vigorando aqui o princípio da proporcionalidade. Com este princípio se relaciona a seletividade, na medida em que, o sistema da ação social está orientado para responder a situações de carência que atingem os mais desfavorecidos. O acesso deve ser universal mas orientado para estes casos. E nesta lógica, referimos ainda outros princípios, como o da tendencial gratuitidade dos bens e serviços prestados e o da preferência ou prioridade do apoio para as pessoas mais carenciadas.

Um outro princípio, consagrado estatutariamente, refere-se ao princípio da prevalência dos interesses e direitos dos beneficiários sobre as instituições, associados, membros ou fundadores. As IPSS são reconhecidas, admitidas e apoiadas pelo Estado para servir a população, daí essa prevalência. O EIPSS refere esta primazia no artigo 5.º n.º 1, “os interesses e os direitos dos beneficiários preferem aos das próprias instituições, dos associados ou dos fundadores”.

O princípio da imparcialidade tem neste âmbito um cariz organizatório. As instituições devem possuir regras estatutárias relativas à composição e funcionamento dos seus órgãos de forma a assegurar a transparência da sua gestão. Este princípio pode conduzir a uma limitação da liberdade de atuação das IPSS, mas é constitucionalmente admissível pela “necessidade de uma gestão sã e democrática das instituições”¹⁵³. Este

¹⁵² Esta enunciação é referida por LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., pp. 425 a 452.

¹⁵³ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 433.

princípio conduz a um outro, o princípio da transparência de gestão e de procedimentos, desde logo fundamentado pelo financiamento público que estas instituições recebem.

Para finalizar esta enunciação, podemos ainda referir outros princípios de fácil compreensão tendo em conta as finalidades de criação das IPSS e a sua cooperação com a Administração: princípio da compatibilização dos fins e das aticidades das instituições com os fins do sistema de ação social, princípio da qualidade dos serviços prestados e princípio da justiça do sistema como efetivador dos direitos sociais.

Para LICÍNIO LOPES, “este conjunto de princípios poderá constituir um ponto de partida para a elaboração de um futuro quadro geral/legal da cooperação entre a Administração e as IPSS, devendo, enquanto tal não suceder, ser assegurado através da disciplina específica dos contratos de cooperação, de forma a que se as próprias entidades públicas contratantes sejam também responsabilizadas pela sua efectiva observância”¹⁵⁴.

Estatisticamente podemos referir alguns dados objetivos e atuais sobre as IPSS em Portugal.

Tendo em conta o projeto desenvolvido no âmbito do Programa Operacional de Assistência Técnica (POAT) e do Fundo Social Europeu (FSE), em 2010 estavam registadas 5007 IPSS em Portugal¹⁵⁵.

As associações de solidariedade social e os centros sociais e paroquiais possuem o maior número de entidades, 3152 e 1054, respetivamente, sendo seguidas das misericórdias (346), das organizações religiosas (226), das fundações (204) e as das uniões, federações e confederações (25).

Ainda em termos estatísticos, a carta social de 2012¹⁵⁶, refere que a utilização de equipamentos sociais têm evoluído de forma muito positiva, registando no período 2005-2012 um incremento justificável. A partir de 2008, houve um crescimento acentuado da utilização destes equipamentos pelas entidades lucrativas (que representa no final 52%), sendo que as entidades não lucrativas têm uma percentagem mais diminuta (48%).

¹⁵⁴ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 451.

¹⁵⁵ Cfr. *Economia Social e a sua sustentabilidade como fator de inclusão social*, projeto realizado no âmbito do POAT/FSE: gerir, conhecer e intervir, disponível online em <http://www.poatfse.gren.pt/upload/docs/Diversos/ESTUDOS/Relatorio%20Final.pdf>.

¹⁵⁶ Cfr. Carta Social – Folha Informativa n.º 11 – Junho 2013, disponível online em www.cartasocial.pt.

Quanto às respostas sociais, são as entidades não lucrativas que levam a cabo essas atividades, configurando 69% dos casos, sendo que as entidades lucrativas apenas têm uma percentagem de atuação de 31%. Neste campo, as cresces, os lares de idosos e o serviço de apoio domiciliário, constituem as áreas de atuação com maior percentagem.

Depois de uma análise sobre o regime jurídico das IPSS, cumpre aferir de que modo estas instituições estão sujeitas às regras da contratação pública.

Como foi referido na nota introdutória desta narrativa, o objetivo primordial é aferir em que medida as IPSS podem atuar no âmbito da contratação pública. Em que termos se podem assumir como entidades adjudicantes?

Não estando consagradas, nas entidades adjudicantes da “Administração Pública Tradicional” devido à sua natureza e a outros requisitos elencados anteriormente, cumpre verificar se podem estar incluídas em outra tipologia de entidade adjudicante, no caso concreto, nos “organismos de direito público”.

Para podermos aferir dessa possibilidade é necessário estudar os requisitos específicos destes organismos que foram desenvolvidos de uma forma minuciosa a nível europeu.

CAPÍTULO II

O conceito de “organismo de direito público”: o cenário europeu

1. A génese da noção de “organismo de direito público”

O fenómeno da globalização da economia e a diluição das barreiras tradicionais, fizeram com que o universo dos contratos públicos transpusesse as fronteiras estaduais colocando-o num patamar internacional. Segundo estatísticas da Organização Mundial do Comércio (OMC), a contratação pública representa cerca de 10 a 20% do Produto Interno Bruto Mundial (PIB)¹⁵⁷.

Este crescimento económico é partilhado por todas as sociedades modernas, com algumas especificidades consoante o seu nível de desenvolvimento. Assim, nos países ditos “menos favorecidos”, a contratação pública destina-se a “promover o desenvolvimento económico do país, através do investimento das empresas estrangeiras”. No caso dos países desenvolvidos, o que se pretende é “melhorar a competitividade”, sendo a contratação “dominada por critérios de racionalidade e eficiência económica”.¹⁵⁸ Pode então afirmar-se que *cada país tem o seu próprio ambiente económico, social, cultural e político, e as entidades adjudicantes de cada país tem de enfrentar diferentes tipos de desafios, ou até os mesmos tipos de desafios mas em níveis diferentes das mesmas entidades em outros países*¹⁵⁹.

A nível internacional, as matérias relativas à contratação pública surgiram com maior relevância por meio do Acordo das Compras Públicas (GPA- government procurement agreement). Este acordo derivou do Acordo Geral dos Direitos Aduaneiros e do Comércio (GATT- General Agreement on Tariffs and Trade) estabelecido em 1947, que tinha por objetivo harmonizar as políticas aduaneiras, mas que apresentava inúmeras lacunas. Pretendia-se com este novo acordo derrubar as barreiras impostas

¹⁵⁷ Estas informações percentuais estão explanadas nos relatórios anuais da OMC disponível *online* em www.wto.org. E ainda CLÁUDIA VIANA, *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, in “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.23.

¹⁵⁸ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, ob. cit., pp. 23 e 24.

¹⁵⁹ Cfr. KHI V. THAI, *Challenges in public procurement*, in: “Challenges in public procurement: an international perspective”, Boca Raton, FL, USA: PrAcademics Press, 2005, p. 1. Nas palavras do autor, “each country has its own economic, social, cultural and political environment, and each country’s public procurement practitioners face different types of challenges, or the same types of challenges but at different levels from their counterparts in other countries”.

pelos Estados em matéria de contratos públicos, procedendo-se a uma liberalização do comércio, dando uma atenção redobrada ao princípio da não discriminação entre fornecedores, bem como ao princípio da transparência que deve estar presente em todos os momentos dos processos de celebração de contratos¹⁶⁰. Datado de 1979, este acordo plurianual estabelece em primeiro lugar os princípios pelos quais as partes se devem reger e posteriormente enumera uma série de regras processuais mínimas que as entidades adjudicantes terão de cumprir. Estas regras “restringem a possibilidade de os governos utilizarem as compras públicas como um instrumento de outras políticas estaduais, tal como a industrial e a social. O bem-estar geral é prosseguido através da progressiva liberalização do comércio”¹⁶¹. Este acordo foi renegociado em 1994 de modo a melhorar as “condições que possibilitem aos operadores estrangeiros competir nos mercados internos da contratação pública”¹⁶².

O apogeu internacional das matérias sobre contratação pública deu-se aquando a implementação da OMC em 1995 onde se procedeu à substituição do GATT. Esta organização “constitui o enquadramento institucional que visa a regulação de um mercado supranacional, reclamada pela crescente internacionalização da actividade comercial”¹⁶³. A organização lida com a regulamentação do comércio entre os seus Países-membros, fornecendo uma estrutura para negociação e formalização de acordos comerciais e um processo de resolução de conflitos que visa reforçar a adesão dos participantes aos acordos da OMC, que são assinados pelos representantes dos governos dos Estados-membros e ratificados pelos parlamentos nacionais.

A União Europeia (UE), com o objetivo de construir uma economia de mercado aberta e em livre concorrência, tem ocupado um lugar de destaque no plano internacional, na medida em que construiu um regime jurídico comunitário destinado a harmonizar os distintos ordenamentos jurídicos nacionais, um regime composto por normas internacionais, comunitárias e nacionais. A normativa comunitária sobre os

¹⁶⁰ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, ob. cit., p. 26.

¹⁶¹ Cfr. RICARDO GONÇALVES DE OLIVEIRA, *O Acordo das Compras Públicas. O princípio da não discriminação e da transparência aplicado às compras públicas* (online), Julho de 2007, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/comercial/acordocompraspublicas.html>, (acedido em 11/06/2013).

¹⁶² Cfr. CLÁUDIA VIANA, *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, ob. cit., p. 30.

¹⁶³ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, ob. cit., p. 29.

contratos públicos é assim *um exemplo do fenómeno atual da uniformização dos ordenamentos jurídico-públicos no seio da União Europeia*¹⁶⁴.

O arranque do mercado comum concedeu às autoridades comunitárias uma nova visão sobre a relevância dos contratos públicos. Levar a cabo uma política eficaz em matéria de contratos públicos é essencial se se pretende que o mercado único atinja os seus objetivos¹⁶⁵. Como refere MIGUEL CATELA, “não há mercado interno, nem poderia ter havido mercado comum, sem direito Comunitário Europeu que garanta a concorrência nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos”¹⁶⁶.

O mercado único constituiu-se assim como um mecanismo mais poderoso da integração económica, pressupondo a existência entre os Estados-membros de uma união aduaneira que permitisse a livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais¹⁶⁷.

Considerado como um espaço integrado, aberto e concorrencial, facilita a mobilidade, a competitividade e a inovação, para que todos possam tirar partido das suas vantagens. Os Estados abrem-se ao exterior em busca de parceiros a nível internacional, quer seja para realizar contratos de investimento ou até acordos com vista à criação de empresas comuns.

O desafio primordial da UE tem sido criar todas as condições necessárias para o cumprimento destes objetivos, procurando harmonizar as legislações para melhor responder aos desafios da globalização¹⁶⁸. Os Estados-membros cedem com alguma

¹⁶⁴ Cfr. JOSE MARIA GIMENO FELIU, *El control de la contratacion pública: las normas comunitárias y su adaptacion en España*, Madrid: Civitas, 1995, p. 31. Nas palavras do autor, “La normativa comunitária sobre contratos públicos es un ejemplo claro del fenómeno actual de uniformacion de los ordenamientos jurídicos-publicos en el seno de la Unión Europea”.

¹⁶⁵ Além do impacto nas economias nacionais, os contratos públicos tem uma aplicabilidade inegável no espaço económico europeu representando uma parcela relevante das despesas públicas dos orçamentos das sociedades modernas.

Nesta linha, CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 28.

¹⁶⁶ Cfr. MIGUEL CATELA, *A noção de entidade adjudicante no direito comunitário europeu da contratação pública*, in: “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 872.

¹⁶⁷ O mercado único foi instituído no âmbito da UE e entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1993. Assenta em quatro princípios fundamentais: a livre circulação de mercadorias, de serviços, dos capitais e das pessoas entre os Estados-membros da União Europeia. Estas quatro liberdades estão inteiramente relacionadas com os objetivos proliferados: gerar um crescimento sustentado a longo prazo e criar postos de trabalho, favorecer o desenvolvimento de empresas capazes de explorar as possibilidades oferecidas pelo maior mercado integrado do mundo e enfrentar eficazmente a concorrência nos mercados globais e permitir ao contribuinte e utilizador obter serviços públicos de melhor qualidade ao menor custo. Cfr. Livro verde. *Os contratos Públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro*, COM(96) 583 final de 27 de Novembro de 1996.

As conceções relativas ao mercado interno encontram consagração no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE) na Parte III.

¹⁶⁸ As exigências do século XXI fizeram com que fosse necessário compatibilizar a legislação às novas preocupações. É o caso da contratação eletrónica, que se pressupõe o recurso às novas tecnologias no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, da contratação pública verde, com a qual se pretende implementar medidas “amigas do ambiente”, ou até mesmo, a contratação pública como

frequência à tentação, derivada principalmente de pressões internas dos seus empresários e gestores, de proteger determinada produção ou mercadoria ameaçadas concorrencialmente pelas de outros países. Um meio de diminuir estas dificuldades passa seguramente pelo conhecimento correto das regras comunitárias. Como afirma ISABEL FONSECA, “ (...) para construir um mercado único europeu, haveria que lutar contra o proteccionismo dos Estados e o problema dos mercados fechados, e haveria que liberalizar os contratos públicos, procurando reduzir o custo da não-europa, tanto mais quanto a europeização deste domínio deveria ter efeitos benéficos, sobretudo a longo prazo”¹⁶⁹.

Apesar da inegável relevância da matéria sobre contratação pública, nenhum dos Tratados Comunitários contém regras específicas sobre esta temática¹⁷⁰. A doutrina face a este silêncio do legislador tem procurado argumentos para explicar esta inexistência de regras específicas afirmando que “a razão deste persistente silêncio reside na manifesta falta de vontade dos Estados Membros em se conformarem com a regulação comunitária aplicável aos contratos públicos”. De facto “a inclusão de uma disposição específica sobre esta matéria significaria, desde logo, a consagração, por via legislativa, do entendimento, perfilhado pelo Tribunal de Justiça, no sentido que o direito comunitário da contratação pública resulta da necessidade de garantir, a aplicação dos princípios e liberdades que sustentam a realização do mercado interno”. Essa consagração legislativa faria com que os Estados aderissem em plenitude às conceções comunitárias da contratação pública, porque apesar de se conformarem com a regulação

instrumento de políticas públicas sociais, dando primazia à promoção de emprego a determinadas categorias de trabalhadores. Com benefícios inegáveis mas ao qual são apontadas também algumas consequências como a quebra de sigilo e confidencialidade ou a prática de crimes informáticos

Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 76.

¹⁶⁹ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., p. 74.

¹⁷⁰ O TFUE consagrada nos seus artigos 179.º n.º 2 e 199.º n.º 4 uma conceção de apoio a esta temática não a referenciando objetivamente: “(...) a União (...) dará às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a essa cooperação” e “No que respeita aos investimentos financiados pela União, a participação nas adjudicações e fornecimentos estará aberta, em igualdade de condições, a todas as pessoas singulares e coletivas, nacionais dos Estados-Membros e dos países e territórios.”

Nesta linha, MIGUEL CATELA, *A noção de entidade adjudicante no direito comunitário europeu da contratação pública*, ob. cit., p. 871 e RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in: “Caderno de justiça administrativa”, n.º69, Maio/Junho de 2008, p. 4.

operada pelas diretivas, os Estados persistem em se manter à margem pelo menos em relação aos contratos delas excluídas¹⁷¹.

O facto de não existir consagração comunitária específica sobre a contratação pública no TFUE, não foi impedimento da construção de um complexo normativo destinado a regulamentar os procedimentos de formação dos contratos públicos.

No que respeita à contratação pública, é possível identificar vários níveis de influência dos princípios contidos nos Tratados, na medida em que “é em nome desses princípios que se elaboram as diretivas em matéria de contratação pública, estes marcam o contexto teológico e sistemático para a interpretação das diretivas”¹⁷². Como afirma ANA FERNANDA NEVES, “os princípios são parâmetros normativos de compreensão e de estruturação da contratação pública, segundo a ideia de que a sua observância permite a tomada de decisões juridicamente correctas e óptimas do ponto de vista dos fins”¹⁷³.

Ainda neste aspeto, é relevante evidenciar que é reconhecido pela jurisprudência europeia que os princípios têm relevância autónoma relativamente a contratos não abrangidos pelas diretivas¹⁷⁴. Há todavia alguns autores que consideram que esta medida deveria ser repensada pela insegurança jurídica que provoca nas entidades adjudicantes, devendo apenas ser utilizada nos casos flagrantes de violação dos princípios¹⁷⁵. A existência de um “corpo de princípios comunitários da contratação pública” implicaria que as entidades estaduais não se cingissem apenas à sua realidade

¹⁷¹ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, ob. cit., pp. 99 a 102.

¹⁷² Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos contratos públicos – um olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 27.

¹⁷³ Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *Os princípios da contratação pública*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia”, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 30.

¹⁷⁴ É o que dispõe o Acórdão Telaustria (C-324/98) de 7 de Dezembro de 2000, considerando n.º 60, “apesar dos contratos de concessão estarem excluídos da aplicação da diretiva 93/98, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral (...)”.

Aliás, existem vários atos de *soft law* comunitária que mandam aplicar tais princípios em matéria de adjudicação de contratos não abrangidos pelas diretivas, como é o caso, por exemplo, da Comunicação interpretativa da comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO n.º 121 de 29.4.2000), do Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (COM, (2004) 327 de 30.4.2004), da Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (JO 2008/C 91/02 de 12.4.2008) e da Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangido, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO 2006/C 179/02 de 1.8.2006).

Este acórdão e todos os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), bem como qualquer outro documento de jurisprudência da UE que iremos citar posteriormente, estão disponíveis online em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>.

¹⁷⁵ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, in “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 63.

interna, devendo considerar igualmente o sentido e alcance que esses princípios recebem na jurisprudência comunitária¹⁷⁶.

É na observância e concretização de alguns princípios que assenta o bom nome do mercado da contratação pública, e como afirma RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “quebrar as suas exigências é por em causa a função, confiança e crédito do público no funcionamento desse mercado”¹⁷⁷. Ainda, ISABEL FONSECA, considera que “o objectivo da disciplina europeia foi, (...), sujeitar a contratação pública aos princípios constantes do Tratado, nomeadamente os que concernem às liberdades fundamentais de circulação de pessoas, bens e capitais, de estabelecimento e de prestação de serviços, assim como os princípios resultantes destas liberdades, como sejam os princípios da igualdade de tratamento, de não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da transparência e da concorrência.”¹⁷⁸

E é acerca destes princípios que nos vamos debruçar em seguida tecendo apenas umas breves considerações¹⁷⁹.

Um dos princípios basilares de qualquer ordem jurídica é o princípio da igualdade¹⁸⁰. Trata-se de uma igualdade material, que pressupõe o tratamento igualitário de situações idênticas e o tratamento desigual de situações diferentes.

A este princípio estão subjacentes alguns afloramentos, como é o caso da não discriminação em razão da nacionalidade e a igualdade de tratamento¹⁸¹. E são estes afloramentos que nos levam a afirmar que “a existência de uma comunidade europeia é indissociável da igualdade entre os cidadãos e empresa, o que exige, entre outras coisas, a proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade bem como a proibição de obstáculos à liberdade de circulação”¹⁸².

¹⁷⁶ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, ob. cit., p. 60. Nas palavras do mesmo autor, “A importância dos princípios comunitários constituem um parâmetro de validade das leis internas”.

¹⁷⁷ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, ob. cit., p. 60.

¹⁷⁸ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., p.75.

¹⁷⁹ No presente estudo faremos uma pequena abordagem aos princípios comunitários que mais relevam para a temática da contratação pública. Não se pretende um estudo exaustivo, mas apenas algumas considerações acerca do seu impacto.

¹⁸⁰ A nível comunitário este princípio foi consagrado como direito fundamental através da Carta de direitos fundamentais da União Europeia (CDFUE), no artigo 20.º, “Todas as pessoas são iguais perante a lei”.

¹⁸¹ Existem outros afloramentos mas neste caso apenas pretendemos dar atenção aos associados à contratação pública.

¹⁸² Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, ob. cit., p. 114.

No contexto da contratação pública a execução do princípio da igualdade pode ser afetada pelas discrepâncias entre as legislações nacionais, daí a necessidade já exposta anteriormente de instituir um regime que harmonizasse os diferentes procedimentos nacionais de formação de contratos públicos à escala comunitária. E é face a essa necessidade que se explica o conjunto de normativas presentes nas diretivas que visam criar as condições de igualdade entre os operadores económicos interessados em contratar e as entidades adjudicantes.

Daqui se afere que só por meio de procedimentos abertos e acessíveis a todos os operadores se consegue assegurar a igualdade de oportunidade. Como é relatado no Acórdão Telaustria (C- 324/98) do TJUE, “esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”¹⁸³.

O princípio da transparência está intrinsecamente relacionado com o princípio da igualdade de tratamento, cujo efeito útil visa garantir ou assegurar que “todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas”¹⁸⁴.

Essa transparência pode ser assegurada através de qualquer meio adequado, incluindo a publicidade, onde devem constar todas as informações necessárias para que as potenciais entidades possam decidir se estão interessadas em participar no processo. Como é referido no Acórdão Beentjes (C-31/87) do TJUE, “ (...) os critérios e condições que regulamentam cada concurso devem ser objeto de adequada publicidade por parte das entidades adjudicantes”, proporcionando assim aos empreiteiros da comunidade “ (...) um conhecimento suficiente das prestações a fornecer e das condições adequadas para poderem apreciar se os concursos propostos lhe interessam”¹⁸⁵.

¹⁸³Cfr. Acórdão Telaustria (C-324/98) considerando n.º 62. Aqui são analisados o princípio de transparência, publicidade e imparcialidade que devem caracterizar a atividade da contratação pública. Como veremos mais adiante, estas obrigações ganharam um relevo reforçado com a reforma legislativa operada em 2004.

¹⁸⁴ Cfr. Acórdão Comissão/Bélgica (C-87/94) de 25 de Abril de 1996 considerando n.º 54 e Acórdão Coname (C-231/03) de 21 de Julho de 2005 considerando n.º 21.

¹⁸⁵ Cfr. Acórdão Beentjes (C-31/87) de 20 de Setembro de 1988 considerando n.º 21 e 22.

Com a criação do mercado único a liberdade de circulação ganhou uma força ainda mais significativa. Um operador económico tem o direito de transacionar livremente os seus produtos e/ou serviços no mercado de qualquer outro Estado-membro, sendo que esse é obrigado a aceitar os produtos e serviços fornecidos pelo operador económico, na medida em que esse produto ou serviço satisfaçam o seu objetivo legítimo. Opera neste campo o designado princípio do reconhecimento mútuo que funciona como o principal suporte do movimento livre de mercadorias e da competitividade da UE e do mercado interno¹⁸⁶.

Outro princípio fundamental da contratação pública é o princípio da proporcionalidade. Este não é um princípio específico da realidade comunitária, é um princípio geral de direito, todavia é adotado pelo direito comunitário¹⁸⁷. É exigido que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objetivo a alcançar. Este princípio tem uma especial incidência no plano concorrencial, pois pretende assegurar que não sejam adotadas medidas restritivas de concorrência abusivas. E é precisamente do princípio da concorrência que falaremos em seguida.

A concorrência é, em sede de contratação pública, “um resultado que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados-membros na sua relação com os particulares”¹⁸⁸. Como refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “o princípio da concorrência é atualmente a verdadeira trave-mestra da contratação pública, uma

¹⁸⁶ Este princípio decorre da jurisprudência em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços, especificamente dos acórdãos Vlassopoulou (C-340/89) de 7 de Maio de 1991 e Acórdão Dennemeyer (C-76/90) de 25 de Julho de 1991.

Nesta primeira decisão, o Tribunal constatou que “condições nacionais de qualificação, mesmo aplicadas sem discriminação em razão da nacionalidade, podem ter por efeito entravar o exercício, pelos nacionais dos outros Estados-Membros, do direito de estabelecimento que lhes é garantido pelo Tratado. Tal pode ser o caso se as regras nacionais em questão não tiverem em conta os conhecimentos e qualificações já adquiridos pelo interessado noutra Estado-Membro” (considerando n.º 15).

No acórdão Dennemeyer, o Tribunal precisou, particularmente, que um “Estado-Membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território à observação de todas as condições exigidas para um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços” (considerando n.º 13).

¹⁸⁷ Cfr. Acórdão *The Queen* (C- 331/88) de 13 de Novembro de 1990 considerando n.º 13: “por força do princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, a legalidade da proibição de uma atividade económica está subordinada à condição de que as medidas de proibição sejam adequadas e necessárias à realização dos objetivos prosseguidos pela regulamentação em causa (...).”

¹⁸⁸ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, ob. cit., p. 172. Como veremos mais adiante, o princípio da concorrência não tem consagração expressa na nomenclatura dos princípios das atuais diretivas sobre contratação pública, todavia a concorrência efetiva é um dos grandes objetivos desta matéria.

espécie de *umbrella principle*, (...), pois se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico”¹⁸⁹.

Por fim, ainda é relevante referir o princípio da proteção jurisdicional efetiva. Este é considerado uma das manifestações eloquentes da influência recíproca entre o direito comunitário e o direito nacional. Este princípio estava todavia debilitado devido ao generalizado incumprimento dos Estados-membros na matéria da contratação pública. Esta realidade alterou-se com a criação de diretivas que preveem um conjunto de meios reativos contra o incumprimento das normas comunitárias¹⁹⁰.

O que se pretende é garantir que os “contratos públicos sejam celebrados com respeito pelos princípios e traves-mestras em que assenta o mercado europeu, de modo a que se consiga promover uma eficaz concorrência entre os operadores económicos, fomentando-se a sua participação no mercado global”¹⁹¹.

A evolução do regime comunitário substantivo da contratação pública está intrinsecamente relacionada com a evolução normativa das diretivas.

Segundo ISABEL FONSECA, “é possível identificar 4 fases naquele que é o longo e complexo caminho iniciado, na década de setenta, de criação de uma disciplina comunitária em matéria de contratação pública, através da elaboração de diretivas comunitárias”.

Sendo assim, numa primeira fase encontram-se as designadas “diretivas de liberalização”, que consagraram a primeira regulação sobre a matéria assumindo políticas de supressão de restrições à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços; num segundo momento, foram implementadas diretivas que visavam o aprofundamento e a coordenação das normativas criadas na 1ª fase; numa terceira fase, e com o objetivo de consagrar medidas eficazes contra as violações de direito comunitário, foram aprovadas as “diretivas-recursos”; por fim, e com o intuito de simplificar, modernizar e codificar toda a informação derivada das diretivas, surge um

¹⁸⁹ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, ob. cit., p. 67.

¹⁹⁰ Falamos aqui das designadas “diretivas-recursos” (Diretiva 89/665/CEE de 21 de Dezembro de 1989 e Diretiva 92/13/CEE de 25 de Fevereiro de 1992) que abordaremos posteriormente. Estas diretivas são configuradas como a “pedra angular de todo o sistema comunitário da contratação pública”, Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., p. 197.

¹⁹¹ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *O Acordo-Quadro*, in: “Revista de direito público e regulação”, n.º 3, Setembro de 2009, p. 12.

quarto momento com a implementação das designadas “diretivas de consolidação e sistematização”¹⁹².

Passemos em seguida à exposição de toda essa evolução, tendo sempre subjacente que o nosso ponto de investigação é estudar a evolução que o conceito de entidade adjudicante foi sofrendo ao longo desta viagem normativa¹⁹³.

O TFUE, tendo por objetivo assegurar as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços¹⁹⁴, estabeleceu a obrigação do conselho emitir “programas gerais para a eliminação de restrições”, que apesar de terem um valor diminuto em relação aos regulamentos e às diretivas, trouxeram alguns elementos relevantes, como por exemplo, o conceito de entidade adjudicante¹⁹⁵. Segundo a redação utilizada no programa geral relativo à livre prestação de serviços, são consideradas entidades adjudicantes, “Estado, coletividades territoriais tais como Länder, regiões, províncias, departamentos, comunas e outras pessoas de direito público”.

Com o impulso dos “programas gerais”, foram criadas as primeiras diretivas de explicitação das proibições do Tratado, as designadas “diretivas de liberalização”.

Em 1971 foram aprovadas pelo conselho, as primeiras diretivas sobre a adjudicação de contratos públicos¹⁹⁶. Estas tinham por objetivo primordial proibir especificações técnicas com efeito discriminatório e estabeleciam exceções de entidades adjudicantes distintas: a diretiva 71/304/CEE denominava o “Estado, as

¹⁹² Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., pp. 76 a 80.

¹⁹³ Sobre esta evolução normativa, além da doutrina citada posteriormente, é possível referir MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 38 a 52 e ANTONIO SACCHETTINI, *La Comunidad Europea y los contratos públicos. Nociones Básicas y desarrollo reciente*, in: “Contratación Pública”, Marcial Pons: Madrid, 1996, pp. 97 a 107.

¹⁹⁴ Cfr. Artigo 3.º n.º 1 alínea c) do TFUE, “ (...) a ação da Comunidade implica (...) um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais”.

¹⁹⁵ Quando falamos de programas gerais para a eliminação de restrições, referimo-nos à supressão das restrições à livre prestação de serviços e a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento.

Estes Programas encontram-se publicados na Edição Especial do Jornal Oficial das Comunidades Europeias: JO 2 de 15.1.1962 Capítulo 06 Fascículo 1 p. 0003 - 0006 e capítulo 06 Fascículo 1 p. 7 - 15 respetivamente. Estes surgiram porque não foi suficiente a aplicação dos princípios e regras comunitárias fundamentais, sendo por isso necessário a criação desta disciplina específica.

¹⁹⁶ Diretiva 71/304/CEE de 26 de Julho de 1971 relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais; e Diretiva 71/305/CEE de 26 de Julho de 1971 relativa à coordenação dos processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

coletividades territoriais e as pessoas coletivas de direito público”¹⁹⁷; já a diretiva 71/305/CEE, designava as mesmas entidades adjudicantes mas remetia para um anexo as pessoas coletivas de direito público que poderiam ser consideradas entidades adjudicantes¹⁹⁸. Em 1977, foi aprovada uma diretiva destinada à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos, que expandiu a noção de entidade adjudicante, para que os Estados-Membros que não conhecessem a figura de “pessoa coletiva de direito público”, pudessem beneficiar do estatuto desde que figurasse no anexo I da referida diretiva como entidade equivalente¹⁹⁹.

Com o objetivo de aperfeiçoar as normativas já existentes surgiram as Diretivas 88/295/CEE de 22 de Março de 1988 e a Diretiva 89/440/CEE de 18 de Julho de 1989²⁰⁰.

Enquanto a diretiva 88/295/CEE não trouxe qualquer alteração do conceito de entidade adjudicante, a Diretiva 89/440/CEE alterou significativamente a noção de entidade adjudicante, introduzindo o conceito de “organismo de direito público”.

Segundo a nova redação eram entidades adjudicantes, “o Estado, as coletividades territoriais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais dessas coletividades ou desses organismos de direito público”²⁰¹.

Nesta aceção entendia-se por “organismo de direito público” qualquer organismo:

¹⁹⁷ Noção esplanada no artigo 1.º parte final da diretiva 71/304/CEE: “Os Estados-Membros suprirão, em favor das pessoas singulares e sociedades indicadas no Título I dos Programas Gerais (...) as restrições (...) respeitantes ao acesso, à adjudicação, à execução ou à participação na execução de empreitadas por conta do Estado, das coletividades territoriais e das pessoas coletivas de direito público”.

¹⁹⁸ Noção referida no artigo 1.º alínea b) da Diretiva 71/305/CEE: “O Estado, as coletividades territoriais e as pessoas coletivas de direito público enumeradas no anexo I são consideradas como entidades adjudicantes”. O anexo em questão era algo impreciso na medida em que as condições eram distintas para os diferentes países.

¹⁹⁹ Artigo 1.º alínea b) da Diretiva 77/62/CEE de 21 de Dezembro de 1976: “são consideradas entidades adjudicantes o Estado, as pessoas coletivas territoriais e as pessoas coletivas de Direito público ou, nos Estados-membros que não conheçam esta noção, as entidades equivalente, enumeradas no anexo I.”

Esta foi uma regra de carácter auxiliar aplicável aos Estados-membros em que o conceito de pessoa coletiva de direito público não estava uniformizado.

Para adaptar e completar esta diretiva em relação a certas entidades adjudicantes, surge a diretiva 80/76/CEE de 22 de Julho de 1980, que possui um novo anexo de entidades. Conforme o artigo 1.º n.º1 da diretiva, “são consideradas como entidades adjudicantes as entidades referidas no Anexo I, e, na medida em que tenham sido introduzidas retificações, alterações ou emendas, as entidades que lhe tiverem sucedido”.

²⁰⁰ Estas diretivas alteraram, respetivamente, as diretivas 77/62/CEE e 71/305/CEE. Trouxeram alguma inovação quer a nível da definição do âmbito de aplicação das diretivas quer a nível de informação, concorrência e transparência dos procedimentos de adjudicação.

²⁰¹ Artigo 1.º alínea b) Diretiva 89/440/CEE. Foi retirado o conceito geral de pessoa coletiva de direito público que se pretendeu incorporar nesta nova figura.

- a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial;
- b) Dotado de personalidade jurídica; e
- c) Cujas atividades sejam financiadas maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

A diretiva continha ainda uma lista dos organismos que preenchiam as condições explanadas, sendo que poderia/deveria ser revista e atualizada pelos Estados-membros sempre que surgisse alguma alteração²⁰².

Estas diretivas, apesar de todo o progresso que trouxeram quer a nível de igualdade quer a nível de concorrência, eram insuficientes. Apresentavam algumas deficiências internas e sobretudo tinham um alcance limitado não englobando contratos de serviços, bem como contratos dos setores do “serviço público económico” como transportes públicos, água, energia e telecomunicações.

Foi assim necessário proceder à criação de outras diretivas que colmassem as falhas existentes e estendessem o âmbito da contratação pública a outros setores.

Falamos aqui das “diretivas de aprofundamento, diversificação e coordenação”: diretiva 90/531/CEE de 17 de Setembro de 1990 relativa aos procedimentos de adjudicação nos setores da água, energias, telecomunicações e transportes e diretiva 92/50/CEE de 18 de Junho de 1992 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

Nestas normativas, o conceito de entidade adjudicante não sofreu alterações significativas²⁰³. Estas diretivas foram melhoradas com a adoção das diretivas:

²⁰² No caso de Portugal, e tendo em conta o anexo I desta diretiva, eram considerados organismos de direito público, “as pessoas coletivas de direito público cuja celebração de contratos de empreitada de obras públicas esteja sujeita ao controlo do Estado”.

²⁰³ Devido à presença de empresas públicas no mercado de serviços públicos, a noção de entidade adjudicante na Diretiva 90/531/CEE era composta pelo conceito de poderes públicos e de empresas públicas. Conforme o artigo 1.º n.º 1, “entende-se por poderes públicos: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou por mais autarquias ou organismos de direito público” e no n.º 2, “entende-se por empresa pública: qualquer empresa em relação à qual os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante, em virtude da propriedade, da participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis (...)” Assim, conforme o artigo 2.º n.º 1, “a presente diretiva é

93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE de 14 de Junho de 1993, relativas respetivamente à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de fornecimento, à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas e à coordenação dos processos de celebração de contratos dos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Estas diretivas mantiveram a mesma redação do conceito de entidade adjudicante, procedendo apenas a uma atualização da lista onde estão exemplificadas as entidades incluídas no conceito de “organismo de direito público”²⁰⁴.

Para assegurar o cumprimento de todas estas normativas foi necessário impor medidas eficazes contra as violações de direito comunitário, surgindo assim as designadas “diretivas-recursos”: diretiva 89/665/CEE de 21 de Dezembro que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos e a diretiva 92/13/CEE de 25 de Fevereiro, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

A implementação destas diretivas justificou-se sobretudo pela necessidade de “uniformização dos meios processuais de tutela em matéria de procedimentos

aplicável às entidades adjudicantes que sejam poderes públicos ou empresas públicas” e que exerçam as atividades mencionadas no n.º 2 do mesmo artigo.

O conceito de organismo de direito público manteve-se inalterado na diretiva 90/531/CEE, conforme o artigo 1.º n.º 1, possuindo a redação dada pela Diretiva 89/440/CEE. De constatar que esta diretiva não menciona a lista de organismo de direito público referenciada na Diretiva 89/440/CEE visto que a diretiva expõe as atividades a realizar, bem como as entidades encarregues dessa tarefa.

Já a diretiva 92/50/CEE definiu entidade adjudicante como o havia feito a Diretiva 89/440/CEE, mandando aplicar a lista de organismo de direito público da Diretiva 71/305/CEE (é referida esta diretiva porque a Diretiva 89/440/CEE se limita a produzir alterações à primeira), conforme artigo 1.º alínea b).

²⁰⁴ As diretivas 93/36/CEE e 93/37/CEE mantiveram o conceito de entidade adjudicante referido na Diretiva 89/440/CEE. Para os organismos de direito público, e devido à revogação da diretiva 71/305/CEE, foi instituída uma nova lista (anexo I) na diretiva 93/37/CEE. Essa lista tinha um conteúdo mais diversificado, e no caso de Portugal, eram considerados organismos de direito público “os estabelecimentos públicos de ensino, investigação científica e saúde, os institutos públicos sem carácter comercial ou industrial, fundações públicas e administrações gerais e juntas autónomas”.

Quanto à diretiva 93/38/CEE foram repetidos, com algumas alterações, os termos da Diretiva 90/531/CEE no que diz respeito aos conceitos de poderes públicos e de empresas públicas. Não há qualquer referência à lista dos organismos de direito público, agora constante da Diretiva 93/37/CEE.

adjudicatórios de contratos públicos, para efeitos de garantir a tutela dos interesses públicos (comunitários) e privados em causa”²⁰⁵.

Ainda nesta matéria, e com o objetivo de obviar às deficiências das diretivas referidas anteriormente, procedeu-se em 2007 a uma reforma, adotando-se a diretiva 2007/66/CE de 11 de Dezembro. Esta diretiva veio reforçar a ideia de que o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva no domínio da contratação pública deve ser garantido em tempo útil. De entre as deficiências verificadas nas anteriores “diretivas-recursos” e que esta nova diretiva se propõe a atenuar e resolver cumpre destacar a inexistência de um prazo que permitisse interpor um recurso eficaz entre o momento que medeia a decisão de adjudicação e a celebração do contrato, o que faz com que “as entidades adjudicantes, pretendendo tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação posta em crise pelos interessados, têm vindo a tomar uma atitude que se caracteriza pelo aceleração do procedimento da assinatura do contrato, dando lugar à produção do facto consumado”²⁰⁶. O legislador europeu entendeu que para precaver esta situação, era necessário prever um prazo suspensivo mínimo, durante o qual a celebração do contrato em questão ficasse suspensa. Assim será dado aos concorrentes interessados o tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação.

Nos finais de 1996, no “Livro Verde. Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro”, a Comissão anuncia a intenção de proceder a um amplo debate sobre a política europeia de contratação pública. A ideia fundamental era “simplificar e clarificar o quadro atual e flexibilizar algumas das regras aplicáveis”²⁰⁷.

A maior e mais relevante modificação aconteceu em 2004.

Sendo necessárias novas alterações às diretivas clássicas e à diretiva dos setores especiais de forma a responder às exigências de simplificação e modernização, procedeu-se à reformulação das diretivas²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., p. 85.

²⁰⁶ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., p. 217.

²⁰⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., p. 340.

²⁰⁸ Diretiva 2004/18/CE de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços (que reformula num só texto as diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE) e Diretiva 2004/17/CE de 31 de Março de 2004 referente à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Estas diretivas sofreram alterações podendo salientar-se a Diretivas 2005/51/CE de 7 de Setembro, a Diretiva 2005/75/CE de 16 de Novembro, o Regulamento n.º 213/2008 de 28 de Novembro de 2007, a Diretiva 2009/81/CE de 13 de Junho de 2009 e o Regulamento n.º 1251/2011 de 30 de Novembro de 2011.

As diretivas de 2004 trouxeram algumas novidades que vinham a ser reclamadas: novos procedimentos pré-contratuais de escolha dos contratantes (diálogo concorrencial e os acordos quadro)²⁰⁹, novos procedimentos de contratação eletrónica (leilão eletrónico, centrais de compras e sistemas de aquisição dinâmicos)²¹⁰ e novas preocupações a ter em conta nos critérios de adjudicação (como sendo os critérios de proteção ambiental e de combate ao desemprego)²¹¹.

A nível de aperfeiçoamento, as diretivas de 2004 têm maior incidência objetiva na medida em que os limiares de aplicação das disposições comunitárias foram alterados, fixando-se novos limiares mínimos, reduzindo-se os montantes em causa.²¹² Quanto à incidência subjetiva, a noção já implementada de “organismo de direito público”, adquiriu um lugar de maior destaque, sendo um conceito constantemente analisado e estudado devido a algumas dúvidas que suscita²¹³.

Já a nível de aprofundamento, as normas explanadas nas diretivas de 2004 consagram um modelo garantístico e de proteção mais eficaz e eficiente, com o objetivo de colmatar as falhas dos mecanismos de proteção vigentes nas ordens jurídicas internas, derivadas da má transposição das diretivas. Ainda a este nível pode dizer-se que, ao contrário do que acontecia anteriormente, estas normas regem também direitos e

Ao longo da narrativa, sempre que referirmos estas diretivas, falaremos nas “diretivas de 2004”, sendo que o que dissermos para a diretiva geral se aplica à diretiva dos setores especiais, com as devidas especificações. Importa observar que as diretivas tem algumas diferenças significativas quanto ao seu âmbito de aplicação. A diretiva 2004/18/CE tem um alcance geral ao passo que a diretiva 2004/17/CE tem uma aplicação mais restrita, daí se denota que esta última é considerada setorial. No que respeita concretamente ao âmbito de aplicação subjetiva, na Diretiva 2004/18/CE falamos em “entidades adjudicantes” ao passo que na Diretiva 2004/17/CE essas entidades são denominadas por “poderes públicos”.

²⁰⁹ As definições destes conceitos estão explanadas nas diretivas de 2004. No que diz respeito ao diálogo concorrencial, artigo 1.º n.º 11 da diretiva 2004/18/CE; quanto aos acordos quadro, artigo 1.º n.º 5 da Diretiva 2004/18/CE e artigo 1.º n.º 4 da Diretiva 2004/17/CE.

²¹⁰ As novas técnicas eletrónicas de compras estão em desenvolvimento constante, o que propicio a um melhoramento da eficácia dos contratos públicos. O leilão eletrónico tem consagração expressa nos artigo 1.º n.º7 da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 1 n.º 6 da Diretiva 2004/17/CE; as centrais de compras estão definidas no artigo 1.º n.º 10 da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 1.º n.º 8 da Diretiva 2004/17/CE; quanto aos sistemas de aquisição dinâmicos referimos o artigo 1.º n.º 6 da Diretiva 2004/18/CE e artigo 1.º n.º 5 da Diretiva 2004/17/CE.

²¹¹ Estas são as duas maiores preocupações nos tempos que correm. A diretiva 2004/17/CE clarifica a forma como as entidades poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Já quanto ao combate ao desemprego, o considerando n.º 28 da Diretiva 2004/18/CE assim como o considerando n.º 32 da Diretiva 2004/17/CE, referem que “o emprego e o trabalho constituem elementos essenciais para garantir a igualdade de oportunidades para todos e contribuem para a integração na sociedade”.

²¹² Cfr. Artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 16.º da Diretiva 2004/17/CE.

²¹³ A noção de “organismo de direito público” está expressa no artigo 1.º n.º 9 da Diretiva 2004/18/CE e artigo 2.º n.º 1 a) da Diretiva 2004/17/CE.

obrigações dos contraentes incidindo na execução dos contratos e não apenas nas regras relativas à formação dos contratos públicos²¹⁴.

Uma grande conquista das diretivas de 2004, e que foi também a maior das preocupações de todas as diretivas nesta matéria, foi a positivação dos princípios comunitários referentes à contratação pública. De modo a efetivar a liberdade de circulação de mercadorias, da livre prestação de serviços e de estabelecimento, as diretivas de 2004 mencionam alguns princípios considerados fulcrais para o cumprimento destas obrigações: princípio da igualdade de tratamento, princípio da não discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade, transparência e concorrência efectiva que já tivemos oportunidade de estudar anteriormente²¹⁵.

Do exposto é possível referir que *as diretivas europeias configuraram um novo conceito de contrato público assente em dois pilares: a nível subjetivo, a noção funcional de entidade adjudicante; e a nível objetivo, o conceito de mercado comum, que originou uma transformação radical nos ordenamentos internos*²¹⁶.

Atualmente está em curso uma modernização da política de contratos públicos.

Em 20 de Dezembro de 2011, a Comissão Europeia emitiu uma proposta na qual designava que de modo a dar resposta à evolução do contexto político, social e económico, era necessário rever e modernizar a legislação existente em matéria de contratos públicos²¹⁷.

A *Estratégia Europa 2020* para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo assenta em três grandes prioridades, “desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente os recursos e seja competitiva, e fomentar uma economia com níveis

²¹⁴ Nesta linha, ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., pp. 81 a 83.

²¹⁵ Estes princípios estão consagrados ao longo das diretivas de modo mais explícito no considerando n.º 2 e artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE e considerando n.º 9 e artigo 10.º da Diretiva 2004/17/CE.

²¹⁶ Cfr. JOSÉ MARIA BAÑO LEÓN, *La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites*, in: “La contratación pública en el horizonte de la integración europea”, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p.29. Nas palavras do autor, “Las directivas europeas configuran un nuevo concepto de contrato público basado en dos pilares: subjetivamente, en la noción funcional de poder adjudicador; objetivamente en el concepto de mercado común, lo que supone una transformación radical de los ordenamentos internos (...)”

²¹⁷ Cfr. COM (2011) 896 final, relativa à proposta de Diretiva do parlamento europeu e do conselho relativa aos contratos públicos. Esta comunicação derivou sobretudo do *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa* (COM (2011) 15), que a Comissão publicou em 27 de Janeiro de 2011 como o objetivo de identificar vários dos domínios-chaves que poderão ser objeto de reforma e convidar as partes interessadas a apresentarem os seus pontos de vista.

elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial”. Os contratos públicos são os instrumentos considerados necessários para alcançar estes objetivos, nomeadamente através da “melhoria do ambiente empresarial e das condições para que as empresas inovem, bem como do incentivo a uma maior utilização dos contratos públicos ecológicos”²¹⁸.

Perante esta proposta, o Parlamento Europeu remeteu-a à instituição competente em matéria de Contratação Pública, a Comissão de Mercado Interno e proteção dos consumidores, sendo que esta emitiu um relatório apenas a 9 de Janeiro deste ano que foi aceite pelo Parlamento no dia 11 do mesmo mês. Este relatório será sujeito a apreciação pelo Pleno do Parlamento Europeu até o Outono de 2013 (data provisória).

Nesta proposta são diversas as inovações implementadas. São objetivos essenciais: a simplificação e flexibilização dos procedimentos de adjudicação de contratos, que engloba o esclarecimento do âmbito de aplicação, uma abordagem baseada num conjunto de instrumentos específicos, um regime mais leve para as autoridades adjudicantes subcentrais, a promoção da contratação eletrónica e a modernização dos procedimentos; a utilização estratégica dos contratos públicos para responder aos novos desafios, que pressupõe o cálculo dos custos ao longo do ciclo de vida, sanção das violações da legislação social, laboral ou ambiental vinculativa; o melhor acesso ao mercado por parte das Pequenas e Médias Empresas (PME) e das empresas em fase de arranque, através da simplificação das obrigações de informação, da limitação dos requisitos de participação; implementação de procedimentos sólidos e a uma atuação mais responsável por parte dos Governos dos Estados-membros.

Dado que ainda nada está completamente definido e o debate continua, seria inviável fazer aqui um estudo aprofundado de todas essas alterações. Assim sendo, e apenas a título exemplificativo, apenas citaremos a nova redação atribuída pela proposta às entidades adjudicantes, designadamente aos “organismos de direito público”.

No artigo 2.º n.º 1 da referida proposta, são tidas como “autoridades adjudicantes, todas as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público”.

Quanto ao conceito de “organismo de direito público”, e conforme o disposto no artigo 2.º n.º 6, são tidos como tal “os organismos que apresentam todas as seguintes

²¹⁸ Como refere o preâmbulo da COM (2011) 896 final.

caraterísticas: (a) Foram criados para ou têm por objetivo específico satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial; para esse efeito, um organismo que opera em condições de mercado normais, tem fins lucrativos e assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade não tem por objetivo satisfazer necessidades de interesse geral nem tem um caráter industrial ou comercial; (b) Têm personalidade jurídica; (c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

Em termos comparativos e apenas tendo em conta a redação, o artigo referente ao conceito de “organismo de direito público” explanado nesta proposta é em tudo semelhante ao artigo disposto nas Diretivas de 2004. Apenas se procede a uma extensão do primeiro requisito de forma a clarificar o conceito de “interesse geral sem caráter industrial e comercial” englobando as considerações da jurisprudência europeia que veremos em seguida. Todavia esta é uma matéria ainda em discussão, sendo que novos caminhos ainda vão ser traçados ou modificados.

2. Os elementos constitutivos do conceito de “organismo de direito público”: uma análise de jurisprudência

Como já foi anteriormente exposto, o objetivo primordial da criação das Diretivas de 2004 foi suprimir os entraves à livre circulação de serviços e de mercadorias, protegendo assim os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-membro que desejassem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-membro²¹⁹.

²¹⁹ Cfr. O considerando n.º 2 da Diretiva 2004/18/CE.

A nível jurisprudencial, foram vários os acórdãos do TJUE que exaltaram este objetivo das diretivas: Acórdão Connemara Machine Turf (C-360/97) de 17 de Dezembro de 1998 considerando n.º 30, Acórdão BFI Holding (C- 360/96) de 10 de Novembro de 1998 considerando n.º 41, Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) de 3 de Outubro de 2000 considerando n.º 16, Acórdão Comissão/França (C- 237/99) de 1 de Fevereiro de 2001 considerando n.º 41, Acórdão Universale-Bau E O (C- 479/99) de 12 de Dezembro de 2002 considerando n.º 51, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) de 27 de Fevereiro de 2000 considerando n.º 41 e Acórdão Bayerischer Rundfunk (C- 337/06) de 13 de Dezembro de 2007 considerando n.º 38.

Pretende-se excluir simultaneamente o risco de que seja dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de empreitada efetuada pelas entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixarem guiar por considerações diferentes das económicas²²⁰.

Devido a este duplo objetivo de concorrência e transparência, a noção de “organismo de direito público” deve ser analisada do ponto de vista funcional²²¹ e em sentido amplo²²², partindo da indiferença pela forma jurídica assumida pelo ente em causa. Como dispõe JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “tal vocação expansiva justifica-se, em primeira linha, pela indisfarçável indiferença que o direito comunitário progressivamente tem demonstrado face à natureza formal ou à qualificação jurídico-pública que cada ordem jurídica nacional atribua às pessoas colectivas que integram a Administração Pública”.²²³ Esta interpretação funcional de “organismo de direito público” permite que se mantenha a força vinculante e imperativa das normas comunitárias. Se assim não fosse, cada Estado-membro poderia afastar a aplicação da norma jurídica se atribuísse uma natureza privada aos destinatários. O que se tem em conta para essa qualificação é “aquilo que a entidade faz e não aquilo que é”²²⁴.

Para poder considerar-se uma entidade como “organismo de direito público” é necessário que seja preenchido cumulativamente os três requisitos explanados nas três

²²⁰ Cfr. Acórdão Mannesmann Anlagenbau Autria (C- 44/96) de 15 de Janeiro de 1998 considerando n.º 33, Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 42 e 43, Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) considerando n.º 17, Acórdão Comissão/França (C- 237/99) considerando n.º 42, Acórdão Universale-Bau E O (C- 479/99) considerando n.º 52, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 42, Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) considerando n.º 52 e Acórdão Bayerischer Rundfunk (C- 337/06) considerando n.º 36.

²²¹ Cfr. Acórdão Comissão/Irlanda (C- 353/96) considerando n.º 36, Acórdão Comissão/França (C- 237/99) considerando n.º 43, Acórdão Universale-Bau E O (C- 479/99) considerando n.º 53, Acórdão Comissão/Espanha (C- 214/00) de 15 de Maio de 2003 considerando n.º 53, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) de 16 de Outubro de 2003 considerando n.º 73, Acórdão Bayerischer Rundfunk (C- 337/06) considerando n.º 37 e Acórdão Ing Aigner (C-393/06) de 10 de Abril de 2008 considerando n.º 37.

²²² Cfr. Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 43, Acórdão Comissão/Espanha (C- 214/00) considerando n.º 53, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 73.

²²³ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 55.

²²⁴ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p.58 e JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, in: “Caderno de justiça administrativa”, n.º 64, Julho/Agosto de 2007, p. 9.

alíneas²²⁵. Como afirma GIUSEPPE LA ROSA, os organismos de direito público devem ser entendidos com um *contenitore* de pressupostos distintos que ganham relevo quando preenchidos cumulativamente²²⁶. Assim, e segundo o texto jurídico das diretivas de 2004²²⁷, entende-se por “organismo de direito público” qualquer organismo:

- a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;
- b) Dotado de personalidade jurídica;
- c) Cujas atividades sejam financiadas maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.²²⁸

De forma a clarificar este conceito, a Diretiva 2004/18 possui um anexo (anexo III) onde são elencados os organismos de direito público de cada país. Todavia, e apesar de a lista ser o mais completa possível, este não é um catálogo fechado tem apenas um carácter enunciativo, podendo considera-se como “organismo de direito público” outras entidades não referidas no anexo mas que cumpram os requisitos exigidos.²²⁹ A própria

²²⁵ Esta cumulatividade é apoiada por várias decisões europeias, Acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria (C- 44/96) considerando n.º 21 e 38, Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 29, Acórdão Comissão/França (C- 237/99) considerando n.º 40, Acórdão Agorà e Excelsior (C- 223/99 e C- 260/99) de 10 de Maio de 2001 considerando n.º 26, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 34, Acórdão Comissão/Espanha (C- 214/00) considerando n.º 52, Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) de 22 de Maio de 2003 considerando n.º 32, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 69 e Acórdão Ing Aigner (C-393/06) considerando n.º 36.

²²⁶ Cfr. GIUSEPPE LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in: “Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale”, n.º 28(2), 2007, p.297. Nas palavras do autor, o “organismo de direito público” deve ser considerado “un “contenitore” di figure giuridiche, anche molto diverse tra loro, ma accomunate dal possesso simultaneo dei tre requisiti”.

²²⁷ Cfr. Artigo 1.º n.º 9 da Diretiva 2004/18/CE e artigo 2.º n.º 1 da Diretiva 2004/17/CE.

²²⁸ Como veremos adiante, o requisito relativo à sujeição do poder público possui mais do que uma alternativa, sendo por isso apenas necessário o preenchimento de uma dessas condições. Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 61.

²²⁹ E assim está disposto na jurisprudência do TJUE: Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 50, Acórdão Agorà e Excelsior (C- 223/99 e C- 260/99) considerando n.º 36, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 39 e Acórdão AOK Rheinland (C-300/07) de 11 de Junho de 2009 considerando n.º 40 a 47.

O Acórdão AOK Rheinland (C-300/07) teve uma maior relevância nesta matéria. No caso em concreto pretendia-se aferir se as caixas públicas de seguro de doença alemãs podiam ser consideradas “organismos de direito público” pelo simples facto de estarem enunciadas no anexo III. Tendo em conta o artigo 234.º do TFUE, um órgão jurisdicional nacional pode, a todo o momento, interrogar o Tribunal de Justiça sobre a validade de um ato adotado pelas instituições da Comunidade Europeia. Compete ao Tribunal Europeu, quando lhe seja apresentado tal pedido, assegurar-se da coerência interna do ato comunitário em causa. Daí se

doutrina assim tem entendido ao afirmar que com a *noção de organismo de direito público se confirmou o carácter puramente exemplificativo dos anexos*²³⁰. Os Estados-membros devem notificar a Comissão caso haja alguma alteração a essa lista.

Depois desta introdução sobre o conceito de “organismo de direito público”, procederemos a uma análise dos seus elementos constitutivos.

2.1 A personalidade jurídica

De todos os requisitos que iremos estudar, este é o que menos dúvidas suscita.

A entidade em causa deve ser considerada como um sujeito jurídico no sentido próprio do termo, ou seja, “um centro de imputação final de direitos e obrigações”²³¹, não relevando para o caso se a entidade em causa tem personalidade jurídica de direito público ou de direito privado²³². Este entendimento é retirado da interpretação funcional que se deve atribuir à noção de “organismo de direito público”²³³. Como afirma CLÁUDIA VIANA, “esta construção jurisprudencial vem revelar, também aqui, a total indiferença pelas etiquetas nacionais e a neutralidade perante os vários tipos de sistemas jurídicos, adotados pelos Estados-Membros”²³⁴.

aferir que a inscrição no anexo III não constitui uma presunção inilidível, sendo necessário a observância dos requisitos substantivos conformadores da noção de organismo de direito público.

²³⁰ Cfr. CARLOS I. AYMERICH CANO, *Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de “organismo de Derecho público”*, in: “Cuadernos de Derecho Público”, n.º 6, enero-abril, 1999, p. 116. Nas palavras do autor, “Esta definición auténtica del concepto “organismo de Derecho público”, (...) tiene aún otra consecuencia: la de confirmar el carácter puramente ejemplificativo de los anexos (...)”.

²³¹ Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de Direito Comunitário intencionalmente aberta e flexível*, in: “Estudos de Contratação Pública III”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.61.

²³² Cfr. Acórdão Comissão/Espanha (C- 214/00) considerando n.º 55 e 56: “resulta dos princípios assim destacados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que o estatuto de direito privado de uma entidade não constitui critério apto para excluir a sua qualificação como entidade adjudicante na aceção do artigo 1.º alínea b) das diretivas 92/50, 93/36 e 93/37”, e ainda é necessário referir que “o efeito útil tanto das diretivas 92/50, 93/36 e 93/37, como da diretiva 89/656 não ficaria plenamente salvaguardado se a aplicação destas diretivas a um entidade que preenchesse os três requisitos já referidos pudesse ser afastada pelo mero facto de a sua forma e o seu regime jurídico serem, nos termos do direito nacional a que estivesse sujeita, de direito privado”. Nesta decisão, o Reino de Espanha foi condenado por não alargar o sistema de recursos garantidos pela diretiva 93/37/CEE às sociedades de direito privado que preenchiam os três requisitos. Ainda nesta linha, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 75.

A nível doutrinal, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano”, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 637 e 638.

²³³ Cfr. Acórdãos Comissão/Espanha (C- 214/00) considerando n.º 55 e Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 74 já enunciados.

²³⁴ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., p. 443.

Este é portanto o requisito que menos problemas levanta, pretende apenas enquadrar o ente no mundo das entidades adjudicantes, seja como “organismo de direito público” se possuir personalidade jurídica, seja como parte integrante da Administração em sentido clássico se for desprovido de autonomia jurídica²³⁵.

2.2 Satisfação de necessidades de interesse geral sem caráter industrial ou comercial

Em oposição ao requisito anterior, este é o que levanta mais inquietudes. É necessário uma análise minuciosa para aferir se determinada atividade satisfaz interesses gerais que não tenham caráter industrial ou comercial.

As diretivas de 2004 não contêm uma definição de “necessidade de interesse geral”, apenas se limitam a esclarecer que essas necessidades não devem ter caráter industrial ou comercial.

Segundo a jurisprudência do TJUE, a noção de “necessidade de interesse geral” pertence ao âmbito do direito comunitário devendo portanto, ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a comunidade²³⁶. Nenhuma ordem jurídica nacional se pode afastar do entendimento uniforme que a ordem comunitária impõe sobre a identificação das necessidades de interesse geral. Não quer isto dizer que o direito nacional seja desprovido de significado, pois a aplicação deste conceito deve ser analisado a partir das circunstâncias de facto e de direito do caso em análise. Como

²³⁵ Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de Direito Comunitário intencionalmente aberta e flexível*, ob. cit., p. 62.

²³⁶ Cfr. Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 36, 40 a 45, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 79.

No acórdão Adolf Truley, no considerando n.º 36, é referido que, esta noção “deve ser interpretada tendo em conta o contexto em que o referido artigo se insere e o objetivo prosseguido pela referida diretiva”.

Nesta matéria cumpre referir as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Siegbert Alber no âmbito da decisão do processo C-373/00. No considerando n.º 42 defende que “uma interpretação puramente comunitária é desejável, não apenas devido à autonomia do direito comunitário, mas também por motivos de aplicação uniforme do mesmo. A unidade da ordem jurídica comunitária estaria ameaçada se a noção de “necessidade de interesse geral” fosse interpretada diferentemente segundo os Estados-Membros. Uma mesma atividade pode ser considerada de interesse geral num Estado-membro e noutra Estado-membro como não o sendo. Nesse caso, um organismo estaria obrigado, num Estado-membro, a proceder por via de concurso para adjudicação, enquanto um organismo, noutra Estado-membro encarregue da mesma missão, não estaria sujeito a essa obrigação. Tal poderia conduzir a distorções de concorrência, o que iria precisamente contra o objetivo prosseguido pela diretiva, que é o de criar uma concorrência no domínio dos contratos públicos de fornecimento”.

afirma RUI MEDEIROS, “nada impede que o Estado-membro decida dar cumprimento a um comando imperativo que lhe é formulado pela própria Constituição, alargando o alcance da obrigação de promoção da concorrência que já lhe era imposto pelas directivas”.²³⁷ O ponto essencial é ser uma atividade ou necessidade que envolva uma dimensão coletiva.²³⁸

Segundo JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, “necessidades de interesse geral correspondem a insuficiências que decorrem de um interesse directo a prosseguir em favor da comunidade, não subordinado a um interesse individual ou de grupo organizado”²³⁹. A mesma ideia partilha RODRIGO GOUVEIA ao afirmar que “um serviço de interesse geral é uma actividade cuja generalidade dos cidadãos utiliza traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade para uma completa vivência social”²⁴⁰. Todavia deve ter-se em conta que “interesse geral”, não é obrigatoriamente um “interesse público”. O interesse geral é “um tipo de interesse neutro, cuja qualificação como interesse público ou como interesse privado depende de procedimentos formais específicos”²⁴¹.

²³⁷ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 27.

²³⁸ Nesta linha de pensamento, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 638.

²³⁹ Cfr. JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, Publicações CEDIPRE online, disponível <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, 2011, p. 18. O mesmo autor enuncia alguns exemplos de necessidades que são satisfeitas por serviços de interesse geral: atividades de serviços não económicos (educação, proteção social, saúde), funções intrínsecas à soberania (segurança, justiça, defesa) e serviços de interesse económico geral (energia, comunicações, serviços postais).

Segundo a Comunicação Europeia relativa aos serviços de interesse geral (COM 2000/0580), os “Estados-Membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das atividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso.” (página 11)

Convém aqui fazer uma distinção importante entre serviço público e serviço de interesse geral.

Segundo PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 25, “o serviço público é uma tarefa administrativa de prestação, é uma actividade que a administração é titular e por cujo exercício é responsável”. A maior diferença nestes conceitos remonta ao facto de os serviços de interesse geral puderem ser assegurados por entidades privadas.

Por fim, e como refere o advogado-geral Léger nas conclusões apresentadas ao Acórdão Mannesmann Anlagenbau Autria (C-44/96), no considerando n.º 65, “a noção de interesse geral pode ser cotejada (...) com a ideia de atividades que beneficiam diretamente a coletividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupos”.

²⁴⁰ Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.17.

²⁴¹ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *As fundações como entidades adjudicantes no Código dos Contratos Públicos: algumas considerações*, in: “Revista de Contratos Públicos”, n.º 4, 2012, p. 218.

Este requisito tem portanto uma dupla vertente: por um lado impõe-se que as necessidades a satisfazer tenham um caráter geral (elemento positivo) e, por outro, que não tenham caráter industrial ou comercial (elemento negativo)²⁴².

É indiferente que para além dessa missão de interesse geral, a entidade realize igualmente outras atividades mesmo que sejam de fins lucrativos. O conceito refere que essas necessidades devem “satisfazer especificamente” interesses gerais sem caráter industrial ou comercial, o que não implica que o organismo esteja unicamente encarregue de satisfazer apenas essas necessidades. O que releva é que o organismo seja criado para satisfazer esse tipo de necessidades de interesse geral, não importando a circunstância de a sua satisfação constituir apenas uma parte relativamente pequena das atividades exercidas²⁴³. Todavia, é possível que uma entidade que não foi criada para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem caráter comercial ou industrial, mas que mais tarde assumiu esse encargo venha a ser considerada “organismo de direito público” por preencher este requisito²⁴⁴. Assim, se a entidade for

²⁴² Como refere o Acórdão BFI Holding (C- 360/96) nos considerandos n.º 31 a 36, “a ausência de caráter industrial ou comercial é um critério que se destina a precisar o conceito de necessidade de interesse geral” sendo que “a única interpretação suscetível de garantir o efeito útil do artigo 1.º alínea b), segundo parágrafo, da diretiva 92/50 consiste em considerar que esse artigo criou, no interior da categoria de necessidades de interesse geral, uma subcategoria dessas necessidades sem caráter industrial ou comercial”. Pela conceção da norma deve ainda entender-se que o legislador fez uma distinção entre, por um lado, as necessidades de interesse geral sem caráter industrial ou comercial e, por outro, as necessidades de interesse geral com caráter industrial ou comercial. Nesta mesma linha de ideia: Acórdão Agorà e Excelsior (C- 223/99 e C- 260/99) considerando n.º 32, Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) n.º 40.

A nível doutrinário, BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, ob. cit., p. 63 e JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 638.

²⁴³ Cfr. Acórdão Mannesmann Anlagenbau Autria (C- 44/96) de 15 de Janeiro de 1998, considerando n.º 25 e 26, em que a empresa em questão além de produzir documentos relacionados com a ordem pública e com o funcionamento institucional do Estado, dedica-se à edição e distribuição de livros.

N a mesma linha, o Acórdão BFI Holding (C- 360/96) no considerando n.º 58 refere que “a qualidade de organismo de direito público não depende da importância relativa da satisfação de necessidades de interesse geral sem caráter industrial ou comercial na atividade do organismo em questão. É também indiferente que as atividades comerciais sejam exercidas por uma pessoa coletiva distinta que faça parte do mesmo grupo ou “concernem” àquele”.

Ainda a nível jurisprudencial, e na mesma linha, Acórdão Universale-Bau E O (C- 470/99) considerando n.º 54 e 55, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 56, Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) considerando n.º 58 e Acórdão Ing Aigner (C-393/06) considerando n.º 20.

²⁴⁴ Cfr. Acórdão Universale-Bau E O (C- 470/99) considerando n.º 57, 58 e 63. No caso em concreto, os estatutos da empresa EBS estabeleciam que a sua atividade destinava-se, numa base comercial, à exploração de instalações de eliminação de resíduos poluentes. Todavia, posteriormente verificou-se uma alteração substancial quando foi confiada à EBS, pela cidade de Viena, a exploração da estação central de tratamento de águas residuais da cidade. Tratava-se de uma atividade de interesse geral que a cidade de Viena confiou à EBS e que é gerida pela cidade de forma a encobrir os encargos. Como é descrito nesta decisão nos considerandos citados, “o efeito útil da Diretiva 93/37 não seria integralmente preservado se a aplicação do regime da diretiva a uma entidade que satisfaça as condições enunciadas no seu artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, pudesse ser afastada por as tarefas de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial, que na prática desempenha não lhe terem sido confiadas desde a sua criação”,

considerada como “organismo de direito público”, os seus contratos de empreitada de obras públicas, quer tenham caráter não industrial e comercial, quer tenham caráter comercial e industrial, estão sujeitas às normativas da diretiva²⁴⁵.

Para poder prosseguir os objetivos das diretivas, este requisito deve ser apreciado objetivamente, sendo por isso indiferente a forma jurídica das disposições em que tais necessidades são expressas²⁴⁶.

A condição “necessidades de interesse geral” tem um universo de abrangência alargado, como resulta da jurisprudência, apenas se excetua os casos em que o mercado satisfaz já as necessidades da coletividade e a administração só está envolvida com o objetivo principal de obtenção de lucro²⁴⁷. Como refere BERNARDO AZEVEDO, “o TJUE tem vindo a fazer uma interpretação generosa e alargada desta exigência, reconhecendo a presença deste atributo numa multiplicidade bastante heterógena de atividades”²⁴⁸. E mesmo no nosso ordenamento jurídico que consagra uma ordem constitucional em que “os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos

aliás, “esta mesma preocupação de garantir o efeito útil do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Diretiva 93/37 também se opõe a que se proceda a uma distinção consoante os estatutos dessa entidade tenham ou não sido adaptados para refletir as modificações efetivas do seu campo de atividades.”

Na mesma linha, BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, ob. cit., pp. 67 e 68.

²⁴⁵ Cfr. Acórdão Mannesmann Anlagenbau Autria (C- 44/96) considerando n.º 32 a 35. O artigo 1.º alínea b) da Diretiva 2004/18/CE, na definição de “contrato de empreitada de obra pública”, não distingue entre os contratos efetuados no cumprimento da sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e os com ela não relacionados. Como elenca o mesmo acórdão, no considerando n.º 33, “a ausência desta distinção (...) pretende excluir o risco de que seja dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de empreitada efetuada pelas entidades adjudicantes”.

²⁴⁶ Cfr. Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 63, Acórdão Universale-Bau E O (C- 470/99) considerando n.º 60.

A este respeito, há que declarar que, embora o fundamento do direito exclusivo nas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas seja essencial para a aplicação do artigo 18.º da Directiva 2004/18 (“A presente directiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante a outra entidade adjudicante ou a uma associação de entidades adjudicantes com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado.”), ele não faz parte da definição de organismo de direito público.

²⁴⁷ Vejamos alguns exemplos: Acórdão Agorà e Excelsior (C- 223/99 e C- 260/99) considerando n.º 37 e 38, em que uma atividade de organização de feiras pode ser considerada uma necessidade de interesse geral devido ao estímulo no mercado; Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 50, em que o Tribunal considerou que os serviços mortuários e funerários satisfazem uma necessidade de interesse geral, visto que a autarquia tem a obrigação legal de assumir o encargo do funeral na hipótese de o mesmo não ter sido organizado dentro de um certo período de tempo; Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) considerando n.º 47, neste caso uma atividade de compra, venda e locação de bens imóveis foi considerada de interesse geral devido ao impulso que confere às trocas e ao desenvolvimento de atividades lucrativas no território da cidade de Varkaus; Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 80 em que a aquisição e gestão de estabelecimentos prisionais é considerada uma atividade de interesse geral; e por fim, Acórdão Ing Aigner (C-393/06) considerando n.º 40, nesta decisão é considerada atividade de interesse geral o aquecimento de residências, edifícios públicos, empresas e escritórios, através da utilização da energia obtida a partir da combustão de resíduos.

²⁴⁸ Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, ob. cit., p. 63.

referentes económicos, sociais e culturais, e em que se verifica a abertura para uma compreensão diferente do direito, marcada pela consagração constitucional das bases do direito das políticas públicas, não repugna admitir uma concepção mais abrangente das necessidades de interesse geral”²⁴⁹.

A maior dúvida é aferir quais são as necessidades de interesse geral que podem ser consideradas sem carácter industrial ou comercial. Este requisito deve ser apreciado tendo em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua atividade²⁵⁰. As atividades de interesse geral sem carácter comercial ou industrial desenvolvidas por estes organismos, podem igualmente ser levadas a cabo por empresas privadas sem que por isso percam este estatuto²⁵¹. Na opinião de JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, esta terminologia (sem carácter industrial ou comercial) “não reflecte a intenção que o legislador tinha efectivamente em mente: a intenção de (...) submeter ao regime da contratação pública as entidades que não se submetem à lógica do mercado e da livre concorrência”²⁵².

Apesar das diretivas de 2004 não densificarem este conceito, coube ao Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER identificar um critério para interpretar esta terminologia. Este afirmou que “o legislador comunitário pretendeu que esta se aplicasse aos organismos que prosseguem a satisfação de necessidades de interesse geral, cuja atividade escape, total ou parcialmente, à lógica do mercado. Pode pensar-se que, se o legislador traçou a fronteira que separa os organismos cuja atividade está sujeita à regulamentação sobre os contratos públicos dos outros organismos, por meio do critério derivado das «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou

²⁴⁹ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 22.

²⁵⁰ Falamos neste caso de critérios relativos à ausência de concorrência no mercado, a ausência de um fim lucrativo a título principal, a falta de assunção dos riscos ligados a essa atividade bem como o eventual financiamento público da atividade em causa. Esta ideia é partilhada pela jurisprudência do TJUE nos acórdãos Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 66, Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) considerando n.º 48 e 59, Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) considerando n.º 81 e Acórdão Ing Aigner (C-393/06) considerando n.º 41.

²⁵¹ Cfr. Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 38 a 53. Neste caso em concreto está em causa uma atividade de recolha e tratamento dos lixos domésticos, que apesar de poder ser levada a cabo por empresas privadas, é considerada uma atividade de interesse geral.

Nesta linha de ideia, BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, ob. cit., pp. 65 e 66.

²⁵² Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 74.

Na mesma linha de pensamento, as conclusões do Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER, apresentadas em 16 de Setembro de 1997 no processo C-44/96, que considera que este conceito de “difícil compreensão”, considerando n.º 66.

comercial», tal ocorreu porque estes últimos estão sujeitos a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que os dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios»²⁵³.

Assim se pode afirmar que a existência de uma concorrência desenvolvida pode ser indício de que não se trata de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, na medida em que, em geral, estas necessidades são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços de mercado e, por razões de interesse geral, estão ligadas ao Estado, na medida em que este pretende manter uma influência dominante. Todavia, um indício de concorrência não permite afastar por si só o regime da contratação pública²⁵⁴. É necessário apurar “se a concorrência que eventualmente existe é uma concorrência pura”, ou seja, verificar se a entidade atua no mercado nas mesmas condições a que todos os seus concorrentes se sujeitam ou se recebe privilégios da sua relação com a Administração Pública, como por exemplo, o facto de ser esta a suportar os riscos económico-financeiros da sua atividade²⁵⁵. No caso de existir tal compensações, “não pode afirmar-se que tal competidor é pressionado pelo risco económico-financeiro da sua actividade no sentido de escolher os seus co-contratantes de acordo com critérios puramente económicos”. Assim sendo, esta atribuição de benefícios para auxiliar a prossecução de necessidades de interesse geral é suficiente para afastar o carácter industrial ou comercial da sua atividade²⁵⁶.

Assim, e como refere JOÃO AMARAL E ALMEIDA, é necessário recorrer ao “feixe de indícios (...) que permitem comprovar ou desmentir o «carácter não industrial

²⁵³ Cfr. As conclusões do Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER, apresentadas em 16 de Setembro de 1997 no processo C-44/96, considerando n.º 69.

²⁵⁴ Cfr. Acórdão BFI Holding (C- 360/96) considerando n.º 43, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 61 e Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) considerando n.º 50.

Na mesma linha, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., pp. 641 e 642.

²⁵⁵ Como é afirmado pela jurisprudência europeia no Acórdão Agorà (C-223/99 e C-260/99) no considerando n.º 40, “embora a entidade em questão não tenha fins lucrativos, funciona, tal como resulta do artigo 1.º dos seus estatutos, de acordo com critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade. Como não se previu qualquer mecanismo para compensar as eventuais perdas financeiras, é ela própria que suporta o risco económico das suas atividades”. No caso em concreto, a entidade em questão sem fins lucrativos, tinha por objetivo desenvolver e fomentar qualquer atividade relacionada com a organização de feiras e de exposições, sendo a sua gestão assente em critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade. É considerada uma atividade de interesse geral na medida em que oferece aos consumidores que frequentam essas manifestações uma informação que lhes permite efetuar as suas opções em condições ótimas (não atua apenas no interesse específico dos comerciantes) todavia tem carácter industrial e comercial pelas razões enunciadas no considerando.

²⁵⁶ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., pp.78 a 80 e JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 641.

ou comercial» das necessidades de interesse geral, a saber: a atribuição de privilégios, apoios, compensações financeiras ou prerrogativas públicas, a competição entre operadores económicos no segmento de mercado em causa, o escopo lucrativo da pessoa colectiva, a adoção de critérios de eficiência e de pura racionalidade económica na respectiva gestão ou a assunção do risco económico-financeiro resultante das suas decisões”²⁵⁷.

2.3 Sujeição ao poder público

A dependência em relação a uma entidade adjudicante constitui o terceiro requisito necessário para a qualificação de um ente como “organismo de direito público”.

Este último requisito possui critérios alternativos, em que cada um deles reflete a estreita dependência de um organismo em relação ao Estado, às autarquias locais ou a outros organismos de direito público²⁵⁸. São três as condições elencadas: financiamento maioritário pelas entidades adjudicantes citadas, controlo de gestão exercido por parte de uma dessas entidades ou indicação da maioria dos titulares de um dos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização por parte desses entes.

No que diz respeito à primeira alternativa, financiamento maioritário, podemos afirmar que nem todos os pagamentos efetuados por uma entidade adjudicante têm na sua raiz um carácter de dependência.

Como afirma a jurisprudência do TJUE, “apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica das atividades da entidade em causa poderão qualificar-se de financiamento público”²⁵⁹. Este conceito

²⁵⁷ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 81 e JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 641.

²⁵⁸ Cfr. Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) considerando n.º 20, Acórdão Comissão/França (C- 237/99) considerando n.º 44, Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 68.

²⁵⁹ Cfr. Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) considerando n.º 21. Neste caso em concreto, a Universidade de Cambridge pretendia saber que fundos deviam incluir-se na expressão de financiamento por parte de uma ou mais entidades adjudicantes. Conclui-se que “deve ser interpretada no sentido de que abrange as bolsas ou subvenções concedidas por uma ou várias entidades adjudicantes para promoção de trabalhos de investigação e as bolsas destinadas a estudantes pagas às universidades pelas autoridades regionais com o ensino a seu cargo e que abrangem os custos de escolaridade de estudantes individualmente designados. Não constituem, ao invés, financiamento público para efeito das referidas diretivas os pagamentos efetuados por uma ou várias

de “financiamento público” não se pode confundir com o conceito de receita pública, na medida em que esta última corresponde somente “ao pagamento da contrapartida pela realização de uma prestação contratual no âmbito de uma relação sinalagmática livremente negociada entre as partes”²⁶⁰.

Tendo em conta os objetivos já referidos das diretivas em matéria de contratos públicos, este conceito de “financiamento” deve ser interpretado de modo funcional²⁶¹. A redação do artigo não contém nenhuma precisão sobre as modalidades de financiamento, daí que a jurisprudência do TJUE afirme que “não se exige que a atividade dos organismos considerados seja financiada diretamente pelo Estado ou por outra entidade pública para que a condição correspondente esteja preenchida”, é suficiente uma ingerência indireta²⁶².

Outra questão a examinar é o alcance do termo “maioritariamente”. Tendo em conta a jurisprudência, este termo deve entender-se como “mais de metade”, devendo ter-se em conta o conjunto de receitas de que beneficia, incluindo as resultantes de uma atividade comercial²⁶³. Nesta linha, e em abono desta interpretação, encontramos também outra situação explanada na diretiva de 2004/17 onde a expressão “mais de metade” é utilizada para designar uma maioria, como é o caso da noção de empresa pública, que considera influência dominante dos poderes públicos quando estes possam designar “mais de metade dos membros do órgão de administração, direção ou fiscalização da empresa”²⁶⁴. Daqui se afere que para além deste financiamento

entidades adjudicantes quer no âmbito de um contrato de prestação de serviços que abranja trabalhos de investigação, quer como contrapartida da prestação de outros serviços, tais como perícias ou organização de conferências”, considerando n.º 26.

Na mesma linha, Acórdão Bayerischer Rundfunk (C- 337/06) considerando n.º 58: no caso concreto as necessidades dos organismos públicos de radiodifusão são financiadas em mais de metade por uma taxa paga pelos cidadãos. Estas taxas têm origem num ato estatal, não resulta de uma relação contratual entre o organismo e os consumidores, daí que esteja preenchida a condição de “financiamento pelo Estado”.

Um exemplo contrário está consagrado no Acórdão IVD GmbH & Co. KG contra Arztekammer Westfalen-Lippe (C-526/11) de 12 de Setembro de 2013 em que se pretendeu interpretar o alcance do artigo 1.º n.º 9 alínea c) da Diretiva 2004/18/CE, relativa ao requisito da sujeição ao poder público. No caso em questão, a Arztekammer Westfalen-Lippe (ordem profissional dos médicos) era financiada maioritariamente por cotizações pagas pelos seus membros, cujo montante a lei aplicável o habilita a fixar e a cobrar. Assim, esta entidade não preenchia o requisito de “financiamento maioritário” por uma das entidades referidas no artigo.

²⁶⁰ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 105.

Na mesma linha, a nível jurisprudencial, Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) considerando n.º 23.

²⁶¹ Cfr. Acórdão Bayerischer Rundfunk E O. (C- 337/06) considerando n.º 40.

²⁶² Cfr. Acórdão Bayerischer Rundfunk E O. (C- 337/06) considerando n.º 34. Neste caso em concreto, o facto de a taxa ser estabelecida por ato estadual subjaz uma influência indireta por parte do Estado.

²⁶³ Cfr. Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) considerando n.º 30 a 36 e acórdão Bayerischer Rundfunk E O. (C- 337/06) considerando n.º 33.

²⁶⁴ Cfr. Artigo 2.º alínea b) da Diretiva 2004/17.

maioritário, o organismo pode também ser financiado parcialmente de outra forma sem perder a sua qualificação como “organismo de direito público”.

Quanto à segunda alternativa, o controlo de gestão, deve também criar-se uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, não sendo suficiente um controlo *a posteriori* nem um mero controlo de regularidade, na medida em que, um controlo deste tipo não permite aos poderes públicos influenciarem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos²⁶⁵.

Todavia, a mera vigilância do respeito de regras de gestão que possuam um carácter muito detalhado, pode levar a que se proceda a um controlo que não um mero controlo da regularidade. Atividades como “nomear um liquidatário, suspender órgãos dirigentes, nomear um adjudicatário provisório (...), podem inscrever-se na política de gestão da sociedade em causa e não no mero controlo de regularidade”²⁶⁶.

Não é necessário que nesse controlo esteja expressamente consagrada a possibilidade de controlar a adjudicação dos contratos públicos, sendo suficiente um “controlo indireto”, desde que resulte a possibilidade de um poder público influenciar as decisões do organismo em causa²⁶⁷.

Algumas dúvidas podem surgir na situação em que o capital social seja detido por uma pluralidade de entidades adjudicantes, sendo que estas no desenvolvimento das suas atividades prosseguem interesses próprios e diversos, criando algumas barreiras na atuação conjunta na gestão da pessoa coletiva. Como afirma RUI MEDEIROS, “a simples circunstância de a maioria dos sócios ou associados ser constituída por entidades adjudicantes não significa, por si só, que haja um controlo público”²⁶⁸. É necessário que no conjunto, as entidades consigam proceder a um controlo unitário

²⁶⁵ Cfr. Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) considerando n.º 70 e Acórdão IVD GmbH &Co. KG contra Arztekammer Westfalen-Lippe (C-526/11) considerando n.º 29.

No caso em concreto da decisão Adolf Truley, a sociedade em causa está sujeita a um controlo de gestão por parte de outra entidade na medida em que essa pode verificar a “gestão corrente sob os aspetos da exatidão dos números, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade”. Prerrogativas deste tipo permitem, por isso, um controlo ativo sobre a gestão da referida sociedade.

²⁶⁶ Cfr. Acórdão Comissão/França (C- 237/99) considerando n.º 52. Como refere esta decisão, “tais poderes estão previstos para casos de irregularidades graves, de falta grave na gestão ou de omissão do conselho de administração ou do órgão de direção e do conselho fiscal, e inscrevem-se na política de gestão da sociedade em causa e não no mero controlo da regularidade.”

²⁶⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., p. 449 e JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., pp. 64 e 65.

²⁶⁸ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 27.

apesar dos seus interesses diversos, porque caso contrário, pode suceder que “o peso combinado dos vários acionistas públicos possa anular-se mutuamente”²⁶⁹.

A última alternativa para a verificação de dependência de um organismo em relação a um poder público é de mais fácil compreensão que as anteriores e não necessita de grandes explicações.

É necessário que o órgão de administração, direção ou fiscalização do organismo seja composto, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público²⁷⁰. Também aqui é utilizado o termo “mais de metade” que como já foi dito anteriormente significa uma maioria.

Em suma, pode-se afirmar que a qualificação de uma entidade como “organismo de direito público” deve ser analisada casuisticamente. Todavia é possível apontar algumas notas caracterizadoras: o organismo de direito público é um ente que colabora com entidades adjudicantes na satisfação de interesses gerais, sem caráter comercial ou industrial, dotado de personalidade e dependente de uma ou várias entidades²⁷¹.

Poder-se-á por isso afirmar, acerca da noção de “organismo de direito público”, que *o conceito funcional desdobra-se em duas vertentes, toda a entidade, independentemente da sua forma jurídica, que realize atividades de interesse geral e dependa financeira ou organicamente de uma entidade pública, é um organismo de direito público; e em sentido contrário, toda a empresa, mesmo que seja uma entidade pública, que realize exclusivamente atividades comerciais ou industriais não pode ser considerada um organismo de direito público*²⁷².

²⁶⁹ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 63.

²⁷⁰ Cfr. Acórdão Mannesmann Anlagenbau Autria (C- 44/96) considerando n.º 23, “o diretor-geral da OS é nomeado por um órgão composto maioritariamente por membros nomeados pela chancelaria federal ou por diferentes ministérios” e “um serviço de fiscalização está encarregue de zelar pelos impressos sujeitos a regime de segurança”.

²⁷¹ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, ob. cit., p. 451.

²⁷² Cfr. JOSÉ MARIA BAÑO LEÓN, *La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites*, ob. cit., p.15.

Nas palavras do autor, “ en consecuencia el concepto funcional juega en una doble dirección. Toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que realice actividades de interés general y dependa financiera u organicamente de una entidad pública, es un ente de Derecho público a efectos de la contratación. Y, en sentido contrario, toda empresa aunque sea una entidad pública que realice exclusivamente actividades mercantiles o industriales en el mercado no puede considerarse un ente público a efectos de las Directivas comunitarias”.

Apesar de esta noção ter algumas especificidades de complexa compreensão, o TJUE tem feito um trabalho minucioso na sua análise, daí que se possa afirmar que a sua descrição é suficientemente clara e precisa, é completa e juridicamente perfeita não estando sujeita a qualquer termo ou reserva. O labor jurisprudencial do TJUE sobre o conceito de organismo de direito público “desenvolveu-se na defesa da concorrência e no combate aos obstáculos que o Estado lhe pudesse colocar, mas também assegurou uma determinada aplicação do princípio da prossecução do interesse público (...)”²⁷³.

Depois da análise do conceito de “organismo de direito público” a nível comunitário, procederemos de seguida ao estudo desta realidade no ordenamento jurídico português.

De que forma e em que termos foi transposto este conceito para o ordenamento nacional?

Depois de analisar essa transposição estudaremos de que modo esse conceito poderá ser aplicado às IPSS. As IPSS preencherão os requisitos necessários para a sua qualificação como “organismo de direito público”?

²⁷³ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *As fundações como entidades adjudicantes no Código dos Contratos Públicos: algumas considerações*, ob. cit., p. 213.

CAPÍTULO III

O conceito de “organismo de direito público”: o quadro jurídico português

1. O Código dos Contratos Públicos

Com toda a evolução que ocorreu a nível europeu, era necessário criar um Código dos Contratos Públicos (CCP) que não apenas transpusesse as diretivas comunitárias, mas que as moldasse ao cenário jurídico nacional.

As maiores preocupações relacionavam-se com “a noção de contrato público e a delimitação do âmbito de aplicação do código, com o elenco de princípios gerais da contratação pública, a assunção da contratação pública como instrumento de políticas sociais e ambientais, a diversificação da panóplia de procedimentos adjudicatórios e a desmaterialização dos procedimentos”²⁷⁴.

Ao legislador português foi colocado o desafio de “dosear na medida certa a flexibilidade necessária para garantir a eficiência e dinamismo da contratação pública e a inflexibilidade necessária ao combate ao desperdício de recursos públicos e à corrupção”²⁷⁵.

O CCP cumpre assim um triplo objetivo: procede à transposição das Diretivas Comunitárias de 2004, criando um conjunto homogéneo de normas relativas aos procedimentos públicos pré-contratuais; sistematiza e uniformiza os regimes substantivos dos contratos administrativos, e, moderniza as regras relativas à contratação, através da aplicação de técnicas mais modernas de financiamento de concessões, utilização de vias eletrónicas de contratação e preocupação pelas políticas ambientais e sociais²⁷⁶. Procedeu-se assim a uma sistematização que há muito vinha a ser reclamada pela doutrina, na medida em que era imperativo, a “elaboração de um código com o regime geral da contratação pública do qual constasse, por um lado, um corpo homogéneo de normas reguladoras dos diversos procedimentos de formação de

²⁷⁴ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, ob. cit., p. 342.

²⁷⁵ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos contratos públicos – um olhar português*, ob. cit., p. 11.

²⁷⁶ Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da organização administrativa – roteiro prático*, ob. cit., p.316.

alguns contratos da Administração Pública (...), e por outro lado, o respectivo regime substantivo”²⁷⁷.

Neste ponto, além das breves considerações tecidas a respeito do âmbito objetivo do CCP, pretendemos estudar o âmbito subjetivo, dando maior ênfase ao conceito de “organismo de direito público”, analisando a forma como a noção foi transposta para o ordenamento jurídico português.

Antes da criação do CCP as matérias relativas à contratação pública eram reguladas por normativas distintas, de entre as quais se pode destacar, o DL n.º 197/99 relativo aos regimes jurídicos da contratação pública da locação e aquisição de bens móveis e serviços²⁷⁸, o DL n.º 59/99 referente às empreitadas de obras públicas²⁷⁹, o DL n.º 223/2001, regulador do regime de contratação de empreitadas, fornecimentos e prestação de serviços nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações²⁸⁰ e ainda o regime substantivo dos contratos administrativos regulados pelo Código de Procedimento Administrativo (CPA)²⁸¹.

No DL n.º 197/99, o conceito de “organismo de direito público” estava consagrado no artigo 3.º n.º1: “ (...) pessoas coletivas sem natureza empresarial que, cumulativamente, sejam: a) Criadas com o objetivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral; b) Financiadas maioritariamente pelas entidades referidas no artigo anterior ou sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, direção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de 50% designados por aquelas entidades”. Alguns autores consideraram que neste caso o legislador apenas procedeu a uma transposição do conceito de organismo de direito público sem ter a preocupação de “adaptar o conceito comunitário de organismo de direito público à complexa realidade do sector empresarial do Estado (e das regiões autónomas e das autarquias locais), ignorando a riquíssima jurisprudência que o

²⁷⁷ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 14.

²⁷⁸ DI n.º 197/99 de 8 de Junho, alterado pelo DL n.º 245/2003 de 7 de Outubro e pelo DL n.º 1/2005 de 4 de Janeiro. Esta normativa foi posteriormente revogada pelo CCP.

²⁷⁹ DL n.º 59/99 de 2 de Março, alterado pelos DL n.º 163/99 de 14 de Setembro, DL n.º 159/2000 de 27 de Julho, DL n.º 13/2002 de 19 de Fevereiro e DL n.º 245/2003 de 7 de Outubro. Foi revogada pelo CCP.

²⁸⁰ DL n.º 223/2001 de 9 de Agosto, alterado pelos DL n.º 245/2003 de 7 de Outubro e DL n.º 234/2004 de 15 de Dezembro. Foi revogada pelo CCP.

²⁸¹ Cfr. Os artigos 178.º a 189.º do CPA relativos ao contrato administrativo, agora revogados pelo CCP.

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já havia produzido sobre a matéria antes da aprovação daquele decreto-lei”. Esta redação propiciou a que, “ (...) muitas das entidades (quer com personalidade jurídico-privada, quer com personalidade jurídico-pública) que são abrangidas pelo conceito comunitário de «organismo de direito público», estando por isso sujeitas às diretivas sobre a contratação pública, continuem a levantar dúvidas sobre se estão ou não sob alçada daquele diploma”. A expressão consagrada no artigo, “pessoas coletivas sem natureza empresarial”, afastava o objetivo das diretivas comunitárias sobre esta matéria, na medida que estas aclamavam que as regras da contratação pública se aplicassem também à formação de contratos celebrados por “verdadeiras e próprias empresas no sentido económico que esta expressão encerra”²⁸².

O grande objetivo das diretivas de 2004 era abranger empresas que não atuam no mercado concorrencial devido à sua dependência à Administração Pública, daí que para JOÃO AMARAL E ALMEIDA, esta disposição violava o disposto nas diretivas comunitárias. Para o mesmo autor a melhor forma de ultrapassar esta “dificuldade” seria interpretar este artigo de uma forma funcional, tal como a jurisprudência comunitária tem referido que se faça e como os também os Tribunais portugueses têm procedido. Nas decisões nacionais o conceito “pessoas coletivas sem natureza empresarial” era entendido como “sem carácter industrial ou comercial”²⁸³.

Já no DL n.º59/99, o conceito de organismo de direito público referido no artigo 3.º n.º2 não levanta tantas dúvidas, na medida em que os termos utilizados são semelhantes aos consagrados nas diretivas²⁸⁴.

²⁸² Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos de direito público e o respetivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 635.

²⁸³ Cfr. Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos de direito público e o respetivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., p. 633, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos contratos públicos – um olhar português*, ob. cit., p. 76 e GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 44.

No mesmo sentido se veio a decidir nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 17/01/2006, processo n.º0980/05, de 8/10/2002, processo n.º 01308/02 e nos Acórdãos do TdC nas decisões n.º20/09 de 2 Junho-1ªS/PL, recurso ordinário n.º 28/2008-R, n.º 150/09 de 22 de Setembro-1ª S/SS, processo n.º 1145/09 e n.º06/07 de 7 de Maio – 1ªS/PL, recurso ordinário n.º 08/07 e n.º110/08 de 22 de Setembro-1ªS/SS, processo n.º 811/2008. Nestes casos interpretou-se a expressão “sem natureza empresarial” como sendo “sem caráter industrial e comercial”, de modo a compatibilizar-se com a jurisprudência europeia. Citando textualmente nestas decisões é referido que “a expressão «pessoas coletivas sem natureza empresarial», constante do n.º 1 daquele artigo 3.º, deve ser interpretada como entidades criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial”.

²⁸⁴ Cfr. Artigo 3.º n.º 2, “são considerados donos de obras públicas as entidades dotadas de personalidade jurídica, criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e em relação às quais se verifique uma das seguintes circunstâncias: a) Cujas atividades seja financiadas maioritariamente por alguma das entidades referidas

O CCP²⁸⁵, tal como é referido no artigo 1.º n.º 1, “estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”.

O código divide-se grosso modo em três grandes partes: âmbito de aplicação, o regime procedimental e o regime substantivo dos contratos administrativos. Assim, na parte I, são elencadas todas as prerrogativas referentes ao âmbito de aplicação do CCP (quer a nível objetivo quer subjetivo)²⁸⁶; a parte II, é aplicável à formação dos contratos públicos, ou seja, todo aquele que, independentemente da sua natureza, seja celebrado por entidades adjudicantes e seja suscetível de estar submetido á concorrência de mercado²⁸⁷; e a parte III é aplicável aos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, sendo este, um acordo de vontades, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes, ou somente entre contraentes públicos, que se integre em determinadas categorias²⁸⁸.

A nível objetivo, o legislador estendeu o âmbito de aplicação do CCP a todos os contratos públicos, independentemente da sua designação e natureza, que sejam outorgados por entidades adjudicantes²⁸⁹. Neste aspeto, a qualificação do legislador não assenta na natureza jusadministrativa ou jusprivatista, mas antes no facto de o contrato ser celebrado por uma entidade adjudicante.

Cabe assim nesta previsão, além do contrato público e de alguns contratos privados celebrados por entidades públicas ou sujeitos privados²⁹⁰, o contrato administrativo, que para alguns autores era uma “espécie em vias de extinção”, mas que

no número anterior ou no presente número; b) Cujas gestão esteja sujeita a um controlo por parte de alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número; c) Cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número.

²⁸⁵ O CCP foi implementado pela Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro e, foi retificado pela Declaração de retificação n.º 18-A/2008 de 28 de Março, alterado pela Lei n.º 59/2008 de 11 de Setembro, pelo DL n.º 223/2009 de 11 de Setembro, pelo DL n.º 278/2009 de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010 de 27 de Abril, pelo DL n.º 131/2010 de 14 de Dezembro, pelo DL n.º 40/2011 de 22 de Março, pela Lei n.º 64B/2001 de 30 de Dezembro e pelo DL n.º 149/2012 de 12 de Julho.

²⁸⁶ Cfr. Artigo 1.º a 15.º CCP. Além dos artigos referidos neste intervalo, e como veremos adiante, os artigos 275.º a 277.º referem uma extensão a este âmbito de aplicação.

²⁸⁷ Cfr. Artigo 16.º a 277.º no CCP.

²⁸⁸ Cfr. Artigo 278.º a 454.º do CCP. A parte III tem uma estrutura bipartida, em primeiro lugar refere uma parte geral (artigo 278.º a 342.º) e depois uma parte especial que contém a disciplina jurídica aplicável a certos contratos administrativos em particular. Além destes contratos e como veremos posteriormente, a parte III do CCP aplica-se igualmente a contratos administrativos celebrados por entidades que não estão sujeitas à parte II e que não são portanto contratos públicos na aceção do CCP.

²⁸⁹ Cfr. Artigo 1.º n.º 2 do CCP.

²⁹⁰ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 21.

ganhou força pela opção do legislador em inserir na Parte III do CCP o seu regime substantivo. Esta inclusão deve-se sobretudo à necessidade derivada do direito europeu “de proteção de terceiros e de defesa do interesse público nos domínios de coabitação Estado-Sociedade”²⁹¹. Nas palavras de ISABEL FONSECA, “ (...) deste direito comum tem vindo a produzir-se a tal europeização dos regimes nacionais da contratação pública e foi resultando a substituição da expressão contrato administrativo/contrato privado pela expressão “contrato público”, levando a complexidade ao máximo”²⁹².

Por uma questão de aplicação da Parte II e/ou da Parte III, é necessário diferenciar a noção de contrato público e contrato administrativo, na medida em o próprio código no artigo 1.º n.º 2 distingue estes contratos, deixando claro que todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes são contratos públicos, mesmo que não sejam administrativos. Como refere JOÃO CAUPERS, “reacende-se o fogo da distinção que muitos julgavam moribunda, entre os contratos administrativos e os chamados contratos privados da Administração Pública”²⁹³.

Assim, o regime relativo aos procedimentos conducentes à formação dos contratos (Parte II) aplica-se a todos os contratos públicos; já o regime relativo ao conteúdo obrigacional dos contratos e à sua execução (Parte III) apenas se aplica aos contratos administrativos. Esta dicotomia entre contrato público e contrato administrativo tem suscitado na doutrina um imenso debate, todavia aqui apenas analisaremos estas figuras no contexto do CCP.

As diretivas comunitárias de 2004 referenciam uma noção de contrato público que suscita algumas dúvidas tendo em conta as deduções doutrinárias relativas a esta matéria. A conceção comunitária de contrato público afasta-se da que tradicionalmente era adotada pela doutrina: a nível comunitário, não se dá relevância à natureza orgânica da entidade mas às suas funções. É a prossecução de interesses públicos que justifica a submissão ao Direito Administrativo. Como afirma SUZANA TAVARES DA SILVA, “a crescente abertura da estadualidade, decorrente da integração do Estado em constelações jurídicas pós-nacionais e da sua colocação em rede com outros Estados, tem contribuído para modificar as características do direito administrativo geral (...)”²⁹⁴. Tendo em conta as diretivas de 2004, são considerados contratos públicos,

²⁹¹ Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito administrativo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 11.

²⁹² Cfr. ISABEL FONSECA, *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, ob. cit., p. 63.

²⁹³ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjetiva do Código dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 12.

²⁹⁴ Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito administrativo?*, ob. cit., p.11.

“contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços (...)”²⁹⁵. Neste âmbito, o legislador “não ousou elaborar regras aplicáveis à formação de todos e qualquer contrato público, (...), deixando inclusivamente de fora do seu âmbito de aplicação contratos economicamente muito relevantes como os contratos de concessão de serviço público”²⁹⁶.

Todavia o mundo dos contratos públicos e mesmo dos contratos administrativo não se restringe apenas a estas categorias, e nesta matéria, o CCP tem uma visão mais ampla, conforme enuncia o artigo 1.º n.º 1 e o artigo 16.º n.º1.

O legislador veio precisar quais os contratos que devem estar submetidos à Parte II do CCP e fê-lo por meio de uma cláusula geral. Nos termos do artigo 16.º n.º1, estão sujeitos a esta disciplina “a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado”. Assim as entidades adjudicantes devem adotar os seguintes procedimentos: ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação ou diálogo concorrencial.

No artigo 16.º n.º 2, são enunciados exemplificativamente os contratos considerados submetidos à concorrência de mercado: a empreitada de obras públicas, a concessão de obras públicas, a concessão de serviços públicos e a locação ou aquisição de bens móveis. Esta enunciação revela que a lei pretende abranger “não apenas os contratos típicos das diretivas, mas também outros contratos administrativos típicos (como a concessão de serviços públicos) ou atípicos, bem como contratos (como o contrato de sociedade) cuja natureza administrativa se pode questionar”²⁹⁷. Não é um elenco taxativo, na medida em que, em nome do princípio da concorrência, o legislador admitiu que outros contratos possam estar submetidos ao regime de formação estabelecido na Parte II, como por exemplo, a situação referida no artigo 1.º n.º 3 que veremos em seguida.

Para escolher o procedimento pré-contratual, o CCP fixa nos artigos 17.º e seguintes dois critérios: um que atende ao valor do contrato e outro quanto ao critério

²⁹⁵ Cfr. Artigo 1.º n.º 2 a) da Diretiva 2004/18/CE.

²⁹⁶ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 4.

²⁹⁷ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 7.

Cfr. Dispõe o artigo 16.º n.º 2 “ (...) consideram -se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos(...)”.

material. No primeiro caso, a escolha do procedimento condiciona o valor do contrato; no segundo caso, a escolha do procedimento permite a celebração de contratos de qualquer valor.

Como afirma GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, “o critério definitivo para a qualificação de um contrato como contrato público na aceção do código é, assim, a natureza concorrencial das respetivas prestações” sendo que “há natureza concorrencial, sempre que as prestações em que esse contrato se analisa tenham natureza fungível e valor económico”²⁹⁸. O código considera assim “que mais relevante do que a natureza unilateral ou bilateral da atribuição é a circunstância de uma entidade adjudicante, num domínio submetido à concorrência de mercado, conceder uma vantagem ou benefício económico a uma determinada entidade”²⁹⁹.

O âmbito de aplicação objetiva abrange ainda o ato administrativo substituto de um contrato público, conforme o artigo 1.º n.º 3 do CCP. Esta previsão limita-se a estabelecer a disciplina aplicável à atribuição de subsídios e à regulamentação dos contratos de uso privado de domínio público que estejam suscetíveis de estar submetidos à concorrência do mercado³⁰⁰. Como advoga JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, “o acolhimento no CCP de uma norma desta natureza também significa a prevenção de situações de fraude à lei, tais como fugas não justificadas às regras da concorrência por via da prática de um ato administrativo em substituição da constituição de uma relação contratual”³⁰¹.

Apesar do grau de abrangência proclamado no artigo 1.º n.º 2, há algumas limitações de cariz objetivo referidas nos artigos 4.º e 5.º que convém sumariamente enunciar.

O artigo 4.º do CCP refere os contratos excluídos. Não estão sujeitos ao CCP, nem para efeito de formação (Parte II) nem para efeitos de execução (Parte III). Falamos designadamente dos contratos de direito internacional (n.º1), dos contratos

²⁹⁸ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 22.

²⁹⁹ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 9. Assim dispõe a lei nos artigo 1.º n.º 3, artigo 16.º n.º 1 e artigo 17.º do CCP.

³⁰⁰ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 32.

³⁰¹ Cfr. JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, ob. cit., p. 13.

relativos a relações laborais (n.º 2 a))³⁰², dos contratos com clara natureza jurídico-privada (n.º 2 b) e c))³⁰³ e ainda contratos que se enquadram na atividade de radiodifusão (n.º 2 d))³⁰⁴.

Já no que diz respeito ao artigo 5.º, a exclusão é apenas parcial, não se aplica a Parte II do Código às situações contempladas mas pode aplicar-se a Parte III à execução desses mesmos contratos se revestirem natureza administrativa.

A primeira situação em que se exclui a aplicação da Parte II do Código refere-se aos contratos onde não existe concorrência. Aí e tendo em atenção as conceções comunitárias que ligam a contratação pública à defesa e promoção da concorrência, é fácil entender esta normativa³⁰⁵.

A segunda exclusão refere-se à designada contratação *in house*, ou seja, situação em que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da entidade co-contratante um contrato análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, sendo que esta entidade desenvolve o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o referido controlo análogo³⁰⁶. Esta exclusão tem por objetivo evitar que concorram no mercado empresas derivadas de entidades públicas, que estando sujeitas ao seu controlo e sendo por elas apoiadas, não tem de se preocupar com eventuais prejuízos.

No n.º 4 do artigo 5.º são ainda referidos mais nove espécies de contratos também excluídos do âmbito de aplicação da Parte II: contratos de aquisição de serviços a celebrar com uma outra entidade adjudicante em função de um direito exclusivo, desde que esse direito seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis (alínea a)), contratos mediante os quais qualquer das entidades adjudicantes pertencentes ao setor público tradicional se obrigue a alienar ou alocar bens móveis ou a prestar serviços (alínea b)), contratos de atribuição de subsídios ou de subvenções, por qualquer das entidades adjudicantes pertencentes ao setor público tradicional (alínea c)), contratos de sociedade cujo capital social se destine a ser

³⁰² Falamos designadamente de contratos de trabalho em função públicas e contratos individuais de trabalho.

³⁰³ Como os contratos de dação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante e contratos de compra e venda, doação, permuta e arrendamento de bens imóveis ou contratos similares por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempo de emissão.

³⁰⁴ Designamos aqui os contratos relativos à aquisição de programas destinados à emissão, por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempo de emissão, tendo presente o disposto do artigo 11.º n.º 2 relativo à celebração destes contratos por entidades adjudicantes nos setores especiais.

³⁰⁵ Cfr. Artigo 5.º n.º 1 do CCP.

³⁰⁶ Cfr. Artigo 5.º n.º 2 do CCP

exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º n.º 1 (alínea d)), contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos financeiros (alínea e)), contratos de aquisição de serviços que tenham por objeto os serviços de saúde e de carácter social e os serviços de educação e formação profissional (alínea f))³⁰⁷, contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante cujos serviços se encontrem instalados em território de Estado não signatário do acordo sobre o Espaço Económico Europeu (alínea g)), contratos a celebrar, ao abrigo de acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num Estado dele signatário e em benefício desse mesmo Estado (alínea h)) e por fim, os contratos abrangidos pelo disposto na alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 296.º do TFUE, ou seja, medidas que qualquer Estado-membro pode tomar, necessários à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionados com a produção ou comércio de armas, munições e material de guerra (alínea i)). A todos estes contratos são aplicáveis os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais do CPA, assim como as normas constantes do CPA, com as devidas adaptações, para os contratos com objetivo passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício dos poderes públicos³⁰⁸. E ainda, quando a entidade adjudicante seja uma das referidas no n.º 1 do artigo 2.º, à formação dos contratos referidos é ainda aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo VIII do título II da parte II do CCP³⁰⁹.

Mas não ficam por aqui as limitações, na medida em que o artigo 6.º n.º 1, como já vimos anteriormente, restringe a aplicação da Parte II do CCP aos contratos celebrados entre (sublinhado nosso) as entidades referidas no artigo 2.º n.º 1 (administração pública em sentido orgânico tradicional), que abranjam prestações típicas de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços. Da

³⁰⁷ Estes serviços relacionam-se com as seguintes áreas: hotelaria e restauração, transporte ferroviário, transporte marítimo e fluvial, transporte de apoio e auxiliares, serviços jurídicos, colocação e fornecimento de pessoal, investigação e de segurança, educação e formação profissional, saúde e carácter social, serviços de carácter recreativo, cultural e desportivo. À celebração deste tipo de contratos é aplicável o disposto no artigo 49.º (especificações técnicas que devem constar no caderno de encargos e seus parâmetros ou referências) e artigo 78.º (anúncio da decisão de adjudicação), conforme o artigo 5.º n.º 5 do CCP.

³⁰⁸ Cfr. Artigo 5.º n.º 6 do CCP. Na mesma linha, ISABEL FERREIRA/SANDRA CUNHA, *Manual prático da Contratação Pública, gestão do processo de formação do contrato público*, Áreas Editora: Lisboa, 2010, p. 39.

³⁰⁹ Cfr. Artigo 5.º n.º 7 do CCP.

exposição do artigo 6.º n.º 1, pode referir-se que o legislador não engloba nesta restrição os contratos celebrados entre uma pessoa coletiva pública abrangida pelo artigo 2.º n.º 1 e um organismo de direito público, por exemplo, na medida em que refere que essa restrição é entre as entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º n.º1. Assim, se uma entidade adjudicante referida no artigo 2.º n.º 1 pretender celebrar um contrato com um organismo de direito público, mesmo que não seja um dos contratos exemplificados, desde que as prestações sejam suscetíveis de ser submetidas à concorrência de mercado, conforme o artigo 6.º n.º1, não se procede a nenhuma restrição³¹⁰.

O artigo 6.º n.º 2 consagra também a mesma restrição em relação a essa tipologia de contratos se a entidade adjudicante em causa for um organismo de direito público ou o Banco de Portugal.

Quanto ao nível subjetivo, o conceito de entidade adjudicante ocupa um lugar nuclear para aferir a aplicação das disposições normativas do CCP.

O CCP, não oferece uma noção de “entidade adjudicante”, apenas procede a uma enumeração dos entes que podem ser classificados como tais, seguindo o mesmo caminho traçado pelas diretivas de 2004.

Segundo o artigo 2.º n.º 1, são consideradas entidades adjudicantes, “o Estado, as regiões autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas³¹¹, as associações públicas e as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente designada pelas mesmas.” Referimo-nos neste grupo a pessoas coletivas públicas tradicionais, ou nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, “administração pública em sentido orgânico”³¹².

Sem querer ser exaustiva, até porque o ponto fulcral de estudo não é este grupo de entidades adjudicantes, cumpre tecer algumas considerações em relação a algumas destas entidades.

³¹⁰ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 9.

³¹¹ Na redação inicial do diploma, excluía-se as fundações públicas na Lei n.º 62/2007 de 10 de Setembro, relativa às Instituições de Ensino Superir. Esta conceção alterou-se com o DL n.º 149/2012 de 12 de Julho que retirou esta exceção.

³¹² Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 30 a 36.

A designação de Estado explanada neste artigo refere-se ao “Estado em sentido jurídico-administrativo”, como uma “pessoa coletiva que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob direção do governo, a atividade administrativa”³¹³.

As regiões autónomas e as autarquias locais, inseridas na administração autónoma do Estado, não levantam muitas inquietações³¹⁴.

Importa fazer especial referência às quatro últimas figuras referidas. Os institutos públicos, inseridos na administração estadual indireta, asseguram o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não industrial pertencentes ao Estado ou a outra pessoa coletiva pública³¹⁵. Os institutos públicos têm vindo a ser agrupados em três espécies distintas: os serviços personalizados³¹⁶, os estabelecimentos públicos³¹⁷ e as fundações públicas³¹⁸. Quanto a esta última espécie, às fundações públicas, a sua criação advém do facto do Estado, na prossecução de interesses públicos, ter a faculdade de criar pessoas coletivas diversas, se tal for justificável. O Estado pode escolher o regime de direito privado para a sua atuação por várias razões, normalmente associadas “à flexibilidade, competitividade e eficiência”³¹⁹. No que respeita às associações públicas, são pessoas coletivas públicas que tem por objetivo assegurar a prossecução de interesses públicos, estão integradas na administração autónoma do Estado³²⁰, e podem ser constituídas por entidades

³¹³ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 220. Na mesma linha, JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjetiva dos contratos públicos*, ob. cit., p. 12.

³¹⁴ Nesta matéria ver, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 479 a 714.

³¹⁵ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 361 a 382.

Os institutos públicos são regulados pela Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro com as seguintes alterações: Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto, DL n.º 200/2006, de 25 de Outubro, DL n.º 105/2007, de 3 de Abril, Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, DL n.º 40/2011, de 22 de Março, Resol. da AR n.º 86/2011, de 11 de Abril, Lei n.º 57/2011, de 28 de Novembro, DL n.º 5/2012, de 17 de Janeiro, DL n.º 123/2012, de 20 de Junho, Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho e Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro..

³¹⁶ Estes são institutos públicos com uma aproximação maior ao Governo, com personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira. Pode referir-se a título de exemplo: o Instituto de Gestão do Crédito Público, o Instituto Nacional de Engenharia e Tecnologia Industrial, o Laboratório Nacional de Engenharia Civil, o Instituto do Vinho do Porto, o Instituto da Vinha e do Vinho, entre outros. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 366 a 369.

³¹⁷ Os estabelecimentos públicos são institutos públicos de carácter cultural ou social, abertos ao público, destinados a realizar prestações individuais da coletividade. São exemplo desses estabelecimentos, os hospitais públicos (salvo se adotarem a natureza de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, conforme a Lei n.º 27/2002 de 8 de Novembro e DL n.º 93/2005 de 7 de Junho) e as instituições de ensino superior públicas (Lei n.º 62/2007 de 10 de Setembro). Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 371 a 373.

³¹⁸ A fundação pública, é a fundação a quem foi conferida, por diploma legal, a natureza pública, possuindo por isso autonomia administrativa e financeira. São exemplos dessas fundações, os serviços sociais dos diversos ministérios. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 369 a 371.

³¹⁹ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas*, ob. cit., p. 344.

³²⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 423 a 478.

públicas³²¹, por entidades privadas³²² ou podem ser mistas agrupando entidades públicas e privadas³²³.

Por fim, neste grupo de entidades adjudicantes, temos ainda as associações de que façam parte uma ou várias das entidades adjudicantes referidas anteriormente desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente designada pelas mesmas. Podemos dar como exemplo, as associações representativas de municípios e freguesias e a associação nacional de municípios e das agências de desenvolvimento regional³²⁴.

O conceito de entidade adjudicante é ainda alargado aos denominados “organismos de direito público”. O CCP procede a uma rigorosa transposição dos pontos fundamentais da noção comunitária de “organismo de direito público”, ficando assim claro que as entidades instrumentais da Administração Pública ficam sujeitas aos regimes relativo aos procedimentos pré-contratuais públicos.

Conforme o artigo 2.º n.º 2 alínea a), são também entidades adjudicantes, “quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada: i) tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência, e, ii) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades”³²⁵.

³²¹ Também designadas por consórcios públicos. São exemplos de associações de entidades públicas, as áreas metropolitanas (Lei n.º 10/2003 de 13 de Maio), as associações de freguesias (Lei n.º 175/1999 de 21 de Setembro), as associações de municípios (Lei n.º 172/199 de 21 de Setembro) e as comunidades intermunicipais (Lei n.º 11/2013 de 13 de Maio).

³²² É o caso das ordens profissionais e da casa do Douro (DL n.º 277/2003 de 6 de Novembro).

³²³ Por exemplo, os centros tecnológicos (DL n.º 461/1983 de 30 de Dezembro) e os centros de formação profissional (DL n.º 165/1985 de 16 de Maio).

³²⁴ Estas associações são reguladas, respetivamente, pela Lei n.º 54/1998 de 18 de Agosto e pelo DL n.º 88/1999 de 19 de Março.

³²⁵ Na redação original deste diploma, a explicação do conceito de “necessidade de interesse geral sem carácter industrial”, constava no n.º 3 do artigo 2.º e disponha o seguinte: “Para os efeitos do disposto na subalínea i) da alínea a) do número anterior, são consideradas pessoas coletivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência”. Com a alteração realizada pelo DL n.º 149/2012 este número foi revogado, inserindo-se tal conceção na subalínea i).

O legislador na transposição não utilizou no texto normativo a designação de “organismo de direito público”, todavia enunciou os mesmos pressupostos constantes nas Diretivas de 2004. Esta opção legislativa pretende evitar que se associe esta noção ao conceito de “pessoa coletiva de direito público”³²⁶.

Do mesmo modo que nas diretivas comunitárias, os requisitos enunciados nos pontos i) e ii) são cumulativos, sendo que no ponto ii) apenas é necessário o preenchimento de uma das alternativas.

Nesta norma, e para que não reste dúvidas, é referido que é irrelevante a natureza da pessoa coletiva, “independentemente da sua natureza pública ou privada”, apesar de a jurisprudência comunitária nesta matéria ser muito clara, como vimos anteriormente, o legislador português decidiu com esta narrativa aclarar este requisito.

É necessário analisar cada caso em concreto para aferir se determinada entidade preenche os requisitos para poder considerar-se “organismo de direito público”. Segundo a doutrina, pode afirmar-se que cabem neste conceito, tendencialmente e entre outros, as empresas públicas, que englobam, as entidades públicas empresariais, e as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas, bem como as IPSS³²⁷. Procederemos ao estudo desta temática no ponto seguinte.

Os designados “organismos de direito público” estão sujeitos a um regime de contratação mais flexível, desde logo, a não sujeição à parte II do CCP dos demais contratos públicos que não incluam prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens moveis e aquisição de serviços públicos, locação ou aquisição de bens moveis e aquisições de serviços³²⁸.

Com a última alteração do CCP efetuada pelo DL n.º 149/2012 de 12 de Julho, novas regras foram estabelecidas quanto à discricionariedade que os “organismos de direito público” possuíam em relação às outras entidades adjudicantes.

Foi alterado o regime jurídico do ajuste direto, estabelecendo-se uma aplicação uniforme a todas as entidades adjudicantes, sendo os limiares de 150 000, 00euros e 75 000,00 euros, consoante se trate, respetivamente, de contratos de empreitadas de obras

³²⁶ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de contratação pública I*, ob. cit., p. 58.

³²⁷ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjetiva dos contratos públicos*, ob. cit., p. 15, JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, ob. cit., p. 16 e GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., pp. 49 a 52.

³²⁸ Cfr. Artigo 6.º n.º 2 CCP

públicas ou de contratos de locação ou de aquisição de bens ou serviços³²⁹. Na redação anterior, se a entidade em causa fosse o Banco de Portugal ou um “organismo de direito público” o valor limite era superior³³⁰.

Quanto à escolha de procedimentos pré-contratuais abertos ou semi-abertos (concurso público e concurso limitado por prévia qualificação), é permitida a celebração de contratos de qualquer valor, excetuando-se os casos em que os anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, aí já estão sujeitos a um valor³³¹.

Ainda, nos sectores especiais, por força do artigo 12.º do CCP, os organismos de direito público que exerçam uma ou várias atividades dos setores especiais, beneficiam do regime mais flexível admitido na Diretiva 2004/17/CE e consagrado no CCP³³².

São também entidades adjudicantes na aceção do artigo 2.º, as pessoas coletivas que se encontrem sujeitas a uma influência jurídica e financeira relevante exercida por um organismo de direito público, como é referido no artigo 2.º n.º 2 alínea b) do CCP, são os designados “organismos de direito público de 2ª geração”³³³ e as associações que tenham por associados uma ou várias pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas, conforme artigo 2.º n.º 2 alínea d) do CCP³³⁴.

³²⁹ Cfr. Artigo 19.º a) e artigo 20 n.º 1 a) do CCP, respetivamente.

³³⁰ Na redação anterior o artigo 19.º a) disponha que “a escolha do ajuste direto só permite a celebração de contratos de valor inferior a 150 000euros ou, caso a entidade adjudicante seja o Banco de Portugal ou uma das referidas no n.º 2 do artigo 2.º, de valor inferior a 1 000 000euros”.

O artigo 20.º n.º 1 a) referia que “a escolha do ajuste direto só permite a celebração de contratos de valor inferior a 75 000euros, sem prejuízo do disposto no n.º 4, ou, caso a entidade adjudicante seja o Banco de Portugal ou uma das referidas no n.º 2 do artigo 2.º, de valor inferior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE (...)”.

³³¹ Se o anúncio não for publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso das empreitadas de obras públicas o valor atual é de 5 000 000euros e no caso dos contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, o valor é de 200 000euros. Estes valores constam do Regulamento n.º 1251/2011 de 30 de Novembro de 2011 da Comissão que altera os limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos nas Diretivas de 2004.

³³² Cfr. Artigo 12.º do CCP, “À formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º” Neste caso teremos em conta a disposição do artigo 11.º do CCP bem como os limiares aí estabelecidos.

³³³ Cfr. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, ob. cit., p. 21.

³³⁴ Na redação original desta normativa eram também tidas como entidades adjudicantes, conforme o artigo 2.º n.º 2 c), “as associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, desde que sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um

Além do artigo 2.º, há ainda outros artigos que alargam o universo das entidades adjudicantes, conforme é referido no artigo 7.º e no artigo 275.º do CCP.

O artigo 7.º refere uma outra categoria de entidades adjudicantes que exerçam atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nas condições explanados no artigo.

Falamos especificamente de pessoas coletivas não abrangidas no artigo 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidade de interesse geral com caráter industrial e comercial, que exerçam uma ou várias atividades nos setores especiais relativamente às quais qualquer entidade referida no artigo 2.º exerça uma influência dominante (artigo 7 n.º 1 a))³³⁵, que gozem de direito especiais ou exclusivos (artigo 7.º n.º 1 b))³³⁶ ou pessoas coletivas constituídas por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício em comum de atividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (artigo 7º n.º 1 c)).

Este âmbito de aplicação ainda se estende à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam uma ou várias atividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (artigo 12.º). Neste último caso, estas entidades ficam igualmente sujeitas à parte II do Código embora com um regime mais flexível, essencialmente no que diz respeito à

órgão de administração, de direção ou de fiscalização, cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelos mesmos”. Esta disposição foi revogada pelo DL n.º 278/2009 de 2 de Outubro.

³³⁵ Por exemplo, empresas ou sociedades anónimas públicas que operem nos setores especiais e que não sejam qualificados como organismo de direito público. Pretende-se assim, “abranger empresas (públicas) que atuem no mercado numa situação de plena concorrência com os restantes operadores económicos.” Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 75.

Tendo em conta o artigo 7.º n.º 2 “considera-se que uma entidade adjudicante pode exercer influência dominante quando detiver, nomeadamente, a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, de direção ou de fiscalização.”

³³⁶ No que diz respeito às entidades que gozem de direitos especiais e exclusivos, referimo-nos a empresas privadas que operem nestes setores munidas destes direitos que tem de ter sido “atribuídos fora de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional, e que tenham por efeito: reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos setores especiais ou afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades.

Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 78.

escolha do procedimento³³⁷. Os contratos possíveis a realizar por estas entidades bem como as atividades que são consideradas inseridas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais constam da normativa³³⁸. Tal como em relação às entidades referidas no artigo 2.º, também neste caso há uma restrição do âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais referida no artigo 13.º n.º 1 do CCP³³⁹.

Na segunda situação, no artigo 275.º do CCP são elencados os casos em que se aplica o regime procedimental do CCP à formação dos contratos de empreitadas de obras públicas e à formação de contratos de aquisição de serviços por entidades não referidas no artigo 2.º e no artigo 7.º n.º 1 do CCP.

Falamos designadamente de contratos de empreitada celebrados por entidades não adjudicantes financiados em mais de 50% por uma das entidades do artigo 2.º e cujo valor seja igual ou superior ao referido no artigo 19.º b) e ainda a contratos de aquisição de serviços que sejam igualmente financiados a 50% mas que o valor seja igual ou superior ao elencado no artigo 20.º n.º 1 b) e sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objeto de um contrato de empreitada.

Já no que diz respeito ao regime substantivo dos contratos administrativos (Parte III), este só é aplicável aos contratos que revistam a natureza de contratos administrativos.

Em primeiro lugar, para um contrato poder ser considerado como administrativo tem de ser celebrado por, pelo menos, um contraente público³⁴⁰. Assim, entende-se por contraente público (artigo 3.º n.º 1) as pessoas coletivas de direito público referidas no artigo 2.º n.º 1³⁴¹ e as entidades adjudicantes elencadas no artigo 2.º n.º 2, “se os

³³⁷ Cfr. O disposto no artigo 33.º do CCP: “ (...) estas entidades devem adotar, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação.”

³³⁸ Cf. Artigos 9.º, 10.º e 11.º do CCP.

³³⁹ Falamos especificamente dos contratos a executar num país terceiro, desde que tal execução não implique a exploração física de uma rede pública ou de uma área geográfica no interior da EU (alínea a)), dos contratos a celebrar por uma entidade adjudicante cuja atividade esteja diretamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado (alínea b)) e dos contratos a celebrar entre entidade adjudicante e uma empresa sua associada (alínea c) a f)).

³⁴⁰ Cfr. Artigo 3.º e 8.º do CCP.

³⁴¹ Cfr. Artigo 3.º n.º 1 a) do CCP. Falamos neste caso, e como vimos anteriormente, do Estado, das regiões Autónomas, das autarquias locais, dos institutos públicos, das fundações públicas, das associações públicas e das associações privadas de que façam parte uma ou mais das referidas pessoas coletivas. A opção legislativa de incluir as associações privadas [artigo 2.º n.º 1 alínea g)] neste rol é criticada por GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE na medida em que julgam que “tais

contratos por si celebrados sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público”³⁴². Esta designação foi criticada por alguns autores, como JOÃO CAUPERS que afirmou que “agora é contrato administrativo aquilo que os contraentes entenderem designar como contrato administrativo”³⁴³.

São ainda considerados contraentes públicos, as entidades que celebrem contratos no “exercício de funções materialmente administrativas” não revelando aqui a vontade das partes³⁴⁴. Cabem nesta última conceção os contratos celebrados entre particulares sempre que tenham por objeto matérias relativas ao exercício de funções materialmente administrativas, como, por exemplo, as sociedades anónimas de capitais públicos, empresas concessionárias de serviço público bem como as IPSS³⁴⁵.

Além do artigo 3.º, o artigo 8.º consagrada ainda os contraentes públicos nos setores especiais, designando que são ainda contraentes públicos as entidades adjudicantes referidas no artigo 7.º “desde que os seus contratos sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativo ou submetidos a um regime substantivo de direito público”.

Falemos agora nos contratos administrativos admitidos pelo Código.

São contratos administrativos, desde logo, aqueles que sejam qualificados como tal pelo código ou por qualquer outra lei, conforme artigo 1.º n.º 6 alínea a) do CCP. São os designados contratos administrativos por determinação legal³⁴⁶. Além destes, são

entidades só deveriam ser qualificadas como contraentes públicos se e quando celebrassem contratos no exercício de funções materialmente administrativas, devendo assim incluir-se no n.º 2 do artigo 3.º do Código”. Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 100.

³⁴² Cfr. Artigo 3.º n.º 1 alínea b) do CCP.

³⁴³ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjetiva dos contratos públicos*, ob. cit., p. 13.

³⁴⁴ Cfr. Artigo 3.º n.º 2 do CCP

³⁴⁵ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjetiva dos contratos públicos*, ob. cit., p. 13

³⁴⁶ Quanto ao CCP, falamos aqui especificamente, nas empreitadas de obras públicas (artigos 353.º a 406.º), concessão de obras públicas (artigos 407.º a 428.º), a concessão de serviços públicos (artigos 407.º a 425.º e 429.º e 430.º), locação de bens móveis (artigos 431.º a 436.º), aquisição de bens móveis (artigos 437.º a 449.º) e aquisição de serviços (artigos 450.º a 454.º). Alguns destes contratos, como a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos, são “contratos administrativos por natureza, dado que não podem ser objecto de um contrato de direito privado”. Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 91.

Quanto aos contratos administrativos por determinação de outras leis, podem dar-se alguns exemplos: concessão de uso privativo de domínio público (DL n.º 280/2007 de 7 de Agosto, artigo 28.º), concessão de exploração de bens do domínio público (DL n.º 280/2007 de 7 de Agosto, artigo 30.º), concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar (DL n.º 422/89 de 2 de Dezembro), concessões de exploração de águas minerais industriais, concessões de explorações de águas minerais naturais, a concessão de exploração de recursos geotérmicos (regulados pelo DL n.º 85/90 de 16 de Março, artigo 16.º n.º 6), o contrato para o exercício da atividade de prospeção e pesquisa de recursos geológicos (DL n.º 90/90 de 16 de Março), a concessão do exercício da atividade de reboque de embarcações nas áreas de jurisdição portuária (DL n.º 75/2001 de 27 de Fevereiro, artigo 15.º) e a concessão do

também contratos administrativos, os contratos submetidos legalmente a um regime de direito público. Neste caso, “a lei não qualifica o contrato como administrativo mas define um regime substantivo especial para o contrato (que não tem objecto público) que é um regime típico de direito público”³⁴⁷. Outro fator relevante para a qualificação do contrato como administrativo, referenciado igualmente no artigo 6.º n.º 1 a), é a vontade das partes. Apesar de este critério ter sido criticado por alguma doutrina, especificamente por JOÃO CAUPERS como vimos anteriormente, não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico, na medida em que tal possibilidade já era referida no artigo 4.º n.º 1 f) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)³⁴⁸. Essa vontade pode ser manifestada pela qualificação do contrato como administrativo ou através da sua submissão a um regime substantivo de direito público, tendo como condição necessária uma das partes ser contraente público na aceção do artigo 3.º ou do artigo 8.º do CCP.

Nas alíneas b) e c) do artigo 1.º n.º 6 é também referenciado outro fator de administrabilidade de um contrato: o carácter público do respetivo objeto. Nesta categoria podemos diferenciar, os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes público (artigo 1.º n.º 6 alínea b)). Quanto aos contratos com objeto passível de ato administrativo referimo-nos àqueles em que “o contraente público ao abrigo da autonomia pública contratual (artigo 278.º do Código, com redação similar à do revogado artigo 179.º do CPA), em vez de alcançar o efeito jurídico tido em vista através do acto administrativo, celebra um contrato substitutivo desse acto com o respetivo destinatário, acordando o conteúdo da relação jurídica em causa”³⁴⁹. O contrato sobre o exercício de poderes público pode manifestar-se “como um modo de terminação ou conclusão do procedimento em alternativa ao acto

exercício da atividade de recuperação ambiental das áreas minerais degradadas (DL n.º 198-A de 6 de Julho, artigo 5.º). A estes contratos aplica-se a parte III do CCP, com as devidas especificações referenciadas nos diplomas. Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., pp. 92 e 93.

³⁴⁷ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 93.

³⁴⁸ Cfr. Artigo 4.º n.º 1 f) do ETAF: “Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objeto: Questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos de objeto passível de ato administrativo, de contratos especificamente e a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspetos específicos do respetivo regime substantivo, ou de contratos em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário que atue no âmbito da concessão e que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público.”

³⁴⁹ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 95. Pode dar-se como exemplo, o contrato regulador de uma licença de construção, na medida em que, o contrato representa uma alternativa ao ato administrativo.

administrativo e, noutros, ele é celebrado no âmbito de um procedimento tendente à prática de um acto administrativo”³⁵⁰. Contrato com objeto público, conforme artigo 1.º n.º 6 alínea c), refere-se aos contratos que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre uma coisa pública³⁵¹ e os contratos sobre o exercício de funções dos órgãos do contraente público, ou seja, “os contratos que atribuam a um particular a responsabilidade pela execução de uma função ou de um serviço público (...)”³⁵².

Por fim, na alínea d) do referido artigo, são também tidos como contratos administrativos, os contratos que a lei submeta ou admita submeter a um procedimento de formação regulado por normas de direito público³⁵³. Com resulta do artigo 1.º n.º 6, o legislador admite que as leis especiais possam ainda vir a delimitar outros contratos administrativos, não sendo este artigo uma norma fechada.

Reforçando a ideia já referida, esta distinção entre o artigo 2.º e o artigo 3.º, entre entidades adjudicantes e contraentes públicos, é relevante para a aplicação objetiva das normas referidas no Código. Tal como está disposto no artigo 1.º, aos contratos celebrados pelos contraentes públicos, aplica-se o regime contido nas disposições da Parte II e da Parte III; às entidades adjudicantes que não sejam contraentes públicos, apenas se aplica as disposições da Parte II.

Não podemos terminar esta referência ao CCP sem falar nos princípios que nele são consagrados.

Tendo em conta a ausência de um conjunto de princípios adequados à contratação pública, o legislador revelou uma preocupação com a observância dos princípios fundamentais da contratação pública fazendo-lhe uma referência sumária no

³⁵⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

³⁵¹ Como por exemplo, a concessão de exploração do domínio público, em que a Administração transfere para o particular os poderes relativos à gestão e exploração do bem público.

³⁵² Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 96. Por exemplo, os contratos de gestão de estabelecimentos públicos ou contratos de gestão para a prestação de serviços de interesse geral pelas empresas do sector empresarial local.

³⁵³ Esta opção do legislador não é isenta de críticas. Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, ob. cit., p. 96, “não se percebe muito bem qual a razão para a referência ao procedimento de formação do contrato. É que, na verdade, o que reclama a aplicação de um regime substantivo de direito público é a conexão das prestações contratuais com as atribuições do contraente público”.

diploma. São especialmente aplicáveis a esta matéria: o princípio da concorrência, da transparência e da igualdade³⁵⁴.

Tecendo umas brevíssimas notas sobre estes princípios até porque já foram analisados no capítulo anterior no âmbito dos princípios comunitários da contratação pública, pode afirmar-se que o princípio da transparência está intimamente relacionado com os princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da prossecução do interesse público bem como com o da participação dos interessados. Assim, de acordo com estes princípios, a Administração Pública deve agir com transparência, na formação da vontade, do conteúdo, na forma e no fim prosseguido, o que significa que tem de fundamentar os seus atos, nos termos da Constituição e da Lei.

O princípio da igualdade, impõe que se trate de modo igual o que é juridicamente igual e de modo diferente o que é juridicamente diferente, na medida dessa diferença, há assim uma proibição da discriminação e a obrigação da diferenciação. Daí se entende que os atos de gestão pública deverão abster-se de introduzir discriminações injustificáveis entre os cidadãos.

Quanto à concorrência, pode afirmar-se que é essencial a um procedimento de adjudicação, na medida em que proporciona que o interesse público subjacente seja realizado nas melhores condições técnicas e económicas. Deste princípio decorrem alguns corolários como, o princípio da objetividade dos critérios de adjudicação, o princípio da proposta única, o princípio da livre associação dos concorrentes, o princípio da comparabilidade das propostas, o princípio da intangibilidade das propostas, o princípio da estabilidade das regras dos procedimentos, princípio da estabilidade dos concorrentes ou candidatos, o princípio da estabilidade dos contratos públicos e o princípio da estabilidade do contrato e dos co-contratantes.

Tendo em conta os objetivos europeus e de contenção da despesa pública, a liberalização ou abertura à concorrência dos contratos públicos constitui um imperativo nacional, e não apenas europeu ou internacional. Pode assim afirmar-se que a “liberalização dos contratos públicos e a racionalização das despesas públicas devem também fazer parte do elenco dos interesses públicos de âmbito nacional”³⁵⁵.

³⁵⁴ Cfr. Artigo 1.º n.º 4 do CCP.

³⁵⁵ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *O Acordo-Quadro*, ob. cit., p. 12.

Deste modo se pode afirmar que a criação de um CCP foi sem dúvida um benefício significativo para a aplicação desta matéria que anteriormente se encontrava dispersa em diversos diplomas.

No que concerne à transposição do conceito de “organismo de direito público”, o legislador português foi tão claro como a normativa europeia, procedendo a uma inserção quase textual da noção explanada na diretiva. O facto de este conceito já ter sido por diversas vezes analisado na jurisprudência europeia, confere um certo benefício e segurança para os aplicadores da lei. Todavia, e devido à vasta categoria de entidades do ordenamento jurídico nacional, é por vezes complicado aplicar mecanicamente este conceito. Apenas através de uma análise casuística se poderá afirmar que determinada entidade pode ser considerada como “organismo de direito público”.

Para terminar esta análise do CCP, chamamos à colação, e apenas a título exemplificativo e comparativo, o ordenamento jurídico espanhol que como nós procedeu a uma grande revisão da matéria relativa à contratação pública devido à transposição das diretivas de 2004.

A Lei 30/2007, de 30 de Outubro (*Ley de contratos del sector público - LCSP*), não se restringiu apenas a transpor as diretivas mas procedeu a uma reforma global deste sistema que há muito vinha a ser reclamada³⁵⁶. Esta nova lei procedeu a um corte com o passado, utilizando uma noção ampla e funcional do âmbito de aplicação desta normativa, tendo em conta que se trata de uma lei que deve operar num contexto jurídico supranacional como está vertido nas Diretivas de 2004³⁵⁷.

Foi por intermédio desta lei que o legislador espanhol instituiu o conceito de “organismo de direito público” de âmbito funcional nos moldes da jurisprudência europeia, pois até então o legislador não incluía neste conceito as *sociedades mercantiles y demás sujetos de Derecho privado*³⁵⁸. Neste nova lei, o legislador

³⁵⁶ Até aí, a lei que regulava esta matéria (Lei 13/1995, de 18 de Maio), estava consagrada numa estrutura bipolar: uma parte geral, que continha as informações gerais relativas a todos os contratos e uma parte especial em que eram elencadas as características específicas de cada contrato.

³⁵⁷ Diferentemente do que acontecia anteriormente, a Lei 30/2007, de 30 de Outubro está estruturada em seis partes, o “Título preliminar”, que elenca disposições gerais e cinco “Partes” relativas, respetivamente, a configuração geral de contratação do setor público e elementos estruturais de contratos (“Libro I”), a preparação desses contratos (“Libro II”), a seleção do contratante e adjudicação de contratos (“Libro III”), os efeitos cumprimento e extinção dos contratos administrativos (“Libro IV”) e a organização administrativa para a gestão da contratação (“Libro V”)

³⁵⁸ Cfr. CARMEN ALONSO HIGUERA, *Ley de contratos del sector público: Ámbito de aplicación. Modalidades contractuales y régimen de invalidez de los procedimientos de contratación*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, p. 64. Nas palavras do autor era necessário implementar as conceções emanadas

espanhol adotou três conceitos para designar o âmbito subjetivo: *sector público*, *Administración pública* y *poderes adjudicadores*. Estas designações vão condicionar a intensidade da aplicação da lei a cada sujeito³⁵⁹. Todavia a doutrina espanhola considera esta enunciação incompleta o que origina *conceitos indeterminados que podem dar lugar a interpretaciones diversas*³⁶⁰. No que respeita ao conceito de organismo de direito público, este encontra consagração no artigo 3.º n.º1 h)³⁶¹ e possui a mesma redação elencada nas Diretivas de 2004.

Atualmente a *Ley de contratos del sector público*, é regulada pelo *Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Noviembre*, onde se procedeu à reformulação desta matéria, consagrando no mesmo diploma todas as alterações ocorridas.

pelas diretivas de forma a combater a “resistencia de nuestro legislador a incluir dentro del ámbito de aplicación de la Ley a las sociedades mercantiles y demás sujetos de Derecho privado”.

O mesmo entendimento é partilhado por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos público*, Iustel: Madrid, 2008, p. 103 e ainda por, LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, p. 42, onde este autor refere que um dos pilares desta transposição se relaciona com “La definición amplia del ámbito de aplicación (presupuesta ya en la determinación del objeto), pero sin renuncia completa a la perspectiva tradicional”.

Aliás, esta imposição já havia sido reclamada pelo TJUE, que através do Acórdão Comissão/Espanha (C-84/03) de 13 de Janeiro de 2005, que determinou que o Reino de Espanha não cumpriu a obrigação de transposição correta do conceito de “organismo de direito público”, pois excluiu do âmbito de aplicação as entidades de direito privado.

³⁵⁹ Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *La preparación del contrato en la nueva Ley de contratos del sector público*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, p. 168. Este autor refere que tendo em conta esta classificação tripartida, se deve analisar com cuidado as disposições normativas, pois há normas que se aplicam a todas as entidades mas há outras em que apenas se aplica a algumas entidades específicas. Nas palavras do autor, “En atención a esta clasificación tripartita, es necesario examinar con cuidado qué preceptos de la Ley se aplican a todos los entes del sector público sin distinción, cuáles se refieren sólo a los poderes adjudicadores, sean o no administraciones públicas, y qué otros (y son muchos) se aplican exclusivamente a las administraciones públicas. También se incluyen en la Ley normas sólo para los poderes adjudicadores que no son Administración pública y otras, aunque menos, sólo para los entes del sector público que ni siquiera tienen la consideración de poderes adjudicadores.”

³⁶⁰ Cfr. CARMEN ALONSO HIGUERA, *Ley de contratos del sector público: Ámbito de aplicación. Modalidades contractuales y régimen de invalidez de los procedimientos de contratación*, ob. cit., p. 74. Nas palavras do autor “la LCSP define este ámbito de aplicación mediante un sistema de lista incompleta, que ha sido ampliamente criticado tanto por la doctrina como por el propio Consejo de Estado en su Informe 514/2006, y que, seguramente, en la medida en que introduce conceptos jurídicos indeterminados, dará lugar a interpretaciones diversas (...)”.

³⁶¹ Cfr. Este artigo refere que fazem parte do setor público: “Cualesquiera entes, organismos o entidades com personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interes general que no tengan caracter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector publico financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestion, o nombren a mas de la mitad de los miembros de su organo de administracion, direccion o vigilancia”.

2. A aplicação do conceito de “organismo de direito público” às realidades portuguesas: considerações emanadas pelos Tribunais Nacionais

Como foi estudado anteriormente, para qualificar uma entidade como “organismo de direito público” é necessário que os seus requisitos estejam cumulativamente preenchidos. No ordenamento jurídico português, são diversas as entidades que podem ser qualificadas como tal e é sobre essa matéria que nos debruçaremos neste parágrafo.

Não pretende ser um estudo exaustivo, apenas uma enunciação exemplificativa de algumas entidades que podem ser abrangidas pelo conceito. A escolha destas entidades em específico prende-se com a inegável importância que estas assumem perante a sociedade.

Falaremos especificamente das empresas públicas estaduais, das empresas locais, das fundações privadas de utilidade pública administrativa e ainda das IPSS, tendo sempre presente que é necessário em todos os casos uma análise casuística e minuciosa, pois somente assim poderemos afirmar convictamente se a entidade em causa pode ou não assumir-se como “organismo de direito público”.

Começando a análise pelas empresas públicas do Estado. Depois da reforma de 1999³⁶² despoletada pelo DL n.º 558/99 de 17 de Dezembro, o designado “Setor Empresarial do Estado” (SEP) ganhou um novo rumo. Foi criado um regime flexível, suscetível de poder abranger as diversas entidades que integravam este setor, conforme disponha o preâmbulo desta normativa.

Todavia, e devido às imposições do atual contexto económico do país, foi muito recentemente revogada esta normativa pelo DL n.º 133/2013 de 3 de Outubro, que entrará em vigor 60 dias após a data de publicação. Numa perspetiva apenas exemplificativa vamos ter em conta este novo DL, tendo presente que dada a sua atualidade, ainda não foi sujeito a um estudo crítico por parte da doutrina e não pretendemos aqui assumir esse rumo, o nosso ponto fundamental é enquadrar estas

³⁶² Antes da reforma de 1999, esta matéria era regulada pelo DL n.º 260/76 de 8 de Abril (Lei de bases das empresas públicas). Todavia, e de forma a alargar o universo das empresas abrangidas, o legislador decidiu “criar um regime muito flexível, suscetível de poder abranger as diversas entidades que integram o Setor Empresarial do Estado e que deixaram de estar submetidas à disciplina do DL n.º 260/76 (...) passando a atuar de harmonia com as regras normais do direito societário”, conforme é elencado no preâmbulo do DL n.º 558/99 de 17 de Dezembro.

entidades no conceito de “organismo de direito público”. Para esse efeito apenas citaremos os artigos e os conceitos mais relevantes.

Como refere o preâmbulo, este novo regime procede a um alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das empresas públicas, passando a abranger todas as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas, possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, uma influência dominante. Mas além destas inovações outras foram implementadas como o alargamento do âmbito setorial, a densificação do conceito de empresa pública, a criação de uma unidade técnica de acompanhamento com o objetivo prestar o apoio técnico adequado ao membro do Governo responsável pela área das finanças e a monitorização do setor público empresarial.

Agora designado por Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (RJSPE)³⁶³, o Setor Público Empresarial (SPE) engloba o Setor Empresarial do Estado (SEE) e o Setor Empresarial Local (SEL)³⁶⁴, sendo que o SEE integra as empresas públicas e as empresas participadas³⁶⁵. Este âmbito de aplicação é ainda alargado “às organizações empresariais que sejam criadas, constituídas, ou detidas por qualquer entidade administrativa ou empresarial pública, independentemente da forma jurídica que assumam e desde que estas últimas sobre elas exerçam, direta ou indiretamente, uma influência dominante”³⁶⁶.

A atividade do SPE deve orientar-se de forma a obter a satisfação das necessidades da coletividade, orientando as suas atividades de forma económica e eficiente. A opção pelo legislador, “por implicar um significativo aumento do universo das empresas abrangidas, incluindo assim no âmbito de aplicação do diploma uma razoável variedade de figuras jurídicas, determinou o estabelecimento de um único regime geral de coloração publicista (que chama à colação o chamado “direito administrativo privado”) que contempla diversas soluções”³⁶⁷.

No contexto do SEE, as empresas públicas são “organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei

³⁶³ Na normativa anterior era designada por Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado (RJSEE).

³⁶⁴ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 do RJSPE.

³⁶⁵ Cfr. Artigo 2.º n.º 2 do RJSPE.

³⁶⁶ Cfr. Artigo 3.º do RJSPE.

³⁶⁷ Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 15.

comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante (...)”³⁶⁸.

Consideram-se igualmente empresas públicas as entidades com natureza empresarial, as designadas “Entidades Públicas Empresariais”³⁶⁹.

A constituição de empresas públicas do SEE processa-se nos termos e condições aplicáveis à constituição de sociedades comerciais e depende sempre de autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo setor de atividade³⁷⁰. Estas regem-se pelo direito privado, respeitando as legislações aplicáveis, por exemplo, às empresas públicas regionais e locais³⁷¹, sendo que as suas ações devem respeitar as regras gerais da concorrência, quer regionais quer comunitárias³⁷².

São entidades públicas empresariais as “pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para prossecução dos seus fins (...)”³⁷³. Estas são criadas por DL, o qual aprova também os seus estatutos³⁷⁴. São dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial e não estão sujeitas às normas da contabilidade pública e a sua capacidade jurídica abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto³⁷⁵. Têm um capital, designado “capital estatutário”, detido pelo Estado e destinado a responder às respetivas necessidades permanentes³⁷⁶.

As empresas públicas podem assim assumir a forma jurídica de sociedades de responsabilidade limitada constituídas nos termos da lei comercial e de entidades públicas empresariais³⁷⁷.

As outras entidades que integram o SEE são as empresas participadas. Estas são “organizações empresariais em que o Estado ou quaisquer outras entidades públicas, de caráter administrativo ou empresarial, detenham uma participação permanente, de forma

³⁶⁸ Cfr. Artigo 5.º n.º 1 do RJSPE. Os requisitos de influência dominante constam do artigo 9.º n.º1 e referem-se à participação superior à maioria do capital, a maioria dos direitos de voto e a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

³⁶⁹ Cfr. Artigo 5.º n.º 2 e artigos 56.º e ss do RJSPE.

³⁷⁰ Cfr. Artigo 10.º do RJSPE.

³⁷¹ Cfr. Artigo 14.º do RJSPE.

³⁷² Cfr. Artigo 15.º do RJSPE.

³⁷³ Cfr. Artigo 56.º do RJSPE.

³⁷⁴ Cfr. Artigo 57.º do RJSPE.

³⁷⁵ Cfr. Artigo 58.º do RJSPE.

³⁷⁶ Cfr. Artigo 59.º n.º 1 do RJSPE.

³⁷⁷ Cfr. Artigo 13.º do RJSPE.

direta ou indireta, desde que o conjunto das participações públicas não origine influência dominante nos termos do artigo 9.^o³⁷⁸.

No que diz respeito ao SEL, este regime dispõe que “ nas empresas locais e demais entidades submetidas ao regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, a função acionista é exercida pelos órgãos executivos dos municípios, associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e áreas metropolitanas, consoante aplicável³⁷⁹. A constituição destas entidades do SEL processa-se nos termos do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJSEL) como teremos oportunidade de analisar posteriormente.

Depois de elencados os conceitos essenciais, cumpre analisar de que forma as empresas públicas, podem considerar-se abrangidas pelo conceito de “organismo de direito público”.

No que diz respeito às empresas públicas em sentido amplo, tomemos por exemplos os Correios e Telecomunicações de Portugal (CTT), cuja sua qualificação como “organismo de direito público” já foi analisada pela jurisprudência nacional³⁸⁰.

A empresa pública CTT, criada pelo DL n.º 493/68, de 10 de Novembro de 1969, foi transformada pelo DL n.º 87/92 de 14 de Maio em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se CTT - Correios e Telecomunicações de Portugal, S.A., abreviadamente designada por CTT, S. A³⁸¹.

Segundo os estatutos elencados no referido diploma, os CTT, dotados de personalidade jurídica, tem por principal atividade o “serviço postal universal”³⁸² que

³⁷⁸ Cfr. Artigo 7.º do RJSPE.

³⁷⁹ Cfr. Artigo 62.º do RJSPE.

³⁸⁰ Cfr. Acórdão do STA de 17 de Janeiro de 2006, processo n.º 0980/05. Nesta decisão pretende-se aferir se os CTT podem ser considerados como “organismos de direito público”.

³⁸¹ Segundo os Estatutos constantes no DL n.º 87/92 de 14 de Maio, “Os CTT, S. A., sucedem à empresa pública CTT e continuam a personalidade jurídica desta, conservando a universalidade dos direitos e obrigações que constituem o seu património no momento da transformação” (artigo 2º n.º 1), sendo que tem por objeto social “a) assegurar o estabelecimento, gestão e exploração das infraestruturas e os serviços públicos de correios e de telecomunicações; b) O exercício de quaisquer atividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias das referidas na alínea anterior, nos termos da lei; c) A prestação de serviços financeiros, os quais incluirão a transferência de fundos através de cheques postais e que podem também vir a ser explorados por um operador financeiro ou por entidade parabancária a constituir na dependência da empresa que vier a explorar o serviço público de correio” (artigo 3.º). As suas ações pertencem ao Estado (artigo 4.º n.º 1) sendo que também o seu capital se encontra integralmente subscrito e realizado pelo Estado (artigo 5.º n.º 1)

³⁸² O “serviço postal universal” engloba “ (...) envios de correspondência, excluindo a publicidade endereçada, e ainda de envio de catálogos, livros, jornais e outras publicações periódicas até 2 kg de peso e de encomendas postais até 10 kg de peso, bem como um

não é exercida em condições normais de mercado, na medida em que os encargos económicos e financeiros não razoáveis emergentes do cumprimento de obrigações, são compensáveis através de um fundo de compensação³⁸³, sendo que é da competência do Estado providenciar “que a densidade dos pontos de acesso corresponda às necessidades dos utilizadores”³⁸⁴.

Desta análise exemplificativa e tendo em conta a decisão proferida, os CTT foram considerados como organismo de direito público pois preenchem os requisitos necessários: possuem personalidade jurídica, a atividade mais relevante (serviço postal universal) é considerada uma atividade de interesse geral sem caráter comercial ou industrial e estão sujeitos a uma influência significativa de uma autoridade pública, neste caso o Estado.

Enunciemos outra situação, neste caso relativo às EPE's, especificamente o caso dos Hospitais EPE's. Tomemos por exemplo o Hospital de S. João E.P.E referido e analisado numa decisão proveniente do TdC³⁸⁵.

Nesta decisão, o Hospital de S. João, E.P.E. remeteu ao TdC, para fiscalização prévia, o contrato para realização de obras de infraestruturas na ampliação da Ala Nascente (Serviços de Medicina Interna e Cirurgia Geral) do Hospital, celebrado entre aquela entidade e uma sociedade anónima. A primeira questão que importa resolver é a de saber se o contrato em apreciação podia ser adjudicado diretamente com a sociedade anónima. O Hospital de S. João foi transformado em EPE por força do DL n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, sendo que tem por objeto principal a prestação de cuidados de saúde à população. O seu capital estatutário é detido pelo Estado sendo que o pagamento dos atos e atividades deste hospitais EPE é feito através de contratos-programa a celebrar com o Ministério da Saúde³⁸⁶.

Por estas razões, o TdC concluiu que este hospital, bem como a generalidade dos Hospitais EPE's, consideram-se como pessoas coletivas criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, que não obstante a designação, não têm

serviço de envios registados e um serviço de envios com valor declarado.” (conforme artigo 12.º n.º 1 da Lei nº 17/2012, de 26 de Abril que regula regime jurídico aplicável à prestação de serviços postais).

³⁸³ Conforme artigo 18.º n.º 1 da Lei nº 17/2012, “Os prestadores de serviço universal têm direito à compensação do custo líquido do serviço universal quando este constitua um encargo financeiro não razoável para os mesmos.” O artigo 21.º deste diploma de que forma pode ser utilizado o fundo de compensação.

³⁸⁴ Cfr. Artigo 1.º n.º 2 da Lei nº 17/2012.

³⁸⁵ Acórdão n.º 40 /10 de 3 de Novembro -1ª S/SS, processo n.º 1303/2010 .

³⁸⁶ Cfr. Artigo 3.º e artigo 12.º do DL n.º 233/2005.

caráter industrial ou comercial, tendo um modelo de financiamento e controlo de gestão que cumpre os critérios exigidos, preenchendo os requisitos necessários para a qualificação de “organismo de direito público”.

Deste modo se cumpre o objetivo das diretivas comunitárias em submeter às regras da contratação pública o SEE, evitando assim distorções da concorrência no mercado interno, na medida em que estas entidades não fazendo parte da Administração Pública em sentido orgânico, são usadas como “instrumentos para se furtarem a constrangimentos de direito público”³⁸⁷.

Do exposto se afere que a chave para a qualificação de uma empresa pública como “organismo de direito público” está em saber se ela se encontra sujeita a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que a dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios, na medida em que a “natureza empresarial da entidade não é determinante para a questão da sua qualificação ou não como organismo de direito público”³⁸⁸.

Além destas entidades, cumpre ainda referir o Setor Empresarial Local (SEL) que integra as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas.

Atualmente assistimos a uma privatização galopante da Administração Pública, de modo especial no âmbito municipal. É uma prática recorrente a Administração utilizar formas institucionais de natureza privada para realizar as suas atividades. A possibilidade de criar empresas de iniciativa municipal é possível desde 1977, todavia só uma década depois se tornou o meio mais usual para as autarquias prosseguirem os seus objetivos³⁸⁹. As empresas municipais, “são verdadeiras sociedades que,

³⁸⁷ Cfr. Acórdão STA de 30 de Setembro de 2009, processo n.º 0453/09. No caso em concreto pretendia-se aferir de que forma a LADA (Lei de acesso a documentos administrativos regulada pela Lei n.º 46/2007 de 24 de Agosto) se aplicaria às empresas pública em causa. A atual versão da LADA alargou o seu âmbito de aplicação aos órgãos das empresas públicas (artigo 4.º n.º 1 d)), sendo que incluiu também no n.º 2 do artigo 4.º a aplicação desta normativa aos designados “organismos de direito público”. No caso em apreço, a LADA aplicar-se-ia às empresas públicas em sentido geral e até às empresas públicas que não atuem em mercado numa pura lógica concorrencial, consideradas por isso como “organismo de direito público”.

³⁸⁸ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, ob. cit., pp. 639 e 640.

³⁸⁹ A criação de empresas de iniciativa municipal é possível desde a implementação da Lei n.º 79/77 de 25 de Outubro (Atribuições das autarquias e competência dos respetivos órgãos), conforme o artigo 48.º n.º1 alínea o), em que constituía competência da Assembleia municipal autorizar o município a formar empresas municipais.

subsidiariamente, são reguladas pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais, mas, naturalmente, com algumas especificidades”³⁹⁰.

Depois de várias alterações jurídicas muito em parte motivadas pela crise económico-financeira do país, o SEL encontra regulação normativa na Lei n.º 50/2012, de 31 (RJSEL).

Esta nova lei “ocupa-se da disciplina dos termos de desenvolvimento da atividade empresarial local e, de um modo especial, da constituição e da participação da Administração Pública local em empresas e entidades de direito privado”³⁹¹. Como refere a nova lei, “a atividade empresarial local é desenvolvida pelos municípios, pelas associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e pelas áreas metropolitanas, através dos serviços municipalizados ou intermunicipalizados e das empresas locais”³⁹². Assim sendo, as entidades públicas participantes³⁹³ tem capacidade de promover a prossecução do interesse público utilizando os meios referidos pela normativa.

Os municípios podem proceder à municipalização de serviços, que são geridos sob a forma empresarial, e tem por objetivo satisfazer necessidades coletivas da

Posteriormente, o DL n.º 100/84 de 29 de Março (Lei das Autarquias locais), consubstanciou a mesma ideia afirmando que era responsabilidade das assembleias municipais “autorizar o município a criar empresas públicas municipais e a participar em empresas públicas intermunicipais”, conforme o artigo 39.º alínea g). Esta ideia ainda posteriormente reforçada por outros diplomas, como a Lei n.º 159/99 de 14 de Julho (artigo 28.º n.º 1 a)) e Lei n.º 169/99 de 18 de Julho (artigo 53.º n.º 4 alínea l)).

Apesar de existir consagração legal, poucos eram os municípios ou associações de municípios usavam esta faculdade. Foi com a Lei n.º 58/98 de 18 de Agosto (Lei das empresas municipais, intermunicipais e regionais) que se procedeu a uma regularização das condições e o procedimento de criação das empresas municipais e intermunicipais. Todavia este diploma padecia “de alguns defeitos, omissões e ambiguidades (...) que acabaria por ativar um generalizado processo de criação de empresas municipais”, Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 10.

Devido a essas problemáticas a referida lei foi revogada pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro (Regime Jurídico do Setor Empresarial Local), que além do carácter modernizador, promoveu, uma rutura com o modelo de empresa municipal já consagrado. Todavia esta evolução normativa não termina aqui.

Em 2010, devido aos problemas económicos do país, o Conselho de Ministros do XVIII Governo Constitucional resolveu promover a elaboração de um estudo de modo a aferir as problemáticas relacionadas com o setor empresarial local. Além disso, com a implementação do Memorando de entendimento com a Troika em 2011, foram exigidas novas formas de atuação neste setor, sendo que também nesse ano surge o Documento Verde da Reforma da Administração Local com o objetivo de avaliar a situação do setor e implementar os objetivos e os resultados que o Governo pretendia atingir.

No final deste percurso foi aprovada a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto que regula a matéria relativa ao SEL.

³⁹⁰ Cfr. SUSANA ALCINA RIBEIRO PINTO, *As empresas municipais e o Código dos Contratos Públicos*, in: “Revista de Administração local”, n.º 239, Setembro/Outubro 2010, p. 558.

³⁹¹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Regime Jurídico da atividade empresarial local*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 25.

³⁹² Cfr. Artigo 2.º da RJSEL.

³⁹³ Referimo-nos aqui aos municípios, as associações de municípios e as áreas metropolitanas, cfr. artigo 5.º da Lei n.º 50/2012.

população do município³⁹⁴. Se dois ou mais municípios decidirem criar serviços intermunicipalizados, aplica-se as mesmas regras que os serviços municipalizados.

No que diz respeito às empresas locais, são sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes podem exercer, de forma direta ou indireta, uma influência dominante.

A influência dominante afere-se da mesma forma que nas empresas públicas: detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, o direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização, ou, qualquer outra forma de controlo de gestão³⁹⁵. As empresas locais são assim pessoas coletivas de direito privado com natureza municipal (E.M.), intermunicipal (E.I.M) ou metropolitana (E.M.T) consoante a influência dominante.

Estas empresas têm como objeto exclusivo a “exploração de atividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional”³⁹⁶, estando sujeitas à fiscalização prévia pelo TdC³⁹⁷ bem como às regras gerais da concorrência³⁹⁸.

Cumpra agora aferir de que forma as empresas municipais são compatíveis com o conceito de “organismo de direito público”.

As empresas municipais são pessoas coletivas de direito privado, como já foi referenciado, geralmente criadas para satisfazer necessidades de interesse geral, dependentes de outras entidades públicas na medida em que podem ser financiadas pelas respetivas autarquias e encontram-se sob influência dominante municipal, cuja gestão é detida pelo município.

Todavia é necessário analisar caso a caso se essas necessidades de interesse geral são desprovidas de carácter industrial ou comercial, pois só assim estarão preenchidos todos os requisitos. Se tal se verificar, a empresa municipal em causa pode ser classificada como “organismo de direito público”.

A natureza dos contratos celebrados pelas empresas municipais é também relevante para a aplicação das regras de contratação pública.

³⁹⁴ Os serviços municipalizados são regulados pelo Capítulo II da Lei n.º 50/2012. Estes serviços podem ter por objeto as áreas de abastecimento público de água, o saneamento de águas residuais urbanas, a gestão de resíduos urbanos e limpeza pública, o transporte de passageiros, a distribuição de energia elétrica de baixa tensão, entre outras áreas previstas no artigo 10.º da referida lei.

³⁹⁵ Cfr. Artigo 19.º da RJSEL.

³⁹⁶ Cfr. Artigo 20.º n.º 1 da RJSEL.

³⁹⁷ Cfr. Artigo 23.º n.º 1 da RJSEL.

³⁹⁸ Cfr. Artigo 34.º n.º 1 da RJSEL.

As empresas municipais que se dediquem, a atividades com carácter industrial ou comercial, não podem ser consideradas “organismos de direito público”, mas podem encaixar na noção de empresa pública igualmente referenciada no direito comunitário da contratação pública (Diretiva 2004/17/CE), e serem consideradas como entidades adjudicantes. Por exemplo, se estiver em causa contratos no âmbito dos setores especiais, aplicar-se-ão os termos da contratação pública sobre a regulação da formação dos contratos públicos nos setores especiais, conforme o artigo 7.º do CCP. Assim sendo, e conforme o entendimento de SUSANA ALCINA RIBEIRO PINTO, “ (...) se as empresas municipais não tiverem sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e não atuarem no âmbito dos sectores especiais, não são submetidas às regras da contratação pública (...) se a empresa atuar no âmbito de sectores especiais sem, no entanto, ter sido criada no intuito de satisfazer necessidades de interesse geral, fica, ainda assim, vinculada ao CCP”³⁹⁹.

Dito de outra forma, podemos afirmar que “ (...) as empresas municipais podem qualificar-se, para efeitos do direito comunitário da contratação pública, como empresa pública (situação em que se impõe o respeito da regulamentação comunitária apenas nos sectores especiais) ou como organismo de direito público (caso em que a mesma regulamentação submete, em geral, as empresas municipais às regras da contratação)”⁴⁰⁰.

Exemplifiquemos esta matéria com uma decisão proferida pelo TdC no Acórdão n.º 150/2009 de 22 de Setembro de 2009, processo n.º 1145/09.

Nesta decisão coloca-se a questão de saber de que forma a empresa intermunicipal “Resíduos do Nordeste E.I.M” pode ser considerada como “organismo de direito público”⁴⁰¹. Esta empresa tem como objeto social a gestão e tratamento de resíduos sólidos que são consideradas necessidades típicas de interesse geral, na medida em que esses objetivos se enquadram nas atribuições dos municípios.

Esses interesses não se prestam a um intuito mercantil ou ao jogo da concorrência, na medida em que a Lei n.º 50/2012, no seu artigo 20.º n.º 1 proíbe “a constituição de empresas locais para a prossecução de atividades de natureza

³⁹⁹ Cfr. SUSANA ALCINA RIBEIRO PINTO, *As empresas municipais e o Código dos contratos públicos*, ob. cit., pp. 566 e 567.

⁴⁰⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, ob. cit., p. 38.

⁴⁰¹ A “Resíduos do Nordeste, E.I.M”, é uma empresa intermunicipal constituída pelas Associações de Municípios da Terra Quente Transmontana, Terra Fria do Nordeste Transmontano e do Douro Superior, estando assim integrada no SEL. Esta remeteu para fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o contrato para “Prestação de Serviços de Limpeza Urbana na Terra Quente Transmontana”, celebrado com a empresa FOCSA – Serviços de Saneamento Urbano de Portugal, S.A..

exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil”. Ainda de referir que na mesma lei, no seu artigo 40.º, se prevê a possibilidade de os sócios de direito público serem chamados a equilibrar as contas das empresas locais.

Tendo em conta o que foi dito e as considerações emanadas pelo TdC nesta decisão, a referida empresa intermunicipal, é considerada como “organismo de direito público”.

Ainda outro exemplo de empresa municipal que se compactua com o conceito de “organismo de direito público”, referido no Acórdão n.º 20/09 de 2 de Junho -1ªS/PL, recurso ordinário nº 28/2008-R do TdC.

No caso em concreto, pretende-se fiscalizar o contrato celebrado entre a Sociedade “VRSA- Sociedade de Gestão Urbana, E.M.” (VRSA-SGU) e a empresa “CAPA- Engenharia e Construções Metalomecânicas, S.A.”, para o fornecimento, transporte e montagem de módulos destinados a funcionar como Centros de Dia na freguesia de Vila Nova de Cacela, concelho de Vila Real de Santo António. A questão a saber era se os contratos celebrados pela sociedade VRSA-SGU estão sujeitas às regras da contratação, sendo que para tal é necessário aferir se a sociedade é considerada ou não como “organismo de direito público”.

De acordo com a referida decisão, a VRSA-SGU visa satisfazer necessidades de interesse geral, na medida em que “tem por objetivo a melhoria da gestão urbana no Concelho e a melhoria do nível de vida das populações”. Essas atividades são realizadas fora da lógica concorrencial devido à especial relação que mantém com o Município de Vila Real de Santo António, já que parte dos bens que produz não são suscetíveis de qualquer comércio ou oferta a outras entidades que não o Município, está sujeita a obrigações de serviço público sendo objeto de compensações financeiras em condições especiais definidas por lei e os riscos associados à sua atividade são suportados pelo Município e não pela empresa.

Como é afirmado na decisão, estas razões são suficientes para que se considere que as atividades realizadas por esta sociedade são de interesse geral sem caráter industrial ou comercial.

Como os restantes requisitos estão inequivocamente preenchidos – a sociedade tem personalidade jurídica atribuída pelo Código das Sociedades Comerciais e o seu capital social é detido exclusivamente pelo Município de Vila Real de Santo António – e em consonância com a decisão referida, pode considera-se esta empresa como “organismo de direito público”.

O conceito de “organismo de direito público” veio assegurar, nestes casos, que os municípios mesmo com as empresas municipais, não tenham forma de deixar de respeitar as regras do CCP.

Para além das pessoas coletivas públicas, integram igualmente a Administração Pública portuguesa, as pessoas coletivas privadas que estão sujeitas ao regime administrativo na medida em que tem um papel fulcral no exercício da função administrativa bem como na prossecução de interesses públicos.

Este fenómeno ocorre por diversos motivos, pode acontecer que a Administração Pública, não podendo arcar com todas as tarefas que necessita desenvolver em benefício da coletividade, transfere para particulares o desempenho dessas funções; em outros casos, a lei assumindo a relevância inegável das coletividades privadas decide submetê-las a uma fiscalização por parte da Administração Pública; e há ainda outros casos, em que a lei admite que em determinadas áreas sejam criadas entidades privadas, por iniciativa particular, para se dedicarem à prossecução das tarefas de interesse geral.

Falamos aqui nas instituições particulares de interesse público que já referimos anteriormente. De entre o universo dessas instituições, e visto que as IPSS serão analisadas posteriormente, tomaremos apenas por exemplo as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, especificamente as fundações privadas de utilidade administrativa.

Em Portugal, o artigo 267.º da CRP admite o exercício de funções administrativas por entidades privadas. Estas entidades possuem assim um regime jurídico dualista, consagram normativas de direito público, no que respeita ao exercício de funções públicas, e de direito privado nas relações com os seus aderentes, pessoal, património, contratos, entre outras atividades realizadas por estas entidades.

Desde os Anos Trinta que a figura das pessoas coletivas privadas de regime administrativo vem sendo desenvolvida. São as designadas “pessoas coletivas de utilidade pública administrativa”, que assumem a forma de associação ou fundação privadas. Estas entidades são submetidas “a vários aspectos do regime administrativo, nomeadamente tutela pública e controlo contencioso administrativo dos seus actos”⁴⁰².

⁴⁰² Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 554.

Esta posição encontrou alguma resistência nos Tribunais Portugueses, principalmente pelo STA. A posição tradicional do STA era “negar a sindicalidade contenciosa-administrativa dos atos supostamente administrativos de entidades não integradas na Administração pública orgânica”⁴⁰³. Todavia esta orientação alterou-se com o Acórdão do STA de 13 de Novembro de 1990, processo n.º27407, que reconheceu a competência dos TA para o recurso das decisões das federações desportivas⁴⁰⁴.

No caso concreto das fundações privadas de utilidade pública administrativa, estas consideram-se pessoas coletivas criadas com o objetivo de assegurar um acervo de bens ao serviço de uma finalidade altruísta e não egoísta. Estas entidades prosseguem finalidades que são atribuições específicas da Administração, sendo que o seu regime jurídico é exigente, “abrange o poder regulamentar, o poder de praticar atos administrativos e de celebrar contratos administrativos, a tutela administrativa especial e o controlo dos tribunais de contas e administrativos”⁴⁰⁵.

Quanto à consideração das fundações privadas de utilidade pública administrativa como “organismo de direito público” cumpre tecer algumas considerações. É inegável a sua personalidade jurídica, sendo necessário averiguar se foram criadas especificamente para satisfazer necessidade de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial bem como a sua dependência a uma autoridade pública.

Para aferir dos fins que presidiram à sua criação é necessário ver o que está inscrito nos estatutos ou no diploma instituidor dessa fundação. Tomemos como exemplo, a fundação CEFA (Fundação para os estudos e formação autárquica).

A CEFA foi criada pelo DL n.º 98/2009 de 28 de Abril e tem como fins “contribuir para o aperfeiçoamento e a modernização da administração autárquica,

⁴⁰³ Cfr. Acórdão STA de 31 de Janeiro de 1989, processo n.º 026670 e Acórdão STA de 28 de Setembro de 1990, processo n.º27317. A primeira decisão, relativa à atuação de uma Federação Portuguesa de Rugby, referia que os “atos das pessoas coletivas privadas de utilidade pública não são suscetíveis de impugnação contenciosa, pois não tem a natureza de atos administrativos definitivos e executórios”. Na segunda decisão, referente à Federação Portuguesa de futebol, é disposto que “são os tribunais administrativos de círculo incompetentes em razão da matéria para conhecer de pedidos de suspensão de eficácia de atos praticados por aquela entidade”.

⁴⁰⁴ Nesta decisão, é referido que as federações desportivas “estão investidas de poderes de autoridade no cumprimento da missão de serviço público de organização e gestão do desporto federado, praticando atos administrativos em matérias que se connexionem diretamente com aquele serviço”. Daí que no caso em concreto, “a Federação Equestre Portuguesa (através do seu Conselho Jurisdicional) pratica um ato administrativo e o Tribunal Administrativo de Circulo é competente para conhecer do recurso que o tenha como objeto”.

⁴⁰⁵ Cfr. ISABEL CELESTE DA FONSECA, *Direito da organização administrativa*, ob. cit., p. 187.

através da formação dos seus agentes, da investigação aplicada, da assessoria técnica e da edição de obras especializadas”⁴⁰⁶. Tendo em conta a já analisada abrangência do conceito de “interesse geral”, pode afirmar-se que esta fundação procede a uma melhoria da qualificação dos colaboradores das autarquias locais satisfazendo os interesses da população local. Não aparenta carácter industrial ou comercial na medida em que a atividade é predominantemente formativa. No que diz respeito à dependência a uma entidade pública, e tendo em conta o DL referido, a Associação Nacional de Municípios e a Associação Nacional de Freguesias (que integram a previsão do artigo 2.º n.º 1 alínea g) do CCP), têm capacidade de eleger a maioria dos membros do Conselho de Administração da Fundação, estando assim preenchido um dos requisitos alternativos do artigo 2.º n.º 2 alínea a) subalínea ii) do CCP.

Do exposto, e com base numa análise estatutária, pode afirmar-se que pelo preenchimento cumulativo de todos os requisitos, esta entidade poderá ser considerada como “organismo de direito público”.

No que diz respeito às IPSS, estas são também consideradas pessoas coletivas de utilidade pública em sentido amplo e prosseguem as atribuições especificadas no DL n.º 119/83, “são instituições particulares de solidariedade social as constituídas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos e desde que não sejam administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico, para prosseguir, entre outros, os seguintes objetivos, mediante a concessão de bens e a prestação de serviços: apoio a crianças e jovens; apoio à família; apoio à integração social e comunitária; protecção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; promoção e protecção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação; educação e formação profissional dos cidadãos; e resolução dos problemas habitacionais das populações”⁴⁰⁷. Estas são apoiadas financeiramente pela Administração e estão sujeitas à tutela administrativa⁴⁰⁸, podendo assumir, como já vimos, a forma associativa ou fundacional.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Cfr. Artigo 5.º do DL n.º 98/2009.

⁴⁰⁷ Cfr. Artigo 1.º n.º 1 do EIPSS.

⁴⁰⁸ Cfr. Artigo 32.º n.º 1, artigo 33.º e artigo 34.º do EIPSS.

⁴⁰⁹ Cfr. Artigo 2.º n.º 1 do EIPSS.

Das características expostas, colocasse a seguinte questão: em que medida as IPSS poderão ser consideradas “organismos de direito público”? Cumprem todos os requisitos necessários para tal qualificação?

É o que vamos analisar ao pormenor no ponto seguinte.

3. O conceito de “organismo de direito público” e as Instituições Particulares de Solidariedade Social

Depois de referidas as características essenciais e o regime basilar das IPSS, bem como depois de analisados os requisitos necessários para a qualificação de uma entidade como “organismo de direito público”, cumpre aferir se as IPSS podem ou não assumir essa designação.

As IPPS, consideradas como entidades de cariz particular adquirem personalidade jurídica por intermédio da constituição ou do reconhecimento, como analisamos anteriormente. Realizam atividades de inegável interesse geral relacionadas com a solidariedade social. A sua atuação na sociedade é considerada fulcral para a realização da justiça social.

A dúvida neste campo reside na natureza das atividades de interesse geral realizadas. Serão desprovidas de interesse comercial e industrial? Para responder a esta indagação é necessário analisar o modo de financiamento destas instituições, verificando se atuam no mercado providas de prerrogativas especiais ou se atuam numa situação igualitária às restantes entidades.

3.1 O modo de financiamento das Instituições Particulares de Solidariedade Social

Os instrumentos contratuais de cooperação são, sem dúvida, os meios privilegiados de convocação das organizações particulares para o exercício de tarefas públicas. É através desta fórmula contratual que se instituem e normalizam as relações de cooperação, e que as instituições ganham estatuto de colaboradores ou auxiliares da

Administração. A participação das IPSS na realização dos objetivos de segurança social concretiza-se através da cooperação, mediante a realização de acordos com o “Estado”⁴¹⁰.

O Despacho Normativo n.º 72/92⁴¹¹ procedeu à regularização da cooperação entre o Estado e as IPSS. Esta normativa pretendeu aperfeiçoar os instrumentos de cooperação existentes, clarificando as questões de aplicação duvidosa integrando normas eficazes e de fácil compreensão.

Essa cooperação tem por finalidade essencial a “concessão de prestações sociais e baseia-se no reconhecimento e valorização, por parte do Estado, do contributo das instituições para a realização dos fins da ação social, enquanto expressão organizada da sociedade civil”⁴¹².

Para celebrar estes acordos é necessário o reconhecimento da natureza particular das instituições bem como a aceitação do princípio de que devem privilegiar as famílias e grupos socialmente desfavorecido sendo que as suas instalações devem ter capacidade para realizar essas atividades⁴¹³. Para poderem ser efetivados é necessário que as instituições estejam registadas e que se verifiquem necessidades reais na comunidade onde esta se insere⁴¹⁴. Ainda, estes acordos devem ser reduzidos a escrito e subscritos pela instituição e pelos centros regionais, sendo que em casos específicos devem ser homologados pelo Diretor-Geral da Ação Social⁴¹⁵.

Para realizar as atividades a que estão adstritas, as IPSS receberão do Estado uma comparticipação financeira. Essa comparticipação destina-se a subsidiar as despesas correntes de funcionamento dos equipamentos ou serviços⁴¹⁶.

Além do Despacho Normativo que regula os acordos de cooperação, esta temática encontra-se constitucionalmente consagrada, como já foi referido

⁴¹⁰ No texto utilizaremos a palavra “Estado” em sentido amplo, dado que no caso em apreço, as pessoas coletivas públicas que subscrevem estes acordos são os Centros Distritais de Segurança Social.

Foi no início da década de 80 que surgiram as primeiras normas reguladoras destes acordos pelo Despacho Normativo n.º 387/80 e n.º 388/80, alterados pelo Despacho normativo n.º 12/88 e n.º 75/92 (atual).

⁴¹¹ Este despacho foi alterado pelo Despacho Normativo n.º 31/200. Posteriormente designado apenas por Despacho Normativo

⁴¹² Cfr. Norma II do Despacho Normativo.

⁴¹³ Cfr. Norma XII do Despacho Normativo.

⁴¹⁴ Cfr. Norma XIII do Despacho Normativo.

⁴¹⁵ Cfr. Norma XIV e XV do Despacho Normativo.

⁴¹⁶ Cfr. Norma XXVII, n.º 1 e 2.º do Despacho Normativo.

anteriormente, pelo artigo 63.º da CRP. O legislador ordinário, seguindo a indicação constitucional, aprovou a LBSS.

A LBSS foi aprovada em 1984⁴¹⁷ tendo sido objeto de alterações ao longo destes anos. Atualmente regulada pela Lei n.º 4/2007 de 16 de Janeiro, a LBSS define as “bases gerais em que assenta o sistema de segurança social”⁴¹⁸, com o objetivo de “garantir a concretização do direito à segurança social, promover a melhoria sustentada das condições e dos níveis de proteção social e o reforço da respetiva equidade e promover a eficácia do sistema e a eficiência da sua gestão”⁴¹⁹. A nova LBSS “vem consagrar o direito à segurança social como um verdadeiro direito de cidadania, dando pois um pleno cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 63.º do texto constitucional quando dispõe que «todos têm direito à segurança social»”. Esta nova lei visa assegurar direitos básicos e a igualdade de oportunidades, o direito a mínimos vitais dos cidadãos em situação de carência económica bem como a prevenção e erradicação das situações de pobreza⁴²⁰.

Atendendo especificamente à cooperação das IPSS com o Estado, a LBSS refere no seu artigo 31.º n.º 6 que o “desenvolvimento da ação social concretiza-se, no âmbito da intervenção local, pelo estabelecimento de parcerias, designadamente através da rede social, envolvendo a participação e a colaboração dos diferentes organismos da administração central, das autarquias locais, de instituições públicas e das instituições particulares de solidariedade social e outras instituições de reconhecido interesse público”.

No mesmo artigo, o n.º 1 afirma que “ação social é desenvolvida pelo Estado, pelas autarquias e por instituições privadas sem fins lucrativos, de acordo com as prioridades e os programas definidos pelo Estado (...)”.

O artigo 32.º n.º1 da referida lei, refere-se em concreto às IPSS, seguindo a mesma linha de pensamento do artigo 63.º da CRP, dispondo que “o Estado apoia e valoriza as instituições particulares de solidariedade social e outras de reconhecido interesse público, sem carácter lucrativo, que prossigam objetivos de solidariedade social”. Ainda, no n.º 3 é consagrada a possibilidade de ingerência do Estado nesta

⁴¹⁷ Lei n.º 28/84 de 14 de Agosto. Esta lei foi revogada pela Lei n.º17/2000 de 8 de Agosto, posteriormente revogada pela Lei n.º 32/2002 de 17 de Dezembro que foi revogada pela atual Lei n.º4/2007 de 16 de Janeiro.

⁴¹⁸ Cfr. Artigo 1.º da LBSS.

⁴¹⁹ Cfr. Artigo 4.º da LBSS.

⁴²⁰ Cfr. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *A nova lei de bases do sistema de solidariedade e segurança social*, in: “Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 86.

matéria: “o Estado exerce poderes de fiscalização e inspeção sobre as instituições particulares de solidariedade social e outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, que prossigam objetivos de natureza social, por forma a garantir o efetivo cumprimento das respetivas obrigações legais e contratuais, designadamente das resultantes dos acordos ou protocolos de cooperação celebrados com o Estado”.

O legislador elege assim a cooperação como o modo de realização de tarefas que são da competência do Estado. Todavia são consideradas atividades de utilidade pública desenvolvidas por particulares, não sendo “reconduzidas ao exercício privado de funções públicas”⁴²¹.

Um dos traços que caracteriza o sistema administrativo da nossa época é efetivamente a cooperação entre a Administração Pública e os particulares. Os particulares são solicitados a contribuir para a realização de fins institucionais da Administração, poderão ter interesse privado em oferecer essa colaboração, mas a tarefa envolvida reveste sempre carácter público⁴²². Daqui se concluiu que no universo específico destas instituições, a cooperação surge como um modelo institucional e jurídico da atuação das IPSS no exercício da ação social.

Tendo em conta o Despacho Normativo referente a esta cooperação, é possível diferenciar duas formas típicas de acordos: acordos de cooperação e acordos de gestão.

✓ **Acordos de Gestão**

Os acordos de gestão visam confiar às instituições “a gestão das instalações, serviços e estabelecimentos afetos ao exercício das atividades do âmbito da ação social, quando daí resultem benefícios para o atendimento dos utentes, interesse para a comunidade e um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis”, sendo que esses acordos só se podem celebrar “com instituições em cujos objetivos estatutários se enquadrem as atividades desenvolvidas ou a desenvolver nas instalações e estabelecimentos que sejam objeto dos acordos”⁴²³.

As instituições obrigam-se a “conservar em bom estado todo o material existente, a observar os critérios em vigor dos estabelecimentos para a admissão dos

⁴²¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 330.

⁴²² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 454 e 455.

⁴²³ Cfr. Norma IV do Despacho Normativo.

utentes e a devolver aos centros regionais o material que consta do inventário⁴²⁴. Pode assim dizer-se que o objeto imediato deste acordo é a gestão, e o estabelecimento, o equipamento, as instalações ou os serviços, o objeto mediato. A finalidade prende-se com a manutenção e continuidade de prestação de um serviço público.

A dúvida que aqui se pode colocar prende-se com a natureza da relação jurídica criada por este acordo. Atendendo que o estabelecimento é público, que o serviço prestado é um serviço público, que a gestão está sob alçada da Administração e que o funcionamento também é público, pode dizer-se que este contrato tem natureza administrativa. Todavia pode suceder que o estabelecimento ainda não se encontra em funcionamento ou esteja apenas em funcionamento parcial, e nestes casos a entidade contratada assume também a obrigação de instalar o serviço. Neste caso já não se trata de um puro contrato de gestão, mas de contrato misto que “contém ou conjuga cláusulas próprias ou específicas dos contratos de gestão com elementos ou obrigações de um contrato de instalação de serviços ou atividades”⁴²⁵. Apesar de eventualmente poder acontecer a realização de obras, nos contratos de gestão essa responsabilidade é da entidade contratante, como refere o Despacho Normativo⁴²⁶.

O facto de as IPSS prosseguirem fins legais e até estatutários coincidentes com os da Administração, não lhes confere uma habilitação originária para este tipo de gestão, sendo portanto necessário a realização destes acordos, que impõe obrigações ao Estado e às IPSS mas também aos seus utentes ou beneficiários⁴²⁷.

Apesar da gestão do estabelecimento ser privada, as entidades gestoras ficam vinculadas à observância de regras públicas, na medida em que a Administração não alienou a gestão do serviço público, não houve uma concessão pura. Mas o facto de a titularidade do serviço público se manter na Administração, não significa que a entidade contratada não atue em nome próprio. A ela são-lhe imputáveis, por exemplo, os atos de admissão ou não dos beneficiários, bem como a cobrança a cada um dos beneficiários pelos serviços prestados. Sendo assim, a regra deve ser a de que a relação da entidade gestora do estabelecimento com os beneficiários se processe segundo o direito privado.

⁴²⁴ Cfr. Norma XVI do Despacho Normativo.

⁴²⁵ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 375.

⁴²⁶ Cfr. Norma XX n.º 7 do Despacho Normativo.

⁴²⁷ Daí que se possa afirmar que estes contratos tem um efeito misto e não apenas bilateral.

✓ **Acordos de Cooperação**

Os acordos de cooperação têm por objetivo a prossecução de ações que “visem o apoio às crianças, jovens, deficientes, idosos e à família, bem como a prevenção e a reparação de situações de carência, de disfunção e marginalização social, o desenvolvimento das comunidades e a integração e promoção social”, bem como “o apoio e o estímulo às iniciativas das instituições que, sem fins lucrativos e numa base de voluntariado social, contribuam para a realização dos fins da ação social”⁴²⁸.

As instituições tem assim por obrigação garantir o bom funcionamento dos equipamentos ou serviços, proceder à admissão dos utentes de acordo com os critérios estabelecidos, aplicar as normas de comparticipação dos utentes e família consoante o sistema de critérios das instituições, assegurar as condições de bem-estar dos utentes, assegurar a existência dos recursos humanos adequados, fornecer os dados relevantes aos centros distritais, cumprir todas as cláusulas referidas no acordo e regular a sua atividade de forma a poder articular os seus programas com outros serviços⁴²⁹. A celebração de acordos de cooperação constitui assim “salvaguarda dos direitos e obrigações das partes envolvidas, tendo em vista o fim social que pretende atingir e que incumbe ao Estado garantir”⁴³⁰.

É possível tipificar os acordos de cooperação. Assim, poderá haver situações em que a Administração, delega nas IPSS a concreta execução de programas de natureza social. Neste caso, o programa é público, a responsabilidade pela sua gestão é pública, e os recursos financeiros também tem um caráter público. É, portanto, uma atividade administrativa realizada pela IPSS. Apesar de já ser tarefa das IPSS realizar estas atividades, quando estas constem de acordos, as IPSS assumem perante a Administração a obrigação de praticar os atos ou desenvolver as atividades previstas ou necessários à execução daquele programa. Nestes casos estamos perante contratos de prestação de serviços (sem que haja a alienação da titularidade ou da responsabilidade da gestão) e não de mera atribuição.

⁴²⁸ Cfr. Norma III do Despacho Normativo. Os objetivos específicos dessa cooperação encontram consagração nas normas seguintes do Despacho Normativo: apoio a crianças e jovens (Norma V), apoio a crianças e jovens com deficiência (Normas VI), apoio à família e comunidade (Normas VII), apoio à população adulta com deficiência (Norma VIII) e apoio à população idosa (Norma IX). Estas atividades podem ser desenvolvidas nos estabelecimentos sociais referidos na Norma X do Despacho Normativo, como por exemplo, creches e jardim-de-infância, centros de atividade de tempos livre, lares de apoio a crianças e jovens, lares e centros de dia, centros de apoio ocupacional, colónias de férias, comunidades terapêuticas, cantinas sociais e centros comunitários.

⁴²⁹ Cfr. Norma XVI do Despacho Normativo.

⁴³⁰ Cfr. MARIA DE FÁTIMA BARROCO, *As instituições particulares de solidariedade social – seu enquadramento e regime jurídico*, ob. cit., p. 68.

Mas os acordos de cooperação predominantes são aqueles em que os programas são próprios e de iniciativa exclusiva dos particulares. O Estado reconhece utilidade social a estas ações, apoia-as, financiando total ou em parte o seu desenvolvimento. Apesar de ser uma atividade integralmente privada, com o acordo de cooperação, a entidade privada desenvolve a atividade sob certas condições, tem a mesma sujeição imposta para os contratos de gestão, de modo que o seu regime acabará por ser fundamentalmente o mesmo.

Pode então dizer-se que a intenção subjacente a estes acordos é “integrar funcionalmente a actividade desenvolvida pelas instituições no sistema público de acção social, e não apenas fomentar ou incentivar o desenvolvimento de actividades consideradas de interesse público coincidentes com as da Administração”⁴³¹.

Dada a manifesta importância dos acordos realizados entre as IPSS e o Estado, LICÍNIO LOPES entende que era legítimo “a autonomização específica de uma categoria de contratos, que se poderá designar por contratos de cooperação (...)”, sendo que a “institucionalização destes contratos poderá fundar uma espécie de mini-pacto social”⁴³².

No entendimento de SÍLVIA FERREIRA, em determinados casos, esta cooperação não funciona nas devidas condições pois “o Estado não conhece os beneficiários dos serviços que financia nem consegue garantir que estes beneficiários sejam os que mais necessitam do seu apoio; as organizações são desincentivadas a instalar-se nas zonas mais carenciadas ou a atender em primeiro lugar os mais carenciados; o Estado não consegue definir exactamente quais são os serviços que financia e garante como direitos, nem o modo como estes são fornecidos”. Refere ainda que “as organizações do terceiro sector são fortemente incentivadas a implantar-se e desenvolver-se nas áreas desenhadas no quadro dos mecanismos de cooperação entre o Estado e as IPSS, onde devem suprir as necessidades identificadas nestes mecanismos e se desincentiva a inovação”⁴³³.

⁴³¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 382.

⁴³² Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 392.

⁴³³ Cfr. SÍLVIA FERREIRA, *O papel de movimento social das organizações do terceiro sector em Portugal*, ob. cit., p. 83.

Atualmente está em vigor o Protocolo de Cooperação 2013-2014 entre o Ministério da Solidariedade e da Segurança Social e a União das Misericórdias portuguesas, a confederação nacional das Instituições de Solidariedade e a União das Mutualidades portuguesas, que refere “os princípios da parceria público/social, determina um compromisso assente na partilha de objetivos e interesses comuns, bem como de repartição de obrigações e responsabilidade entre o Estado e as Instituições”.

Devido ao contexto atual do país, caracterizado por um esforço de contenção orçamental no quadro do programa de assistência económico-financeira (PAEF), foi necessário a atualização do protocolo de cooperação de forma colmatar as deficiências existentes. Este prevê “uma maior eficiência da rede solidária de equipamentos sociais, com vista a uma maior eficácia das capacidades e dos recursos existentes”, contemplando as participações financeiras das diversas áreas de atuação destas entidades⁴³⁴.

Para fazer frente às atuais inquietações sociais, os valores da participação financeira aumentaram 1,3% face ao observado em 2012⁴³⁵. No que diz respeito às respostas sociais, novas regras e pressupostos foram implementados para a criação de novos acordos, como é referido no Protocolo, no capítulo “Das respostas sociais”. O acompanhamento e avaliação da execução deste protocolo é assegurado pela Comissão nacional de acompanhamento e avaliação de protocolos e acordos de protocolos (CNAAPAP) criada pelo Despacho Normativo n.º 2/2012 de 14 de Fevereiro⁴³⁶.

O apoio financeiro do Estado às IPSS não se esgota nos acordos de cooperação. Como já foi anteriormente dito, as participações da Segurança Social por meio dos acordos de cooperação destinam-se a custear as despesas relativas ao funcionamento das organizações. Todavia, a Administração Pública contribui também para o investimento em equipamentos sociais, seja de construção ou remodelação. Chamamos aqui à colação, o Fundo de Socorro Social⁴³⁷. Este Fundo é “considerado autónomo, dotado de autonomia administrativa e financeira, integrado no sistema de ação social e que se

⁴³⁴ Este protocolo está disponível *online* no *site* oficial da Segurança Social, em http://www4.seg-social.pt/documents/10152/453857/Protocolo+MSSS_Uni%C3%A3o_Miseric%C3%B3rdia_Port_Confed_Nac_IPS_Uni%C3%A3o_Mutualista_Port.

⁴³⁵ Cfr. Artigo 1.º do Protocolo de Cooperação 2013-2014.

⁴³⁶ Cfr. Artigo 15.º do Protocolo de Cooperação 2013-2014.

⁴³⁷ O Fundo de Socorro Social foi implementado por intermédio do DL n.º 102/2012 de 11 de Maio, regulamentado pela portaria n.º 428/2012 de 31 de Dezembro.

destina à prestação de auxílio em situações de calamidade, de sinistro e de combate á exclusão social, através de apoio a conceder às IPSS”⁴³⁸.

O Fundo Social de Socorro destina-se a prestar apoio às IPSS ou instituições equiparadas e a famílias. A concessão do apoio é decidida por despacho de um membro do governo responsável pela área da SS mediante requerimento da entidade interessada ou por proposta dos serviços competentes da SS. Esse requerimento deve ser acompanhado, da memória justificativa com a exposição dos motivos que fundamentam a necessidade e da estimativa orçamental devidamente fundamentada através de orçamentos ou faturas pró-forma.

Além disso há ainda outro tipo de subsídios derivados de alguns programas ou projetos que transferem igualmente algumas verbas às IPSS. Podem ser programas de apoio ao investimento ou de desenvolvimento social. Os programas são formas de incentivo do Estado a outras entidades para que estas desenvolvam necessidades sociais que necessitam de resposta imediata.

Muitos foram os programas implementados ao longo destes anos, aqui apenas citaremos alguns a título exemplificativo, os que de momento não se encontram encerrados e que têm por destinatários as IPPS⁴³⁹.

Começemos pelos programas de apoio ao investimento.

O programa de alargamento da rede de equipamentos sociais (PARES) tem por finalidade apoiar o desenvolvimento e consolidar a rede de equipamentos sociais no território continental. O PARES incide em respostas sociais concretas, designadamente na criação de novos lugares em creches (facilitando a conciliação da vida familiar com a vida profissional), no reforço dos serviços de apoio domiciliário e dos centros de dia (promovendo as condições de autonomia das pessoas idosas), no aumento do número de lugares em lares de idosos associados a situações de maior dependência e contempla ainda a integração de pessoas com deficiência pelo incremento da rede de respostas residenciais e de centros de atividades ocupacionais. O financiamento no âmbito do PARES destina-se a obras de construção de raiz, a obras de ampliação, remodelação de edifício ou fração e à aquisição de edifício ou fração. O PARES é exclusivamente financiado com verbas provenientes dos resultados líquidos da exploração dos jogos

⁴³⁸ Cfr. VASCO ALMEIDA, *Governança, instituições e terceiro sector: as instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit. p. 180.

⁴³⁹ Os dados referidos posteriormente foram retirados do site oficial da Segurança Social, <http://www4.seg-social.pt>.

sociais, atribuídos ao Ministério da Solidariedade e da Segurança Social⁴⁴⁰. As candidaturas a este programa devem conter todas as disposições mencionadas na Portaria n.º 426/2006, de 2 de Maio que regula esta matéria, sendo que a seleção dos projetos é elaborada segundo critérios específicos de modo a potencializar o interesse coletivo.

O Programa Operacional Potencial Humano (POPH) é o programa que concretiza a agenda temática para o potencial humano inscrita no Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN), documento programático que enquadra a aplicação da política comunitária de coesão económica e social em Portugal no período 2007-2013. Este pretende, entre outras prioridades, conferir especial ênfase ao alargamento da rede de equipamentos sociais, contribuindo assim para uma melhoria efetiva no acesso e, sobretudo, na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e à própria comunidade. São seus objetivos superar o défice estrutural de qualificações da população portuguesa, promover o conhecimento científico, a inovação e a modernização do tecido produtivo, estimular a criação e a qualidade do emprego, e promover a igualdade de oportunidades, através do desenvolvimento de estratégias integradas e de base territorial para a inserção social de pessoas vulneráveis a trajetórias de exclusão social⁴⁴¹.

O Programa de Investimento e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central (PIDDAC) visa assegurar, às IPSS ou equiparadas, apoios financeiros no âmbito dos investimentos, designadamente na criação, ampliação ou remodelação de equipamentos sociais, contribuindo assim para uma melhoria efetiva no acesso e, sobretudo, na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e à própria comunidade. No âmbito da execução do PIDDAC, o investimento total do projeto é constituído por participação financeira privada e por participação financeira da SS, sendo que os respetivos montantes constam no protocolo de financiamento celebrado entre o Instituto da Segurança Social (ISS) e a Entidade Promotora. As informações para a execução deste projeto constam do Manual de Apoio à Execução dos Projetos do PIDDAC- Equipamentos Sociais, que pretende clarificar e definir orientações, sobre os procedimentos a adotar no âmbito da execução dos projetos de investimento, bem como apresentar os pontos essenciais exigíveis em sede de acompanhamento, controlo e avaliação do Programa.

⁴⁴⁰ Conforme o disposto na alínea a) do n.º 5 do artigo 3.º do DL n.º 56/2006 de 15 de Março, e no Despacho Conjunto n.º 1057/2005, de 10 de Novembro.

⁴⁴¹ Para mais desenvolvimentos consultar <http://www.poph.qren.pt>.

Os Contratos Locais de desenvolvimento Social Mais (CLDS+) destinam-se a entidades de direito privado sem fins lucrativos que atuem na área do desenvolvimento social, designadamente as IPSS. Este programa tem por finalidade promover a inclusão social dos cidadãos através de ações, a executar em parceria, que permitam contribuir para o aumento da empregabilidade, para o combate das situações críticas de pobreza, especialmente a infantil, da exclusão social em territórios vulneráveis, envelhecidos ou fortemente atingidos por calamidades. O Programa CLDS+ é financiado por fundos estruturais em conformidade com a legislação nacional e comunitária aplicável, designadamente FSE e por verbas provenientes dos resultados líquidos da exploração dos jogos sociais. O Programa CLDS+ aplica-se a todo o território nacional continental.

No que diz respeito aos programas de apoio ao desenvolvimento social, podemos citar o Programa Comunitário de Ajuda Alimentar a Carenciados (PCAAC) tem por beneficiários, todas as famílias/pessoas e Instituições/utentes cuja situação de dependência social e financeira for verificada e reconhecida. É uma ação anualmente promovida pela Comissão Europeia e que adota um plano de atribuição de recursos aos Estados-membros, para o fornecimento e distribuição de géneros alimentícios provenientes das existências de intervenção a favor das pessoas mais necessitadas da UE.

A estes modos de financiamento considerados públicos, juntam-se ainda as comparticipações familiares. Tal como refere o Despacho Normativo, “as organizações deverão aplicar as normas de comparticipação dos utentes ou famílias segundo critérios das instituições, desde que adequados aos indicativos técnicos aplicáveis para cada modalidade (...)”⁴⁴². Em 1993, foi publicado um Despacho Normativo de carácter indicativo que determinava as normas reguladoras das comparticipações dos utentes e das suas famílias. Em 1997, esse carácter indicativo tornou-se obrigatório devido à publicação da circular de orientação normativa n.º 3 de 2 de Maio de 1997⁴⁴³. A comparticipação deve ser sempre determinada de forma proporcional ao rendimento do agregado.

⁴⁴² Cfr. Norma XVI n.º 1 c) do Despacho Normativo

⁴⁴³ Esta circular, emanada pela Direção-Geral da Ação Social, disponha o modelo de regulamento das comparticipações dos utentes e família pela utilização de serviços e equipamentos sociais das IPSS. A esta circular está subjacente a circular normativa n.º 7 de 1997 de 14 de Agosto que tinha por objetivo proceder à interpretação da circular anterior.

Apesar de existirem como foi dito, diversas formas de financiamento, do ponto de vista geral, as comparticipações derivadas dos acordos de cooperação são as mais expressivas e as relevantes para a qualificação de “financiamento por uma autoridade pública.”

Depois de analisados estas formas de financiamento algumas dúvidas podem surgir no que respeita à questão de dependência das IPSS em relação ao Estado.

Apesar da autonomia conferida por lei às IPSS, o certo é que a dependência pressupõe um comprometimento com o Estado, na garantia dos fins a que se propõem estas entidades. No entendimento de HESPANA, “tal dependência tenderá a tornar vulnerável e eventualmente pouco credível a reivindicada autonomia das instituições e das suas organizações federativas (...)”⁴⁴⁴.

Assim o Estado tem uma implicância na afetação dos recursos e do apoio técnico destinados à instalação e funcionamento dos serviços, como contrapartida, as instituições obrigam-se a prestar serviços especificados às populações.

A cooperação é uma das mais importantes fontes de recursos das instituições, e para o Estado afigura-se como o meio mais económico de se “desresponsabilizar” da provisão social direta⁴⁴⁵. A autonomia consagrada das IPSS passa assim sobretudo pela sua independência económica e pela capacidade de criar recursos próprios. Mas nos tempos atuais, a capacidade de gerar recursos é muito reduzida, e por vezes este financiamento por parte do Estado e as comparticipações dos utilizadores são das únicas formas de sobrevivência destas instituições.

Neste contexto de cooperação, e tendo em conta o objeto de estudo é relevante analisar outro aspeto essencial relativo à aplicação do CCP a estes acordos.

Tendo em conta o artigo 1.º da Diretiva 2004/18, são considerados como contratos públicos “os realizados a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços...”⁴⁴⁶. O

⁴⁴⁴ Cfr. PEDRO HESPANA, *Entre o Estado e o Mercado : as fragilidades das instituições de proteção social em Portugal*, Coimbra: Quarteto, 2000, p. 143.

⁴⁴⁵ Cfr. PEDRO HESPANA, *Entre o Estado e o Mercado : as fragilidades das instituições de proteção social em Portugal*, ob. cit., p. 224.

⁴⁴⁶ O artigo 1.º n.º 2 d) da Diretiva dispõe que são considerados “Contratos públicos de serviços”, os contratos públicos que não sejam contratos de empreitadas de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços

conceito que mais dúvida levanta para aferir da possível aplicação do CCP nestes acordos, é a dimensão onerosa da relação jurídica.

Do que ficou exposto, podemos afirmar que a grande diferença que distingue os contratos celebrados entre o Estado e as IPSS relativamente aos demais contratos celebrados com outras entidades privadas, se relaciona com o facto de a prossecução por parte das IPSS de interesses gerais ser o motivo essencial da criação desse acordo, bem como o fim que as une à Administração. Já nos outros contratos, o fim do colaborador é, em regra, a obtenção do lucro por meio da realização de atividades de interesse público.

No caso das IPSS, o financiamento fornecido pelo Estado tem apenas por finalidade suportar os custos da própria prestação do serviço ao utente, nunca representando uma contrapartida remuneratória para a Instituição.

Sendo assim, poder-se-á afirmar que a formação destes contratos não se encontra abrangida pela Parte II do CCP, relativa aos tipos de procedimento de formação dos contratos, pois o requisito da “onerosidade” não está contemplado.

Mas na opinião de LICÍNIO LOPES isso não invalida a existência de um procedimento público para a celebração destes acordos que “advém dos princípios gerais da atividade administrativa”⁴⁴⁷. Assim é possível, na opinião do autor, garantir a imparcialidade da Administração na seleção das instituições, havendo uma maior proteção destas para reagirem contenciosamente. E ainda, este respeito aos princípios, faz com que a Administração possa escolher a instituição com melhor idoneidade para realizar o acordo, e para garantir a transparência e a publicidade.

Atendendo ao carácter específico destes acordos, o mesmo autor entende que deveria ser criada “uma disciplina legislativa própria para este sector, que conceda uniformidade procedimental às relações de cooperação”⁴⁴⁸.

Todavia convém evidenciar que a não sujeição à Parte II do CCP, não significa que os mesmos se encontrem excluídos da Parte III relativa ao regime substantivo dos

mencionados no anexo II, como serviços de manutenção e de reparação, serviços de transporte terrestre, serviço de transporte aéreo, serviços de telecomunicações, serviços financeiros, serviços informáticos, serviços de investigação e desenvolvimento, serviços de contabilidade, serviços de estudo de mercado e serviços de consultadoria em gestão, serviços de arquitetura, serviços publicitários, serviços de limpeza de edifícios, serviços de edição e impressão de obras e serviços de arrumamentos e recolha de lixo. Os serviços de carácter social encontram-se mencionados no anexo II B e são referentes a serviços de hotelaria, de transportes, jurídicos, de colocação e de fornecimento pessoal, de investigação e de segurança, de educação e formação profissional, de saúde, de carácter recreativo entre outros serviços.

⁴⁴⁷ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Contrato Público e organização administrativa*, in: “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 718.

⁴⁴⁸ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Contrato Público e organização administrativa*, ob. cit., p.719.

contratos administrativos. Considerados como contratos de natureza administrativa, como vimos anteriormente, e como a disciplina que os regula não refere nada sobre o regime da invalidade ou sobre o regime da execução é possível afirmar que tais contratos estão abrangidos pela Parte III do CCP, pelo menos quanto aos aspetos que não sejam incompatíveis com a sua natureza⁴⁴⁹.

Relacionado com esta matéria, outra dúvida se levanta. Já vimos que a Parte II do CCP não se aplica aos acordos de cooperação realizados entre o Estado e as IPSS, mas e os contratos celebrados entre as IPSS e terceiros?

Neste caso analisaremos a IPSS como “organismo de direito público”. Os requisitos relativos à personalidade jurídica e à satisfação de interesses gerais já foi anteriormente analisado. Resta aqui averiguar a natureza das atividades e verificar a dependência destas entidades a uma autoridade pública.

Se as instituições atuarem em condições normais de mercado, não as podemos considerar como “organismo de direito público”, mesmo que o Estado sobre elas tenha uma influência dominante. Todavia se atuarem em condições de mercado protegido ou próprio, e não num mercado público devemos considerar a existência de uma influência dominante, e nesse caso, considerá-la como “organismo de direito público”.

Tendo em conta a doutrina, “as entidades do terceiro setor podem desenvolver as mesmas atividades, no mesmo ambiente de negócios, que as entidades do sector lucrativo”⁴⁵⁰. O que pode alterar a natureza do mercado, é o relacionamento que venha a gerar com o Estado o que pode conduzir a instituição a retirar-se do mercado ou a alterar o seu modo comportamental, conforme o artigo 2.º alínea a) ponto i) do CCP.

Assim, apenas uma análise casuística permite a verificação do requisito elencado no referido artigo.

Todavia se encontrarmos uma instituição constituída para prosseguir interesses privados de carácter geral, que atua em condições de mercado próprio e sob influência

⁴⁴⁹ Esta ideia é referida por LICÍNIO LOPES, *Contrato Público e organização administrativa*, ob. cit., p. 720.

Para corroborar a sua teoria, LICÍNIO LOPES elenca a disposição normativa referenciada no artigo 1.º n.º 5 e artigo 280.º do CCP. Tendo em conta o artigo 280.º “Na falta de lei especial, as disposições do presente título são aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas.” O outro artigo salienta que “O regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na parte III do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo.”

⁴⁵⁰ Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *As fundações como entidades adjudicantes no Código dos Contratos Públicos: algumas considerações*, ob. cit., p. 232.

dominante da Administração Pública em sentido clássico, devemos sem qualquer dúvida qualificá-la como “organismo de direito público”.

No que diz respeito à dependência a uma autoridade pública, e tomando por exemplo a figura do Estado, apesar da sua influência não se projetar nas IPSS através do controlo de gestão - visto que como analisamos anteriormente a gestão é em regra dos particulares – ou mesmo da designação maioritária dos órgãos constituintes da instituição, o setor social em Portugal desenvolve-se por meio de uma forte influência pública. Como já vimos, o Estado financia maioritariamente as atividades desenvolvidas pelas IPSS, o que faz com que se estiver ausente o caráter industrial ou comercial, estas instituições possam ser consideradas “organismo de direito público”, por preenchimento das subalíneas i) e ii) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Ainda, relativo ao critério de “financiamento maioritário”, convém evidenciar que esse financiamento das atividades do “organismo de direito público”, deve provir “forçosa e directamente, dos orçamentos das entidades referidas *expressis verbis* nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º1, do CCP”. Não basta que haja financiamento maioritário por dinheiros públicos (incluindo os de providência comunitária), exigindo-se que “sejam exclusivamente de origem nacional”⁴⁵¹.

Mas e se esse financiamento não for considerado maioritariamente público por se destinar apenas à realização de determinados contratos?

Nesse caso, não se considerando a instituição como entidade adjudicante, é possível aplicar o disposto no artigo 275.º do CCP, que, como já analisamos anteriormente, estende o âmbito subjetivo da contratação pública a entidades não consideradas adjudicantes, se estiver em causa a formação de contratos de empreitadas de obras públicas que sejam financiados diretamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º e cujo respetivo preço contratual seja o referido no artigo 19.º b) do CCP ou a contratos de aquisição de serviços que sejam igualmente financiados a 50%, com o valor referenciado no artigo 20.º n.º1 b), e sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objeto de um contrato de empreitada⁴⁵².

⁴⁵¹ Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Contratação Pública e fundos comunitários*, in: “Revista de direito público e regulação”, n.º1, Maio de 2009, p. 6.

⁴⁵² Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 443.

3.2 A tutela e os poderes de fiscalização exercido sobre as Instituições Particulares de Solidariedade Social: o caso concreto do Tribunal de Contas

Como já foi dito anteriormente, as IPSS tem como objetivo essencial a realização de fins de interesse geral e a colaboração com a Administração na prossecução de interesses públicos.

Dada esta cooperação, uma pergunta se coloca: de que forma se compatibiliza a liberdade de atuação das IPSS com o controlo que deverá ser exercido pela Administração?

Em termos constitucionais, e como já diversamente foi referido, o artigo 63.º n.º 5 já consagra a existência de um mecanismo de controlo, na medida em que dispõe que o Estado apoia e fiscaliza a atividade e funcionamento das IPSS (e de outras instituições de interesse público que prossigam igualmente fins de solidariedade social).

É possível ainda apontar outra normativa constitucional que faz referência a um controlo, o artigo 267.º n.º 6 que autoriza o legislador a instituir mecanismos de fiscalização em relação às entidades privadas que “exerçam poderes públicos”.

A lei estatutária das IPSS e a LBSS consagram igualmente diversos poderes de controlo e intervenção da Administração, citaremos assim os mais relevantes.

O artigo 33.º do EIPSS refere que “os orçamentos e as contas das instituições são aprovados pelos corpos gerentes nos termos estatutários, mas carecem de visto dos serviços competentes”. O Orçamento e Contas de Instituições Particulares de Solidariedade Social (OCIP) consagra um conjunto de obrigações contabilísticas que as IPSS devem cumprir a partir do momento em que se registam como IPSS na SS. A partir de 2009, estas obrigações são cumpridas, obrigatoriamente, por via eletrónica, através da aplicação OCIP. A disponibilização desta funcionalidade eletrónica teve como objetivo automatizar as tarefas associadas à receção, análise e visto dos orçamentos. A competência para a realização desse visto é do ISS conforme dispõe a Portaria n.º 1460-A/2009 de 31 de Dezembro⁴⁵³. As IPSS devem ainda ter contabilidade organizada de acordo com o plano de contas específico, daí que as suas contas exigem a intervenção de técnicos oficiais.

⁴⁵³ Cfr. Artigo 13.º n.º 2 alínea g) do Estatuto do ISS, ao departamento de gestão financeira compete “acompanhar e emitir orientações sobre a análise de contas e orçamentos das IPSS e equiparadas e apoiá-las na elaboração dos orçamentos e contas, bem como proceder à sua análise e certificá-las.”

No artigo 34.º do EIPSS é referido que “os serviços competentes poderão ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias e inspeções às instituições e seus estabelecimentos”⁴⁵⁴. Esta normativa tem por finalidade a defesa dos interesses dos beneficiários considerados como “o vértice fundamental”⁴⁵⁵ deste sistema. Este tipo de fiscalização é efetuada pelo departamento de fiscalização do ISS⁴⁵⁶.

Além do EIPSS, também a LBSS, refere a tutela que o Estado exerce sobre as IPSS. Os artigos 32.º n.º 3 e 34.º da LBSS referem, respetivamente, que o “Estado exerce poderes de fiscalização e inspeção sobre as Instituições Particulares de Solidariedade Social (...)” e que “os serviços e equipamentos sociais assegurados por instituições e entidades privadas com ou sem fim lucrativos carecem de licenciamento prévio e estão sujeitos à inspeção e fiscalização do Estado nos termos da Lei”. Neste caso pretende-se assegurar a legalidade e a licitude de atuação destas instituições.

No que concerne especificamente às IPSS é assim possível elencar um conjunto de poderes de controlo exercido pela Administração: o registo “especial” das IPSS como vimos anteriormente⁴⁵⁷, as autorizações da competência dos centros regionais de segurança social para proceder à realização de obras em estabelecimentos objeto de acordos de gestão⁴⁵⁸, a homologação de atos ou decisões das instituições pelos centros regionais no âmbito dos acordos de cooperação⁴⁵⁹, respeito pelas recomendações técnicas emitidas no âmbito dos acordos de cooperação⁴⁶⁰, sujeição aos poderes de inspeção e fiscalização decorrentes da lei como já vimos, homologação de alguns tipos de acordos de cooperação pela DGSS⁴⁶¹ e o controlo financeiro⁴⁶² devido às comparticipações públicas já referidas.⁴⁶³

⁴⁵⁴ O inquérito a que a normativa se refere tem por fundamento “indagar a veracidade dos atos ou omissões possivelmente irregulares”. Já a sindicância relaciona-se com “uma averiguação geral acerca do funcionamento de um órgão, serviço ou unidade orgânica”. Cfr. APÉLLES J. CONCEIÇÃO, *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social anotado*, ob. cit., p. 45, anotação ao artigo 34.º.

⁴⁵⁵ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 462.

⁴⁵⁶ Cfr. Artigo 10.º n.º 2 g) do Estatuto dos ISS, compete ao departamento de fiscalização “exercer a ação fiscalizadora das IPSS e de outras entidades privadas que exerçam atividades de apoio social”.

⁴⁵⁷ Este registo tem por função controlar o processo constitutivo da instituição, controlar as suas vicissitudes e reconhecer a sua função credenciadora.

⁴⁵⁸ Cfr. Norma XVI alínea g) do Despacho Normativo.

⁴⁵⁹ Cfr. Norma XV do Despacho Normativo.

⁴⁶⁰ Cfr. Norma XVI alínea h) do Despacho Normativo.

⁴⁶¹ Cfr. Normas XV e XXIII do Despacho Normativo.

A legitimidade da existência deste controlo advém desde logo do expressivo apoio financeiro de que estas instituições são destinatárias e que já foi analisado no ponto anterior. Este controlo pode fundar-se na obrigação do Estado em zelar pelo cumprimento efetivo das atividades que são da sua obrigação, mas que são desenvolvidas por estas instituições competentes.

Todavia muitas são as dúvidas colocadas devido ao carácter “intrusivo” que estas normativas exercem sobre a liberdade de atuação e autonomia privadas das IPSS. Segundo LICÍNIO LOPES, a “generalidade dos atos em causa são actos típicos de uma relação de tutela e são praticados no âmbito de uma relação constante ou permanente (...)”⁴⁶⁴. Todavia, este conceito de “tutela administrativa” deve ter em atenção a complexidade da relação em causa, que abrange um controlo de legalidade mas também um controlo financeiro que abarca juízos de eficiência e eficácia. Este controlo exercido é considerado “multifuncional”, tendo como elemento fulcral “um juízo de conformidade a regras previamente estabelecidas, que podem ser de diversa natureza”⁴⁶⁵.

Do exposto podemos concluir, conformando com a doutrina de LICÍNIO LOPES, que os poderes de controlo exercido pela Administração sobre as IPSS devem ser compreendidos no “quadro de um novo pacto social, em que as relações contratuais de cooperação constituam o paradigma disciplinador não só da partilha de responsabilidades na realização de fins comuns (...) mas também do exercício dos tradicionais poderes de controlo”⁴⁶⁶.

Daqui se pode concluir que o exercício dos poderes de controlo por parte da Administração assume um relevo importante para assegurar a legalidade e eficiência da cooperação entre as IPSS e o Estado.

Toda a atividade que envolve gestão exige, para sua eficácia, um sistema de controlo adequado. O controlo associado à gestão deve ser desenvolvido por órgãos e serviços dotados de independência técnica: podem exercer um controlo interno, se a

⁴⁶² Cfr. Artigo 33.º do EIPSS.

⁴⁶³ Esta exemplificação está consagrada na obra de LICÍNIO LOPES, *As Instituições de Solidariedade Social*, ob. cit., pp. 465 e 466.

⁴⁶⁴ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 472.

⁴⁶⁵ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 474.

⁴⁶⁶ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As Instituições de Solidariedade Social*, ob. cit., p. 478.

entidade fiscalizadora estiver inserida na estrutura interna do ente em causa, ou externo, quando a fiscalização se realiza por órgãos e serviços situados externamente.

O TdC é, de acordo com a CRP, o órgão de soberania que exerce o controlo externo supremo da atividade financeira do Estado. Tendo o Estado o poder de exigir dos contribuintes um comportamento correto a nível fiscal, estes têm também o “direito a exigir do Estado que ponha de pé mecanismos adequados a controlar a utilização dos dinheiros públicos e a actuação dos agentes de decisão financeira, bem como a efectiva responsabilização”⁴⁶⁷. É neste âmbito que se fundamenta a atuação do TdC.

Coloca-se aqui uma questão: sendo que as IPSS recebem do Estado um financiamento regular, principalmente no âmbito dos acordos de cooperação, poderá o TdC exercer o seu poder de fiscalização?

Antes de respondermos à questão convém elencar algumas considerações acerca do âmbito de atuação do TdC.

O TdC é um órgão que efetua um controlo financeiro externo e independente relativamente às entidades fiscalizadas. Como Tribunal, o TdC é um órgão de soberania, aplicando-se-lhe, em geral, os princípios relativos aos tribunais estabelecidos pela CRP⁴⁶⁸. Estes princípios encontram ainda consagração na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴⁶⁹.

A competência do TdC analisa-se em duas vertentes: a competência de tipo jurisdicional e a competência não jurisdicional (ou de fiscalização).

A primeira vertente exerce-se por meio de decisões, com força obrigatória geral, tendo por objetivo aferir da conformidade de atos ou de condutas com a lei. Tem por finalidade tornar efetiva a responsabilidade financeira derivada dos relatórios por si realizados ou dos relatórios dos órgãos de controlo interno. A efetivação desta responsabilidade financeira pode realizar-se mediante a reposição de determinadas

⁴⁶⁷ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Os Tribunais e o controlo dos dinheiros públicos*, in “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 152.

⁴⁶⁸ Conforme refere o artigo 214.º da CRP, “O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe...”

⁴⁶⁹ Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto com posterior alteração pela Lei n.º 87B/98 de 31 de Dezembro, Lei n.º 1/2001 de 4 de Janeiro, Lei n.º 55B/2004 de 30 de Dezembro, Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto, Lei n.º 35/2007 de 13 de Agosto, Lei n.º 3B/2010 de 28 de Abril, Lei n.º 61/2011 de 7 de Dezembro e Lei n.º 2/2012 de 2 de Janeiro.

quantias nos cofres do erário público (responsabilidade reintegratória)⁴⁷⁰ e/ou na aplicação de multas (responsabilidade sancionatória)⁴⁷¹.

Quanto à vertente não jurisdicional, o TdC tem a possibilidade de analisar a conformidade de uma atuação com determinadas normas ou objetivos, através, por exemplo, de pareceres sobre a Conta Geral do Estado e sobre as contas das Regiões Autónomas; da verificação das contas dos organismos, serviços ou entidades sujeitos à sua prestação; da realização de auditorias às entidades do artigo 2.º, por iniciativa própria, da Assembleia da República ou Governo; da fiscalização e cobrança dos recursos próprios e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da UE, bem como por meio de recomendações. Estas duas vertentes consideram-se como “poderes que formam um todo global e coerente no âmbito do nosso sistema de controlo (...)”⁴⁷².

No que respeita ao âmbito subjetivo, a jurisdição do TdC engloba, em geral, todas as entidades do setor público, independentemente de se tratar de administração estadual, indireta ou autónoma, de ser entidade administrativa ou empresarial, e ainda se estende às “entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos”⁴⁷³. Assim se pode afirmar que, “onde existir dinheiros ou outros valores públicos, o Tribunal de Contas pode exercer as suas funções de fiscalização e julgamento de responsabilidades, seja qual for a natureza da entidade gestora ou beneficiária”⁴⁷⁴.

A nível objetivo o TdC “fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras”⁴⁷⁵. A atuação do TdC corresponde assim à necessidade de controlo de dinheiros públicos.

O controlo financeiro exercido pelo TdC pode ser, quanto ao momento do seu exercício, prévio, concomitante ou sucessivo.

⁴⁷⁰ Cfr. Artigos 59.º a 64.º da LOPTC.

⁴⁷¹ Cfr. Artigos 65.º a 68.º da LOPTC.

⁴⁷² Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 978.

⁴⁷³ Relativamente ao âmbito subjetivo do TdC: artigo 2.º da LOPTC.

⁴⁷⁴ Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas*, ob. cit., p. 975.

⁴⁷⁵ Cfr. Artigo 1.º n.º 1 da LOPTC.

A fiscalização prévia⁴⁷⁶ tem por fim “verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”, sendo que no que respeita aos instrumentos gerados de dívida pública, a fiscalização prévia visa “verificar a observância dos limites e sublimites de endividamento e as respetivas finalidades, estabelecidas pela Assembleia da República”⁴⁷⁷. O perímetro subjetivo da fiscalização prévia abrange: as entidades previstas no artigo 2.º n.º1 da LOPTC⁴⁷⁸, as entidades do artigo 2.º n.º 2 a), b) e c) da LOPTC⁴⁷⁹ e ainda as “entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou”⁴⁸⁰. Quanto ao âmbito objetivo desta fiscalização, a LOPTC consagra, no artigo 5.º n.º 1 c), que é competência do TdC, “fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades”. Todavia esta regra geral deve ser mediada pelo artigo 46.º e 47.º que referem positivamente as isenções e dispensas desta fiscalização. Este controlo exerce-se mediante a concessão ou a recusa de visto⁴⁸¹.

Para além da fiscalização prévia, a lei confere ao TdC, poderes para realizar uma fiscalização concomitante (simultânea), que se traduz no acompanhamento da execução dos atos, contratos, e da atividade financeira, em geral, sob a sua jurisdição. Esta é realizada através de auditorias aos procedimentos e atos administrativos que impliquem despesas de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei, bem como à execução de contratos visados⁴⁸². Os relatórios de

⁴⁷⁶ Cfr. Artigo 5.º n.º 1 c), artigos 44.º a 4.8º e artigo 81.º a 86.º LOPTC.

⁴⁷⁷ Cfr. Artigo 44.º n.º1 e 2.º da LOPTC.

⁴⁷⁸ Falamos especificamente do Estado e seus serviços, regiões autónomas e seus serviços, autarquias locais, institutos públicos e instituições da Segurança Social.

⁴⁷⁹ Essas entidades são as associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão, empresas públicas e empresas municipais.

⁴⁸⁰ Cfr. Artigo 5.º n.º1 c) in fine da LOPTC.

⁴⁸¹ As situações de aceitação ou recusa do visto estão elencadas no artigo 44.º e 45.º da LOPTC.

⁴⁸² Cfr. Artigo 49.º da LOPTC.

auditoria integram observações e recomendações podendo originar processos de efetivação de responsabilidades.

Por fim, a fiscalização sucessiva⁴⁸³ é exercida no momento posterior ao do desenvolvimento da atividade financeira, o que implica que o TdC “verifique as contas das entidades previstas no artigo 2.º, avalie os respetivos sistemas de controlo interno, aprecie a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegure a fiscalização da comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia”⁴⁸⁴. As entidades obrigadas à prestação de contas estão elencadas no artigo 51º, sendo que o artigo 52º estabelece algumas regras a observar nessa prestação.

O TdC pode assim exercer poderes de controlo da legalidade e controlo económico. O controlo de legalidade tem uma “natureza substancial” e não um mero controlo de legalidade formal, na medida em que inclui também uma apreciação da boa gestão financeira⁴⁸⁵.

Depois de analisadas as características essenciais do TdC, vejamos agora em que termos esses poderes podem ser aplicados aos contratos públicos, sobretudo aos contratos realizados pelas IPSS.

O artigo 33.º n.º 3 do EIPSS refere que “as contas das instituições não estão sujeitas a julgamento do Tribunal de Contas”.

Temos de analisar este artigo tendo presente algumas considerações relevantes. Em primeiro lugar, sendo o financiamento atribuído às IPSS de carácter público, existem razões constitucionais que justificam a sujeição das contas destas instituições à jurisdição do TdC; em segundo lugar, a atuação do Tribunal rege-se pela Lei orgânica e não por instrumentos legislativos avulsos, e ainda, o facto de o EIPSS rejeitar que as contas das IPSS estão sujeitas a julgamento do TdC, não invalida uma possível fiscalização para verificar a legalidade e eficiência económica das despesas realizadas⁴⁸⁶.

O TdC, apesar de ser um órgão de julgamento das contas públicas, admite expressamente a possibilidade de estender a sua competência à apreciação das contas de

⁴⁸³ Cfr. Artigo 214.º da CRP e artigos 5.º, 39.º a 42.º e 50.º a 56.º da LOPTC.

⁴⁸⁴ Conforme dispõe os artigos 50.º da LOPTC.

⁴⁸⁵ Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas*, ob. cit., p. 980.

⁴⁸⁶ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 480.

entidades privadas, no caso de utilização de fundos públicos ou de serem beneficiários de privilégios ou vantagens públicas, como dispõe o já referido artigo 2.º n.º 3, bem como às “fundações de direito privado que recebam anualmente, com carácter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, relativamente à utilização desses fundos”, conforme artigo 2.º n.º 2 g). O dever de prestar contas está assim subjacente à gestão de fundos públicos

As IPSS recebem da Administração um financiamento para custear as despesas derivadas da satisfação de necessidades públicas, assumindo essa despesa, uma natureza pública.

A despesa pública deve ser entendida “como toda a utilização seja qual for o fim que, de recursos públicos, é feita por entidades públicas ou privadas desde que seja nítida a origem desses recursos, perceptível o processo da sua afectação e que haja uma razão de interesse colectivo ainda que concretizada num desígnio privado (...)”⁴⁸⁷.

Neste caso, os recursos financeiros são considerados públicos, independentemente da natureza privada da entidade que os gere. Assim, e conformando com a doutrina de LICÍNIO LOPES, “as contas das IPSS devem sob o ponto de vista constitucional, estar sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas na parte relativa aos financiamentos públicos”⁴⁸⁸.

No que diz respeito a uma fiscalização prévia, as IPSS não estão inseridas no âmbito subjetivo que analisamos anteriormente. Recapitulando, em conformidade com o artigo 5.º n.º 1 c) in fine, apenas estão sujeitas a esta fiscalização, “as entidades referidas no n.º 1.º e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou”.

No que respeita à fiscalização concomitante e sucessiva, as IPSS estão a ela sujeita na parte relativa aos fundos públicos por si auferidos⁴⁸⁹. O TdC tem assim o poder de executar auditorias às IPSS analisando os procedimentos e atos que impliquem

⁴⁸⁷ Cfr. CARLOS DE ALMEIDA SAMPAIO, *O Tribunal de contas e a natureza dualista do controlo financeiro externo*, in: “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 669.

⁴⁸⁸ Cfr. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., pp. 480 e 481.

⁴⁸⁹ Cfr. LUCAS PIRES MIGUEL, *Regime jurídico aplicável às fundações de Direito Privado e de Utilidade Pública* (online), Coimbra, Maio de 2011, pp. 13 e 14, disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>.

uma despesa dos fundos públicos, bem como apreciar a legalidade, economia, eficiência e eficácia da gestão financeira efetuada por estas entidades.

Uma última dúvida surge neste âmbito: este controlo poderá constituir uma limitação à autonomia privada das instituições?

Seguindo o entendimento de LICÍNIO LOPES, este conflito foi resolvido pela “aplicação das regras constitucionais da justificação”. O legislador foi ponderado, “não sujeitou as IPSS a uma fiscalização prévia e deixou nas mãos do Tribunal o poder de decisão relativamente ao exercício da fiscalização sucessiva e concomitante”, encontrou um modo de controlo adequado para assegurar as finalidades subjacentes às entidades⁴⁹⁰.

Assim, apesar das IPSS estarem dotadas de autonomia, e ser essa a sua grande característica, a sua atuação está sujeita a uma ingerência moderada do Estado e até do TdC, derivada sobretudo do financiamento público de que estas instituições são beneficiárias.

⁴⁹⁰ Cf. LICÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, ob. cit., p. 483.

Conclusão:

Depois de tudo o que foi elencado nesta narrativa cumpre tecer algumas considerações e constatações, de modo a dar resposta ou apenas apontar um rumo à indagação formulada no início deste estudo.

- I. As Instituições Particulares de Solidariedade Social possuem um papel importantíssimo junto da comunidade, sobretudo no apoio à ação social.
- II. Consideradas pessoas coletivas de utilidade pública, são constituídas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa de particulares, com o objetivo de desenvolver o dever moral de solidariedade e justiça entre os indivíduos.
- III. Não são administradas pelo Estado e prosseguem fins variáveis nas áreas de apoio a criança, jovens, família, integração social e comunitária, saúde, prestação de cuidados de medicina, educação e formação profissional, bem como nas necessidades habitacionais das populações.
- IV. Estas instituições estão inseridas no designado “terceiro setor”, um setor considerado intermédio entre o setor público e o setor privado.
- V. Apesar de ser incumbência constitucional do Estado a criação de um sistema de segurança social, o certo é que essas tarefas são cada vez mais desenvolvidas por estas instituições, sendo que é dever do Estado apoiar e fiscalizar as suas atividades e o seu funcionamento.
- VI. As Instituições Particulares de Solidariedade Social podem apresentar-se com natureza fundacional ou associativa.
- VII. Estão dotadas de cariz associativo, as associações de solidariedade social, as associações de voluntários de ação social, as associações mutualistas, as irmandades da misericórdia, as associações de organizações religiosas não católicas, as cooperativas de solidariedade social e as casas do povo.
- VIII. No que respeita às instituições de caráter fundacional falamos designadamente das fundações de solidariedade social, dos institutos da igreja católica e dos institutos de outras organizações religiosas.
- IX. Estas instituições podem agrupar-se formando uniões, caso revistam a mesma forma, atuem na mesma área geográfica e cujo regime de constituição o justifique; federações, nas situações em que as instituições prosseguiam

atividades congêneres; e confederações, onde se reúnem as federações e uniões já criadas.

- X. Estas instituições são reguladas de modo geral pelo Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, mas de um modo específico por outras normativas que as fundamentam.
- XI. Sendo que as Instituições Particulares de Solidariedade Social realizam atividades de interesse geral indispensáveis ao bem-estar da sociedade, e na medida em que é o Estado que apoia e financia em parte a sua realização, a contratação pública torna-se um meio de potencializar a sua atuação.
- XII. A contratação pública assume atualmente um papel nuclear no mercado mundial. Com a implementação do mercado único europeu, as barreiras existentes no âmbito da política aduaneira foram esbatidas, possibilitando uma maior interação comercial entre os Estado-membros.
- XIII. Apesar da inegável importância da contratação pública, os Tratados Europeus não consagravam explicitamente diretrizes de atuação. Todavia, os princípios constantes nos Tratados são extensíveis a esta matéria, como foi consagrado pela jurisprudência.
- XIV. Assim, os contratos públicos devem fundamentar os seus procedimentos em princípios como o da igualdade, da transparência, da publicidade, da imparcialidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da concorrência e da proteção jurisdicional efetiva.
- XV. As diretivas europeias relativas à contratação pública assumiram um papel fulcral no respeito a esta matéria.
- XVI. As primeiras diretivas implementadas possuíam um caráter liberatório, na medida em que pretendiam suprimir as restrições à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços.
- XVII. A grande alteração nesta matéria a nível europeu ocorreu em 2004, com a implementação de uma diretiva de caráter geral sobre contratação pública e uma diretiva de caráter específico sobre o setor da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.
- XVIII. Ao longo desta viagem normativa, algumas inovações ocorreram no âmbito da conceção de entidade adjudicante.

- XIX. Nas primeiras diretivas, apenas o Estado, algumas coletividades territoriais e entidades coletivas de utilidade pública, eram tidas como intervenientes nesta matéria.
- XX. De forma a incluir outras figuras, foi implementado o conceito de “organismo de direito público”.
- XXI. Para uma entidade assumir esta designação é necessário o cumprimento cumulativo dos seus requisitos.
- XXII. A entidade tem de ser dotada de personalidade jurídica, tem de satisfazer necessidades de interesse geral, desprovidas de carácter industrial e comercial e tem de estar sujeitas a um controlo por parte do Estado, das autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, seja esse controlo efetuado através do financiamento maioritário, do controlo de gestão ou da possibilidade dessa autoridade nomear membros para os órgãos de administração, direção ou fiscalização.
- XXIII. Quanto ao requisito da personalidade jurídica, há uma indiferença pela natureza da entidade em causa, podendo esta assumir a forma pública ou privada. Desta forma se torna mais globalizada esta definição, na medida em que não se cinge à qualificação jurídico-público atribuída pela ordem jurídica nacional.
- XXIV. Constituem atividades de interesse geral de carácter não industrial ou comercial, as desenvolvidas em prol do bem-estar da sociedade, que escapem à lógica do mercado concorrencial puro.
- XXV. Se a entidade satisfazer essas necessidades mediante o apoio da Administração Pública e se for esta a suportar os riscos económico-financeiros da sua atividade, pode afirmar-se que não estão sujeitas a uma lógica de mercado, pois atuam com alguns privilégios e não numa posição de igualdade com os outros concorrentes.
- XXVI. O último requisito relaciona-se com a dependência da entidade em relação ao Estado, às autarquias locais ou regionais ou a outros organismos de direito público.
- XXVII. No que respeita ao financiamento maioritário, deve ter-se presente que nem todos os pagamentos efetuados por uma entidade adjudicante têm na sua origem um carácter de dependência. Para poder considerar-se um financiamento como maioritário, o auxílio financeiro prestado não deve ter uma contraprestação específica, deve ser atribuído de forma a custear direta ou indiretamente as atividades assumidas como de interesse geral.

- XXVIII. O controlo de gestão, pretende que a entidade adjudicante possa influenciar as decisões do organismo em causa, não sendo suficiente um controlo *a posteriori* nem um controlo de regularidade simples.
- XXIX. A última alternativa desta dependência relaciona-se com o facto da entidade adjudicante poder designar os seus membros para a composição dos órgãos de administração, direção ou fiscalização do organismo.
- XXX. Os requisitos relativos à dependência têm um carácter alternativo, bastando apenas o preenchimento de um deles.
- XXXI. Se todos estes requisitos estiverem preenchidos, a entidade pode assim ser considerada como “organismo de direito público” podendo atuar como entidade adjudicante do universo da contratação pública.
- XXXII. Com toda esta evolução ocorrida a nível europeu era necessário criar no ordenamento nacional um “Código dos Contratos Públicos” que transpusesse as diretivas comunitárias e que as moldasse ao cenário jurídico nacional.
- XXXIII. Essa sistematização ocorreu em 2008, onde todas as matérias relativas à contratação pública foram consagradas no mesmo diploma. Esta normativa estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.
- XXXIV. Quanto ao nível subjetivo e especificamente quanto ao conceito de “organismo de direito público”, o Código transpôs rigorosamente os pontos fundamentais da noção comunitária.
- XXXV. A ampla abrangência deste conceito favorece a que sejam diversas as entidades nacionais que podem ser consideradas como “organismos de direito público”.
- XXXVI. O setor empresarial público, o setor empresarial local e as pessoas coletivas de utilidade pública incluem-se no conceito de “organismo de direito público” se cumprirem os requisitos, o que deve ser uma análise casuística.
- XXXVII. As Instituições Particulares de Solidariedade Social prosseguem finalidades que são incumbência do Estado, e este promove acordos de cooperação com estas instituições de modo a apoiar a realização das suas atividades.
- XXXVIII. Falamos especificamente de acordos de gestão ou acordos de cooperação.
- XXXIX. No caso dos acordos de gestão, é confiado às instituições a gestão das instalações, serviços e estabelecimentos afetos ao exercício das atividades de âmbito social, sendo que as instituições devem zelar pela manutenção e continuidade da prestação do serviço público. A titularidade do serviço público

mantem-se na Administração, sendo apenas incumbência destas instituições a gestão do serviço, como a admissibilidade dos beneficiários e a cobrança pelos serviços prestados.

- XL. Os acordos mais utilizados neste âmbito são os acordos de cooperação que têm por objetivo prosseguir atividades no âmbito da ação social, como o apoio às crianças, jovens, deficientes, idosos, bem como a reparação de situações de carência e o desenvolvimento das comunidades.
- XLI. Apesar de estas atividades já fazerem parte da atuação das Instituições Particulares de Solidariedade Social, ao realizarem estes acordos estas assumem uma obrigação perante o Estado.
- XLII. Estes acordos são o meio mais usual de financiamento destas instituições, todavia estas possuem algumas ajudas financeiras, quer dos programas especiais derivados da Segurança Social, quer ainda das participações familiares.
- XLIII. Estas formas de financiamento não retiram das Instituições Particulares de Solidariedade Social a sua autonomia, na medida em que nenhuma desta ingerência se reflete na independência económica e na capacidade destas instituições gerarem recursos próprios.
- XLIV. Estes acordos não estão sujeitos à Parte II do Código dos Contratos Públicos, na medida em que não tem carácter oneroso, apenas tem por finalidade suportar o custo da prestação do serviço ao utente, não representando uma contrapartida remuneratória para a instituição.
- XLV. Todavia estão sujeitos aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como à Parte III do Código dos Contratos Públicos na medida em que podem ser considerados contratos administrativos.
- XLVI. O mesmo não se verifica na realização de contratos entre as instituições e terceiros, se essa instituição cumprir os requisitos de “organismo de direito público” esses contratos estão sujeitos às regras da contratação pública.
- XLVII. As Instituições Particulares de Solidariedade Social ao serem beneficiárias de um financiamento público atribuído pelo Estado atuam no mercado munidas de prerrogativas que favorecem a sua atuação em relação às outras entidades, fugindo a uma lógica de mercado concorrencial puro.
- XLVIII. Mas caso algum dos requisitos não esteja preenchido, e no caso concreto o de “financiamento maioritário”, a aplicação das regras da contratação pública pode

verificar-se por meio do artigo 275.º, que possibilita a aplicação das normativas referidas no Código a entes que não são consideradas entidades adjudicantes.

- XLIX. Estas instituições estão sujeitas a uma tutela administrativa, que tal como o financiamento público, pretende ser compatível como a sua aclamada autonomia.
- L. A legitimidade dessa tutela advém sobretudo do expressivo apoio financeiro público de que estas instituições são destinatárias.
 - LI. As Instituições Particulares de Solidariedade Social estão ainda sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas.
 - LII. Apesar de os Estatutos destas instituições referirem que “as contas das instituições não estão sujeitas a julgamento do Tribunal de Contas”, não quer dizer que este não possa exercer um controlo fiscalizador.
 - LIII. As Instituições Particulares de Solidariedade Social recebem da Administração um financiamento para custear as despesas derivadas da satisfação de uma necessidade geral, assumindo essa despesa uma natureza pública.
 - LIV. Nesta medida os recursos financeiros são considerados públicos, independentemente da natureza privada da entidade que detém a sua gestão.
 - LV. O Tribunal de Contas pode exercer sobre as Instituições Particulares de Solidariedade Social uma fiscalização concomitante e sucessiva, não estando prevista a realização de uma fiscalização prévia na medida em que estas entidades não constam no rol subjetivo deste tipo de fiscalização.
 - LVI. De tudo o que foi dito é possível responder à grande questão colocada no início deste estudo: as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem considerar-se “organismos de direito público”, se preencherem os requisitos, que como vimos é o que parece acontecer na maioria dos casos, devido sobretudo ao financiamento público fornecido pelo Estado, que faz com que estas instituições atuem num mercado privilegiado, retirando o carácter industrial ou comercial às suas ações. Todavia apenas uma análise casuística permite aferir com exatidão essa possibilidade.

Bibliografia:

ALMEIDA, João Amaral, *Os organismo de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano”, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 633 a 656.

ALMEIDA, João Amaral e / SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Temas de contratação pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALMEIDA, Vasco, *Governança, instituições e terceiro sector: as Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2010.

ALONSO HIGUERA, Carmen, *Ley de contratos del sector público: Ámbito de aplicación. Modalidades contractuales y régimen de invalidez de los procedimientos de contratación*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público”, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, pp. 63 a 118.

AMORIM, João Pacheco de, *As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2000.

AYMERICH CANO, CARLOS I., *Entes instrumentales y derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de “organismo de Derecho público”*, in: “Cuadernos de Derecho Público”, n.º 6, enero-abril, 1999, pp. 113 a 137.

AZEVEDO, Bernardo,

- *Organismo de direito público: uma categoria jurídica autónoma de Direito Comunitário intencionalmente aberta e flexível*, in: “Estudos de Contratação Pública III”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 51 a 86.

- *Contratação Pública e fundos comunitários*, in: “Revista de Direito Público e Regulação”, n.º1, Maio de 2009, pp. 5 a 7.

BAÑO LEÓN, José Maria, *La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y limites*, in: “La contratación pública en el horizonte de la integración europea”, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pp. 11 a 30.

BARROCO, Maria de Fátima, *As instituições particulares de solidariedade social – seu enquadramento e regime jurídico*, in: “As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal”, Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 59 a 74.

BARROS, Carlos Pestana, *O sector não-lucrativo: uma análise da literatura*, in: “As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal”, Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 13 a 29.

CABRAL, Margarida Olazabal, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1997.

CABRAL, Nazaré da Costa, *A nova lei de bases do sistema de solidariedade e segurança social*, in: “Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 71 a 109.

CANOTILHO, José Gomes de /MOREIRA, Vital, *Constituição da República portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CATELA, Miguel, *A noção de entidade adjudicante no direito comunitário europeu da contratação pública*, in: “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 871 a 904.

CAUPERS, João, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, in: “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 64, Julho/Agosto de 2007, pp. 9 a 14.

CONCEIÇÃO, Apelles J.B., *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social anotado*, Coimbra: Almedina, 2011.

CORREIA, Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa: Almedina, 1985.

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos contratos públicos – um olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006.

FARINHO, Domingos Soares,

- *Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano”, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, pp. 339 a 370.

- *As fundações como entidades adjudicantes no Código dos Contratos Públicos: algumas considerações*, in: “Revista de Contratos Públicos”, n.º4, 2012, pp. 203 a 235.

FERREIRA, Eduardo Paz, *Os Tribunais e o controlo dos dinheiros públicos*, in: “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 151 a 171.

FERREIRA, Isabel / CUNHA, Sandra, *Manual prático da Contratação Pública, gestão do processo de formação do contrato público*, Áreas Editora: Lisboa, 2010.

FERREIRA, Sílvia,

- *As organizações do terceiro sector na reforma da Segurança Social*, IV Congresso Português de Sociologia, Coimbra: APS, 2000.

- *O papel de movimento social das organizações do terceiro sector em Portugal*, V Congresso Português de Sociologia, Braga: APS, 2004.

- *A invenção estratégica do 3º Sector com estrutura de observação mútua: uma observação histórico-conceptual*, in: “Revista de Crítica de Ciências Sociais”, n.º 84, Março de 2009, pp. 169 a 192.

FONSECA, Isabel,

- *Direito da organização administrativa – roteiro prático*, Coimbra: Almedina, 2008.

- *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, Coimbra: Almedina, 2009.

FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2008.

GIMENO FELIU, José Maria, *El control de la contratacion pública: las normas comunitárias y su adaptacion en España*, Madrid: Civitas, 1995.

GONÇALVES, Pedro,

- *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Almedina, 1999.

- *O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Coimbra: Almedina, 2003.

- *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra: Almedina, 2005.

- *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2007.

- *Regime Jurídico da atividade empresarial local*, Coimbra: Almedina, 2012.

GOUVEIA, Rodrigo, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

HESPANA, Pedro, *Entre o Estado e o Mercado: as fragilidades das instituições de proteção social em Portugal*, Coimbra: Quarteto, 2000.

LA ROSA, Giuseppe, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in: "Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale", n.º 28, 2007, pp. 293 a 318.

LUÍS, António Santos, *As instituições particulares de solidariedade social e a acção social em Portugal*, in: "As instituições não-lucrativas e a Acção Social em Portugal", Lisboa: Vulgata, 1997, pp. 119 a 138.

LOPES, Licínio,

- *Contrato Público e organização administrativa*, in: "Estudos de Contratação Pública I", Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 672 a 732.

- *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra: Almedina, 2009.

MEDEIROS, Rui, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in: “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 69, Maio/Junho de 2008, pp. 3 a 29.

MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel: Madrid, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas*, in: “Estudos em memória do Professor Doutor Castro Mendes”, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, pp. 553 a 598.

MOREIRA, Vital, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

NEVES, Ana Fernanda, *Os princípios da contratação pública*, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia”, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 29 a 58.

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves de, *O Acordo das Compras Públicas. O princípio da não discriminação e da transparência aplicado às compras públicas* (online), Julho de 2007, disponível em <http://www.verbojuridico.com>.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Os princípios gerais da contratação pública*, in: “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 51 a 114.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público”, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, pp. 37 a 62.

PINHEIRO, João Henriques, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, Publicações CEDIPRE online, Coimbra, 2011, disponível <http://www.cedipre.fd.uc.pt>.

PINTO, Susana Alcina Ribeiro, *As empresas municipais e o Código dos Contratos Públicos*, in: “Revista de Administração local”, n.º 239, Setembro/Outubro 2010, pp. 557 a 568.

PIRES, Miguel Lucas, *Regime jurídico aplicável às fundações de direito privado e de utilidade pública*, Publicações CEDIPRE online, Coimbra, 2011, disponível <http://www.cedipre.fd.uc.pt>

QUINTÃO, Carlota, *Terceiro Sector – elementos para referenciação teórica e conceptual*, V Congresso Português de Sociologia, Braga: APS, 2004.

SACCHETTINI, António, *La Comunidad Europea y los contratos públicos. Nociones Básicas y desarrollo reciente*, in: “Contratación Pública”, Marcial Pons: Madrid, 1996, pp. 97 a 106.

SAMPAIO, Carlos de Almeida, *O Tribunal de contas e a natureza dualista do controlo financeiro externo*, in: “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 667 a 688.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La preparación del contrato en la nueva Ley de contratos del sector público*, in: “Estudios sobre la ley de contratos del sector público”, Fundación Democracia y gobierno local: Barcelona, 2009, pp. 167 a 176.

SILVA, Suzana Tavares da, *Um novo direito administrativo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

TAVARES, Gonçalo Guerra / DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008.

TAVARES, José Fernandes Farinha, *Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 967 a 991.

THAI, Khi, *Challenges in public procurement*, in: “Challenges in public procurement: an international perspective”, Boca Raton, FL, USA: PrAcademics Press, 2005, pp. 1 a 20.

TORRES, António Maria M. Pinheiro, *Breve história das instituições e a formação do Direito Português*, Lisboa: Abdul’s Angels, 2011.

VIANA, Cláudia,

- *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, in “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 50.

- *O Acordo-Quadro*, in: “Revista de direito público e regulação”, n.º 3, Setembro de 2009, pp. 11 a 22.

Jurisprudência:

1. Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão Beentjes (C-31/87) de 20 de Setembro de 1988 (*Processo de adjudicação de empreitada de obras públicas*).

Acórdão The Queen (C- 331/88) de 13 Novembro de 1990 (*Substâncias de efeito hormonal – Validade da diretiva 88/146/CEE*).

Acórdão Vlassopoulou (C-340/89) de 7 de Maio de 1991 (*Reconhecimento de diplomas - Advogados*).

Acórdão Dennemeyer (C-76/90) de 25 de Julho de 1991 (*Livre prestação de serviços, atividades relativas à manutenção em vigor de direitos de propriedade industrial*).

Acórdão Comissão/Bélgica (C-87/94) de 25 de Abril de 1996 (*Concursos públicos – Setor dos transportes – Diretiva 90/531/CEE*).

Acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria (C- 44/96) de 15 de Janeiro de 1998 (*Empreitadas de obras públicas - Processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas - Imprensa do Estado - Filial que exerce atividades comerciais*).

Acórdão Connemara Machine Turf (C-306/97) de 17 de Dezembro de 1998 (*Contratos públicos de fornecimento - Conceito de entidade adjudicante*).

Acórdão Comissão/Irlanda (C- 353/96) de 17 de Dezembro de 1998 (*Incumprimento do Estado – Contratos Públicos de fornecimento – Recursos – Conceito de entidade adjudicante*).

Acórdão BFI Holding (C- 360/96) de 10 de Novembro de 1998 (*Contratos públicos de serviços - Conceito de entidade adjudicante - Organismo de direito público*)

Acórdão Adolf Truley (C- 373/00) de 27 de Fevereiro de 2000 (*Diretiva 93/36/CEE - Contratos públicos de fornecimento - Conceito de 'entidade adjudicante' - Organismo de direito público - Empresa de serviços funerários.*)

Acórdão University of Cambridge (C- 380/98) de 3 de Outubro de 2000 (*Contratos públicos – Processo de adjudicação de contratos públicos de serviços, fornecimentos e de empreitadas de obras públicas – Entidade adjudicante – Organismo de direito público*)

Acórdão Telaustria (C-324/98) de 7 de Dezembro de 2000 (*Contratos públicos de serviços – Diretiva 92/50/CEE – Contratos públicos de serviços no setor das telecomunicações – Diretiva 93/38/CEE – Concessão de serviço Público.*)

Acórdão Comissão/França (C- 237/99) de 1 de Fevereiro de 2001 (*Incumprimento de Estado - Diretiva 93/37/CEE - Contratos de empreitada de obras públicas - Noção de entidade adjudicante.*)

Acórdão Agorà e Excelsior (C- 223/99 e C- 260/99) de 10 de Maio de 2001 (*Contratos públicos de serviços - Noção de entidade adjudicante - Organismo de direito público.*)

Acórdão Universale-Bau E O (C- 479/99) de 12 de Dezembro de 2002 (*Diretiva 93/37/CEE – Contratos de empreitada de obras públicas – Conceito de entidade adjudicante – Concurso limitado – Regras de ponderação dos critérios dos candidatos que podem apresentar propostas – Publicidade – Diretiva 89/665/CEE – Processos de recursos em matéria de contrato de direito público – Prazos de recurso.*)

Acórdão Comissão/Espanha (C- 214/00) de 15 de Maio de 2003 (*Incumprimento de Estado - Diretiva 89/665/CEE - Processos de recurso em matéria de contratos de*

direito público - Transposição - Conceito de 'entidade adjudicante' - Organismo de direito público - Atos recorríveis - Medidas provisórias).

Acórdão Korhonen E O. (C- 18/01) de 22 de Maio de 2003 (*Diretiva 92/50/CEE - Contratos públicos de serviços - Noção de 'entidade adjudicante' - Organismo de direito público - Sociedade constituída por uma autarquia local a fim de promover o desenvolvimento de atividades industriais ou comerciais no território dessa autarquia).*

Acórdão Comissão/Espanha (C- 283/00) de 16 de Outubro de 2003 (*Incumprimento do Estado – Concursos Públicos – Diretiva 93/37/CEE – Processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas – Sociedade comercial estadual regida pelo direito privado – Objeto social que consiste na execução de um plano de amortização e de criação de centros penitenciários – conceito de entidade adjudicante).*

Acórdão Comissão/Espanha (C-84/03) de 13 de Janeiro de 2005 (*Incumprimento de Estado - Diretivas 93/36/CEE e 93/37/CEE - Contratos públicos - Processo de adjudicação de contratos públicos de fornecimento e de empreitadas de obras públicas - Âmbito de aplicação - Conceito de entidade adjudicante - Acordos de colaboração interadministrativos - Conceito de contrato - Recurso ao processo por negociação em casos não previstos pela diretiva.)*

Acórdão Coname (C-231/03) de 21 de Julho de 2005 (*Artigos 43.º CE, 49.º CE e 81.ºCE – concessão relativa à gestão de serviço público de distribuição de gás).*

Acórdão Bayerischer Rundfunk (C- 337/06) de 13 de Dezembro de 2007 (*Diretivas 92/50/CEE e 2004/18 CE - Contratos públicos de serviços - Organismos de radiodifusão públicos - Entidades adjudicantes - Organismos de direito público - Condição que impõe que a atividade do organismo seja 'financiado[a] maioritariamente pelo Estado).*

Acórdão Ing Aigner (C-393/06) de 10 de Abril de 2008 (*Contratos públicos - Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE - Entidade adjudicante que exerce atividades parcialmente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE e*

parcialmente pelo da Diretiva 2004/18/CE - Organismo de direito público - Entidade adjudicante).

Acórdão AOK Rheinland (C-300/07) de 11 de Junho de 2009 (Diretiva 2004/18/CE - Contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços - Caixas públicas de seguro de doença - Organismos de direito público - Entidades adjudicantes - Convite à apresentação de propostas - Confeção e fornecimento de calçado ortopédico adaptado individualmente às necessidades dos pacientes - Conselhos pormenorizados dispensados aos pacientes).

Acórdão IVD GmbH &Co. KG contra Arztekammer Westfalen-Lippe (C-526/11) de 12 de Setembro de 2013 (Contratos públicos - Diretiva 2004/18/CE - Artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c) - Conceito de 'organismo de direito público' - Condição relativa quer ao financiamento da atividade, quer ao controlo da gestão, quer à fiscalização da atividade pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público - Ordem profissional dos médicos - Financiamento previsto pela lei através de cotizações pagas pelos membros desta Ordem - Montante das cotizações fixado pela assembleia da referida Ordem - Autonomia da mesma Ordem quanto à determinação do alcance e das modalidades de execução das suas funções legais).

2. Supremo Tribunal Administrativo

Processo n.º 026670 de 31 de Janeiro de 1989 (Pessoa coletiva - Pessoa coletiva pública - Pessoa coletiva de utilidade pública administrativa).

Processo n.º 027317 de 28 de Setembro de 1990 (Federação portuguesa de futebol – Deliberação - Suspensão de eficácia)

Processo n.º 027407 de 13 de Novembro de 1990 (Federação equestre portuguesa - Associação desportiva - Pessoa coletiva privada de utilidade pública).

Processo n.º 01308/02 de 8 de Outubro de 2002 (*Instituição Particular de Solidariedade Social – Contrato - Empreitada de obras públicas*).

Processo n.º 0483/03 de 1 de Abril de 2003 (*Empreitada de obras públicas - Recurso contencioso - Prazo*).

Processo n.º 0980/05 de 17 de Janeiro de 2006 (*Empresa pública - Contratação pública - Pessoas coletivas de natureza empresarial*).

Processo n.º 0976/05 de 14 de Março de 2006 (*Instituição Particular de Solidariedade Social - Empreitada de obras públicas - Competência dos tribunais administrativos*).

Processo n.º 025/05 de 19 de Dezembro de 2006 (*Conflito de jurisdição - Empreitada de obras públicas - Instituição particular de solidariedade social*).

Processo n.º 0453/09 de 30 de Setembro de 2009 (*Acesso à informação - Documento administrativo - Empresa pública*).

3. Tribunal de Contas

Acórdão n.º 06/07 – 07 de Maio, 1ªS/PL, recurso ordinário n.º 08/07 (*Organismo de direito público – Pessoa coletiva sem natureza empresarial*).

Acórdão n.º 110/08 – 22 de Setembro, 1ªS/SS, processo n.º 811/2008 (*Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade - Concurso Público - Contrato de Fornecimento - Critério de Adjudicação - Entidade Pública Empresarial - Fase do Concurso - Princípio da Boa Fé - Princípio da Concorrência - Princípio da Igualdade - Princípio da Imparcialidade - Princípio da Publicidade - Princípio da Transparência - Prorrogação do Prazo - Recusa de Visto*)

Acórdão n.º 20/09 – 02 de Junho, 1ªS/PL, recurso ordinário n.º 28/2008-R
(Organismo de direito público – Necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial).

Acórdão n.º 150/09 – 22 de Setembro, 1.ª S/SS, processo n.º 1145/09 *(Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade - Apresentação das Propostas - Concurso Internacional - Contrato de Prestação de Serviços – Prazo - Publicação Obrigatória - Publicidade de Concurso - Recusa de Visto - Restrição de Concorrência).*

Acórdão n.º 40/10 – 03 de Novembro, 1ª S/SS, processo n.º 1303/2010
(Contratação Pública - Princípio da Concorrência - Princípio da Transparência - Princípio da Igualdade - Ajuste Direto - Especificação Técnica - Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade - Norma Financeira - Recusa de Visto).