

PARECER

I- OBJETO

Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a (PSD) – “*Aprova o regime jurídico da desclassificação de contratos ou outros documentos que comprometem o Estado ou outras entidades integradas no perímetro orçamental em sectores fundamentais*”;

Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a (PAN) - “*Aprova um regime jurídico de transparência dos contratos, acordos e outros documentos relativos a operações que determinem a utilização ou disponibilização de fundos públicos relativamente a entidades pertencentes a sectores estratégicos*”

Em 3 de fevereiro de 2021, na sequência de deliberação da Comissão de Orçamento e Finanças (COF) da Assembleia da República, de 2 de fevereiro, foi, pelo respetivo Presidente, solicitado ao Tribunal de Contas (TdC) que, querendo, emita parecer sobre os projetos de lei supra referenciados, no prazo de 10 dias.

II- NOTA INTRODUTÓRIA

Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas¹, compete a este Tribunal aprovar, através da sua Comissão Permanente, pareceres elaborados a solicitação da Assembleia República ou do Governo sobre projetos legislativos *em matéria financeira*.

Os projetos de lei supra identificados, ainda que intitulados de forma diferenciada, incidem essencialmente sobre a mesma matéria: desclassificação de contratos e outros documentos que comprometem o Estado ou outras entidades integradas no perímetro orçamental, *em virtude de os mesmos implicarem a utilização ou disponibilização de fundos públicos*. Nessa medida, considera-se que está em causa matéria financeira, incluída, por isso, no âmbito da competência do TdC supra referida, justificando-se que esta instituição emita parecer.

Faz-se notar que o parecer, emitido pela Comissão Permanente do TdC, não antecipa nem interfere com quaisquer posições ou decisões que o Tribunal de Contas possa vir a tomar no exercício das suas funções de fiscalização, controlo e auditoria ou julgamento de infrações financeiras.

III- ÂMBITO DO PARECER

Como já referido, os projetos de lei supra identificados, ainda que intitulados de forma diferenciada, incidem essencialmente sobre a mesma matéria. Nessa medida, este parecer procede à análise simultânea dos dois projetos de lei, salientando apenas as diferenças que os distinguem nas situações que se afigurem relevantes para as observações feitas.

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, e respetivas alterações

Emite-se uma apreciação global sobre as iniciativas legislativas, por referência aos seus principais tópicos, sem prejuízo da referência a normas concretas das propostas sempre que tal se revele pertinente.

IV-APRECIÇÃO

1. Do princípio da transparência

As iniciativas legislativas em causa visam promover a transparência e o escrutínio público de contratos celebrados pelo Estado que representem dispêndio de fundos públicos ou riscos jurídicos e/ou financeiros, limitando a capacidade orçamental do país. Invoca-se o interesse dos cidadãos em geral e dos contribuintes em especial em aceder a esses contratos e à respetiva documentação.

Os órgãos do Estado e demais entidades públicas estão sujeitos aos princípios da transparência, da publicidade e da administração aberta, como resulta dos artigos 266.º e 48.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e, entre outros diplomas, do Código do Procedimento Administrativo² e do regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos³, o qual é aplicável a todos os órgãos que compõem a Administração Pública. A publicidade administrativa é inerente ao funcionamento do Estado de Direito democrático e garante o exercício dos direitos fundamentais e liberdades políticas que a lei fundamental consagra. Tais princípios aplicam-se aos contratos públicos.

Um importante domínio desta transparência reporta-se à utilização dos recursos públicos, sendo cada vez mais valorizado o grau de transparência financeira dos países, procedendo-se, *inclusive* internacionalmente, à avaliação da extensão, clareza, fiabilidade, oportunidade e relevância da informação e relato que os Governos asseguram quanto ao estado das finanças públicas e à respetiva sustentabilidade futura (*fiscal transparency*).

A transparência da informação contratual e financeira é um elemento fundamental da responsabilização pela gestão das missões públicas e dos recursos públicos (tanto ao nível político como administrativo), numa perspetiva de *accountability* que se enquadra em absoluto na missão do Tribunal de Contas, em todas as áreas da sua intervenção (fiscalização prévia, controlo e auditoria e apuramento de responsabilidades financeiras).

A aplicação de princípios reforçados de transparência no domínio dos contratos públicos e da utilização dos recursos públicos ou responsabilidades financeiras que eles podem implicar é, pois, um objetivo que este Tribunal não pode deixar de comungar.

Preocupações de transparência justificaram que o Tribunal de Contas tenha proferido recomendações a esse respeito, por exemplo, nos Relatórios de Auditoria n.ºs 9/2015⁴, 16/2017⁵ e 10/2018⁶-2.^a Secção (todos disponíveis no website do TdC: <https://www.tcontas.pt/pt/Pages/homepage.aspx>).

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, e respetivas alterações.

³ Aprovado pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, e respetivas alterações, a qual determinou a constituição da *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos*, para zelar pelo respetivo cumprimento.

⁴ Processos de reprivatização do setor elétrico.

⁵ Anulação dos atos de adjudicação das subconcessões dos transportes públicos atribuídas à STCP e à MdP.

⁶ Reprivatização e Recompra da TAP.

Assim, o Tribunal de Contas considera que, globalmente, as iniciativas legislativas em causa são positivas, no que se reporta aos princípios e objetivos prosseguidos pelas mesmas.

Há, no entanto, alguns aspetos de especialidade para os quais gostaríamos de chamar a atenção e que elencamos de seguida.

2. Âmbito de aplicação

- a) De acordo com múltiplas recomendações, designadamente das Nações Unidas, OCDE e Transparência Internacional, a transparência e a publicidade dos contratos públicos, dos procedimentos que conduzem à escolha dos co-contratantes e das condições contratuais são consideradas como fundamentais para prevenir a fraude e a corrupção numa área que é considerada de elevado risco por todas as instâncias internacionais. Permitem, além do mais, o escrutínio por parte de contrainteressados e o controlo social desses contratos.

Para além do regime de acesso aos documentos administrativos, refira-se que o Portal Base de contratos públicos *on line*⁷ pretende disponibilizar informação sobre os contratos públicos celebrados por todas as entidades públicas, contendo um conjunto de informação tipificada sobre esses contratos, entidades adjudicantes e adjudicatários, bem como respetivos procedimentos prévios, com ligação à informação constante do *Diário da República*. Da base de dados não consta o texto integral dos contratos, mas qualquer cidadão poderá pedir o acesso a esse texto ao abrigo da já referida legislação.

Parece-nos que seria importante o diploma, ou o seu preâmbulo, referir este pressuposto de que **a informação contratual é, por princípio, pública**, para que não subsistam dúvidas de que, a ser eventualmente aprovado, o mesmo se reserva aos casos em que a regra geral não seja aplicável.

- b) Um dos projetos (Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a) prevê a aplicação do diploma aos contratos celebrados em “*setores fundamentais*”, nomeando-os: sectores dos transportes, incluindo ferroviário e aeroportuário, das comunicações, da energia, da água e bancário; o outro projeto (Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a) prevê a aplicação aos contratos celebrados em “*setores estratégicos*”, considerando como tais os sectores dos transportes, das comunicações, da energia, da água, da indústria ou financeiro. Estamos, pois, nesta parte, perante âmbitos de aplicação diferentes, tanto em termos de conceito utilizado, como de setores abrangidos. Haverá que ponderar bem o conceito e o elenco escolhido, designadamente se o mesmo é taxativo ou não, já que poderá haver outros setores igualmente importantes, como a saúde, o ambiente, os resíduos, etc., em que as razões de desclassificação igualmente se justifiquem.
- c) Ambos os projetos se reportam aos contratos celebrados pelo Estado ou outras entidades integradas no “*perímetro orçamental*” ou no “*perímetro do Orçamento do Estado*”. Na definição deste âmbito, deve ter-se em atenção que uma boa parte dos contratos celebrados no âmbito dos setores acima referidos (transportes, comunicações, energia, água, indústria, bancário ou financeiro) são outorgados por entidades situadas fora do perímetro do Orçamento do Estado, designadamente por Regiões Autónomas, Autarquias

⁷ <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Pesquisa/Contrato?a=7453419>

Locais e empresas com capitais públicos. A existir nos contratos celebrados por estas entidades financiamento público e a não lhes serem aplicadas as mesmas regras, deveriam ser esclarecidas as respetivas razões.

- d) No Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a refere-se que o diploma se aplicará a contratos “*que impliquem o comprometimento ou a utilização, direta ou indiretamente, ainda que de modo temporário, de recursos públicos*”; no Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a refere-se que os contratos abrangidos são os que “*determinem a utilização ou disponibilização, direta ou indireta, ainda que, de modo temporário, de fundos públicos*”, mas especifica-se que “*para efeitos da presente lei por utilização ou disponibilização, direta ou indireta, de fundos públicos, dever-se-á entender qualquer operação que tenha por objeto ou resultado medidas de resolução, de nacionalização, de liquidação ou de apoio à capitalização, com recurso a fundos públicos disponibilizados, diretamente pelo Estado ou indiretamente, com recurso a financiamento ou garantia prestados pelo Estado*”. A segunda opção é mais restritiva do que a primeira, não abrangendo, por exemplo, parcerias público-privadas ou aquisições de posições acionistas em empresas.

Importa, pois, ponderar cuidadosamente o âmbito de aplicação pretendido, tendo presente os referidos objetivos de transparência e a importância de estabelecer regras de publicidade que, sobrepondo-se àquela que seria a normal aplicação de restrições de acesso, não estabeleçam exceções que desconsiderem injustificadamente a igualdade de situações e os bens jurídicos a proteger.

Afigura-se também que se deveria clarificar expressamente que, para a aplicação deste regime, são considerados fundos públicos tanto os fundos nacionais como os fundos europeus.

3. Regime instituído

Ambos os projetos determinam que a Assembleia da República possa, no âmbito dos contratos abrangidos, desclassificar e divulgar contratos, documentos ou informações que se encontrem classificados como confidenciais ou sigilosos.

- a) A liberdade de acesso aos documentos administrativos pode ser restringida em várias situações, designadamente quando esteja em causa informação e documentos abrangidos por segredo de justiça, segredos profissionais (fiscal, estatístico, bancário, médico, comercial e outros), segredo de Estado ou relativo à segurança nacional e, ainda, proteção de dados pessoais. O regime que se pretende introduzir constitui um regime excecional a aplicar aos casos em que haveria lugar a essas restrições de acesso. Os projetos não são coincidentes nesta matéria:
- O Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a refere que a Assembleia da República pode desclassificar documentos “*sem prejuízo do disposto noutros regimes especiais*”, o que pareceria querer dizer que esses regimes especiais prevaleceriam;
 - O mesmo projeto refere a sua não aplicação a matéria sujeita a segredo de Estado ou a segredo de justiça;
 - O Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a também refere que a Assembleia da República pode desclassificar documentos “*sem prejuízo do disposto noutros regimes especiais*”, o que pareceria querer dizer que esses regimes especiais prevaleceriam,

mas tem uma norma de prevalência estabelecendo que “*o disposto na presente lei prevalece sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, que disponham em sentido contrário, nomeadamente sobre qualquer regime legal de sigilo bancário ou sigilo comercial*”, o que estabelece o oposto e implica a prevalência sobre o próprio segredo de Estado.

Parece-nos que seria vantajoso delimitar muito claramente quais as restrições de acesso que poderão ou não ser afastadas, fazendo-o em coerência cuidada com os obstáculos que a legislação em vigor coloca, consoante os casos, ao respetivo levantamento (vide, por exemplo, a limitação constante da parte final da alínea d) do artigo 156.º da Constituição da República Portuguesa).

- b) Salvaguardadas as diferentes formulações dos projetos, e sem prejuízo de se prever que a resolução da Assembleia da República deva definir o conteúdo da documentação ou informação que deve ser tornada pública, em ambos os projetos se prevê que a divulgação possa nomear pessoas singulares ou coletivas que tenham originado perdas de determinado montante (este montante num projeto e noutro difere ligeiramente). Num deles prevê-se também que se identifiquem as pessoas que tenham originado a utilização ou o comprometimento de fundos públicos de determinado montante. Mesmo considerando que o eventual interesse público de *accountability* pode ser ponderado em termos de prevalecer sobre a proteção da identidade dos indivíduos, e nessa medida ser compatível com o regime de proteção de dados pessoais, no primeiro caso (em que um indivíduo ou órgão está na origem de perdas de montantes) está implícito um juízo negativo. Neste caso, a divulgação pode ser problemática se não estiver inequivocamente estabelecida a imputação, onexo de causalidade e a culpa pela perda e salvaguardado o direito de defesa do visado. Tornar-se-ia, assim, necessário regular melhor esta possibilidade de divulgação, tendo em conta os aspetos referidos.
- c) O Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a estipula que “*independentemente da língua oficial utilizada, os contratos, documentos ou informações a que se refere o artigo 2.º são obrigatoriamente redigidos, também, em versão portuguesa, incumbindo ao Governo, se for o caso, ou às entidades referidas no artigo 2.º o cumprimento desta obrigação*”, enquanto o Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a prevê que, quando os documentos que a Assembleia da República decida desclassificar, “*não se encontrem redigidos em língua portuguesa, o Presidente da Assembleia da República deverá assegurar a sua tradução para português no mais curto prazo possível, a expensas do Governo ou da entidade visada*”. O regime é, nesta matéria, bastante diferente. O primeiro projeto determina que todos os contratos tenham *ab initio* uma versão portuguesa, enquanto o segundo prevê uma tradução feita apenas para os casos em que haja desclassificação.

O Tribunal de Contas tem enfrentado bastantes problemas por ocasião do controlo de contratos complexos e documentação complementar que, tendo sido redigidos e outorgados noutra língua (frequentemente em inglês), não dispõem de versão em português. Mesmo quando procura a leitura por técnicos proficientes nessas línguas ou a respetiva tradução, lida com significativas debilidades e dificuldades de interpretação relativamente ao sentido das estipulações técnicas neles incluídas. Também tem encontrado situações em que

Portugal prescinde de direitos linguísticos ou em que fica expressamente estipulado que a versão contratualmente válida é a de língua estrangeira.

Sem prejuízo de se admitir que a negociação dos contratos pode aconselhar soluções desse tipo, que a lei não exclui, e apesar de sempre se poder recorrer ao disposto no artigo 134.º do Código do Processo Civil, seria muito vantajoso, não apenas para efeitos de divulgação, mas também de controlo (mesmo que não para efeitos negociais), que fosse estabelecida uma obrigação geral de os contratos terem sempre uma versão portuguesa original.

Caso seja essa a opção, poderá ter de se fazer um ajustamento à regra de aplicação da lei no tempo escolhida, ponderando se se justifica, e em que termos, obrigar todos os contratos celebrados no passado a terem uma versão portuguesa.

- d) No que respeita à aplicação do diploma no tempo, os dois projetos propõem regras diferentes. No Projeto de Lei n.º 606/XIV/2.^a prevê-se que *“a presente lei aplica-se não só aos novos contratos, documentos ou informações a que se refere o artigo 2.º, mas também aos já existentes à data da sua entrada em vigor”*. No Projeto de Lei n.º 634/XIV/2.^a propõe-se que *“a presente lei aplica-se ainda aos contratos e acordos referidos no número 1 que tenham sido celebrados nos catorze anos anteriores à publicação da presente lei”*. Qualquer que seja a decisão, importa justificá-la devidamente, nomeadamente no preâmbulo do diploma.
- e) Em operações complexas, que frequentemente envolvem contratos igualmente complexos e por vezes classificados, o Tribunal de Contas tem tido algumas dificuldades no acesso à informação para realização das suas ações de fiscalização. Isso ficou expresso, por exemplo, nos Relatórios de Auditoria n.ºs 10/2018⁸ e 3/2019-2.^a S9. Foi também objeto de uma recente comunicação do Comité de Contacto dos Presidentes das Instituições Superiores de Controlo da União Europeia, que, na sequência de uma auditoria cooperativa no âmbito da União Bancária, entendeu dever alertar para *“que, na atividade de resolução bancária, deve garantir-se, em particular, que os Tribunais de Contas tenham acesso ilimitado e sem restrições às informações que considerem relevantes para a concretização do seu mandato”*¹⁰.

A fim de assegurar que nenhuma confusão superveniente advirá do regime introduzido neste diploma, que motive dificuldades no acesso a informação que a Assembleia da República não desclassifique, propõe-se que ao mesmo seja aditada uma norma do seguinte teor:

“O regime deste diploma não interfere com os direitos de acesso por parte do Tribunal de Contas à informação constante dos contratos ou documentação não desclassificados, os quais continuam a ser regidos pelo disposto nos artigos 8.º e 10.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, e nas demais normas processuais aplicáveis”.

⁸ Reprivatização e Recompra da TAP.

⁹ Alienação de Seguradoras do Grupo Caixa.

¹⁰ Cfr. <https://www.tcontas.pt/pt-pt/MenuSecundario/Noticias/Pages/noticia-20210119-01.aspx>

4. Procedimento

No âmbito dos procedimentos a seguir para eventual desclassificação de contratos e documentos, e sem prejuízo da completa autonomia da Assembleia da República nessa matéria, oferecem-se algumas observações que poderão ser tidas em conta na deliberação a tomar.

Os sigilos e restrições de acesso são estabelecidos para proteção de bens jurídicos que, em cada caso, o legislador considerou abstratamente mais importantes do que a publicidade e a transparência. Pode estar em causa a tutela de relações de confiança, de direitos individuais das pessoas, do valor social das profissões, da proteção da economia, das empresas ou dos negócios (nomeadamente internacionais), da propriedade intelectual e industrial, da salvaguarda da segurança nacional, etc.

No entanto, o mesmo legislador admite que, em certas circunstâncias concretas, pesados esses bens jurídicos em confronto com interesses públicos relevantes, possa ser dada prevalência a estes últimos, assim se dispensando a aplicação dos sigilos¹¹. Essa avaliação, nomeadamente para efeitos de quebra de segredo judicialmente ordenada, deve ser feita através de uma ponderação casuística, de acordo com o princípio da prevalência do interesse preponderante, que aprecia o valor relativo dos interesses em confronto em cada caso e que é da maior importância para acautelar devidamente todas as perspetivas, interesses e possíveis consequências.

Ambos os projetos preveem que a resolução da Assembleia da República que decida a desclassificação e publicação dos documentos seja fundamentada e demonstre a sua necessidade ao abrigo do princípio da prevalência do interesse preponderante e do direito dos contribuintes à informação.

No entanto, afigura-se que os interesses poderiam ser melhor ponderados se o procedimento definido acautelasse expressamente uma fase prévia de preparação da deliberação, que admitisse:

- Recolha de parecer(es) técnico(s) independente(s) sobre a importância dos valores em confronto em cada caso (onde possa ser, por exemplo, também considerado o regime aplicável internacionalmente, de modo a não causar o desinteresse de parceiros internacionais em determinados mercados); e
- A audição prévia das entidades envolvidas, sobre os bens jurídicos protegidos pelos sigilos aplicáveis e as implicações do seu levantamento.

São estes os comentários que a Comissão Permanente do Tribunal de Contas pode e entende emitir acerca dos identificados Projetos de Lei.

Lisboa, 15 de fevereiro de 2021

¹¹ Cfr, designadamente, o regime constante dos artigos 417.º e 497.º do Código do Processo Civil e 135.º a 137.º do Código do Processo Penal.