

Acórdãos TCAS	Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul
Processo: Secção: Data do Acórdão: Relator: Descritores: Sumário:	06202/10 CA-2º JUÍZO 09-05-2013 COELHO DA CUNHA PRIMAZIA DO DIREITO COMUNITÁRIO. ARTIGO 141º DO CPA. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO. ACÇÃO DE CONTROLO NO ÂMBITO DE UMA AJUDA COMUNITÁRIA. DESPESAS NÃO ELEGÍVEIS. OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE VERBAS DECLARADAS NÃO ELEGÍVEIS. I-O princípio da primazia do Direito Comunitário impõe que o artigo 141º do CPA não possa ser aplicado se colidir com as normas dos Regulamentos relativos a acções de controle destinadas a verificar o cumprimento de disposições legais comunitários. II-Verificada uma irregularidade no âmbito de uma ajuda comunitária, resultante da não elegibilidade de uma dispensa efectuada, detectada numa avaliação de controle nos termos do artigo 10º do Regulamento da Comissão nº438/2001, a entidade faltosa não pode deixar de proceder à devolução do valor em dívida. III-O despacho que ordena a devolução não tem o carácter de uma revogação da anterior decisão de aprovação da candidatura apresentada, destinando-se apenas a assegurar a devolução dos montantes correspondentes às despesas declaradas não elegíveis. IV-O destinatário do acto pode, posteriormente à prática do mesmo, apresentar outras despesas que venham a ser consideradas elegíveis, voltando a receber a verba cuja devolução lhe foi ordenada.
Aditamento:	
Decisão Texto Integral:	Acordam em conferência na Secção Administrativa do TCA-Sul 1. Relatório O Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, a Autoridade de Gestão do Programa Operacional da Sociedade do Conhecimento e a Fundação Centro Cultural de Belém, vieram interpor recursos jurisdicionais do Acórdão proferido em 30.11.2009, do TAC de Lisboa, que julgando parcialmente procedente a acção administrativa especial intentada pela Fundação Centro Cultural de Belém (Fundação CCB), anulou o acto impugnado e absolveu os R.R. no tocante aos pedidos condenatórios formulados. O M.C.T.E.S., nas suas alegações, enunciou as conclusões seguintes: “a) O Douto acórdão proferido pelo Tribunal a <i>quo</i> enferma de manifesto erro de julgamento, ao fazer errada interpretação e aplicação do direito à matéria de facto no que respeita ao entendimento de que o acto impugnado consubstancia uma revogação parcial da decisão de

aprovação da candidatura proferida pelo Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, rectificada pelo Ministro-Adjunto do Primeiro-Ministro e, em consequência, considera a prática daquele acto ferida de vício de incompetência, por, entender que a mesma compete ao supra mencionado membro do Governo;

b) Salvo o devido respeito, o Tribunal *a quo* confunde revogação parcial da candidatura com restituição dos montantes financiados por não elegibilidade das despesas e, em consequência, entende haver vício de incompetência por parte do autor impugnado, embora nem sequer identifique o preceito legal que, segundo se presume, serve de fundamento à sua asserção - o nº2 do artigo 12.º do Regulamento para Atribuição de Financiamentos aos Projectos Integrados na medida n.º 2.2., "Conteúdos", do Eixo Prioritário nº2, "Portugal Digital", do Programa Operacional Sociedade da Informação, anexo ao Despacho n.º6567/2001;

c) A declaração de não elegibilidade dos montantes em causa não prejudica, e muito menos revoga, o acto de atribuição do montante de 497.316,00 euros à entidade beneficiária, não havendo qualquer supressão ou diminuição do financiamento inicialmente aprovado;

d) A atribuição do montante de 497.316,00 euros à entidade beneficiária, só poderia vir a ser afecta a despesas elegíveis conforme obriga a legislação nacional e comunitária aplicável;

e) Por conseguinte, a entidade, ora recorrida, sempre poderia, posteriormente ao acto impugnado que lhe ordena a devolução das verbas já pagas, apresentar outras despesas que viessem a ser consideradas elegíveis e, assim, voltar a receber os 201.907,08 euros cuja devolução lhe foi ordenada;

f) Foi, aliás, este o procedimento que, efectivamente adoptou a Recorrida ao apresentar a pagamento os pedidos n.ºs 5 e 6, posteriormente a ter sido notificada do despacho ora impugnado;

g) A candidatura da ora Recorrida ao financiamento em causa manteve-se válida e eficaz, e, somente, os documentos de despesa 1, 2, 2, e 4 submetidos a pagamento é que foram consideradas não elegíveis;

h) É o próprio Tribunal quem, expressamente, reconhece não ter ocorrido um acto de revogação parcial da decisão de aprovação da candidatura preferida pelo Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior rectificada pelo Ministro-Adjunto do Primeiro-Ministro;

i) Salvo o devido respeito, ao se auto-contradizer, o Tribunal recorrida erra por incongruência, mas também erra por erro de julgamento, ao fazer errada interpretação e aplicação das regras legais sobre despesas elegíveis e não elegíveis, confundindo com a revogação parcial da candidatura;

j) Consequentemente, também, erra, o Tribunal recorrido, ao considerar a prática do acto impugnado ferida de vício de incompetência ao incorrer em erro na interpretação e aplicação das normas legais aplicáveis ao caso *sub judice*;

k) O Gestor do POS Conhecimento é considerado Autoridade de Gestão, para efeitos do Regulamento (CE) n.º1260/99, conforme o disposto nos artigos 25º a 29,º do Decreto-Lei nº54-A/2000 de 7 de Abril, bem como do artigo 4.ºda Resolução do Conselho de Ministros nº27/2000 de 16 de Maio, competindo-lhe nos termos deste último normativo legal"... *proceder*

à gestão técnica, administrativa e financeira da intervenção operacional nos termos do Decreto-Lei n.º 54-A/2000 de 7 de Abril, ...", assim como também é o responsável pelo controlo de 1.º nível;

l) O Regulamento (CE) n.º 1260/99 e das alíneas f) e g), do número 1 e alíneas a) e c) do número 2, todas do artigo 29º, do Decreto-Lei n.º 54-A/2000, de 7 de Abril, são competências das Autoridades de Gestão dos programas operacionais, onde se inclui a Autoridade de Gestão do PÓS Conhecimento, *"apreciar a conformidade dos pedidos de pagamento que sejam apresentados pelos executores dos projectos e efectuar, ou assegurar-se de que sejam efectuados, os pagamentos aos beneficiários finais", "assegurar a conformidade dos contratos com a decisão de concessão do financiamento e o respeito pelos normativos aplicáveis", e ainda assegurar «a elegibilidade das despesas», bem como "o cumprimento dos normativos aplicáveis nos domínios da concorrência, dos concursos públicos";*

m) O ponto 3.1.1 da Norma 1/2003- DGDR/Controlo, sobre as competências da Autoridade de Gestão (AG) atribui-lhe competência própria para preceder à decisão de não elegibilidade das despesas e respectiva restituição dos montantes já pagos;

n) O Regulamento (CE) n.º 438/2001, da Comissão, (que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de Junho, no que respeita aos sistemas de gestão e de controlo das intervenções no quadro I dos **Fundos** Estruturais), consagra, no artigo 4.º, algumas das competências atribuídas aos órgãos de controlo, a saber: *"Os sistemas de gestão e de controlo incluirão **procedimentos para verificação do fornecimento de bens e serviços co-financiados e da veracidade das despesas objecto de pedidos, bem como garantirão a conformidade com os termos da decisão pertinente da Comissão a título do artigo 28º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de Junho e com as regras nacionais e comunitárias aplicáveis relativas, nomeadamente, à elegibilidade das despesas fará o apoio dos Fundos estruturais a título da intervenção em cause, aos contratos públicos, aos auxílios estatais (...), à protecção do ambiente e à igualdade de oportunidades.**"*

o) O Sistema Nacional de Controlo, consagra o Decreto-Lei n.º 54-A/2000, de 07/04, no n.º 6 do artigo 42.º que, *"O controlo de primeiro nível é assegurado pelos órgãos de gestão das intervenções operacionais", concretizando no n.º 2 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 168/2001, de 25 de Maio, que, "Este nível de controlo é da responsabilidade do gestor da intervenção operacional."*

p) É apodítico que os Gestores dos Programas Operacionais assumem, por um lado, a gestão da respectiva intervenção operacional e, concomitantemente, são também responsáveis pelo núcleo de controlo da respectiva Intervenção Operacional, possuindo todas as referidas competências;

q) Erra o Tribunal recorrido, quando entende que o Gestor de PÓS Conhecimento, enquanto responsável pelo Controlo de 1º nível é incompetente para a prática do acto impugnado, nomeadamente, para declarar não elegíveis os montantes indevidamente pagos e ordenar a sua restituição;

r) Em suma, incorre em erro de julgamento o Tribunal a quo."

A Autoridade de Gestão do Programa Operacional da Sociedade de Informação, concluiu como segue:

I. O douto acórdão a *quo* padece de nulidade por erro de julgamento da matéria de facto e na matéria de direito ao classificar o despacho em crise como acto revogatório parcial da decisão de aprovação proferida pelo Ministro da Ciência e da Tecnologia rectificada pelo Ministro-Adjunto do Primeiro-Ministro.

II. As entidades responsáveis pelo controlo de primeiro nível são nos termos da legislação nacional e comunitária aplicável, os gestores das intervenções operacionais.

III. A Autoridade de Gestão, ao praticar o despacho em crise, actuou em conformidade com as suas competências tal como definidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 29º do Decreto-Lei nº54-A/2000, de 7 de Abril; nos n.ºs 5 e 6 do artigo 19º do Decreto-Lei nº191/2000, de 16 de Agosto; no nº2 do artigo 5º do Decreto-Lei nº168/2001, de 25 de Maio, e na alínea b) do artigo 2º da Portaria 684/2001, de 5 de Julho.

IV. Assim sendo nunca poderá deixar de considerar-se que a douta decisão a *quo* ao considerar que o acto em crise consubstancia um acto revogatório parcial da decisão de aprovação viola o disposto nos n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei nº54-A/2000, de 7 de Abril; o disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 19º do Decreto-Lei nº191/2000, de 16 de Agosto; o disposto no nº2 do artigo 5º do Decreto-Lei nº168/2001, de 25 de Maio, e o disposto na alínea b) do artigo 2º da Portaria 684/2001, de 5 de Julho.

V. Nunca poderia ser outro o despacho da autoridade de Gestão senão a aprovação do Relatório Final da Acção de Controlo de 1º nível, com o nº005/2004 - Projecto nº263-2.2-C-LVT e consequente notificação para proceder à devolução dos montantes indevidamente recebidos por consubstanciarem despesa inelegível para financiamento, sob pena de violação das disposições legais nacionais e comunitárias relativas à atribuição de financiamentos em acções co-financiadas por intervenções operacionais do QCAIII.

VI. A declaração de não elegibilidade dos montantes em causa não prejudica, e muito menos revoga, o acto de atribuição do montante de 497.316,00 euros à ora recorrida, não havendo qualquer supressão ou diminuição do financiamento inicialmente aprovado (desde que as despesas preencham os requisitos de elegibilidade).

VII. De acordo com o artigo 7º do Despacho nº6567/2001 (2.ª série) que estabelece o Regulamento para Atribuição de Financiamentos aos Projectos Integrados na Medida nº2.2, «Conteúdos», do Eixo Prioritário nº2, «Portugal Digital», do Programa Operacional Sociedade da Informação e nos termos do disposto no ponto 14 do Termo de Aceitação, a Autora ora recorrida obrigou-se a proceder à devolução de despesas declaradas não elegíveis.”

A Fundação Centro Cultural de Belém enunciou as conclusões de fls.53 a 539, que se transcrevem:

“A) Do processo judicial e do processo administrativo instrutor constam documentos que, conjugados com a posição adoptada pelas partes no processo, permitem dar por provados factos relevantes para a decisão da causa;

B) Por esse motivo, deve ser aditado um outro ponto à **Fundamentação de Facto** em que fique explícito que *"À data da propositura da acção, o Projecto CCB Digital ainda se encontrava em fase de execução"*;

C) De igual modo, deve ser acrescentado um novo ponto à **Fundamentação de Facto** que reproduza, ou dê por reproduzido, o conteúdo dos quadros anexos aos referidos Pedidos de Pagamento n.ºs 1, 2, 3 e 4, discriminando os dados deles constantes, referentes à identificação do fornecedor, aos documentos das despesas efectuadas e aos documentos de quitação;

D) Deve ainda ficar expresso, no seguimento do ponto **25.** da **Fundamentação de Facto** da sentença recorrida: *"Os Pedidos de Pagamento n.ºs 5 e 6 referem-se às seguintes despesas, efectuadas ao âmbito da execução do Projecto CCB Digital: factura da PT Prime n.º040504677, no montante de € 4 533,25 e factura da 4SIR n.º665/03, no montante de € 46 995,48, que foram pagas"*;

E) A sentença recorrida incorreu em erro de julgamento pelo que, nessa parte, deverá ser anulada e substituída por decisão que condene as entidades demandadas a pagar o remanescente da comparticipação em falta - respeitante aos quarto, quinto e sexto Pedidos de Pagamento e a parte do terceiro - acrescido dos juros vencidos;

F) A sentença recorrida violou o disposto no art. 10º-A do Regulamento de Acesso à Medida 2.2.-Conteúdos do POS - Conhecimento, regulamento esse aprovado ao abrigo do DL 54-A/2000, de 07/04 e do Regulamento (CE) n.º1260/1 999 do Conselho, de 21 de Junho;

G) Anulado na íntegra o acto impugnado, permanece válido e eficaz o despacho do Ministro da Ciência e da Tecnologia de 03/04/2002, que aprovou a Proposta n.º201/2002, com Parecer favorável da Unidade de Gestão;

H) Em consequência a entidade beneficiária tinha direito a receber o total da comparticipação aprovada para o **Projecto CCB Digital**, e não apenas parte dela, desde que o projecto fosse cumprido e as correspondentes despesas fossem apresentadas a pagamento, o que aconteceu;

I) Ao optar por absolver, sem mais, as entidades demandadas dos *"pedidos condenatórios formulados"*, o tribunal *a quo* demitiu-se de exercer o poder jurisdicional que sobre ele impende e incorreu em omissão de pronúncia pelo que a sentença é, nessa parte, nula (art. 668º, n.º1, al. d) do CPC);

J) Assim sendo, deve o tribunal *ad quem* pronunciar-se sobre os pedidos condenatórios formulados pela ora recorrente na sua p.i., condenando as entidades demandadas a pagar o remanescente da comparticipação aprovada para o **Projecto CCB Digital**, no montante apurado de € 156.369,07, acrescido dos juros de mora entretanto vencidos."

O Digno Magistrado do Mº Pº emitiu parecer no sentido de ser concedido provimento aos recursos interpostos pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e pela Autoridade de Gestão do POSI, negando-se provimento ao recurso interposto pela Fundação CCB.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

x x

2. Fundamentação

2.1. De facto

A sentença recorrida considerou assente a seguinte matéria de facto, com relevo para a decisão:

"1. Em 28 de Julho de 2000, a Comissão Europeia aprovou o Programa Operacional Sociedade de Informação (POSI) que se integrava no quadro comunitário de apoio para as intervenções estruturais comunitárias para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2000 a 31 de Dezembro de 2006.

2. A candidatura ao Programa Operacional Sociedade da Informação (POSI) foi apresentada pela A., em 23.01.02, através do formulário constante do processo administrativo, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, que obteve no POSI o número de origem 263/2.2/C/LVT e que visava obter o financiamento do projecto CCB Digital, integrado na medida 2.2 - "*Conteúdos*" do Eixo Prioritário nº2 "*Portugal Digital*" daquele Programa (cfr. doc. de fls. não numeradas do processo administrativo).

3. O projecto "CCB Digital", apresentado pela A., consistia em promover e desenvolver um projecto "*capaz de consagrar a presença do CCB no mundo digital*".

4. O formulário da candidatura, apresentado pela A ia acompanhado e capeado com a carta de fls. 57 a 59 dos autos, datada de 22 de Janeiro de 2002, (e recebida no POSI, em 23 de Janeiro juntamente com o formulário de candidatura), onde, para além do mais, se pede ler o seguinte: "*Toda a concepção, produção e manutenção do CCB digital será contratado externamente, sendo, no mínimo, consultados três fornecedores*".

5. O formulário de candidatura contém um item relativo à "Descrição das Componentes por Regime de Execução", sendo regime de execução cada uma das seguintes modalidades: a) Concurso Público; b) Concurso limitado por prévia qualificação; c) Concurso limitado sem apresentação de candidatura; d) Por negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio; e) Com consulta prévia; f) Ajuste directo (cfr. formulário constante do processo administrativo a fls. não numeradas).

6. No formulário de candidatura apresentado, a A. inseriu a menção "*não aplicável*" no item relativo à "Descrição das Componentes por Regime de Execução".

7. Em 04.03.02, a Administração da A., enviou à R. a carta de fls. 60 e 61 dos autos, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, na qual se pode ler, para além do mais, o seguinte: "*..e conferem em termos contratuais um projecto de chave na mão fornecido pela empresa I....., I..... (...)*

Enviamos igualmente para conhecimento, a minuta de contrato com esta empresa, a qual não se encontra ainda assinada dado que se aguarda a aprovação do projecto e consequente financiamento, pelo facto de o CCB não possuir o orçamento necessário e suficiente para o realizar na sua

totalidade;

8. A minuta que seguia em anexo à carta referida no ponto anterior é a que consta a fls. 63 a 73, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, cujo título é " *contrato de prestação de serviços e de cedência de licença de produção e utilização de conteúdos* ", a celebrar entre a A. e a empresa I.....- Produção, Lda., cujo corpo do nº3 da respectiva cláusula 1ª é do seguinte teor: " *O objecto definido no presente contrato corresponde ao projecto designado CCB digital.* " A cláusula 8ª refere, designadamente, que " *Pelos serviços objecto do presente contrato, o preço a pagar pela segunda contraente à primeira contraente é, acrescido o IVA:*

1 - € 77.313.67 a pagar trinta dias após a assinatura do presente contrato, montante que diz respeito à primeira parte do projecto;

2 - €24.939.90 a pagar mensalmente, 30 dias após a emissão da respectiva fatura, pelos serviços de produção, desenvolvimento e manutenção de conteúdos, pela produção de um magazine especializado em termos culturais, e ainda, pela manutenção técnico, do portal, no âmbito da segunda e terceira fase do projecto (..) Este preço é fixo durante os primeiros dois anos de vigência do contrato;

3 - €37.409.84 pelo desenvolvimento da extensão de telemóveis (..) por cada instalação interactiva, num total de quatro (..). "

9. Foi elaborada a Proposta nº201/2002, relativamente à candidatura em análise, de fls. não numeradas do PA, onde se pode ler, designadamente, o seguinte:

"*O projecto da Fundação Centro Cultural de Belém visa essencialmente a criação de um sistema de informação multimédia permitindo armazenar todos os conteúdos associadas às várias actividades do CCB, podendo ser apresentados em forma de textos, imagens (fotos e vídeos) e som disponibilizados através de um site (CCB Web). Para além disso, prevê a adaptação dos conteúdos do site para a televisão interactiva (CCB iTV) sendo extensível para telemóveis (CCB Móvel) incluindo ainda um conjunto de instalações interactivas a colocar no edifício do CCB.*
(...)

Para o desenvolvimento do projecto a entidade prevê a contratação de uma empresa de Produção Audiovisual e Multimédia para a concepção, desenvolvimento, implementação e manutenção do CCB Web, o desenvolvimento e versão do site para televisão interactiva, CCB iTV, o desenvolvimento de conteúdos para a reprodução em telemóvel CCB Móvel, bem como o desenvolvimento do conjunto de instalações interactivas a colocar no espaço físico do CCB, CCB Aumentado.
(...)

Propõe-se que o investimento considerado elegível para efeitos de comparticipação POSI seja de €446,567.

No que se refere à taxa de comparticipação do Programa Operacional Sociedade da Informação, propõe-se que a mesma seja de 80% do Investimento Total Elegível, o que equivale a €357.254."

10. Sobre essa proposta o Gestor do POSI exarou o seguinte despacho:

"Face ao parecer do painel e à análise feita pelo GG-POSI concordo com esta proposta. Submeta à U.G."

11. A unidade de gestão (U.G.) deu parecer favorável.

12. Por despacho de 03.04.02 do Ministro da Ciência e da Tecnologia foi aprovada uma comparticipação financeira do POSI de €357.254,00, referente à candidatura referida com base na proposta referida (cfr. despacho de fls. não numeradas do PA e ofício de fls. 74 dos autos).

13. Por despacho de 06.08.02 foi aprovada, pelo Ministro-Adjunto do Primeiro-ministro a rectificação do cálculo anteriormente efectuado em 28.08.02, tendo a comparticipação financeira referente à candidatura referida passado a ascender a €497.316 euros (cfr. despacho de fls. não numeradas do PA e ofício de fls. 82 dos autos).

14. Em 28.08.02, a A. devolveu ao POSI o termo de aceitação (cfr. doe. de fls. 83 a 86 cujo teor se dá por integralmente reproduzido).

15. Em 14.04.02, foi celebrado, sem prévio concurso público ou limitado por prévia qualificação, entre a I..... e a FCCB o contrato de fls. não numeradas do processo administrativo cujo teor se dá por integralmente reproduzido salientando-se as seguintes cláusulas:

"Cláusula 1ª

(Objecto)

1 Pelo presente contrato, a 1ª contraente presta à 2ª contraente os serviços de concepção, desenvolvimento, implementação e manutenção do Portal horizontal da 2ª contraente.

(...)

Cláusula 4ª

(Direitos de Propriedade intelectual ou industrial sobre os conteúdos)

1- Os direitos de propriedade intelectual ou industrial que incidam sobre os conteúdos especificamente produzidos e desenvolvidos para a 2ª contraente e que estejam relacionados com a sua actividade, designadamente, entre outros, espectáculos, conferências e seminários, transmitem-se para a 2ª contraente com a respectiva entrega.

(...)

Cláusula 7ª

(Retribuição)

Pelos serviços objecto do presente contrato, a 2ª contraente paga à 1ª contraente:

1 - 64.868,67 euros, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, pela concepção, desenvolvimento e implementação do Portal.

2 - 24.939,89 euros acrescido de IVA à taxa legal em vigor, apagar mensalmente, 30 dias após a emissão da respectiva factura, pelos serviços de produção, desenvolvimento e manutenção de conteúdos, pela produção de um magazine especializado em temas culturais e ainda, pela manutenção técnica do Portal.

(...)

Cláusula 13ª

(Vigência)

O presente contrato vigora pelo prazo de um ano e tem início a 1 de Junho de 2002. "

16. O primeiro pedido de pagamento referente a facturas vencidas foi apresentado pela A. ao POSI em 13.09.02, o 2º em 13.02.03, e o 3º em 05.08.03 (cfr. docs de fls. 92 a 99).

17. Os dois primeiros foram pagos na íntegra por verbas retiradas do FEDER e do OE, mas quanto ao terceiro pedido, foi paga apenas a verba de €60.425,07, e pelo FEDER, em 18.10.03 (cfr. doe. de fls. 101).

18. Foi pago à A. o montante de €265.667,27, relativo à totalidade do primeiro e do segundo pedidos e a parte do terceiro pedido.

19. No início de 2004, teve início uma avaliação de controlo de 1º nível, nos termos do artigo 10º do Regulamento da Comissão nº438/2001, a qual decorreu até 23.07.04.

20. Em 07.06.04, foi remetido ao gestor do POSI o 4º pedido de pagamento, nos termos dos docs de fls. 104 a 107, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, o qual não foi satisfeito.

21. Foi proferido o Relatório nº005/2004 - Projecto nº263-2.2-C-LVT da acção de controlo de 1º nível, de fls. 37 a 53 dos autos cujo teor se dá por integralmente reproduzido, no qual, a final, se pode ler, designadamente, o seguinte:

" Anomalia: O contrato de prestação de serviços e cedência de licença de produção e utilização de conteúdos celebrado entre a FCCB e a sociedade comercial "I..... -Produção, Lda " não cumpre o disposto no capítulo XIII do Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho a que está sujeita. "

(...)

A escolha do prestador de serviço obedecia a regras que não foram cumpridas e a atribuição ou o reconhecimento com o contrato celebrado ao prestador de serviços não altera o que foi feito ao arripio do direito em momento anterior.

Face ao exposto, a Estrutura de Controlo de 1º nível considera todas as despesas legalmente enquadradas por este contrato, como sendo não elegíveis.

3. Recomendações:

a) Recomenda-se que seja abatida ao projecto toda despesa relacionada com o contrato de prestação de serviços e cedência de licença de produção e utilização de conteúdos celebrado entre a FCCB e a sociedade comercial "I..... -Produção, Lda. (vide anexo III), nas quais se englobam os €265.667,27

4. Parecer:

"Na nossa opinião a despesa apresentada a co-financiamento pela FCCB no âmbito deste projecto não se encontra devidamente enquadrada no DL nº197/99, de 8 de Junho, pelo que consideramos a totalidade da despesa auditada como sendo não exigível. "

(cfr. doe. de fls. 37 a 53 dos autos)

22. O despacho do Gestor do Posi, de 04.02.05, exarado no Relatório nº005/2004 - Projecto nº263-2.-C-LVT, tem o seguinte teor:

"Concordo. Informe-se em conformidade o promotor, no sentido de serem acauteladas as respectivas recomendações, tendo a entidade que proceder às correcções evidenciadas. Dar conhecimento à DGDR e ao eixo 2. (ass. ilegível) " (cfr. doc. de fls. 37)

23. A A. foi notificada, em 07.03.05, do relatório referido em 21. por ofício do Gestor do POS - Conhecimento datado de 02.03.05 (cfr. doc. de fls. 36).

24. Em 15.03.05, a A. foi notificada do ofício do Gestor do POSI, do seguinte teor:

"Por aplicação da norma nº1/2003, de Junho da DGDR/Controlo, serve o presente ofício para notificar V. Exª de que a partir desta data a Fundação Centro Cultural de Belém com o NIF..... constitui devedor da Autoridade de Gestão de Programa Operacional da Sociedade da Informação/Programa operacional Sociedade do Conhecimento. No âmbito de uma acção de controlo de 1º nível de onde resultou um relatório de controlo com a ref 005/2004, de 11-Nov-2004, remetido a V. Exª em 08-Mar-2005 foi detectada uma irregularidade/anomalia, no montante total de €201.907,08, de onde resulta uma dívida FEDER de €165.377,94 e uma dívida de Orçamento de. estado de €36.529,14. Assim sendo, essa entidade possui até 30 dias consecutivos, a partir da data de recepção do presente ofício, para proceder à devolução do valor em dívida (...). "

(cfr. doc. de fls. 54 e 55).

25. Por cartas de 26.01.06 e de 09.02.06, dirigidas ao POSI, a A. enviou os pedidos de pagamentos nºs 5 e 6 do "Projecto CCB digital" (fls. 262 e 273).

x x

2.2. De direito

O acto impugnado é o despacho de 05.01.2004 do Gestor do POSI, que aprovou o Relatório Final da Acção de Controlo de 1º Nível com o nº015/2004 – projecto nº263-2.2-c-LVT, conjugado com a notificação de 15 de Março de 2005, intimando a Fundação CCB a proceder à devolução do valor considerado em dívida, no montante global de 201.907,08€ (sendo 165.377,94€ proveniente do FEDER e 36.529,14€ do Orçamento do Estado).

A sentença recorrida julgou a acção parcialmente procedente, anulando o acto impugnado e absolvendo os R.R. do pedido relativamente aos pedidos formulados.

Para tanto, entendeu que o acto impugnado consubstancia um acto revogatório parcial da decisão de aprovação proferida pelo Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, rectificada pelo

Ministro Adjunto do Primeiro Ministro e, em consequência, considerou a prática daquela acto ferida do vício de incompetência, por a mesma competir ao supra mencionado membro do Governo.

Ou seja, a decisão de 1ª instância considerou que o acto impugnado “enferma do vício de incompetência por ter sido praticado por entidade administrativa que não tinha poderes para tal, já que o artigo 12º do Regulamento de Acesso à Medida 2.2. do Programa Operacional Sociedade da Informação, aprovado pelo Despacho de 9 de Fevereiro do Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, publicado no D.R.II Série de 30.03.200, estabelece que a decisão de aprovação poderá ser revogada por decisão do Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, sob proposta do Gestor do POSI, e este não tinha competência delegada na matéria, como o próprio R. admite” (cfr. fls. 437 dos autos).

Todavia, tanto o MCTES como o Gestor do POSI sustentam nos seus recursos que a declaração de não elegibilidade dos montantes em causa não prejudica nem revoga o acto de atribuição do montante de 497.316,00€ à Fundação CCB, inexistindo, por isso, qualquer supressão ou diminuição do financiamento inicialmente aprovado. Na verdade, não estamos perante um acto revogatório, antes nos situamos no âmbito de uma avaliação do controlo de 1º nível, nos termos do artigo 10º do Regulamento da Comissão 438/2001, sendo certo que a declaração de não elegibilidade dos montantes em causa deriva de uma acção de controlo, não significando qualquer supressão ou diminuição do financiamento inicialmente aprovado.

Como escreve o Digno Magistrado do Ministério Público no seu parecer, “ as circunstancia apuradas nos autos permitem seguramente concluir que a Fundação CCB, apesar de se achar submetida ao regime do Dec.-Lei nº197/99, de 8 de Junho, (conforme inequivocamente demonstrado no acórdão sob recurso), não observou o disposto no capítulo XIII deste diploma no tocante ao contrato de prestação de serviços e cedência de licença de produção e utilização de conteúdos celebrado com a sociedade comercial “Imaterial – Produção de Audiovisual e Multimédia, Lda.”.

Daí a subsequente intervenção do Gestor do POSI, realizada de acordo com os normativos por que se rege (Decreto-Lei nº54-A/2000, de 7 de Abril, artigo 29º, nºs 1 e 2 do Decreto-Lei nº181/2000, de 16 de Agosto; artigo 19º nº5 e 6 do Decreto-lei nº168/2001, de 25 de Maio; Portaria nº684/2001, artigo2º,al.b)). Nessa conformidade, após proceder a uma avaliação de controlo de 1º nível nos termos do disposto no artigo 10º do Regulamento

(CE) nº438/2001, da Comissão – no uso da competência que lhe assiste como Autoridade de Gestão, para efeitos do Regulamento (CE) nº1260/99, e conforme o disposto nos artigos 25º a 29º do Decreto-Lei nº54-A/2000, de 7 de Abril – declarou não exigíveis tais despesas, diligenciando paralelamente pela restituição dos montantes já pagos. Isto, sem que essas diligências, vinculadas pelo acto impugnado na acção, possam minimamente representar qualquer revogação, mesmo parcial, da anterior decisão de aprovação da candidatura proferida pelo Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e ratificada pelo Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, como aliás resulta dos pontos 12, 13, 14, 15, 19, 21 e 22 dos factos provados (cfr. fls. 635, sublinhado nosso). Pode dizer-se, em síntese, que o Gestor do POSI é competente para a intervenção efectuada, e que a declaração de não elegibilidade dos montantes em causa não prejudica nem revoga o acto de atribuição do montante de 497.316,00€ à Fundação CCB, a isto acrescendo que esta sempre poderia, posteriormente ao acto impugnado que lhe ordenou a devolução das verbas já pagas, apresentar outras despesas que viessem a ser consideradas elegíveis, voltando a receber a quantia de 201.907,08€ cuja devolução lhe foi ordenada.

Não podendo ser outro o despacho da Autoridade de Gestão senão a aprovação do Relatório Final da Acção de Controlo de 1º nível com o nº005/2004, conclui-se que o acórdão recorrido, por considerar que o acto praticado constitui um acto revogatório parcial da decisão de aprovação, violou o disposto nos nºs 1 e 2 do Decreto-Lei nº54-A/2000, de 7 de Abril, o disposto nos nºs 5 e 6 do artigo 19º do Decreto-Lei nº181/2000, de 16 de Agosto e o disposto no nº2 do artigo 5º do Decreto-lei nº168/2001, de 25 de Maio, razão pela qual não pode subsistir na ordem jurídica, devendo ser revogada, nos termos pedidos pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e Autoridade de Gestão do Programa Operacional da Sociedade do Conhecimento.

x x

Isto posto, passemos ao ponto seguinte apreciando o recurso interposto pela Fundação Centro Cultural de Belém (Fundação CCB).

Esta impugnou o segmento decisório do acórdão que considerou improcedentes os pedidos de condenação da Autoridade de Gestão do POSI e o MCTES na quantia de 96.272,18€ referente à parte das despesas elencadas com o terceiro pedido de pagamento e a totalidade das despesas referentes ao quarto pedido de pagamento (artigo 90º da p.i. e al.b) do petitório), bem como a entregar-lhe o remanescente da comparticipação aprovada para o projecto CCB Digital, que à data se encontrava

em execução, contra a apresentação das respectivas facturas/recibos (artigo 91º da p.i. e alínea c) do peditório). Quanto a este ponto, começaremos por notar que a própria decisão recorrida não implica, “*ipso facto*”, a condenação das entidades demandadas a pagar a comparticipação alegadamente em falta, como ali se pode ler.

A questão da reposição de verbas comunitárias tem vindo a ser objecto de pronúncia por parte do STA, salientando-se o Ac. STA de 06.10.2005, proferido no recurso nº2037/02, e o de 06.12.2005, proferido no Rec. nº382/02.

Como se apercebeu o aresto recorrido, “fundada no principio geral de direito da repetição do indevido, traduz a obrigação de restituir o que foi recebido indevidamente, segundo o principio essencial da justiça “*suum cuique tribuere*”, esta jurisprudência mais recente e predominante do STA tem vindo a sustentar que, tendo em conta que os beneficiários de ajudas provenientes dos **fundos** comunitários estão sujeitos ao controlo “à posteriori” da realidade e regularidade de ajuda comunitária concedida (controlo que deve ter lugar dentro do prazo exigido para a conservação da respectiva documentação comercial) não se aplicando o regime do artigo 141º do CPA à revogação do acto de concessão de ajuda decorrente de irregularidade detectada através de controlo “à posteriori” (cfr.fls.35 do acórdão recorrido).

Como é sabido, as normas contidas em regulamentos comunitários são de aplicação obrigatória e imediata, integrando-se na ordem jurídico nacional, de acordo com o primado do Direito Comunitário.

É o que resulta do Ac. do STA de 06.10.2005, Rec. nº2037/02, proferido em sede de oposição de julgados e referido no aresto recorrido, no qual se escreve, designadamente o seguinte:

“(…)Da aplicabilidade directa e desta situação na pirâmide das normas resulta que os acima mencionados regulamentos e suas normas estão ao mesmo nível e reclamam aplicação com força igual ao artigo 141.º do CPA.

Donde resulta a necessidade para os Tribunais nacionais de os interpretar e aplicar de modo a não a excluir a eficácia das respectivas normas, embora não se possa entender o alcance daquelas normas comunitárias como pretendendo revogar a norma nacional.

O problema consiste portanto, na interpretação da lei, a qual não se pode restringir à letra, mas tem de atender ao “pensamento legislativo”, à “unidade do sistema jurídico” às “circunstâncias em que a lei foi elaborada” e “às condições específicas do tempo em que é aplicada” – art.º 9. n.º 1 do CCiv.

O Acórdão fundamento situou-se essencialmente neste patamar ao tomar

em consideração que “... um sistema de controlo como o que se pretendeu instituir ficaria sem sentido se o Estado Membro, uma vez verificada a inexactidão de documentação comercial de uma empresa, com base na qual a mesma acedeu a um financiamento do aludido Fundo, não pudesse obrigar esta a restituir o que sem base legal veio a receber.

Obrigação esta que resulta da própria da lógica desse sistema de controlo, que para ser eficaz deverá poder reconduzir as operações de acordo com a realidade.”

Isto é, o Acórdão fundamento considerou que não é possível interpretar normas situadas ao mesmo nível da hierarquia das leis sem um esforço para garantir que se alcancem as finalidades que com a emissão dessas normas se procurou, fazendo, num primeiro momento, a tentativa de aplicar também a norma em colisão, conferindo-lhe igualmente efeitos que não descaracterizem a sua finalidade.

E foi assim que, na situação concreta de recuperação de entregas indevidas em financiamentos Feoga-Garantia, considerou que a segurança e confiança jurídica continuam a ser protegidas, embora com um alongamento do prazo.

Porém, a aplicabilidade directa do direito comunitário deixa alguma margem de dúvidas em face das dificuldades que suscita a aplicação harmonizada, visto que em termos teóricos haverá aceitar em grande medida as críticas dos que afirmam que a harmonização é uma modificação do regime legal cujas fronteiras são muito perigosas por via da indefinição em que assentam.

3. O primado do Direito Comunitário.

Em virtude das considerações antecedentes a solução do Acórdão fundamento é de adoptar definitivamente com base no princípio de prevalência da norma comunitária e afastamento de aplicação da norma nacional.

Vejamos em que consiste de modo breve.

Através do Direito Comunitário os Estados Membros procuraram instituir um mercado único, um espaço económico sujeito a regras essencialmente iguais.

Este objectivo exigiu de cada país membro uma limitação ou transferência de atribuições para a Comunidade, embora nos domínios e condições em que se vincularam nos tratados criadores, de modo que admitiram a integração nas ordens jurídicas nacionais de um corpo de direito não só de base convencional, mas também provindo de Instituições da Comunidade.

Como O TJC decidiu no Acórdão Costa – ENEL e se transformou em regra de direito pacífica:

“... Esta integração no direito de cada país membro de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais genericamente, os termos e o espírito do tratado têm por corolário na impossibilidade para os Estados-

membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica aceite por eles numa base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior ...

A preeminência do direito comunitário é confirmada pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor obrigatório e são directamente aplicáveis em qualquer Estado-membro.

.... Resulta do conjunto destes elementos que emanado de uma fonte autónoma, o direito resultante do tratado não poderia em razão da sua natureza específica original, ver-se judiciariamente confrontado com um texto de direito interno qualquer que este fosse, sem perder o seu carácter comunitário e sem que fosse posta em causa a base jurídica da própria Comunidade.” (Sublinhados nossos).

O que se extrai para o caso presente deste princípio de primazia do Direito Comunitário é, em derradeira análise, que o artigo 141.º do CPA não pode ser aplicado se conduzir a solução desconforme com as normas dos regulamentos comunitários acima mencionadas, pelo que temos de conceder prevalência à aplicação das normas comunitárias e afastar a aplicação da norma nacional.

Em matéria diferente, sobre recuperação de ajuda estatal ilegalmente concedida - artigo 93.º do Tratado - mas esclarecedor sobre as relações entre o direito comunitário e o direito interno e os princípios que presidem à recuperação de ajudas, refere o Ac. do TJC de 20 de Março de 1997, Proc. C-24/95, caso Alcan:

“A recuperação de um auxílio ilegal deve ocorrer, em princípio, de acordo com as disposições pertinentes do direito nacional, sem prejuízo, todavia, de serem aplicadas de forma a não tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo direito comunitário. Em especial, o interesse da Comunidade deve ser respeitado em toda sua extensão aquando da aplicação de uma disposição que sujeita a revogação de um acto administrativo ilegal à apreciação dos diferentes interesses em causa.

A este respeito, embora a ordem jurídica comunitária não possa opor-se a uma legislação nacional que assegura o respeito da confiança legítima e da segurança jurídica no domínio da recuperação, todavia, tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do art.º 93.º do Tratado, as empresas beneficiárias de um auxílio não podem, em princípio, ter uma confiança legítima na regularidade do auxílio a não ser que este tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto pelo referido artigo. Com efeito, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de se assegurar de que esse processo foi respeitado, mesmo que o Estado em causa seja de tal modo responsável pela ilegalidade da decisão de concessão do auxílio que a sua revogação se mostre contrária à boa-fé.

Além disso, estando em causa auxílios de Estado declarados incompatíveis, o papel das autoridades nacionais está limitado a dar execução a qualquer decisão da Comissão. Face à inexistência de poder discricionário da autoridade nacional, mesmo que ela deixe esgotar o prazo de preclusão previsto no direito nacional para a revogação da decisão de concessão do auxílio, o beneficiário de um auxílio concedido

ilegalmente deixa de estar na incerteza a partir do momento em que a Comissão adopta uma decisão que declara tal auxílio incompatível e exige a sua recuperação.

Em consequência, a autoridade nacional competente está obrigada, por força do direito comunitário, a revogar a decisão de concessão de um auxílio atribuído ilegalmente, em conformidade com uma decisão definitiva da Comissão que declara o auxílio incompatível e exige a sua recuperação, mesmo que :

- tenha deixado expirar o prazo previsto para esse efeito no interesse da segurança jurídica pelo direito nacional;

- seja de tal modo responsável pela ilegalidade da decisão que a sua revogação se mostre, no que respeita ao beneficiário do auxílio, contrária à boa-fé, desde que o beneficiário do auxílio não tenha podido ter, por inobservância do procedimento previsto no artigo 93.º do Tratado, uma confiança legítima na regularidade do auxílio;

e

- o direito nacional a exclua em razão da extinção do enriquecimento, na ausência de má-fé do beneficiário do auxílio, uma vez que tal extinção é a regra no domínio dos auxílios de Estado que são, em geral, atribuídos a empresas em dificuldades, cujo balanço já não revela, no momento da recuperação, o aumento patrimonial que incontestavelmente resultou do auxílio.”(Sublinhados nossos)

No caso dos autos não estamos perante a situação de recuperar ajudas nacionais declaradas incompatíveis como direito Comunitário pelo mecanismo do artigo 93.º do Tratado, mas de recuperar ajudas concedidas pelo Direito Comunitário através da Administração nacional.

Mas, em qualquer das situações a concessão da ajuda é considerada ilegal pelo direito interno e pelo direito comunitário e este último impõe indiscutivelmente a respectiva recuperação, mesmo contra normas nacionais de protecção da confiança e da segurança, pelo que estas devem ficar sem aplicação e ceder lugar à aplicação do direito comunitário, impondo-se como devido e legal o acto de revogação da concessão da ajuda.

4. O Prazo limite de Controlo e de Revisão do Acto que concedeu a Ajuda. Para o caso dos registos relativos a operações do sector vitivinícola existe uma norma específica do Regulamento 2238/93 da Comissão, de 26/7, o artigo 19.º que estabelece para a conservação dos documentos um prazo de cinco anos, sem prejuízo de normas mais rigorosas adoptadas pelos Estados-membros.

Além do prazo do Regulamento 2238/93, o direito nacional estabelece no artigo 40.º do C. Comercial - também no CIRS art.º 118.º 2 e no CIRC, art.º 115.º - 5 - (Vd. J M Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, I vol. P. 176) o prazo de dez anos para o comerciante conservar a sua escrituração mercantil, pelo que é este prazo mais longo aquele durante o qual podem ser efectuados controlos de acordo com as normas

comunitárias, controlos esses que têm necessariamente de surtir os efeitos que para eles a lei determina, designadamente a revisão das ajudas financeiras concedidas e consequente exigência do que foi indevidamente pago e nessa medida a revogação do acto que as concedeu, sendo o prazo desta revogação dilatado até ao referido limite temporal.

Portanto, é recusada a aplicação da norma do artigo 141.º n.º 1 do CPA, embora se considere que a estabilidade e a segurança não deixam de ser protegidas, antes passam a ser protegidas de forma menos intensa, cedendo em parte, à necessidade de protecção de outros valores de semelhante relevância.(...)”.

Acresce dizer que o artigo 38º, nº6 do Regulamento nº1260/99 do Conselho, de 21 de Junho obriga as autoridades responsáveis a conservar, durante o período de três anos, os documentos comprovativos relativos às despesas e aos controlos referentes à intervenção em causa, razão pela qual, tendo sido detectado “à posteriori”, em sede de acção de controlo, dentro do prazo de três anos, erro de direito sobre a aplicação do Decreto-Lei nº 197/99, na aprovação do financiamento concedido, este pode ser “revogado”, sem que haja violação do artigo 141º do CPA, ou seja, sem que haja ilegal revogação de acto constitutivo de direitos. Tal erro resulta evidente quando se aprecia a factualidade assente, onde se refere que no início de 2004 se efectuou uma avaliação de controlo de nível, nos termos do artigo 10º do Regulamento da Comissão nº433/2001, na sequência do qual foi proferido o Relatório nº005/2004 – Projecto nº263 -2.2 – LVT da referida acção.

No final de tal Relatório pode ler-se, conforme referido a fls. 418 dos autos e 36 do acórdão recorrido:

“(…) Anomalia: O contrato de prestação de serviços e cedência de licença de produção e utilização de conteúdos celebrado entre a FCCB e a sociedade comercial “I..... -Produção de, Lda ” não cumpre o disposto no capítulo XIII do Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho a que está sujeita. ”

(...)

A escolha do prestador de serviço obedecia a regras que não foram cumpridas e a atribuição ou o reconhecimento com o contrato celebrado ao prestador de serviços não altera o que foi feito ao arrepio do direito em momento anterior.

Face ao exposto, a Estrutura de Controlo de 1º nível considera todas as despesas legalmente enquadradas por este contrato, como sendo não elegíveis.

3. Recomendações:

a) Recomenda-se que seja abatida ao projecto toda despesa relacionada com o contrato de prestação de serviços e cedência de licença de produção e utilização de conteúdos celebrado entre a FCCB e a sociedade comercial “I..... - Produção, Lda.

(vide anexo III), nas quais se englobam os €265.667,27

4. Parecer:

"Na nossa opinião a despesa apresentada a co-financiamento pela FCCB no âmbito deste projecto não se encontra devidamente enquadrada no DL n.º197/99, de 8 de Junho, pelo que consideramos a totalidade da despesa auditada como sendo não exigível. (...)".

Como se vê, não foi cumprido o disposto no capítulo XIII do Decreto-Lei n.º197/99, de 8 de Junho, com referência ao contrato de prestação de serviços celebrado entre o FCCB e a Sociedade Comercial "I.....-Produção, Lda., razão pela qual a despesa apresentada não foi considerada elegível (cfr. pontos 19 a 21 da decisão recorrida).

É esta a verdadeira motivação do ofício do GESTOR do POSI de 15.03.2005, ou seja, a ordem de devolução resultou de uma irregularidade detectada, traduzida numa dívida ao FEDER de 165.377,94€ e de uma dívida ao Orçamento Geral de Estado de 36.529,14€.

Não há, pois, qualquer revogação no sentido técnico da palavra, reconhecendo o próprio aresto recorrido a existência de incumprimento das disposições legais comunitárias, o que torna inviáveis os pedidos de condenação efectuados.

Em conclusão, não subsistem quaisquer dúvidas sobre a correcta absolvição dos R.R: relativamente aos pedidos condenatórios formulados, vem como é inquestionável a existência de erro de julgamento no tocante à anulação do acto da Administração de 5 de Janeiro de 2005, supra apreciada.

x x

3. Decisão

Em face do exposto, acordam em conceder provimento aos recursos interpostos pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e pela Autoridade de Gestão do POSI e em negar provimento ao recurso interposto pela Fundação Centro Cultural de Belém.

Custas pela Fundação CCB, em ambas as instâncias.

Lisboa, 9.05.013

António Coelho da Cunha

Fonseca da Paz

Rui Pereira