

II Fórum de Contabilidade e Economia Social

Enquadramento social, jurídico, contabilístico e fiscal das IPSS em Portugal

Tema: enquadramento jurídico das IPSS em Portugal (um desafio à “profissionalização”?)

Licínio Lopes Martins

Prof. da FDUC e Investigador do Instituto Jurídico da FDUC

I - Enquadramento geral: o “bloco” constitucional, legal e regulamentar do estatuto jurídico das IPSS

- “Artigo 63.º, n.º 5, da CRP (Segurança social e solidariedade):

“O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º”.

- Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio, Lei de Bases da Economia Social

- Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que alterou e republicou o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), aprovado pelo Decreto-Lei, n.º 119/83, de 25 de Fevereiro

- Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho, introduz a primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 172 -A/2014, de 14 de Novembro e a sexta alteração ao Estatuto das IPSS, por apreciação parlamentar, aditando na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º, às formas ou tipos de IPSS, as cooperativas de solidariedade social, credenciadas nos termos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de Janeiro

- Lei n.º 119/2015, de 31 de Agosto, que aprova o **Código Cooperativo**, em especial a alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º, onde estabelece a solidariedade social como um dos ramos do sector cooperativo e o n.º 4 do mesmo artigo, ao determinar que as cooperativas de solidariedade social que prossigam os objectivos previstos no artigo 1.º do Estatuto das IPSS e que sejam reconhecidas nessa qualidade pela Direcção-Geral da Acção Social, são equiparadas às IPSS, aplicando-se-lhes o mesmo estatuto de direitos, deveres e benefícios, designadamente fiscais

- Despacho n.º 3859/2016, 16 de Março de 2016, que aprova as normas reguladoras do reconhecimento por equiparação a IPSS das cooperativas de solidariedade social

- Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho (Lei-quadro das Fundações), que estabelece o regime aplicável às fundações de solidariedade social, para o qual remete o artigo 77.º-A do Estatuto das IPSS, embora sem prejuízo da aplicação subsidiária do regime deste Estatuto e da aplicação directa do regime previsto no seu capítulo I, com excepção dos artigos 10.º, 12.º, 13.º, 20.º, 21.º e 21.º-C.

- Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, que estabelece os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do sector social e solidário (regime que é extensivo às instituições sem fins lucrativos de utilidade pública cujo fim social seja a prossecução de objectivos de solidariedade social)

- Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho, que, em desenvolvimento do regime do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, define os critérios, regras e formas em que assenta o modelo específico da cooperação estabelecida entre o Instituto da Segurança Social, I. P., e as IPSS ou legalmente equiparadas (cooperação no âmbito da segurança social)

- Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, que define as formas de articulação do Ministério da Saúde e dos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde com as IPSS, enquadradas no regime da Lei de Bases da Economia Social

- Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, que estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objecto a realização de prestações de cuidados de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS), no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde

- No plano prospectivo, a Directiva 2014/24/UE, sobre o novo regime geral da contratação pública, e a revisão do Código dos Contratos Públicos, que incluirá um regime especial de adjudicação de contratos para serviços sociais e de saúde e outros serviços específicos (equivalentes ou conexos).

Na jurisprudência, em especial:

- O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011, de 13 de Dezembro de 2011;

- O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 11 de Dezembro de 2014 (Proc. C-113/13), *Azienda sanitaria «Spezzino»/San Lorenzo società cooperativa sociale*

II - A delimitação legal do “sector social e solidário” para efeitos da “cooperação contratualizada” - artigo 4.º da Lei de Bases da Economia Social e artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho

“...entende-se por «sector social e solidário» o conjunto das instituições particulares de solidariedade social, ou legalmente equiparadas, definidas no artigo 1.º do Estatuto das Instituições Particulares Solidariedade Social (IPSS)” - artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho

III - A revisão (e a republicação) do regime jurídico (Estatuto) das IPSS, em anexo ao Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro (republicação do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, que aprova o Estatuto das IPSS): principais novidades e algumas dúvidas de interpretação

1. Nota preliminar

i) A reforma surgiu na sequência da publicação da Lei de Bases da Economia Social (Lei n.º 30/2013), que veio materializar a importância que o Estado atribui à economia social.

O novo regime jurídico das IPSS (constante do respectivo Estatuto) contém a matriz jurídica imperativa das IPSS, em termos:

- da legalidade da sua constituição;
- da legalidade do seu funcionamento e de exercício das respectivas actividades;
- e do modelo de governação/gestão.

ii) É estabelecido o dever de respeito pelos princípios orientadores da economia social, bem como pelo regime previsto no Estatuto, **que é aplicável subsidiariamente às IPSS com regime especial** (p. ex., as associações mutualistas e as fundações - artigos 76.º e 77.º-A do Estatuto das IPSS, respectivamente)

Artigo 1.º, n.º 2: “A actuação das instituições pauta-se pelos princípios orientadores da economia social, definidos na Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio, bem como pelo regime previsto no presente Estatuto”

Artigo 1.º, n.º 3: “O regime estabelecido no presente Estatuto aplica-se subsidiariamente às instituições que se encontrem sujeitas a regulamentação especial”

2. Formas jurídicas ou tipos legais de IPSS (artigo 2.º do Estatuto)

i) **Revogação da forma “associações de voluntários de acção social”**, que passam a associações de solidariedade social (n.º 7.º do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 172-A/2014), acrescentando-se ainda, como mais rigor terminológico, a designação associações mutualistas ou de socorros mútuos (artigo 2.º, n.º 1, do Estatuto).

ii) **Elemento novo:** além dos tipos legais referidos no n.º 1 do artigo 2.º do Estatuto, aditou-se um n.º 2, no qual se estabelece que as instituições, nos termos da Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa em 18 de Maio de 2004, podem assumir a forma de Institutos de Organizações ou Instituições da Igreja Católica, designadamente Centros Sociais Paroquiais e Caritas Diocesanas e Paroquiais

3. A função credenciadora do registo e a utilidade pública (artigos 7.º e 8.º do Estatuto): a obrigatoriedade do registo – a efectuar nos termos regulamentados – com a **aquisição automática, *ope legis*, pelas IPSS registadas, da natureza de pessoa colectiva de utilidade pública**

4. Separação entre os fins principais e instrumentais (actividades instrumentais – artigos 1.º-A e 1.º-B do Estatuto)

i) A inovadora (de)limitação ao exercício de actividades instrumentais aos fins não lucrativos: admite-se a possibilidade de exercício de tais actividades instrumentais, mesmo quando desenvolvidas por (outras) entidades criadas, para esse efeito, pelas IPSS, mas o Estatuto das IPSS não é aplicável quando esteja exclusivamente em causa o desenvolvimento de tais actividades instrumentais. **Que tipo de entidades?**

ii) Contudo, constitui condição para o exercício de actividades secundárias/instrumentais que os respectivos resultados económicos revertam exclusivamente para o financiamento dos fins não lucrativos prosseguidos pelas IPSS

iii) Inaplicabilidade do regime do Estatuto em tudo o que diga respeito exclusivamente aos fins secundários e às actividades instrumentais desenvolvidas: a necessidade de assegurar a separação orçamental/financeira/contabilística das actividades

iv) Mas tal facto não prejudica a competência dos serviços com funções de fiscalização ou de inspecção para a verificação da natureza secundária ou instrumental das actividades desenvolvidas e para a aplicação do regime contra-ordenacional aplicável

E poderão resultar outras consequências do eventual apuramento do exercício ilegal/ilícito de actividades secundárias? (p. ex., para efeitos de extinção por decisão do Tribunal Arbitral, por os fins reais já não coincidirem com os expressos nos estatutos ou serem prosseguidos de forma imoral ou ilícita?)

5. Normas imperativas para os estatutos das IPSS (artigo 10.º dos Estatutos): as menções estatutárias obrigatórias são mais amplas (p. ex., inclusão da forma jurídica adoptada, denominação dos órgãos, sua composição e forma de designar os respectivos membros e, em especial, as competências e regras de funcionamento desses órgãos, a clara/expressa separação entre fins principais e fins secundários e o modo de prosseguir estes fins (p. ex., se os fins secundários são directamente desenvolvidos pela IPSS ou por uma terceira entidade por esta criada)

6. Um novo modelo de “governança” das IPSS: o Estatuto revisto contém um bloco de regras imperativas mais denso e exigente para as instituições

6.1. Reafirma-se o princípio da autonomia das IPSS (artigo 3º do Estatuto): mantém-se a liberdade de organização interna, sendo reformulado o conceito de liberdade de actuação, no sentido do respeito da identidade das instituições, mas aditam-se exigências

6.2. Impedimentos absolutos quanto à composição dos órgãos e titularidade de cargos (artigo 15º):

- i) Limitação do acesso de trabalhadores aos órgãos de administração e de fiscalização (neste órgãos os trabalhadores das instituições não podem ter presença maioritária);**
- ii) Não podem exercer o cargo de presidente do órgão de fiscalização.**

6.2.1. Aplicabilidade desta regra anterior às cooperativas de solidariedade social: nas cooperativas os titulares dos órgãos sociais são eleitos em assembleia geral de entre os cooperadores (n.º 1 do artigo 29.º do Código Cooperativo). Cooperadores, mas não necessariamente cooperadores-trabalhadores da cooperativa. **A distinção entre cooperadores-trabalhadores e cooperadores-meros prestadores de serviços. O impedimento não é extensivo a estes últimos.**

6.3. Incompatibilidades (artigo 15º-A): reafirma-se a incompatibilidade entre a titularidade do órgão da administração e a titularidade do órgão de fiscalização e da mesa da assembleia geral

6.4. Impedimentos (conflitos de interesses - artigo 21º-B): alarga-se e intensifica-se o conjunto de situações de impedimento dos titulares dos órgãos, que são extensivas ao exercício de actividades conflitantes com a das Instituições

i) Os titulares dos órgãos não podem votar em assuntos que directamente lhes digam respeito, ou nos quais sejam interessados os respectivos cônjuges ou pessoa com quem vivam em condições análogas às dos cônjuges, ascendentes, descendentes ou qualquer parente ou afim em linha recta ou no 2.º grau da linha colateral

ii) Os titulares dos órgãos não podem exercer actividade conflituante com a actividade da instituição onde estão inseridos, nem integrar órgãos sociais de entidades conflitantes com os da instituição, ou de participadas desta (p. ex., uma entidade em que uma IPSS tenha participado na constituição, para o exercício de fins secundários, e participe na respectiva gestão também se encontra abrangida por este impedimento?)

iii) **No entanto, o auxílio do n.º 4 do mesmo artigo, para determinar a situação conflituante:** é definida, como situação conflituante, a que implique qualquer interesse num determinado resultado ilegítimo, num serviço ou numa transacção efectuada, e obtiver uma vantagem financeira ou benefício de outra natureza que o favoreça

iv) Os titulares dos órgãos de administração não podem contratar directa ou indirectamente com a instituição, salvo se do contrato resultar manifesto benefício para a instituição (“manifesto benefício -> uma “quase-liberalidade”?)

6.5. Requisitos cumulativos de elegibilidade para os órgãos sociais (artigo 21.º, n.ºs 1 e 2): apenas são elegíveis para os órgãos sociais das instituições os associados que estejam no pleno gozo dos seus direitos associativos, sejam maiores e tenham, pelo menos, um ano de vida associativa, salvo se os estatutos exigirem maior prazo, sendo que a inobservância destes requisitos determina a nulidade da eleição do candidato em causa (nota: a proporcionalidade estatutária na exigência de “maior prazo”)

6.6. Inabilitações e inelegibilidades (artigo 21.º-A): os titulares dos órgãos não podem ser reeleitos ou novamente designados se tiverem sido condenados em processo judicial por sentença transitada em julgado, em Portugal ou no estrangeiro, por crime doloso contra o património, abuso de cartão de garantia ou de crédito, usura, insolvência dolosa ou negligente, apropriação ilegítima de bens do sector público ou não lucrativo, falsificação, corrupção e branqueamento de capitais, salvo se, entretanto, tiver ocorrido a extinção da pena.

6.6.1. E outras situações mais graves do que a mera insolvência negligente?

6.6.2. O Estatuto não refere expressamente que aquelas situações de inelegibilidade (ou outras semelhantes) também poderão funcionar como causa de destituição judicial dos titulares dos órgãos

6.7. Limitação dos mandatos e nulidade da eleição (artigo 21.º-C, do Estatuto): é imposta uma duração dos mandatos dos titulares dos órgãos das IPSS, correspondente a 4 anos, e é introduzida a limitação dos mandatos do presidente da IPSS (ou “cargo equiparado”), que só pode ser eleito/designado para 3 mandatos consecutivos (evitar a “externalização” de mandatos)

(Nota: o cuidado do legislador em deixar claro, no n.º 1 do artigo 5.º do próprio Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que essa regra só se aplica para futuro, isto é, aos mandatos cujo início tenha ocorrido já na vigência deste novo regime, não sendo, para aquele efeito, contabilizados os mandatos já exercidos ou os que, à data da entrada em vigor do novo regime - 17 de Novembro de 2014 -, se encontrassem em curso)

6.7.1. Ou “cargo equiparado”? (n.º 6 do artigo 21.º-C, do Estatuto): o facto de a referida limitação implicar a inelegibilidade e de a sua inobservância ter como consequência uma sanção radical - a nulidade - exigia-se do legislador um maior cuidado na identificação do “cargo equiparado” ao de presidente da instituição (presidente da mesa da assembleia geral ou presidente do órgão de fiscalização?)

6.8. Remuneração (artigo 18.º do Estatuto): quanto à remuneração dos titulares do órgão de administração, que já anteriormente tinha natureza excepcional, são previstos tectos máximos, a que se associaão determinados pressupostos relativos à situação económico-financeira da instituição; uma vez verificados em sede de auditoria determinada pelo Governo implicam o não pagamento de remuneração (a instituição apresente cumulativamente dois dos seguintes rácios: solvabilidade inferior a 50 %; endividamento global superior a 150 %; autonomia financeira inferior a 25 %; rendibilidade líquida da actividade negativa, nos três últimos anos económicos; e, no caso das fundações de solidariedade social, pôr em causa o cumprimento do disposto na Lei-quadro das fundações, no respeitante ao limite de despesas próprias).

6.8.1. As consequências da violação destes limites: a destituição judicial por violação “deveres legais ou estatutários” (artigo 35.º, n.º 1, do Estatuto)

6.9. Clarificação legal de algumas regras de competência dos órgãos de administração (artigo 13.º, n.º 1, alínea c)): assegurar a organização e o funcionamento dos serviços e equipamentos, nomeadamente elaborando os regulamentos internos que se mostrem adequados e promovendo a organização e elaboração da contabilidade, nos termos da lei

6.9.1. A habilitação legal para a “descentralização funcional” (artigo 13.º, n.º 3):

“O órgão de administração pode delegar poderes de representação e administração para a prática de certos atos ou de certas categorias de atos em qualquer dos seus membros, em profissionais qualificados ao serviço da instituição, ou em mandatários”

6.9.2. O dever legal de definir expressamente os “certos atos ou de certas categorias de atos”: actos de administração ordinária ou também actos de administração extraordinária?

6.10. Eliminação do clássico conceito de tutela administrativa, mas com a institucionalização de mecanismos de supervisão - internos e externos - mais intensos

6.10.1. Os poderes do órgão (interno) de fiscalização (artigo 14.º, do Estatuto): para além da função consultiva tradicional, é-lhe reconhecido o poder legal de “controle e fiscalização da instituição, podendo, nesse âmbito, efetuar aos restantes órgãos (incluindo a assembleia geral) as recomendações que entenda adequadas com vista ao cumprimento da lei, dos estatutos e dos regulamentos, e designadamente:

a) Fiscalizar o órgão de administração da instituição, podendo, para o efeito, consultar a documentação necessária”

6.10.2. Mecanismo de supervisão geral directamente instituído pela Lei de Bases da Economia Social

“Artigo 6.º

Base de dados e conta satélite da economia social

1 – Compete ao Governo elaborar, publicar e manter atualizada em sítio próprio a base de dados permanente das entidades da economia social.

2 – Deve ainda ser assegurada a criação e a manutenção de uma conta satélite para a economia social, desenvolvida no âmbito do sistema estatístico nacional”.

Nota: aspecto que se regista como positivo no plano da transparência e da responsabilidade social (ou, como também se diz, no plano da *responsividade* social)

6.10.3. Sujeição aos mecanismos de supervisão das entidades reguladoras independentes (Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo)

“Artigo 1.º

Objeto

1 – A presente lei-quadro estabelece os princípios e as normas por que se regem as entidades administrativas independentes com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social, doravante e para efeitos da presente lei-quadro designadas por entidades reguladoras”.

6.10.4. Mecanismos de supervisão geral instituídos para determinados grupos de entidades: as fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, que aprova a Lei-Quadro das Fundações)

6.10.5. Sujeição ao Regime de Normalização Contabilística para as Entidades do Sector Não Lucrativo (artigo 14.º-A, n.º 1, do Estatuto) e ao Sistema de Normalização Contabilística e ao Regime de Supervisão e Regulação Financeira aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, republicado pelo Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de Junho:

“Artigo 3.º

Âmbito

1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos 4.º e 5.º, **o SNC é obrigatoriamente aplicável às seguintes entidades:**

(...)

g) **Entidades do setor não lucrativo** (ESNL), entendendo-se como tal as entidades que prossigam a título principal uma atividade sem fins lucrativos e que não possam distribuir aos seus membros ou contribuintes qualquer ganho económico ou financeiro direto, **designadamente associações, fundações** e pessoas coletivas públicas de tipo associativo, **devendo a aplicação do SNC a estas entidades sofrer as adaptações decorrentes da sua especificidade**”.

“ Artigo 9.º -E

Entidades do setor não lucrativo

Às entidades do setor não lucrativo aplica-se a Norma contabilística e de relato financeiro para entidades do sector não lucrativo (NCRF-ESNL), podendo estas entidades optar pela aplicação do conjunto das normas contabilísticas e de relato financeiro compreendidas no SNC, com as necessárias adaptações, ou pela aplicação das normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de julho de 2002, desde que observado o disposto no artigo 4.º”

i) Portaria n.º 105/2011, de 14 de Março, que aprova os modelos das seguintes demonstrações financeiras a apresentar pelas entidades que apliquem a normalização contabilística para entidades do sector não lucrativo:

a) Balanço; b) Demonstração dos resultados por naturezas; c) Demonstração dos resultados por funções; d) Demonstração das alterações nos fundos patrimoniais; e) Demonstração dos fluxos de caixa; f) Anexo.

2 – São ainda aprovados no anexo II da presente portaria, dela fazendo parte integrante, os modelos de mapas financeiros aplicáveis às entidades dispensadas da aplicação da normalização contabilística para as entidades do sector não lucrativo e que não optem pela sua aplicação, nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 36 -A/2011, de 9 de Março”

ii) Despacho n.º 74/2011/MEF do Ministro de Estado e das Finanças, de 10 de Março de 2011, que, ao abrigo do disposto no ponto 6.1 do anexo II do Decreto-Lei n.º 36 -A/2011, de 9 de Março, homologa a norma contabilística e de relato financeiro para entidades do sector não lucrativo: norma que consta do Aviso n.º 6726-B/2011 (“Norma contabilística e de relato financeiro para as entidades do sector não lucrativo”)

iii) A Comissão de Normalização Contabilística

6.10.6. Regras de publicitação das contas (artigo 14^o-A, n.º 2, do Estatuto): publicitação obrigatória no sítio institucional electrónico da instituição até 31 de Maio do ano seguinte a que dizem respeito

6.10.7. Sujeição à verificação externa da legalidade financeira: as contas são apresentadas, dentro dos prazos estabelecidos, ao órgão competente para a verificação da sua legalidade, para ulterior comunicação às entidades competentes (artigo 14^o-A, n.ºs 3, 4 e 7 do Estatuto)

a) A dupla (tripla) consequência do incumprimento do dever de apresentação das contas, nos prazos estabelecidos (n.º 5 do artigo 14^o-A, do Estatuto). O poder discricionário e hierárquico do órgão competente (o membro do Governo responsável pela área da segurança social ou órgão delegado – n.º 7 do artigo 14^o-A, conjugado com o artigo 38^o-A, do Estatuto):

i) O órgão competente pode determinar ao órgão de administração que apresente um programa adequado ao restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, a submeter à sua aprovação;

ii) O mero atraso na apresentação de contas como presunção de ilegalidade financeira e de desequilíbrio financeiro das instituições! A desproporcionalidade da “medida” legal/administrativa;

iii) E a “medida” é indiferenciadamente abrangente: todas as instituições, independentemente de receberem, ou não, apoios financeiros públicos? Se o apoio financeiro for apenas ou majoritariamente municipal o órgão governamental poderá adoptar as mesmas medidas?

iv) A determinação ministerial (ou do órgão delegado) como acto administrativo impugnável. Mas não só:

v) A não apresentação do programa como “desobediência qualificada/grave” à determinação governamental (ou não aprovação do mesmo), habilitando o exercício do poder de requerer a destituição judicial do órgão de administração das instituições (n.º 6 do artigo 14.-A, conjugado com as alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 35.º e com o artigo 35.º-A, sendo, nos termos deste artigo, os “órgãos de administração constituídos arguidos”! – alínea a) do n.º 1);

b) A amplitude de outras causas de destituição judicial dos órgãos de administração (p. ex., a “inadequação ao restabelecimento da legalidade ou do equilíbrio financeiro da instituição, o “incumprimento dos objetivos programados”, “dificuldades financeiras que obstem à efetivação dos direitos dos associados e utentes” – alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 35.º do Estatuto)

6.10.8. E para as associações de solidariedade social a admissibilidade de tribunal arbitral (artigo 64.º do Estatuto)

“Artigo 64.º Comissão provisória de gestão

1 – Se a assembleia geral convocada para eleições nos termos do artigo anterior as não realizar na data ou no prazo que lhe tenham sido marcados, é possível recorrer a Tribunal Arbitral, o qual nomeia uma comissão provisória de gestão com a competência dos titulares dos órgãos de administração estatutários.

2 – A comissão deve ser constituída, de preferência, por associados e o seu mandato tem a duração de 1 ano, prorrogável judicialmente até 3, se tal for indispensável para normalizar a gestão”.

a) Um tribunal arbitral constituído e a funcionar nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)? (o Estatuto não remete expressamente para esta Lei)

b) Mandato “prorrogável judicialmente até 3”: prorrogável pelo mesmo tribunal arbitral?

6.10.9. E um tribunal arbitral necessário para a extinção das associações de solidariedade social? (artigo 66.º, n.º 2, do Estatuto): “2 – As associações de solidariedade social podem ainda ser extintas por decisão do Tribunal Arbitral nas seguintes situações:

- a) Quando o seu fim se tenha esgotado ou se haja tornado impossível;
- b) Quando o seu fim real não coincida com o fim expresso no ato de constituição ou nos estatutos;
- c) **Quando o seu fim seja sistematicamente prosseguido por meios ilícitos ou imorais;**
- d) Quando, durante o período de 1 ano, o número de associados seja inferior ao número mínimo fixado no artigo 53.º;
- e) Quando deixem de possuir meios humanos e materiais suficientes para a efectivação dos fins estatutários e se reconheça não existirem fundadas esperanças de os virem a adquirir”.

a) A mesma dúvida: um tribunal arbitral constituído e a funcionar nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011)?

b) Um tribunal arbitral a julgar segundo “critérios de imoralidade”?

6.10.11. E, neste contexto, a ausência de uma norma que, de forma clara e expressa, resolvesse definitivamente a questão das competências das “ordens de jurisdição (potencialmente) concorrentes” (designadamente quanto às Santas Casas da Misericórdia): jurisdição comum (civil) *versus* jurisdição canónica

6.11. Um regime sancionatório “radical”: o regime substantivo e procedimental condicionante da validade dos actos e deliberações dos órgãos das IPSS. Alguns exemplos (comparando-os com o regime que o Código do Procedimento/CPA estabelece para os órgãos públicos):

a) No regime do CPA, a regra geral para vícios semelhantes é a mera anulabilidade (artigo 163.º, n.º 1); no Estatuto das IPSS prevalece a regra geral da nulidade: são nulas as deliberações “Cujo conteúdo contrarie normas legais imperativas” – alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º-D, do Estatuto);

b) A imparcialidade procedimental e decisória: o n.º 5 do artigo 17.º do Estatuto, sobre o funcionamento dos órgãos de administração e fiscalização, determina que é nulo o voto de um membro sobre assunto que directamente lhe diga respeito e no qual seja interessado, bem como seu cônjuge, pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges e respectivos ascendentes e descendentes, bem como qualquer parente ou afim em linha recta ou no 2.º grau da linha colateral. Para situações análogas, o CPA determina a mera anulabilidade (artigo 77.º)

b) As causas de inelegibilidade para os órgãos sociais das instituições: só podem ser eleitos os associados que, entre outros requisitos cumulativos, tenham, pelo menos, um ano de vida associativa, salvo se os estatutos exigirem maior prazo), determinando a inobservância destes requisitos a nulidade da eleição (artigos 21.º e 64.º-B, n.º 2, do Estatuto);

c) A nulidade das deliberações que não estejam integradas e totalmente reproduzidas na respectiva acta (artigo 21.º-D, do Estatuto). O CPA determina a ineficácia das deliberações (artigo 34.º, n.º 6);

d) Por força do artigo 22.º do Estatuto, são sempre anuláveis as deliberações de qualquer órgão contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objecto, seja em virtude de meras irregularidades havidas na convocação ou no funcionamento do órgão (isto, se não forem nulas nos termos antes referidos);

f) E nulidades invocáveis a todo o tempo: a salvaguarda da estabilidade institucional e funcional aconselharia a que, pelo menos, algumas delas pudessem ficar sujeitas a um limite temporal;

e) Por último, uma inibição que não encontra paralelo no ordenamento jurídico nacional: a proibição de executar obras por administração directa de valor superior a 25 mil euros, quando sejam financiadas por entidades públicas (artigo 23.º, n.º 1).

6.12. Responsabilidade dos titulares dos órgãos (de qualquer órgão): é definida por remissão para o regime geral do Código Civil (artigos 164.º e 165.º do Código Civil), sem prejuízo das que sejam definidas nos estatutos das instituições (artigo 20.º, n.º 1, do Estatuto)

Artigo 164.º do Código Civil (Obrigações e responsabilidade dos titulares dos órgãos da pessoa colectiva)

“1. As obrigações e a responsabilidade dos titulares dos órgãos das pessoas colectivas para com estas são definidas nos respectivos estatutos, aplicando-se, na falta de disposições estatutárias, as regras do mandato, com as necessárias adaptações.

2. Os membros dos corpos gerentes não podem abster-se de votar nas deliberações tomadas em reuniões a que estejam presentes, e são responsáveis pelos prejuízos delas decorrentes, salvo se houverem manifestado a sua discordância”.

Artigo 165.º do Código Civil (Responsabilidade civil das pessoas colectivas)

“As pessoas colectivas respondem civilmente pelos actos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos seus comissários”.

IV) Sujeição das IPSS às regras de contratação pública

1. O n.º 1 do artigo 23.º do Estatuto: sujeição dos contratos de empreitada de obras de construção ou grande reparação celebrados pelas IPSS que recebam apoios financeiros públicos ao regime do Código dos Contratos Públicos

1.1. As IPSS não seriam, à partida, consideradas entidades adjudicantes à luz do Código dos Contratos Públicos (por, em princípio, não reunirem os requisitos estabelecidos no n.º 2 do artigo 2.º do Código): neste pressuposto, os contratos de empreitada por elas celebrados apenas estariam abrangidos pelo Código, caso pudesse ficar abrangido pelo regime previsto para os “contratos subsidiados”, isto é, se o respetivo preço contratual fosse igual ou superior € 5.225.000 e se fossem financiados directamente em mais de 50% por entidades adjudicantes. E, mesmo nesta hipótese, o regime a que o Código sujeita estes contratos é um regime bem menos denso e procedimentalizado do que aquele que enforma o regime-regra do Código.

1.2. Para se compreender o verdadeiro alcance desta disposição, será imprescindível um exercício de interpretação jurídica dirigido a apurar, pelo menos, se o regime do Código se aplica aos contratos de construção ou grande reparação celebrados por IPSS que recebam apoios financeiros públicos, **independentemente:**

- i) de a IPSS ser uma entidade adjudicante;
- ii) do preço do contrato; e
- iii) do montante do apoio financeiro público relevante.

2. O regime da Directiva 2014/24/EU, sobre o regime geral da contratação pública: implicações para as IPSS

2.1. A previsão de exclusões específicas do seu regime (de todo o seu regime) (artigo 10.º “Exclusões específicas para os contratos de serviços”)

A alínea h) deste artigo tem por objecto a “exclusão específica” de serviços prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos: o regime da Directiva (o regime de adjudicação de contratos públicos e o regime substantivo, isto é, o relativo à execução desses contratos) não é aplicável aos contratos celebrados entre aquelas organizações e a Administração Pública que tenham por objecto a prestação de serviços de defesa civil, protecção civil e prevenção de riscos. Neste âmbito, inclui-se a prestação de serviços de transporte sanitário de urgência e de emergência (serviços de socorro), desde que não consistam em serviços de ambulância de transporte de doentes

2.2. A previsão de um regime procedimental especial/específico de contratação pública para as organizações sem fins lucrativos: os “serviços à pessoa”

2.2.1. As actividades cuja finalidade consista na prestação de “serviços à pessoa” e em que os contratos celebrados sejam de valor igual ou superior a 750 mil euros ficam sujeitos ao regime da Directiva 2014/24/EU

2.2.2. Num título autónomo, dedicado aos “regimes especiais de contratação pública” (Título III, artigos 74.º a 82.º), a Directiva 2014/24/EU estabelece um “regime simplificado” de adjudicação para aqueles contratos públicos (contratos celebrados sejam de valor igual ou superior a 750 mil euros)

2.3. A previsão dos designados “contratos reservados” para determinados serviços

2.3.1. Ficam igualmente abrangidos pelo *regime procedimental simplificado* os *contratos reservados* (artigo 77.º da Directiva 2014/24/UE).

2.3.2. A previsão legal destes contratos terá de obedecer a alguns requisitos:

- i) A prestação de serviços públicos ou prossecução de “missões de serviço público” pelas organizações sem fins lucrativos;
- ii) A necessidade de garantir ou assegurar o princípio da continuidade da prestação desses serviços públicos;

iii) Que o objecto de actividade das organizações consista, entre outros, na prestação de serviços de saúde, serviços sociais e serviços conexos, serviços ao domicílio e determinados serviços de educação e formação;

iv) As instituições “candidatas” devem reunir requisitos cumulativos quanto ao objecto, estrutura organizativa e escopo (organizações baseadas na participação ou envolvimento activo dos trabalhadores na respectiva administração e que as organizações participem na prestação dos serviços aos utilizadores finais)

2.4. Outros “contratos reservados” e a contratação pública estratégica enquanto instrumento de execução de políticas públicas

Ao abrigo do artigo 20.º da Directiva 2014/24/UE, os Estados-Membros podem:

2.4.1. Reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública a entidades cujo objectivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas;

2.4.2. Ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos

V - Alguns princípios fundamentais subjacentes às formas jurídicas da cooperação

1. Nota Geral

Para regular a relação entre o Estado e as “entidades da economia social”, o Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, veio fazer o **enquadramento de uma cooperação concretizada em quatro áreas:** *a)* Segurança Social; *b)* Emprego e Formação Profissional; *c)* Educação; e *d)* Saúde.

Esta cooperação, que visa desenvolver a rede de respostas sociais em todo o território e requalificar as já existentes, **deve materializar-se em modelos de contratualização específicos para cada domínio social do Estado**, a definir em diplomas próprios.

No domínio da **Segurança Social**, foi publicada a **Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho** – em vigor desde o dia **2 de Julho de 2015** –, que determina os critérios, regras e formas em que assenta a cooperação entre o Instituto da Segurança Social, I.P. (doravante, «ISS, I.P.») e as IPSS, ou legalmente equiparadas, com vista ao desenvolvimento de serviços e equipamentos para a protecção social dos cidadãos.

1. O princípio da estabilidade das relações de cooperação

“No seu relacionamento com as entidades da economia social, o Estado deve:

d) Garantir a necessária estabilidade das relações estabelecidas com as entidades da economia social” – artigo 9.º da Lei de Bases da Economia Social

Princípio que é reafirmado na alínea e) do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho: “A cooperação entre o Estado e as instituições visa:

e) Garantir a estabilidade das relações entre o Estado e as instituições”

2. O princípio do cumprimento dos acordos de cooperação celebrados com o Estado - artigo 4.º-A do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14-11, que republica o Estatuto das IPSS

“Acordos de cooperação com o Estado

As instituições ficam obrigadas ao cumprimento das cláusulas dos acordos de cooperação que vierem a celebrar com o Estado”

A cooperação horizontal: integra matéria nova (artº 4º-B), prevendo que as IPSS possam estabelecer entre si formas de cooperação que visem, designadamente, a utilização comum de serviços ou equipamentos e o desenvolvimento de ações de solidariedade social, de responsabilidade igualmente comum ou em regime de complementaridade, sendo que a cooperação se concretiza por iniciativa das instituições ou por intermédio das organizações de uniões, federações ou confederações.

O estabelecimento desta cooperação depende do cumprimento, pelas IPSS, dos seguintes requisitos gerais:

a) O registo da IPSS, nos termos do Estatuto das IPSS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83 de 25 de Fevereiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 172 -A/2014, de 14 de Novembro;

b) O enquadramento das actividades desenvolvidas ou desenvolver nos objectivos estatutários da IPSS;

c) O exercício legal de mandato por parte dos titulares dos órgãos da IPSS;

d) O cumprimento do disposto no artigo 21.º-A do Estatuto das IPSS (ou seja: a verificação de que nenhum dos titulares dos órgãos da IPSS foi reeleito ou novamente designado (para os órgãos da mesma IPSS ou de outra) após ter sido condenado em processo judicial, por sentença transitada em julgado em Portugal ou no estrangeiro, por crime doloso contra o património, abuso de cartão de garantia ou de crédito, usura, insolvência dolosa ou negligente, apropriação ilegítima de bens do sector público ou não lucrativo, falsificação, corrupção e branqueamento de capitais, salvo se, entretanto, tiver ocorrido a extinção da pena)

e) A situação regularizada perante a Autoridade Tributária e a Segurança Social.

Além disso, são **requisitos específicos** para a concretização da cooperação:

a) Verificação das necessidades da comunidade, por forma a evitar assimetrias na disposição geográfica dos serviços e equipamentos;

b) Existência de instalações para o funcionamento dos serviços e equipamentos em conformidade com os diplomas em vigor e em instrumentos regulamentares aprovados pelos membros do Governo;

c) Inscrição das verbas necessárias em orçamento anual do ISS, I.P.

Reunidos todos estes requisitos, e no que respeita ao **modelo de contratualização**, a cooperação entre o ISS, I.P. e as IPSS pode revestir a forma de **acordo de cooperação, acordo de gestão ou protocolo**.

VI - As áreas típicas objecto de cooperação e as formas jurídicas típicas (ou nominadas) de cooperação

1. A cooperação concretiza-se nas seguintes áreas do domínio social do Estado (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho):

- a)* Segurança Social;
- b)* Emprego e Formação Profissional;
- c)* Educação;
- d)* Saúde.

2. As formas jurídicas típicas (ou nominadas) de cooperação - artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho

A cooperação pode assumir, nomeadamente, as seguintes formas: *a)* Acordo de cooperação; *b)* Acordo de gestão; *c)* Protocolo; *d)* Convenção.

VII - As formas jurídicas típicas (ou nominadas) de cooperação na área da segurança social – Portaria n.º 169-A/2015, de 1 de Julho

1. Acordo de cooperação

1.1. Objecto: visa o apoio para o desenvolvimento de um serviço ou equipamento; uma resposta social destinada ao apoio de crianças e jovens, pessoas com deficiência e incapacidade, pessoas idosas e família e comunidade - n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, 30-6 e artigo 10.º Portaria n.º 169-A/2015, de 1 de Julho

1.2. Modalidades

a) Acordo de cooperação típico (o apoio obedece a um valor de financiamento padronizado por utente ou família)

b) Acordo de cooperação atípico (o apoio financeiro a conceder implica uma alteração aos critérios padronizados)

É um contrato escrito, através do qual se estabelece uma relação jurídica com vista ao desenvolvimento de uma resposta social destinada ao apoio de crianças e jovens, pessoas com deficiência e incapacidade, pessoas idosas, família e comunidade, com comparticipação financeira e apoio técnico do ISS, I.P.

O acordo de cooperação pode ser típico ou atípico, consoante a resposta social a contratualizar obedeça a um valor de financiamento padronizado por utente ou família (com base na despesa de funcionamento associada ao desenvolvimento da resposta social) ou implique uma alteração justificada dos critérios padronizados de financiamento (designadamente em função da população a abranger e dos recursos humanos a afectar). A celebração de acordo atípico depende da emissão de parecer prévio do ISS, I.P.

1.3. Regime dos acordos de cooperação: o previsto nos artigos 10.º a 19.º e 32 a 39.º da Portaria n.º 169-A/2015, de 1 de Julho e o previsto no regulamento anexo à mesma Portaria

1.4. A natureza administrativa dos acordos de cooperação: o n.º 6 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos e os poderes, especialmente previstos Portaria n.º 169-A/2015, de fiscalização, suspensão e de resolução dos acordos (incluindo a resolução sancionatória)

1.5. Não obstante a previsão de requisitos específicos para a celebração dos acordos – artigo 6.º da Portaria n.º 169-A/2015 –, talvez se justificasse uma ponderação ou uma avaliação (prévia) das vantagens comparativas da (ou na) celebração destes acordos

2. Acordos de gestão

2.1. Objecto: o acordo de gestão tem por objecto confiar às instituições as instalações e a **gestão de um estabelecimento de apoio social, de natureza pública** – n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30-7- e n.º 3 do artigo 7.º Portaria n.º 169-A/2015. Trata-se de um contrato escrito que visa confiar à IPSS as instalações e a gestão de um estabelecimento de apoio social, de natureza pública, onde se desenvolvem respostas sociais. O acordo de gestão pode prever a gestão do funcionamento do equipamento social ou a gestão do funcionamento e, cumulativamente, a cedência a título gratuito do edificado, em regime de comodato (existindo, pois, a obrigação de restitui-lo).

2.2. A dupla fisionomia do acordo de gestão: a celebração do acordo de gestão **implica** (isto é, pressupõe), para o funcionamento da resposta social, **a celebração de um acordo de cooperação** – n.º 2 do artigo 22.ª da Portaria n.º 169-A/2015. Ou seja: a celebração do acordo de gestão implica, para o

2.3. Igualmente a ausência – ou, pelo menos, a não expressa previsão – de uma avaliação (prévia) das vantagens comparativas destes acordos

3. Protocolo

3.1. Objecto: estabelece um modelo de experimentação que visa o desenvolvimento de projectos e medidas inovadoras de acção social, que concorram para a resolução de situações identificadas nos territórios – n.º 4 do Decreto-Lei n.º 120/2015. Protocolo traduz-se num contrato escrito que estabelece um modelo de partilha de responsabilidades, para o desenvolvimento de projectos e medidas inovadoras de acção social, em resposta às necessidades sociais.

3.1.1. O incentivo a respostas sociais inovadoras: uma “parceria para a inovação”

3.2. Regime: artigos 28.º a 31.º e 34.º a 39.º da Portaria n.º 169-A/2015. **Ainda a “reacção” contra o incumprimento: advertência escrita; suspensão; e a resolução**

4. O “mecanismos” institucionais de supervisão: as Comissões de Acompanhamento de âmbito nacional e as Comissões Distritais de Cooperação – artigos 40. e 41.º da Portaria 196-A/2015, de 1-7

5. Norma de adaptação: os acordos de cooperação que hajam sido celebrados ao abrigo da legislação anterior devem ser **revistos no prazo máximo de três anos**, de modo a adequá-los gradualmente às disposições constantes da Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho

5. Os contratos interadministrativos de delegação de competências nos municípios e entidades intermunicipais – artigo 10 do Decreto-Lei n.º 30/2015, de 12 de Fevereiro

VIII - As formas jurídicas típicas (ou nominadas) de cooperação na área da saúde - Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro

1. Modalidades (n.º 1 do artigo 2.º “Formas de articulação”)

As IPSS intervêm na actividade do Serviço Nacional de Saúde (SNS) mediante a realização de prestações de saúde traduzidas em acordos que revestem as seguintes modalidades:

- a) Acordo de gestão;
- b) Acordo de cooperação;
- c) Convenções.

2. Acordo de gestão

2.1. Objecto: a gestão de um estabelecimento do SNS

3. O acordo de cooperação

3.1. Objecto: visa a integração de um estabelecimento de saúde pertencente às IPSS no SNS, o qual passa a assegurar as prestações de saúde nos termos dos demais estabelecimentos do SNS – n.º 3 do artigo 2 do Decreto-Lei n.º 138.º/2013

4. Regime comum aos acordos de gestão e de cooperação

4.1. Pressupostos e procedimento de celebração: em especial, a demonstração e garantia da economia, eficácia e eficiência dos acordos, bem como a sua sustentabilidade financeira – alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 6.º Decreto-Lei n.º 138.º/ 2013 (o “*comparador do sector público*” e o “*value for money*”)

4.1.1. A inaplicabilidade da Parte II do Código dos Contratos Públicos, relativa aos procedimentos pré-contratuais de adjudicação – n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 138.º/2013

4.2. Regime dos acordos: artigos 5.º a 11.º e artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 138.º/2013

4.2.1. O incumprimento das obrigações de serviço público e a resolução dos acordos – artigo 15.º

4.2.2. **Preços:** a tabela de preços a aplicar aos acordos é aprovada pelo membro do Governo responsável pela área da saúde, tendo por referência as tabelas de preços estabelecidas para os hospitais do SNS

4.2.3. Natureza jurídica dos acordos de gestão e de cooperação e o regime destes acordos em comparação com o regime dos equivalentes acordos na área da segurança social

5. Os acordos de cooperação com o objecto específico de devolução de hospitais às misericórdias: a reversão da posse com cessão da exploração dos estabelecimentos – artigo 15.º

5.1. O pressuposto geral da celebração dos acordos: a demonstração e garantia da economia, eficácia e eficiência dos acordos, bem como a sua sustentabilidade financeira – alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 6.º Decreto-Lei n.º 138.º/2013

5.2. Pressupostos específico da celebração dos “acordos de devolução”: o estudo a que se refere o n.º 1 do artigo 6.º deve demonstrar que a celebração do acordo diminui os respectivos encargos globais do SNS em, pelo menos, 25 % relativamente à alternativa de prestação de serviços pelo setor público, sendo a valorização da produção a realizar de acordo com o modelo de financiamento aplicável aos hospitais E. P. E. (alínea a) do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 138.º/2013)

6.º Os contratos interadministrativos de delegação de competências nos municípios e entidades intermunicipais – artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 30/2015, de 12 de Fevereiro

7. As convenções - Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro (estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objecto a realização de prestações de cuidados de saúde aos utentes do SNS, no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde)

7.1. Aplicação do regime a todas as entidades (com fins lucrativos ou sem fins lucrativos)

7.2. Modalidades de convenções em função do tipo de procedimento adoptado para a respectiva celebração:

- Procedimento de contratação para uma **convenção específica**;
- Procedimento de **adesão a um clausulado** tipo previamente publicado

7.2.1. Aplicação às **convenções específicas**, com adaptações, dos procedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos, para a celebração de acordos quadro

7.2.2. Preços: os preços máximos a pagar no âmbito das convenções são os constantes da tabela de preços do SNS, sem prejuízo de serem estabelecidas tabelas de preços específicas e de o procedimento concursal incluir uma fase de negociação

7.2.3. Sujeição à actividade reguladora da Entidade Reguladora da Saúde (Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo)



Muito obrigado pela Vossa atenção!

20-4-2016

Licínio Lopes Martins

licinio@fd.uc.pt