

| | |
|--------------------|--------------|
| Parecer N.º | DSAJAL 37/20 |
|--------------------|--------------|

| | |
|-------------|-------------------------|
| Data | 21 de fevereiro de 2020 |
|-------------|-------------------------|

| | |
|--------------|-------------------------|
| Autor | Ricardo da Veiga Ferrão |
|--------------|-------------------------|

| | |
|----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Temáticas abordadas | Orçamento participativo A (i)legitimidade do Município para a concretização das propostas vencedoras |
|----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Notas

Solicita o Presidente da Câmara Municipal de ..., por seu ofício de ... de ... de 2020, referência n.º .../..., a emissão de parecer sobre a seguinte questão:

Questionados pelos competentes serviços municipais sobre o modo de concretização das propostas vencedoras dos orçamentos participativos, que envolvem obras de construção ou de reparação de imóveis em prédios fazem parte do património das freguesias, a Divisão Jurídica desta Autarquia pronunciou-se no sentido de que a concretização de tais propostas está comprometida, pelo facto dos bens para tanto indispensáveis (e com isto referem-se bens imóveis - edificações ou terrenos) não integrarem o domínio público ou privado do Município, nem este deter sobre eles um direito real menor que legitime a sua intervenção.

Sustenta a sua posição na argumentação aduzida na informação técnico-jurídica que segue anexa este ofício, e da qual, em síntese, se destaca:

- A Câmara Municipal apenas dispõe de competência para "criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviços, redes de circulação, de transportes, de energia, de distribuição de bens e recursos físicos integrados no património do município ou colocados, por lei, sob administração municipal", cfr. artigo 33.º, n.º 1, alínea ee) do Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, alterada. O que vale por dizer que, não se encontrando os bens sobre os quais o Município pretende intervir (através dos seus órgãos) integrados no seu património ou colocados, por lei, sob a sua administração, mas sim no património das freguesias, não poderá a Câmara Municipal deliberar sobre tais intervenções, ainda que, por exemplo, sejam reparações (atos de gestão), sob pena de praticar atos administrativos feridos de invalidade, por vício de incompetência absoluta, gerador da sua nulidade, cfr. artigo 161.º, n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
- A Câmara Municipal ao deliberar a realização de obra (a construção de instalações ou equipamentos) só o poderá fazer se o imóvel objeto de tal obra integrar o património do Município, mas já não se o mesmo fizer parte, seja a que título for, do património de uma freguesia.
- Trata-se de duas autarquias locais distintas, cada uma com o seu património próprio que lhes compete gerir através dos seus órgãos, em conformidade com o princípio da autonomia financeira digno de consagração constitucional, conforme se verifica da leitura dos n.º 1 e 2 do artigo 238.º e do preceituado no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 73/2013, de 03 de setembro, na sua atual redação."
- Se a Câmara Municipal deliberar criar ou construir um equipamento ou gerir uma instalação, no uso de competência própria, tê-lo-à de fazer à custa do seu património e não de um património de outra autarquia local, ainda que seja uma freguesia, caso contrário estará a praticar um ato para o qual não dispõe de competência alguma, porquanto a administração e conservação do património de uma freguesia pertence à respetiva junta de freguesia.
- Soluções propostas: a aquisição dos bens pelo Município. Efetivamente, só o direito de propriedade plena dos bens, enquanto direito real de gozo máximo, reconhece ao seu titular o pleno aproveitamento da utilidade destes, cfr. artigo 1305.º do Código Civil. Todavia, se não for possível ao Município alcançar esta via, poderá ainda prosseguir os seus objetivos através de um direito real menor, justamente o direito de superfície, que consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações, cfr. artigo 1524.º do Código

Civil.

- No que respeita à concretização de outras propostas vencedoras do orçamento participativo, que envolvem a realização de instalações consubstanciadas em parques de merendas, o problema colocado prende-se com o facto dos prédios para tanto indispensáveis não integrarem nem o património do Município, nem o das Freguesias, estando apenas a estas comodatados por terceiros.
- Aqui poucas palavras se impõem, pois valem as soluções encontradas para a questão anterior. Todavia, caso estas se revelem de todo impossível e considerando que as instalações podem facilmente ser removidas para outros locais que integrem o património do Município e numa tentativa última de não frustrar as legítimas expectativas de todos os que votaram nas propostas vencedoras, poderá eventualmente ser atribuído um apoio às freguesias em questão, ao abrigo do disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 25.º do Anexo 1 à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, alterada, para que estas possam proceder à concretização de tais propostas.

A acompanhar o ofício, informação dos serviços jurídicos da edilidade, do seguinte teor:

Assunto: As propostas vencedoras do Orçamento Participativo 2017/18 do Município de ...

I.

A questão angular que se coloca com a concretização das propostas vencedoras dos orçamentos participativos, que envolvem obras de construção ou de reparação de imóveis, prende-se com o facto dos bens para tanto indispensáveis (e com isto referem-se bens imóveis - edificações ou terrenos) não integrarem o domínio, seja privado ou público, do Município, isto é não fazerem parte do seu património, nem o Município deter sobre eles um direito real menor que o de propriedade, que legitime a sua intervenção, mas integrarem outrossim o domínio privado de certas Freguesias.

Tome-se como exemplo o concurso público no âmbito da "EXECUÇÃO DE ORÇAMENTO PARTICIPATIVO 2017/2018 - EMPREITADA DE EXECUÇÃO DE PROJETOS - PROPOSTA N.º 5 "SEDE AGRUPAMENTO ESCUTEIROS ... - SUBSTITUIÇÃO INTEGRAL DE COBERTURA".

Sobre este assunto já se pronunciaram, em 26/10/2018, se bem que do ponto de vista contabilístico, que obviamente não pode nem deve nunca ser descurado, os Serviços da Divisão de Contratação Pública. Escreviam então o seguinte:

"[...] Nos termos do n.º 2 do artigo 48.º da NCI "cabe à ..., PREVIAMENTE ao procedimento de realização da despesa, verificar se os bens objeto da intervenção são propriedade do ML e estão devidamente inscritos nas respetivas matriz e registo predial."

Ora da informação agora apenas ao processo, conclui-se estar em causa um imóvel da freguesia. Tal documento apenas manifesta a intenção da freguesia em autorizar a realização das obras, o que não confere o ML qualquer título de propriedade.

Relembro que apenas podem ser consideradas como despesa de investimento aquelas que o ML destina à construção de bens utilizados na sua atividade por si detidos ou dos quais tenha sob seu controlo/gestão (O SNC AP vem de facto trazer este novo conceito que se relaciona

com o controlo de um determinado bem, independentemente da questão da propriedade). Ora não se vislumbra que o Município venha a ter qualquer controlo sobre o referido imóvel.

A avançar com esta empreitada e sendo esta considerada como investimento (conforme consta da proposta do DIEM) será mais um valor a acumular na conta 44 (obras em curso), sem que seja depois possível imputar o mesmo a um bem da propriedade do ML ou por ele controlado (isto já no âmbito do SNC AP).

As despesas que as autarquias pretendam fazer para financiar despesas de capital de outras entidades são consideradas como transferências de capital, e consequentemente, como custos ou perdas, e não como investimentos [vide Tribunal de Contas, 2012, "ACÓRDÃO N.º 19/2012 - 1. jun. – 1ª S/SS (Processo n.º 443/2012)].

Contudo, e estando em causa uma obra aprovada em sede de Orçamento Participativo, coloca-se à consideração superior esta situação."

Trata-se aqui de uma abordagem, como já afirmado, contabilística, com a virtude de alertar para os perigos em que incorre o Município pelo facto de não ser proprietário dos bens objeto de sua intervenção e de realização de despesa pública.

Sobre a mesma questão se pronunciou igualmente o Senhor Diretor Municipal, em 05/11/2018, corroborando a informação prestada pelos Serviços da Divisão de Contratação Pública e realçando a sua preocupação quanto ao facto do Município não ser titular dos bens onde pretende intervir. Chega mesmo a apontar a solução de "a) Ser encarada a possibilidade do Município adquirir o imóvel à Freguesia de ..., para que este investimento não fique "parado" da conta 44 e, portanto, fora das contas patrimoniais do Município de".

Em suma, duas informações que convergem num ponto essencial - a falta de legitimidade do Município para executar obra em prédio que não integra o seu património.

Com efeito, a Câmara Municipal apenas dispõe de competência para "criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviços, redes de circulação, de transportes, de energia, de distribuição de bens e recursos físicos integrados no património do município ou colocados, por lei, sob administração municipal.", cfr. artigo 33.º, n.º 1, alínea ee) do Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, alterada. O que vale por dizer que, não se encontrando os bens sobre os quais o Município pretende intervir (através dos seus órgãos) integrados no seu património ou colocados, por lei, sob a sua administração, não poderá a Câmara Municipal deliberar sobre tais intervenções, ainda que, por exemplo, sejam reparações (atos de gestão), sob pena de praticar atos administrativos feridos de invalidade, por vício de incompetência absoluta, gerador da sua nulidade, cfr. artigo 161.º, n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Dito de outro modo, a Câmara Municipal ao deliberar a realização de obra (a construção de instalações ou equipamentos) só o poderá fazer se o imóvel objeto de tal obra ou direito sobre ele integrar o património do Município, mas já não se o mesmo fizer parte, seja a que título for, do património de uma freguesia.

Na verdade, estamos aqui perante duas autarquias locais distintas, cada uma com o seu património próprio que lhes compete gerir através dos seus órgãos e nisto consiste o princípio da autonomia financeira digno de consagração constitucional, conforme se verifica da leitura dos n.º 1 e 2 do artigo 238.º da Constituição da República Portuguesa: "As autarquias locais têm património e finanças próprios"; "O regime das finanças locais será estabelecido por

lei...”, o que efetivamente assim acontece, tendo em conta o preceituado no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 73/2013, de 03 de setembro, na sua atual redação, que se transcreve: “As autarquias locais têm património e finanças próprios, cuja gestão compete aos respetivos órgãos.”

Deste modo, se a Câmara Municipal deliberar criar ou construir um equipamento ou gerir uma instalação, no uso de competência própria, tê-lo-à de fazer à custa do seu património e não de um património de outra autarquia local, ainda que seja uma freguesia, caso contrário estará a praticar um ato para o qual não dispõe de competência alguma, porquanto a administração e conservação do património de uma freguesia pertence à respetiva junta de freguesia, conforme se alcança do disposto na alínea ii) do n.º 1 do artigo 16.º do Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, alterada, assim como a praticar um ato que, por ir ao arrepio do preceito constitucional já mencionado, converte-o igualmente num ato nulo.¹

Chegados aqui, impõe-se que se busquem soluções jurídicas que permitam o cumprimento das propostas vencedoras do orçamento participativo.

Conforme já alvitrado anteriormente, a aquisição dos bens pelo Município surge na linha da frente.

Efetivamente, só o direito de propriedade plena dos bens, enquanto direito real de gozo máximo, reconhece ao seu titular o pleno aproveitamento da utilidade destes, cfr. artigo 1305.º do Código Civil.

Todavia, se não for possível ao Município alcançar esta via, poderá ainda prosseguir os seus objetivos através de um direito real menor, justamente o direito de superfície, que consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações, cfr. artigo 1524.º do Código Civil.

O direito de superfície reveste um carácter autónomo, em relação ao direito de propriedade do dono do terreno, pois embora o solo continue pertença deste, pode o superficiário ocupar com a construção ou com a plantação que tenha direito a fazer ou manter.

Só mediante o recurso a um destes institutos jurídicos é que o Município adquire um direito sobre um bem imóvel que lhe confere, através do seus órgãos, a possibilidade de criar, construir instalações, equipamentos e posteriormente de os gerir. Do primeiro modo, goza de todas as faculdades que o direito de propriedade lhe permite. Do segundo, como direito de propriedade limitado, o de construir e manter a construção em solo alheio, durante um determinado período de tempo, o que houver sido fixado pelas partes, cuja duração se deseja a necessária que permita ao Município garantir não apenas a concretização de cada proposta vencedora do Orçamento Participativo, no sentido de que, uma vez construída a obra se extinga o direito de superfície, mas que o mesmo perdure enquanto se mantiver a vida útil do edificado.

Particularizando, a concretização das propostas vencedoras do orçamento participativo que envolvem obras de construção ou de reparação de imóveis está comprometida pelo facto dos bens para tanto indispensáveis (e com isto referem-se bens imóveis - edificações ou terrenos) não integrarem o domínio, seja privado ou público, do Município, isto é não fazerem parte do seu património, nem o Município deter sobre eles um direito real menor que o de propriedade, que legitime a sua intervenção.

II.

No que toca à concretização de outras propostas vencedoras do Orçamento Participativo 2017/2018, que envolvem a realização de instalações consubstanciadas em parques de merendas, o problema colocado prende-se com o facto dos prédios para tanto indispensáveis não integrarem nem o património do Município, nem o das Freguesias, estando apenas a estas comodados por terceiros.

Aqui poucas palavras se impõem, pois valem as soluções encontradas para a questão anterior. Todavia, caso estas soluções se revelem de todo impossível e considerando que as instalações podem facilmente ser removidas para outros locais que integrem o património do Município e numa tentativa última de não frustrar as legítimas expectativas de todos os que votaram em propostas vencedoras desta natureza, poderá eventualmente ser atribuído um apoio às freguesias em questão, ao abrigo do disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 25.º do Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, alterada, para que estas a possam proceder à concretização de tais propostas.

Não obstante, porque conscientes de que esta matéria se reveste de complexidade maior, propomos que a presente informação técnico-jurídica seja apreciada pela CCDRC, no sentido de a confirmar ou infirmar.

¹ A nulidade do acto administrativo, Cabral de Moncada, Luís, http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/4399/a_nulidade_do_acto_administrativo.pdf?sequence=1

APRECIANDO

1. DO PEDIDO

O que está em causa no presente pedido de parecer é saber como a edilidade há-de resolver o *busílis* de no seu orçamento participativo terem sido eleitas ou seleccionadas como vencedoras intervenções a concretizar em obras a realizar em imóveis que não integram o domínio público ou privado da autarquia: ou são propriedade de freguesias do concelho ou nem sequer o são, constituindo propriedade particular e estando somente confiados a estas últimas a título de comodato.

2. ANÁLISE

2.1. DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

2.1.1. Podemos definir *orçamento participativo* como *um mecanismo de democracia participativa, que dá aos cidadãos o poder de decidirem como devem ser investidas verbas dos orçamentos públicos.*

Quer isto dizer que a decisão quanto aos investimentos a realizar a coberto de (ou seja, pagos por) um determinado “orçamento participativo” (o que é por dizer, mais propriamente, pela verba que a entidade promotora desse “*orçamento participativo*” afecta a essa fim no seu orçamento) não é tomada pela entidade pública promotora do *orçamento participativo*, mas directamente pelos cidadãos, apresentando projectos a serem financiados e votando, depois, nos mesmos para, a final, “eleger” aquele ou aqueles que serão efectivamente financiados pela verba do orçamento participativo - tudo conforme o que se encontrar previsto (em regulamento) para o efeito¹.

2.1.2. Em todo o caso, o que é certo é que os investimentos decididos no âmbito de qualquer orçamento participativo devem caber sempre no leque de atribuições e competências da entidade que o patrocina.

Na verdade, pode dizer-se que o orçamento participativo (apenas) constitui uma

¹ Sobre *orçamento participativo* e os seus diversos modelos, *vd.*, *v.g.*, entre muitos outros, YVES SINTOMER, CARSTEN HERZBERG, GIOVANNI ALLEGRETTI, com a colaboração de ANJA RÖCKE e MARIANA LOPES ALVES, *Participatory Budgeting Worldwide – Update version*, Dialog Global n.º 25, Engagement Global gGmbH – Service für Entwicklungsinitiativen, Bona, 2013, disponível em http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/c3164679-c343-4715-b198-576aee3d4ad1/files/dialog-global.pdf; YVES SINTOMER, CARSTEN HERZBERG, ANJA RÖCKE, GIOVANNI ALLEGRETTI, *Transnational Models of Citizen Participation: The Case of Participatory Budgeting* Journal of Public Deliberation, vol. 8, 2012, iss. 2, article 9, disponível em <https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol8/iss2/art9>; KÁTIA CACILDA PEREIRA LIMA, FRANCISCA RODRIGUES DE OLIVEIRA PINI, organizadoras, *Orçamento participativo: múltiplos olhares*, 1.ª ed., Instituto Paulo Freire, São Paulo, 2014, disponível em http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/c89bb8bc-3bec-47da-9490-1f548eb856fe/files/op_mil_olhares_final%20com%20capa.pdf; YVES CABANNES, BARBARA LIPIETZ, *The Democratic Contribution of Participatory Budgeting*, International Development, Working Paper Series 2015, n.º 15-168, London Scholl of Economics and Political Science, Department of International Development, 2015, disponível em <http://www.lse.ac.uk/international-development/Assets/Documents/PDFs/Working-Papers/WPI168-.pdf>.

deslocação do ponto fulcral da decisão de escolha de um investimento dos órgãos representativos da entidade que o patrocina para os cidadãos que directamente escolhem o destino e afectação da verba disponibilizada para o efeito – mas sem que isso venha ou, sequer, possa alterar as competências dos órgãos que se encontrarem nele envolvidos.

2.1.3. Assim, os investimentos decididos no âmbito do orçamento participativo de *base territorial*² (como será o caso) tem necessariamente que caber dentro dos poderes de realização da entidade, ou seja, têm que recair no âmbito (territorial e material) das suas competências – pois que será essa entidade a levar a cabo as acções seleccionadas no âmbito do orçamento participativo, e não as próprias comunidades que as seleccionaram (como aparentemente pode dar ideia).

2.1.4. É precisamente para acautelar este e outros aspectos que no ciclo de aprovação do orçamento participativo há uma fase em que devem ser apreciadas, pela entidade promotora, as propostas apresentadas, de modo a então verificar, entre outros aspectos, se elas cabem dentro do leque de atribuições e competências da entidade e se reúnem outras condições necessárias para o efeito e, portanto, se podem ser seleccionadas para subsequente votação.

O que se passa com as propostas aprovadas em orçamento participativo não difere, nesse aspecto competencial, das propostas aprovadas pelo órgão deliberativo: quer umas quer outras devem poder ser realizadas pela entidade, por caberem nas suas competências e respeitarem os demais aspectos legais exigíveis para o efeito. Tal como

² Sobre as diversas formas de orçamento participativo, dizem YVES CABANNES, BARBARA LIPIETZ (in *The Democratic Contribution...* cit., pág. 3): *Participatory budgets' heterogeneity equally stems from their varied organisational underpinnings (...). Most PBs are essentially territorially based: they occur at community, district, city or regional level and act primarily as 'space based' budgetary and management instruments. Alternatively, PBs can be thematic, addressing context specific priority issues such as transport, housing, education, the environment or local economic development. The issues or themes debated under PBs are likely to change over time, but decision-making generally occurs at a citywide scale. More rarely, PBs can be "actor-based": in this case budgetary resources are earmarked for specific social groups, usually the most vulnerable and excluded such as the youth, women, the elderly, afro Brazilians in Brazil or first nations/indigenous groups. The majority of PB experiments so far are a combination of territorial and thematic approaches.*

uma entidade não pode aprovar, no seu orçamento, nem pretender realizar iniciativas (como sejam obras públicas) que não sejam de sua competência, também um orçamento participativo o não pode fazer, sob pena de invalidade dessa aprovação.

2.2. A SITUAÇÃO EM APREÇO

2.2.1. De acordo com o que é possível extrair dos elementos enviados, terão sido postos a votação e aprovados em sede de orçamento participativo, projectos insusceptíveis de serem realizados pela edilidade, sem que tal tenha sido detectado, em devido tempo, o que, a sê-lo, constituiria definitivo obstáculo que, de todo, os retiraria de apreciação final.

2.2.2. No caso ora em apreço, o que verdadeiramente está em causa é uma questão incidental em matéria competencial: é que a câmara municipal seria competente para a realização das obras escolhidas desde que os prédios a intervencionar se encontrassem integrados no domínio público ou privado da autarquia. Não o estando, a edilidade não é competente para o efeito. E, não o sendo, os projectos nunca poderiam ter sido postos à votação e aprovados em sede de orçamento participativo.

2.2.3. Aliás, é precisamente para evitar situações como a descrita que o primeiro de entre vários *critérios de validação* das propostas apresentadas no *Orçamento Participativo Portugal*³ para que estas possam passar à fase da votação é que elas não estejam fora do âmbito das atribuições do Estado.

2.2.4. Ora, não será possível considerar que ainda se está no âmbito do orçamento participativo quando se pretenda resolver, extra orçamento participativo, uma situação de dominialidade (ou, mais precisamente, da ausência dela) de modo a permitir executar uma iniciativa do orçamento participativo que envolva obras em prédios que não se encontram no domínio da autarquia promotora, mas de outras autarquias ou até mesmo de particulares.

³ Sobre o *OPP - Orçamento Participativo Portugal*, da iniciativa do Governo, vd. <https://opp.gov.pt/>.

Na verdade, o que acontece na situação em causa, é verificar-se, no quadro do orçamento participativo e da competência do órgão, uma impossibilidade absoluta de dar cumprimento à iniciativa aprovada – a qual, por via disso, é inválida e nunca deveria ter sido submetida a votação.

Aceitar recorrer, agora e por causa disso, a mecanismos ou soluções outras para ultrapassar esta impossibilidade é subverter o espírito e objectivo do orçamento participativo, enviesando o seu funcionamento e abrindo as portas à deturpação das suas finalidades.

Salvo semper meliori judicio