

Processo: 2292/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Relatório

- § 1. O presente processo inicia-se com requerimento de Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, EM (EMARP) relativo a contrato de aquisição de gasóleo simples e lubrificantes celebrado com Lubrifuel – Combustíveis e Lubrificantes, Lda com o valor de 2.912.230,85€.
- § 2. O requerimento inicial termina nos seguintes termos: «Para efeitos de concessão de visto desse Tribunal, junto se remete a V. Exa. o contrato da aquisição supramencionada e documentos, conforme lista em anexo», não sendo alegada a disposição legal ao abrigo da qual a entidade submete o contrato a fiscalização prévia.
- § 3. Por força de despacho do Tribunal, na sequência de proposta do Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do Tribunal de Contas, foi solicitado à requerente:
- a. De modo a suprir a insuficiência do requerimento inicial, indicasse ao abrigo de que disposição legal da LOPTC, o presente contrato foi remetido para efeitos de fiscalização prévia (v.g. o disposto nos artigos 5.º, alínea c), 46.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, 80.º e 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugados com os artigos 3.º, 5.º, 6.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, alíneas a) e e), 279.º, n.º 1, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.ºs 1, 3 e 4, do Código de Processo Civil (CPC);
 - b. Junte o ato de constituição da EMARP – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, EM;
 - c. Junte os orçamentos e/ou planos financeiros anuais e plurianuais, bem como, o relatório e contas dos últimos três anos;
 - d. Preste informação detalhada sobre as comparticipações e subsídios concedidos pelo Município de Portimão (datas de atribuição e respetivos montantes), nos últimos três anos.
- § 4. A entidade requerente respondeu ao solicitado tendo:
- a. Informado que o contrato foi remetido para efeitos de fiscalização prévia nos termos da alínea c) do n.º 1 do art.º 46º do LOPTC.
 - b. Remetido o ato de constituição da EMARP e o código de acesso à respetiva certidão permanente; os orçamentos e/ou planos financeiros anuais e plurianuais, o relatório e contas dos últimos três anos; informação referente às comparticipações e subsídios concedidos pelo Município de Portimão nos últimos três anos.

II. Fundamentação

II.1 Factos

- § 5. A EMARP, é uma empresa municipal de capitais maioritariamente públicos que goza de personalidade jurídica e é dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial sendo detida, na sua totalidade, pelo Município de Portimão (que a constituiu por escritura pública de 16-1-2001).
- § 6. O objeto da EMARP, é a gestão e exploração dos sistemas públicos de captação de distribuição de água para consumo público, a recolha, tratamento e rejeição de efluentes, a recolha e deposição de resíduos sólidos urbanos e a limpeza e higiene pública na área do município de Portimão.
- § 7. De acordo com o artigo 28.º dos estatutos da EMARP, constituem receitas da empresa: a) as provenientes da sua atividade e as resultantes de serviços prestados no seu âmbito; b) o rendimento de bens próprios; c) as participações, doações e subsídios que lhe sejam destinados; d) o produto da alienação de bens próprios ou da sua oneração; e) as doações, heranças e legados; f) o produto da contração de empréstimos a curto, médio e longo prazo, bem como da emissão de obrigações; g) quaisquer outras, que por lei ou contrato venham a receber.
- § 8. A sociedade tem como órgãos sociais: a Assembleia-Geral, o Conselho de Administração e o Fiscal Único.
- § 9. Nos instrumentos de gestão previsional da EMARP relativos aos anos de 2017, 2018 e 2019 é previsto o estabelecimento de um contrato-programa com o Município de Portimão de adoção de preços sociais.
- § 10. Os contratos programa celebrados entre a EMARP e o Município de Portimão juntos aos autos e relativos aos anos 2016, 2017 e 2018, tinham um valor de 100.000,00€ cada.
- § 11. Do Relatório de Contas de 2018 da EMARP, resulta que a título de subsídios à exploração no âmbito de rendimentos relativos a 2017 e 2018 se registaram os valores de 81.176,18€ e 73.512,72€, encontrando-se orçamentado o valor de 76.008,00€ para 2019. A título de vendas e serviços prestados registaram-se valores de 23.179.459,15€ e de 23.088.708,62€ nos anos de 2017 e 2018, encontrando-se orçamentado o valor de 25.262.313,00€ para 2019. Neste contexto, o total de Rendimentos registou um montante de 24.480.952,15€ no ano de 2017 e de 24.407.283,89€ em 2018, com um orçamento de 26.516.750,00€ para 2019.
- § 12. Pelo que os subsídios à exploração são residuais face ao volume financeiro da atividade mercantil da entidade representando cerca de 0,33% em 2017, 0,30% em 2018 e 0,28% em 2019 do volume total de rendimentos.

II.2 Enquadramento jurídico

- § 13. A fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC) constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, 47.º e 48.º da LOPTC.
- § 14. A primeira questão jurídica que deve ser apreciada reporta-se à sujeição do instrumento submetido a fiscalização prévia, sendo negativa a resposta a essa questão prejudicial, não pode haver lugar a decisão de mérito sobre a eventual concessão de visto.

- § 15. Essa questão é indissociável da relativa ao âmbito subjetivo da referida função do TdC, matéria sobre a qual se afigura nuclear conjugar a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 5.º com o artigo 47.º, n.º 1, alínea *a)*, da LOPTC:
- a. A primeira norma estabelece: «compete, em especial, ao Tribunal de Contas fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou».
 - b. A segunda prescreve que estão isentos de fiscalização prévia «os atos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 2.º, e que não se enquadrem na parte final da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 5.º, de valor inferior a € 5 000 000, bem como os atos do Governo e dos Governos Regionais que não determinem encargos orçamentais ou de tesouraria e se relacionem exclusivamente com a tutela e gestão dessas entidades».
- § 16. Sendo a entidade requerente entidade enquadrada no artigo 2.º, n.º 2, alínea *c)*, no caso concreto importa avaliar se se encontram preenchidos os requisitos previstos na segunda parte da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, isto é, se a requerente é uma (i) entidade criada por entidade pública para desempenhar (ii) funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública (isto é, funções cometidas ao Estado ou outras pessoas coletivas públicas para satisfação das necessidades coletivas), e (iii) com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou.
- § 17. No caso concreto estão preenchidos os dois primeiros requisitos, pois trata-se de entidade:
- a. Criada pelo Município de Portimão e regulada pelo regime jurídico da atividade empresarial local, respetivos estatutos e, subsidiariamente pelo regime das empresas públicas e, no que não estiver especialmente regulado, pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais;
 - b. Cujo objeto é a gestão e exploração dos sistemas públicos de captação de distribuição de água para consumo público, a recolha, tratamento e rejeição de efluentes, a recolha e deposição de resíduos sólidos urbanos e a limpeza e higiene pública na área do município de Portimão, estabelecendo-se no artigo 23.º, n.º 2, alínea *k)*, do Regime Jurídico das Autarquias Locais que constitui atribuição dos municípios o domínio do ambiente e saneamento básico.
- § 18. Contudo, quanto ao terceiro requisito estabelecido na última parte do artigo 5.º, n.º 1, alínea *c)*, da LOPTC (que exigiria no caso concreto que os encargos da EMARP fossem suportados por transferência do orçamento do Município de Portimão), impõe-se a resposta negativa em face da factualidade constante dos §§ 10 a 12.
- § 19. Subjacente a todas as alíneas do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC encontra-se o estabelecimento de um elenco taxativo de instrumentos (atos e contratos) que delimitam o âmbito objetivo da fiscalização prévia (cf. § 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS) conjugado com aspetos

particulares reportados ao âmbito subjetivo, o qual estando estabelecido em termos genéricos no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC pode sofrer recortes reportados a alguns atos e contratos.

§ 20. A EMARP é uma entidade que não se enquadra na parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, conseqüentemente, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 47.º, encontra-se abrangida pela isenção de fiscalização prévia dos atos e contratos praticados ou celebrados de valor inferior a 5.000.000,00 €, ou, dito de outra forma, os respetivos atos geradores de despesa pública para estarem sujeitos a fiscalização prévia, além de preencherem uma das alíneas do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC, têm de ultrapassar o limiar do valor de 5.000.000,00 € (limiar que não é atingido no caso do ato objeto do requerimento inicial).

§ 21. Um dos corolários do princípio do pedido é que o processo de fiscalização prévia depende de um requerimento inicial que conforma um pedido relativo a uma decisão de mérito sobre visto prévio de um ato ou contrato.

§ 22. Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir um instrumento relativo a ato ou contrato insuscetível de ser enquadrado em tipologia sujeita a fiscalização prévia ou que esteja isento dessa forma de fiscalização não pode haver apreciação de mérito sobre a respetiva legalidade.

§ 23. Tal requerimento apresenta-se, conseqüentemente como manifestamente inepto, atento o disposto no artigo 186.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

§ 24. Relativamente a esta questão processual importa ter presente o Acórdão n.º 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL, §§ 67 a 70:

« 67 As normas dos artigos 46.º e 47.º da LOPTC constituem normas sobre competência material pelo que tendo por referência a causa de pedir identificada pelo requerente a decisão de indeferimento liminar impõe-se ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, da LOPTC e dos artigos 3.º, 5.º, 96.º, alínea a), 97.º, n.º 1, 99.º, n.º 1, 278.º, n.º 1, alínea a), e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC por via do conhecimento da exceção dilatória.

«68 Sobre a natureza da exceção dilatória a mesma apresenta uma teleologia conformada por ponderação legislativa sobre interesses públicos, como a necessidade de salvaguardar a adequação técnica do tribunal para a apreciação e a especificidade do procedimento de fiscalização prévia (em particular, o respetivo prazo perentório e o sistema de repartição funcional entre as secções da sede do TdC, atento, nomeadamente o disposto no artigo 15.º da LOPTC).

«69 A insusceptibilidade de apreciação no âmbito do processo de fiscalização prévia da legalidade do ato submetido não obsta à eventual relevância dessas matérias em outras sedes procedimentais, não impedindo eventuais auditorias no quadro da fiscalização concomitante e sucessiva suscetíveis de ser oficiosamente determinadas pelo TdC (artigo 46.º, n.º 4, da LOPTC) — isto é, a fiscalização prévia não obsta à realização de auditorias pelo Tribunal que abranjam atos ou contratos visados ou atos que não tenham dado origem a qualquer processo de fiscalização prévia ou a uma apreciação de mérito nessa sede.

«70 Em sede de fiscalização concomitante e sucessiva as relações subjacentes aos atos de entidades públicas podem ser objeto de indagações significativamente mais abrangentes, através de iniciativas probatórias desenvolvidas com meios próprios do TdC, e que podem incidir em atividades sem estarem cingidas a um instrumento específico.»

§ 25. A identificada exceção dilatória deve ser conhecida oficiosamente pelo TdC atentas as disposições conjugadas dos artigos 3.º, 5.º, 278.º, n.º 1, alíneas *a)* e *e)*, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do CPC.

III. Decisão

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado pela Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, EM (EMARP) em virtude da manifesta improcedência do pedido ao abrigo das disposições dos artigos 5.º, alínea *c)*, 46.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, alínea *a)*, e 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugadas com as dos artigos 3.º, 5.º, 186.º, n.º 2, alínea *b)*, 278.º, n.º 1, alínea *e)*, 279.º, n.º 1, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.
- 2- Consequentemente, não apreciar para efeitos de visto prévio o instrumento submetido.
- 3- Devolver à requerente o instrumento submetido.
- 4- Determinar, atenta a fundamentação da presente decisão, a remessa à área IX da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, do relatório final do DECOP e do requerimento inicial da requerente para os efeitos tidos por convenientes por essa entidade no quadro das respetivas competências.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Publique-se no sítio eletrónico do Tribunal de Contas no separador relativo a decisões da 1.ª Secção proferidas em sessão diária de visto.

Lisboa, 8 de outubro de 2019
