



Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.

RELATÓRIO N.º 9/2021-ARF/SRMTTC

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA



**TRIBUNAL DE
CONTAS**

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA

PROCESSO N.º 03/2020-AUD/ARF

Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.

RELATÓRIO N.º 9/2021-ARF/SRMTC

09/dezembro/2021

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
RELAÇÃO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS.....	3
FICHA TÉCNICA	4
1. SUMÁRIO	5
1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	5
1.2. OBSERVAÇÕES	5
1.3. EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS	6
1.4. RECOMENDAÇÕES	6
2. INTRODUÇÃO	7
2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS	7
2.2. METODOLOGIA E TÉCNICAS DE CONTROLO UTILIZADAS.....	8
2.3. ENTIDADES AUDITADAS E RESPONSÁVEIS	9
2.4. CONDICIONANTES E GRAU DE COLABORAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS.....	10
2.5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	10
2.6. ENQUADRAMENTO LEGAL E ORGANIZACIONAL.....	10
2.6.1. REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL LOCAL	10
2.6.2. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL	12
2.6.3. ESTATUTOS DA FRENTE MARFUNCHAL, E.M.	13
3. RESULTADOS DA ANÁLISE.....	17
3.1. O CONTRATO DA AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO AOS COMPLEXOS BALNEARES	17
3.1.1. A FORMAÇÃO DO CONTRATO.....	17
3.1.2. QUESTÃO LEGAL PRÉVIA	21
3.1.3. O CONTRATO.....	25
3.2. AS EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS.....	26
3.3. EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO	30
3.3.1. A EXECUÇÃO MATERIAL	30
3.3.2. A EXECUÇÃO FINANCEIRA	33
3.4. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO	36
4. DECISÃO	55
ANEXOS	57
I – QUADRO SÍNTESE DE EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS.....	59
II – RELAÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL E RESPETIVAS COMPETÊNCIAS	60
III – ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS ESPECÍFICAS DOS DEPARTAMENTOS DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL	62
IV – EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONTRATO	63

V – TABELA DE TARIFAS DE 2019 DA FRENTE MARFUNCHAL, E.M.	64
VI – ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO.....	70
VII – INFORMAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO E QUALIDADE DE VIDA DE 14 DE MAIO DE 2019	166
VIII – INFORMAÇÃO DO DEPARTAMENTO JURÍDICO E DE FISCALIZAÇÃO DE 15 DE MAIO DE 2019	170
IX– NOTA DE EMOLUMENTOS E OUTROS ENCARGOS	248

RELAÇÃO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS

ABREVIATURAS/ ACRÓNIMOS E SIGLAS	DESIGNAÇÃO
Al(s).	Alínea(s)
AM	Assembleia Municipal
Art.º(s)	Artigo(s)
ATL	Atividades de tempos livres
CCP	Código dos Contratos Públicos
CD	<i>Compact Disc</i>
Cf.	Confrontar
CMF	Câmara Municipal do Funchal
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DAT	Departamento de Apoio Técnico
DEQV	Departamento de Educação e Qualidade de Vida
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
E.M.	Empresa Municipal
FC	Fiscalização concomitante
FMF, E.M.	“Frente MarFunchal – Gestão e Exploração de Espaços Públicos e de Estacionamentos Públicos Urbanos do Funchal E.M.” ou “Frente MarFunchal, E.M.”
FS	Fiscalização sucessiva
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
MF	Município do Funchal
N.º	Número
POCAL	Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais
PP	Pasta do Processo
RFALEI	Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais
RJALEIAA	Regime Jurídico das Autarquias Locais, das Entidades Intermunicipais e do Associativismo Autárquico
RJAEL	Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais
SHF, E.M.	“SocioHabitaFunchal – Empresa Municipal de Habitação E.M.” ou “SocioHabitaFunchal, E.M.”
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
TdC	Tribunal de Contas
UAT	Unidade de Apoio Técnico
UC	Unidade de conta

FICHA TÉCNICA

SUPERVISÃO	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
COORDENAÇÃO	
Alexandra Moura	Auditora-Chefe
EQUIPA DE AUDITORIA	
Nereida Silva	Técnica Verificadora Assessora
Sara Dantas	Inspetora

1. SUMÁRIO

1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O presente documento consubstancia o resultado da auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas na sequência de uma denúncia atinente ao contrato celebrado entre o Município do Funchal (MF) e a “*Frente MarFunchal – Gestão e Exploração de Espaços Públicos e de Estacionamento Públicos Urbanos do Funchal E.M.*”¹ (FMF, E.M.) de aquisição de 1 600 cartões de acesso aos complexos balneares geridos por aquela^{2,3}.

1.2. OBSERVAÇÕES

Os resultados alcançados no âmbito da auditoria suscitam as observações que se passam a expor, sem prejuízo do desenvolvimento conferido a cada uma delas ao longo do presente documento:

1. O MF não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços praticados à data no mercado para o fornecimento de bens comparáveis, circunstância que contraria o estatuído no art.º 36.º n.º 2 do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL), e, *a contrario sensu*, o previsto no n.º 4, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido, *in casu*, o contrato-programa (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3).
2. O MF também não demonstrou o cumprimento do princípio da economia, eficiência e eficácia e do princípio da utilização racional das dotações aprovadas, aquando da fixação das condições de compra dos cartões de acesso, nomeadamente ao não justificar, de modo substantivo e efetivo, a opção jusadministrativa de não adquirir os cartões de acesso a coberto das tarifas praticadas pela sua empresa local FMF, E.M., o que, a acontecer, teria originado uma redução do custo de cada pacote de 50 entradas (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3).

Esse circunstancialismo reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência terá sido o do financiamento da empresa local do MF, a coberto de um contrato de aquisição de bens (cf. os pontos 3.1.1 e 3.2.).

3. A execução material e financeira do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que:
 - a) Não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, tal como não foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual (cf. o ponto 3.3.1), e
 - b) Foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1 600 cartões contratados, pelo montante de 292 000,00€ (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E.M., só ter fornecido

¹ Também designada “*Frente MarFunchal, E.M.*”.

² Outorgado a 23 de maio de 2019, no montante de 239 344,26€ (s/IVA).

³ Prevista no Programa anual de fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas para 2020, aprovado pelo Plenário Geral, reunido a 20 de dezembro de 2019, através da Resolução n.º 2/19-PG, publicada no Diário da República (DR), série II, n.º 11, de 16 de janeiro de 2020, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, série II, n.º 221, suplemento, de 27 de dezembro de 2019.

1 070 cartões, subvertendo-se assim a lógica financeira, que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega;

Quadro que se torna ainda mais irregular, porquanto, em maio de 2020, isto é, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega pela FMF, E.M. de 530 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 66,9% (cf. o ponto 3.3.2).

1.3. EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS

Os factos descritos e sintetizados nos n.ºs 1 e 2 do ponto antecedente e, bem assim, no Anexo I, são suscetíveis de integrar tipos de ilícitos geradores de eventual responsabilidade financeira sancionatória, puníveis com multa, no quadro das als. b), d) e l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴.

As multas têm como limite mínimo o montante correspondente a 25 unidades de conta (UC)⁵ e como limite máximo o correspondente a 180 UC, de acordo com o preceituado no n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC.

Com o pagamento da multa, pelo montante mínimo (**no valor de 2 550,00€**), extingue-se o procedimento legal tendente à efetivação da responsabilidade sancionatória, nos termos do art.º 69.º n.º 2 al. d) daquela Lei.

1.4. RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria exposta no presente relatório e resumida nas observações da auditoria, o Tribunal de Contas (TdC) recomenda aos responsáveis do MF que:

1. Observem, em futuras contratações, a disciplina imposta pelo art.º 36.º n.º 2 do RJAEL, certificando-se que o preço dos bens a adquirir às respetivas empresas locais é convergente com os preços praticados no mercado para o fornecimento de bens iguais ou comparáveis.
2. Assegurem o cumprimento do princípio da economia, eficiência e eficácia e do princípio da utilização racional das dotações aprovadas nas contratações efetuadas, os quais devem estar devidamente concretizados nos documentos instrutórios que suportam a autorização da realização da respetiva despesa e a subsequente adjudicação.
3. Fixem, de modo prévio e atempado, a regulamentação das condições de acesso, de atribuição e de seleção de todos os apoios sociais da sua iniciativa, bem como estabeleçam todos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da respetiva execução contratual material e financeira.

⁴ Aprovada pela Lei n.º 98/97 de 26 de agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 20/2015 de 9 de março, e posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 42/2016 de 28 de dezembro, 2/2020 de 31 de março e 27-A/2020 de 24 de julho.

⁵ Conforme resulta do Regulamento das Custas Processuais, publicado em anexo ao Decreto-Lei (DL) n.º 34/2008 de 26 de fevereiro, a UC foi fixada, em 102,00€. Tendo em conta que as sucessivas Leis do Orçamento de Estado têm suspenso, desde 2010, a atualização do valor do indexante, a UC mantém-se no valor calculado inicialmente [vd. a este propósito, o disposto no art.º 210.º da Lei n.º 2/2020 de 31 de março (Lei do Orçamento de Estado para 2020) e o art.º 210.º da Lei n.º 75-B/2020 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2021].

2. INTRODUÇÃO

2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS

A presente ação reveste a natureza de auditoria orientada para a apreciação da legalidade e da regularidade, incluindo a vertente da formação e da respetiva execução material e financeira, do contrato de aquisição pelo MF de cartões de acesso aos complexos balneares geridos pela empresa local FMF, E.M., outorgado a 23 de maio de 2019, a fim de apurarmos eventuais responsabilidades financeiras dele emergentes nos termos dos art.ºs 65.º e 59.º da LOPTC.

A sua seleção e inclusão no Plano de Fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC) de 2020 deu-se por força do despacho da Juíza Conselheira de 17 de dezembro de 2019⁶, que ditou a inscrição de uma ação de controlo com o objetivo de melhor apurar a factualidade descrita na Denúncia n.º 8/2019-PEQD⁷, a coberto do n.º 3 do art.º 143.º⁸ do Regulamento do Tribunal de Contas (TdC)⁹, e de modo a obter as evidências necessárias para a efetivação das eventuais responsabilidades indiciadas.

A fim de alcançar tal desiderato, foram definidos os seguintes objetivos operacionais:

- Caracterizar o quadro organizacional relevante, no âmbito da matéria em estudo, das entidades envolvidas na ação, em concreto o MF e a empresa FMF, E.M., em termos de análise das respetivas estruturas orgânicas e de funcionamento;
- Aferir da regularidade e da legalidade dos atos praticados e do contrato de aquisição celebrado, tendo em linha de conta os instrumentos normativos que contemplam e regulam, no ordenamento jurídico vigente no período em referência, a atividade empresarial local, em especial, as normas reguladoras das relações contratuais estabelecidas entre as entidades públicas participantes¹⁰ e as suas empresas locais e de controlo dos fluxos financeiros mantidos entre estas;
- Apreciar a regularidade da respetiva execução material e a conformidade legal e financeira da despesa realizada pelo MF;
- Examinar e concluir sobre as irregularidades indiciadas em consequência da citada contratação.

O horizonte temporal da análise circunscreve-se aos factos praticados no período que medeia entre o início do procedimento de formação do contrato¹¹, em maio de 2019, e o mês de maio de 2020¹².

⁶ Exarado na Informação n.º 58/19-DAT-UAT III de 10 do mesmo mês.

⁷ Rececionada, nesta Secção Regional, a 6 de junho, com o registo de entrada n.º 1363/2019 (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019-PEQD/Proc_Denúncia_8_2019_I_II).

⁸ Que prevê que “*[a]s denúncias podem ser tidas em consideração na seleção das ações de fiscalização concomitante e sucessiva a realizar pelo Tribunal*”.

⁹ Regulamento n.º 112/2018, aprovado pelo PG do TC na reunião de 24 de janeiro, publicado no DR, série II, n.º 33, de 15 de fevereiro, alterado pela Resolução n.º 3/2021, do mesmo Plenário, reunido a 24 de fevereiro de 2021, publicada no DR, série II, n.º 48, de 10 de março seguinte.

¹⁰ Na aceção do disposto nos art.ºs 2.º e 5.º do RJAEI, aprovado pela Lei n.º 50/2012 de 31 de agosto.

¹¹ Que coincide com a data da Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida do MF (com a ref.º I2019000011405) de 14 de maio de 2019 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

¹² Dado que a remessa dos últimos elementos, pelo MF, ocorreu através do ofício com a saída n.º S202000009795 de 6 de maio de 2020 e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da Pasta do

2.2. METODOLOGIA E TÉCNICAS DE CONTROLO UTILIZADAS

A execução da ação seguiu, com as adaptações consideradas adequadas à sua tipologia, as normas previstas no *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas* (volume I)¹³ e no *Manual de Auditoria e Princípios Fundamentais*¹⁴, no que respeita às fases de relato e contraditório, e a metodologia traçada no Plano Global de auditoria¹⁵ tendo-se, no essencial, recorrido às seguintes técnicas:

- ✓ Análise de todos os documentos que instruem o processo da mencionada Denúncia n.º 8/19-PEQD, consubstanciados, em concreto, na documentação remetida pelo denunciante e pelo MF¹⁶, esta última na sequência de solicitação desta Secção Regional¹⁷ e, em especial, nas Informações n.ºs 38/19-DAT-UAT III de 9 de julho e 58/19-DAT-UAT III de 10 de dezembro, e respetivos anexos;
- ✓ Solicitação ao MF de elementos, esclarecimentos e documentos, por escrito, que se afiguraram relevantes para o desenvolvimento da ação, para efeitos probatórios, relativos ao contrato em apreço, desde o respetivo procedimento de formação até à sua execução material e financeira¹⁸;
- ✓ Recolha das normas relativas à organização, ao funcionamento e à atividade administrativa e financeira relevante do MF e dos estatutos e instrumentos gestionários da empresa local FMF, E.M., bem como consulta do conteúdo informativo das páginas eletrónicas na *internet* das entidades envolvidas¹⁹;
- ✓ Estudo, em especial, do RJAEL²⁰, bem como de jurisprudência do TdC, nomeadamente os Acórdãos n.ºs 4/13-4.MAR-1ª S/SS e 5/13-4.MAR-1ª S/SS, referentes às relações contratuais estabelecidas entre as entidades públicas participantes e as respetivas empresas locais;

Processo (PP) e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020), na sequência da solicitação desta Secção Regional, a coberto do ofício com a saída n.º 1036/2020 de 14 de abril (vd. o CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Ofícios_enviados/1_2_1_Sol_elementos).

¹³ Aprovado pela Resolução n.º – 2/99-2.º Secção de 28 de janeiro e aplicado à SRMTC pelo Despacho Regulamentar n.º 1/01 – JC/SRMTC de 15 de novembro.

¹⁴ Aprovado pelo Plenário da 2.ª Secção a 29 de setembro de 2016, adotado pela SRMTC através do Despacho Regulamentar n.º 1/17 – JC/SRMTC de 22 de fevereiro.

¹⁵ O plano da ação, as fases em que se decompõe, a calendarização e a constituição da equipa foram aprovados por despacho da Juíza Conselheira da SRMTC de 9 de abril de 2020, exarado na Informação n.º 26/2020-DAT-UAT I do dia anterior.

¹⁶ Através do ofício n.º S2019000011359 de 23 de julho de 2019, com o registo de entrada na SRMTC n.º 1811/2019 da mesma data (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Resp_S2019000011359_of_1811_2019).

¹⁷ Através do ofício com o registo de saída da SRMTC n.º 2465/2019 de 9 de julho (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Of_S_2465_09072019).

¹⁸ Cf. o ofício com a saída da SRMTC n.º 1036/2020 de 14 de abril (vd. o CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Ofícios_enviados/1_2_1_Sol_elementos), elaborado a coberto da citada Informação n.º 26/2020-DAT-UAT I, cuja resposta do MF ocorreu através do ofício com a saída n.º S202000009795 de 6 de maio e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020). Vd. ainda o ofício com o registo de saída da SRMTC n.º 2975/2021 de 1 de setembro, elaborado a coberto da Informação n.º 49/2021-DAT-UAT I de 30 de agosto, cuja resposta do MF ocorreu através do ofício com a saída n.º S2021000015893 de 24 de setembro e registo de entrada na SRMTC n.º 2299/2021 de 27 de setembro (a fls. 133 a 181 do volume I da PP).

¹⁹ A saber, <https://www.cm-funchal.pt> e <https://www.frentemarfunchal.com>.

²⁰ Aprovado pela Lei n.º 50/2012 de 31 de agosto, posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 53/2014 de 25 de agosto, 69/2015 de 16 de julho, 7-A/2016 de 30 de março, 42/2016 de 28 de dezembro, 114/2017 de 29 de dezembro e 71/2018 de 31 de dezembro.

- ✓ Levantamento de relatórios de auditorias, realizadas pelo TdC, incidentes sobre esta matéria e/ou sobre as entidades envolvidas, designadamente os Relatórios n.ºs 5/2019-FS/SRMTTC de 8 de maio e 3/2019 – Audit./1.ª Secção de 17 de setembro, e
- ✓ Análise, de um ponto de vista jurídico e financeiro, de todos os factos relatados, em todos os documentos com eles relacionados, tendo por referência o contrato em análise e a sua execução material e financeira, a fim de aferir a sua fiabilidade e de verificar a respetiva regularidade e legalidade.

Tendo em conta a complexidade associada à confirmação do grau de execução material do contrato e à obtenção de documentos para efeitos probatórios, o apuramento dos desvios da execução efetivamente concretizada face ao que estava contratualmente determinado cingiu-se à análise da documentação remetida pelo MF²¹.

2.3. ENTIDADES AUDITADAS E RESPONSÁVEIS

Dada a natureza e os objetivos definidos, a ação envolveu o MF e a empresa FMF, E.M. que, durante o ano decorrido entre maio de 2019 e maio de 2020²², foram geridos, no âmbito das matérias objeto de análise que lhes estavam atribuídas²³, pelos seguintes responsáveis:

QUADRO 1 - RELAÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS

TITULAR	CARGO	PERÍODO DE RESPONSABILIDADE COINCIDENTE COM O DA AUDITORIA
Paulo Alexandre Nascimento Cafófo	Presidente da Câmara Municipal do Funchal (CMF)	Até 31/05/2019 ²⁴
Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia	Vice-Presidente da CMF ²⁵ Presidente da CMF ²⁶	Até 31/05/2019 De 01/06/2019 a 05/2020
Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes	Vereadora da CMF ²⁷	De 05/2019 a 05/2020

²¹ Nomeadamente, a enviada através dos ofícios n.ºs S2019000011359 de 23 de julho de 2019 (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Resp_S2019000011359_of_1811_2019), e S2020000009795 de 6 de maio de 2020, com registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

²² Coincidente com o período que decorreu entre a data da citada Informação de abertura do procedimento de contratação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida e a remessa dos últimos elementos, pelo MF, através do mencionado ofício com a saída n.º S2020000009795.

²³ Cujas competências, que importam neste âmbito destacar, se encontram detalhadas no Anexo II.

²⁴ Cf. decorre da Ata n.º 21/2019, da reunião da CMF, de 30 de maio, onde foi apresentada a renúncia ao respetivo mandato, com efeitos a partir de 1 de junho de 2019 (vd. o CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Atas).

²⁵ Com o pelouro das Finanças e da Contratação pública e tutela do Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial, conforme se verifica pelo Despacho, de 23 de outubro de 2017, do então Presidente da CMF, publicado em anexo ao Edital n.º 456/2017 da mesma data (vd. o CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais).

²⁶ Na decorrência da apresentação da renúncia ao mandato pelo então Presidente, foram, por deliberação da CMF, datada de 3 de junho de 2019, delegadas competências no novo Presidente, a qual foi publicada em anexo ao Edital n.º 249/2019, da mesma data (vd. o CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais).

Foram mantidos sob a sua responsabilidade os pelouros das Finanças e da Contratação pública, assim como a tutela do Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial (cf. o n.º 6 do seu Despacho de distribuição de pelouros, de 4 de junho de 2019, publicitado em anexo ao Edital n.º 253/2019, e que consta do CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais).

²⁷ Até junho de 2019, deteve os pelouros da Habitação e Desenvolvimento Social, Educação, Associativismo e Envelhecimento Ativo, entre outros, cujas unidades orgânicas tuteladas abrangiam o Departamento de Educação e Qualidade de Vida, bem como as Divisões de Desenvolvimento Social e de Juventude, Desporto e Envelhecimento Ativo (vd. o dito Despacho de 23 de outubro de 2017, constante do CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais).

A partir de junho de 2019, manteve os pelouros do Desenvolvimento Social, Educação, Associativismo e Envelhecimento Ativo, entre outros, assim como a tutela do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, com exceção dos

TITULAR	CARGO	PERÍODO DE RESPONSABILIDADE COINCIDENTE COM O DA AUDITORIA
José Nelson Rodrigues Abreu	Administrador Único da FMF, E.M. ²⁸	De 05/2019 a 05/2020

2.4. CONDICIONANTES E GRAU DE COLABORAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

O trabalho decorreu dentro dos parâmetros da regularidade, realçando-se a disponibilidade demonstrada pelo MF para interagir com este tribunal.

2.5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Para efeitos do exercício do contraditório e em observância do preceituado no art.º 13.º da LOPTC, procedeu-se à audição dos anteriores Presidentes da CMF, Paulo Alexandre Nascimento Cafôfo e Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia, da ex-Vereadora Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes e da Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Iolanda Catarina Gomes Pestana do Vale Lucas²⁹.

Dentro do prazo concedido para o efeito³⁰, apresentaram alegações Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia, Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes e Iolanda Catarina Gomes Pestana do Vale Lucas³¹, não tendo Paulo Alexandre Nascimento Cafôfo exercido o direito de pronúncia sobre o conteúdo do relato de auditoria.

As alegações apresentadas nesta sede foram analisadas e tidas em consideração na elaboração do presente documento, nomeadamente através da sua transcrição parcial e inserção no ponto 3.4., em simultâneo com os comentários tidos por adequados por esta SRMTC.

2.6. ENQUADRAMENTO LEGAL E ORGANIZACIONAL

2.6.1. REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL LOCAL

A atividade empresarial local é desenvolvida pelos municípios através de empresas locais³², conforme determina o art.º 2.º do RJAEL, sendo a sua constituição fundamentada no objetivo de melhor prossecução do interesse público e na “(...) *conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver*” (vd. o n.º 1 do art.º 6.º), sendo

assuntos associados à Juventude e Desporto, conforme decorre do n.º 2 do Despacho de distribuição de pelouros de 4 de junho de 2019 (vd. o CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais).

²⁸ Cf. resulta da Ata n.º 5, da reunião ordinária, de 1 de fevereiro de 2018, da CMF (vd. o CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Atas).

²⁹ Cf. os ofícios com os registos de saída n.ºs 47/2021 a 50/2021 de 08/01/2021 (a fls. 72 a 76 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Ofícios_enviados/1_2_2_Contraditório).

³⁰ Os responsáveis Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia, Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes e Iolanda Catarina Gomes Pestana do Vale Lucas solicitaram a prorrogação do prazo para o exercício do contraditório, por mais quinze dias, conforme o pedido com o registo de entrada na SRMTC n.º 157/2021 de 20 de janeiro (a fls. 77 e 78 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_4_Respostas_Contraditório), cujo deferimento por parte do Juiz Conselheiro desta Secção Regional, em substituição, foi comunicado aos petionários por via dos ofícios com o registo de saída da SRMTC n.ºs 252/2021 a 254/2021 de 22 de janeiro (respetivamente a fls. 80 a 83 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Ofícios_enviados/1_2_2_Contraditório).

³¹ Cf. os ofícios com os registos de entrada n.ºs 378/2021 a 380/2021 de 25 de fevereiro (a fls. 84 a 132 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_4_Respostas_Contraditório).

³² E também através dos serviços municipalizados ou intermunicipalizados.

que as atividades a cargo das empresas locais não podem ser prosseguidas pelas entidades públicas participantes na pendência da respetiva externalização e na sua exata medida, nos termos do n.º 2.

As empresas locais³³ são sociedades constituídas nos termos da lei comercial, sendo consequentemente pessoas coletivas de direito privado³⁴ nas quais a entidade pública participante, que correlativamente lhes atribui a sua natureza municipal³⁵, exerce, de forma direta ou indireta, uma influência dominante³⁶.

De um ponto de vista financeiro, a sua gestão deve ser *“tendencialmente autossustentável”*³⁷, de modo a assegurar a viabilidade económica e o equilíbrio financeiro³⁸ da empresa, conforme decorre do princípio estabelecido no art.º 31.º do RJAEL, impondo-se ainda, no âmbito dos fluxos financeiros estabelecidos com a entidade pública participante, o princípio da transparência³⁹, de forma a não comprometer a eficácia dos critérios de avaliação da referida sustentabilidade financeira enunciados no n.º 1 do art.º 62.⁴⁰ do RJAEL, os quais determinam que esta se encontra gravemente afetada se, nos últimos três anos:

- ✓ As vendas e as prestações de serviços realizados não cobrirem, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios [cf. a al. a)];
- ✓ O peso contributivo dos subsídios à exploração atribuídos for superior a 50 % das suas receitas [vd. a al. b)];
- ✓ O valor do resultado operacional subtraído ao mesmo o valor correspondente às amortizações e às depreciações for negativo [cf. a al. c)], e
- ✓ O resultado líquido for negativo [vd. a al. d)].

Impõe a norma em causa a obrigatoriedade de dissolução das empresas locais que, por incorrerem nas situações previstas nas citadas als. a) a d), se mostrem económica e financeiramente inviáveis, devendo apenas ser mantidas as que se mostrem sustentáveis dado que *“a dívida da empresa é dívida do município”*⁴¹.

³³ Conforme decorre do n.º 4 do art.º 20.º, na sua versão inicial (e do n.º 5 do mesmo artigo, com a redação dada pela Lei n.º 71/2018, com início de vigência a 1 de janeiro de 2019), não podem ser constituídas empresas locais cujo objeto social não se insira nas atribuições do respetivo município, *“(…) sendo proibida a constituição de empresas locais para a prossecução de atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil”* (vd. o n.º 1 do art.º 20.º na sua versão original e o n.º 2 da atual).

³⁴ As quais se regem, de acordo com a ordem sequencial estabelecida no art.º 21.º, pelo disposto no RJAEL, na lei comercial, nos respetivos estatutos, e, apenas subsidiariamente, pelo Regime do Setor Empresarial do Estado, sem prejuízo das normas imperativas neste previstas.

³⁵ Conforme emerge do n.º 4 do art.º 19.º.

³⁶ Em razão da verificação da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, do direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização, ou de qualquer outra forma de controlo de gestão, tal como resulta das als. a) a c) do n.º 1 e do n.º 4 do art.º 19.º.

³⁷ A coberto do n.º 1 do art.º 20.º.

³⁸ Em respeito pelo n.º 3 do art.º 32.º, com a redação dada pela Lei n.º 71/2018. Em obediência ao n.º 1 do art.º 40.º, as empresas locais devem apresentar resultados anuais equilibrados.

³⁹ Determina, deste modo, o n.º 2 do art.º 34.º, que a sua contabilidade deve ser organizada de modo a permitir a identificação de quaisquer fluxos financeiros com as entidades públicas participantes, garantindo o cumprimento das exigências nacionais e comunitárias em matéria de concorrência e de auxílios públicos.

⁴⁰ Que já sofreu várias alterações, sendo a sua última versão a resultante da efetuada pela Lei n.º 71/2018.

⁴¹ Entendimento similar se colhe da jurisprudência da 1.ª Secção do TdC produzida sobre a matéria, em particular, quando se manifesta sobre a *ratio legis* subjacente ao citado art.º 62.º e a outras disposições legais do mesmo regime, como se alcança do teor dos Acórdãos do Plenário daquela Secção n.ºs 11/2014 de 1 de julho, e 19/2015 de 17 de dezembro, e dos Acórdãos de 1.ª instância n.ºs 41/2014 de 16 de dezembro (Processo de visto n.º 1876/2014), e 2/2015

Paralelamente, também com esse objetivo regulam-se no RJAEI as figuras que, sob a forma de *numerus clausus*, podem ser utilizadas no relacionamento financeiro entre os municípios e as suas empresas locais, as quais, resumidamente, se cingem à concessão de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes⁴² ao abrigo de contratos-programa⁴³, que, por essa via, confluem para a não ocorrência de desequilíbrios financeiros nos resultados anuais das empresas locais que, a se verificarem, obrigam à realização de transferências financeiras a cargo dos sócios com vista ao seu reequilíbrio⁴⁴.

A essas figuras acresce a possibilidade de contratação de locações, de aquisição de bens móveis e de serviços ou de empreitadas de obras públicas pelos municípios, o que “(...) *não pode originar a transferência de quaisquer quantias, (...) para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais a preços de mercado*”⁴⁵, nem integrar os aludidos contratos-programa⁴⁶, nem configurar um subsídio à exploração⁴⁷.

2.6.2. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL

A estrutura nuclear do MF⁴⁸, através da qual se definiu o respetivo modelo organizacional, encontra-se dividida, desde 2019⁴⁹, em doze⁵⁰ unidades nucleares ou departamentos municipais de entre os quais relevam, atento o objeto em análise, o Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial, o Departamento de Educação e Qualidade de Vida e o Departamento Jurídico e de Fiscalização, cuja missão⁵¹ consiste, respetivamente, em supervisionar, gerir e planear:

- “(...) *as áreas financeiras, em todas as suas vertentes, gerir e otimizar os recursos financeiros e patrimoniais, gerir os processos de contratação pública (...)*”⁵²;
- “(...) *as áreas de educação, ação e desenvolvimento social, desportiva e de juventude em todas as suas vertentes, e gerir e otimizar os recursos e os equipamentos municipais afetos àquelas*

de 23 de janeiro (Processos de visto n.ºs 1028/2014 a 1039/2014), entre muitos outros (vd. o CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_1_RJAEI).

⁴² Nos termos do n.º 4 do art.º 32.º.

⁴³ Cf. os art.ºs 47.º e 50.º.

⁴⁴ De acordo com os n.ºs 2 e 3 do art.º 40.º.

⁴⁵ Vd. o n.º 2 do art.º 36.º.

⁴⁶ Cf. o n.º 6 do art.º 47.º.

⁴⁷ Nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art.º 36.º.

⁴⁸ Bem como o modelo de organização dos serviços municipais e o respetivo organograma, foram aprovados, em reunião, da Assembleia Municipal (AM), de 19 de dezembro de 2014 (sob proposta da CMF, aprovada por deliberação de 11 de dezembro de 2014), e publicada no DR, série II, n.º 28, de 10 de fevereiro de 2015, através do Despacho n.º 1400/2015 de 26 de janeiro de 2015, do então Presidente da CMF (vd. o CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_2_Estrutura_organizacional).

Posteriormente, foi alterada, por duas vezes, a primeira, através de deliberação da AM, reunida a 21 de setembro de 2018 (sob proposta da CMF, aprovada por deliberação de 13 de setembro) e publicada no DR, série II, n.º 220, de 15 de novembro de 2018, através do Despacho n.º 10605/2018, do então Presidente da Câmara, de 31 de outubro de 2018, e, a segunda, através de deliberação aprovada na sessão de 6 de março de 2019, mediante proposta da CMF, datada de 7 de fevereiro e publicada no DR, série II, n.º 69, de 8 de abril de 2019, através do Despacho n.º 3931/2019 de 26 de março (vd. o CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_2_Estrutura_organizacional).

⁴⁹ Após a alteração, antes mencionada, à dita estrutura orgânica nuclear.

⁵⁰ Conforme deliberado pela AM, na sessão de 6 de março de 2019, tornada pública através do citado Despacho n.º 3931, de entre as quais constam, no ponto II, o Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial (vd. o n.º 2), o Departamento de Educação e Qualidade de Vida (n.º 7) e o Departamento Jurídico e de Fiscalização (cf. o n.º 9).

⁵¹ Nos termos do n.º 4 do citado Despacho n.º 1400/2015 do então Presidente da Câmara, que procedeu à sua publicitação.

⁵² Vd. o n.º 4. 2.

áreas, tendo em vista a melhoria das condições de coesão social e de qualidade de vida das populações do concelho do Funchal”⁵³ e

- “(...) a área jurídica, regulamentar e de fiscalização, em todas as suas vertentes, zelar pela aplicação e cumprimento de todos os normativos legais aplicáveis ao Município e aos respetivos serviços, e promover a fiscalização e a aplicação dos regulamentos e posturas municipais”⁵⁴.

No modelo de organização dos serviços municipais da CMF, aprovado em anexo à citada estrutura, estabeleceram-se⁵⁵ as atribuições e as competências comuns⁵⁶ a todas as unidades orgânicas nucleares previstas a exercer pelo titular do cargo de Diretor de Departamento ou equiparado⁵⁷, de cujo elenco relevam as seguintes:

- Assegurar o normal desenvolvimento da tramitação dos processos, zelando pelo cumprimento dos prazos, da legislação, dos regulamentos aplicáveis e dos procedimentos legalmente instituídos⁵⁸, supervisionando a sua preparação, a fim de serem emitidos os pareceres técnicos necessários⁵⁹, e
- Submeter a despacho do Presidente da Câmara Municipal ou do Vereador com competência delegada, devidamente instruídos e informados, os assuntos que dependam da sua resolução em matérias compreendidas na respetiva unidade orgânica, com propostas de despachos devidamente fundamentados⁶⁰, e garantir a coordenação das atividades e a qualidade técnica da prestação dos serviços na sua dependência⁶¹.

2.6.3. ESTATUTOS DA FRENTE MARFUNCHAL, E.M.

A) ESTATUTOS

Através do n.º 1 do art.º 1.º dos Estatutos da empresa local⁶² estabeleceu-se que a FMF, E.M. goza de personalidade e de capacidade jurídicas, bem como de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, compreendendo o seu objeto social, delimitado pelos n.ºs 1 e 3 do art.º 4.º, “(...) a gestão, administração e conservação dos Complexos Balneares, Praias, Jardins, e Passeio Público Marítimo do Município do Funchal (...)”⁶³ e ainda “(...) a promoção e gestão dos estacionamentos públicos urbanos, no concelho do Funchal”, podendo a entidade pública participante, sempre que se afigure necessário para a prossecução dos fins a que se destina a empresa, “(...) delegar poderes na Frente MarFunchal, E.M.”⁶⁴.

No âmbito dos poderes de tutela compete à entidade pública participante, “(...) através do representante do Município do Funchal na Assembleia Geral (...)”, assegurar “(...) a supremacia do interesse

⁵³ Cf. o n.º 4.º 7.

⁵⁴ Vd. o n.º 4.º 9.

⁵⁵ No ponto III.

⁵⁶ E as específicas dos departamentos em análise, que constam do Anexo III ao presente documento.

⁵⁷ E pelas restantes chefias dirigentes intermédias.

⁵⁸ Cf. a al. p).

⁵⁹ Vd. a al. bb).

⁶⁰ Cf. a al. f).

⁶¹ Vd. a al. o).

⁶² Publicados no respetivo site.

⁶³ Compreendendo esta atividade a construção, ampliação, reparação, renovação e manutenção das instalações e equipamentos balneares, desde que tal seja expressamente autorizado pela tutela, nos termos do n.º 2.

⁶⁴ Cf. o n.º 2 do art.º 6.º.

*público e a prossecução das atribuições municipais (...)*⁶⁵ de entre as quais se destacam, no art.º 5.º, as de:

- “(...) *promoção e gestão integrada e participada dos equipamentos que lhe tenham sido atribuídos pela tutela*” [vd. a al. a)], e de
- “(...) *obtenção de receitas, através da exploração dos equipamentos, nomeadamente através da cobrança de ingressos, tarifas, taxas, rendas ou outras de semelhante natureza, procedendo às respetivas atualizações, nos termos e condições definidos pela tutela*” [vd. a al. e)].

De entre o leque de competências atribuídas à Assembleia Geral⁶⁶, “(...) *constituída por um representante do Município do Funchal (...)*” designado pela CMF⁶⁷, elencadas no n.º 2 do art.º 8.º, sobressaem, neste âmbito⁶⁸, as de:

- Homologar os preços ou tarifas a praticar, e
- Assegurar a boa gestão dos fundos públicos e a evolução institucional económico-financeira da empresa.

Decorre ainda do n.º 3 do art.º 15.º que a CMF transferirá “(...) *os bens e valores que considere necessários e/ou convenientes para a boa prossecução do seu objeto social*”, constituindo receitas da empresa local não só as geradas na prossecução da sua atividade, como as que lhe forem atribuídas por transferência do orçamento da CMF, podendo ainda o MF celebrar contratos-programa⁶⁹ caso “(...) *esta pretenda prestar serviços de interesse geral, dentro dos princípios orientadores da lei, devidamente fundamentados, e por isso necessite de realizar investimentos de rentabilidade não demonstrada ou outros sempre nos termos da Lei*”⁷⁰.

B) INDICADORES DE SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA

Com base na informação financeira constante dos documentos de prestação de contas da FMF E.M.⁷¹, procedeu-se à verificação do cumprimento dos critérios de sustentabilidade financeira definidos no RJAEI, tendo-se obtido os seguintes resultados:

⁶⁵ Vide o n.º 1 do art.º 6.º.

⁶⁶ Integram a respetiva estrutura orgânica, para além da Assembleia geral, o Administrador Único [ao qual compete, nomeadamente, de acordo com a al. a) do n.º 1 do art.º 13.º, assegurar “(...) *o cumprimento dos objetivos estatutários e o desenvolvimento das atividades da empresa*”] e o Fiscal Único, nos termos das als. a) a c) do n.º 1 do art.º 7.º, obedecendo a sua natureza e as respetivas competências ao previsto na lei comercial, de acordo com o n.º 5, sem prejuízo do disposto no RJAEI.

⁶⁷ Vd. o n.º 2 do art.º 7.º e o n.º 1 do art.º 8.º.

⁶⁸ Cf. se verifica pelas als. f) e i) do n.º 2, respetivamente.

⁶⁹ Nos termos do art.º 21.º.

⁷⁰ Cf. decorre das als. a) e b) do n.º 1 do art.º 16.º, bem como do seu n.º 2, respetivamente.

⁷¹ E no Processo de fiscalização prévia n.º 12/2020 (vd. o CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_3_Estatutos_FMF/B)-Indicadores).

QUADRO 2 – INDICADORES DE SUSTENTABILIDADE DA FMF, E.M.

INDICADORES (ART.º 62º, N.º 1)	V. REFERÊNCIA	2017	2018	2019
1. Vendas e prestações de serviços		2 526 125,16	2 215 607,61	2 213 217,35
2. Gastos totais		3 174 930,82	2 700 307,86	3 100 251,01
a) Cobertura dos gastos totais (1./2.)	>50%	79,6%	82,1%	71,4%
3. Subsídios à exploração		311 865,95	4 834,62	1 815,49
4. Receitas totais		2 532 694,03	2 697 338,86	2 222 441,04
b) Peso contributivo dos subsídios exploração (3./4.)	<50%	12,3%	0,2%	0,1%
5. Resultado operacional		-305 664,48	22 078,53	-859 811,21
6. Amortizações e depreciações		-67 455,60	-50 026,95	-47 034,49
c) RO subtraído das amortizações e depreciações (5. - 6.)	>0	-238 208,88	72 105,48	-812 776,72
d) Resultado líquido	>0	-336 159,90	1 865,62	-875 994,48

Fonte: Relatórios e contas de 2017, de 2018 e de 2019 e Processo de fiscalização prévia n.º 12/2020.

No período em apreço, os níveis de faturação asseguraram a cobertura de mais de 50% dos gastos incorridos pela FMF, E.M., constatando-se, de igual modo, que os subsídios à exploração tiveram um peso residual no total das receitas.

Por outro lado, observou-se que, nos anos de 2017 e de 2019, os resultados operacionais (subtraídos das amortizações e depreciações) e os resultados líquidos foram negativos, incumprindo-se, dessa forma, o disposto no n.º 1 do art.º 40.º do RJAEL, que preconiza que “[a]s empresas locais devem apresentar resultados anuais equilibrados”. Esta situação levou a que o MF tivesse de efetuar transferências financeiras para a cobertura dos prejuízos, nos montantes de 330,37 mil euros⁷² e de 875,99 mil euros⁷³, conforme determina o n.º 2 do art.º 40.º, de forma a repor o equilíbrio dos resultados.

⁷² Aprovada, a 30 de maio de 2018, em reunião da CMF (cf. a Ata n.º 21/2018 constante do CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_3_Estatutos_FMF/B)-Indicadores).

⁷³ Aprovada na reunião da CMF de 30 de janeiro de 2020 (vd. a Ata n.º 4/2020 constante do CD_Auditoria/2_6_Enq_legal_organizacional/2_6_3_Estatutos_FMF/B)-Indicadores).

3. RESULTADOS DA ANÁLISE

A presente auditoria teve por objetivo a verificação e a análise da regularidade e da legalidade do contrato de aquisição, pelo MF, de cartões de acesso aos complexos balneares geridos pela empresa local FMF, E.M., desde a formação do contrato até à respetiva execução material e financeira.

Tomando por referência os factos coligidos⁷⁴ pela equipa de auditoria⁷⁵ e o quadro legal que disciplina esta matéria, procedeu-se ao exame, de um ponto de vista jurídico e financeiro, da factualidade indiciadora de eventuais responsabilidades financeiras nos termos dos art.ºs 59.º e 65.º da LOPTC.

3.1. O CONTRATO DA AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO AOS COMPLEXOS BALNEARES

Traçado em termos gerais o enquadramento legal e organizacional pertinente, debruçemo-nos sobre a questão que conduziu à realização desta auditoria.

3.1.1. A FORMAÇÃO DO CONTRATO

Do exame formulado aos elementos instrutórios extraídos do processo da Denúncia n.º 8/2019-PEQD⁷⁶ e de outros entretanto recolhidos no decurso da auditoria⁷⁷, sobressai a matéria de facto a seguir descrita, relativa ao procedimento de formação contratual, a qual revela que a tramitação adotada foi célere a fim de obter uma rápida autorização para a celebração do correspondente contrato.

Assim, data de 14 de maio de 2019 a Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida⁷⁸ que deu início ao procedimento pré-contratual, elaborada pela respetiva Diretora, sobre a qual recaiu: o despacho de concordância com “(...) a aquisição da totalidade dos cartões para entrada nos Complexos Balneares sob gestão da Frente MarFunchal, proposta pela diretora do DEQV” do dia 20 seguinte da Vereadora com a tutela daquela unidade orgânica nuclear e com os respetivos pelouros; e o posterior despacho de autorização da despesa, de 22 do mesmo mês, do então Vice-Presidente da CMF⁷⁹.

Foi proposto, nesse documento, “(...) que o Município do Funchal como política social” adquirisse “entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares (...) a serem distribuídos pelos mais carenciados (...)”, “(...) tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de

⁷⁴ Relativos ao período compreendido entre maio de 2019 e maio de 2020.

⁷⁵ Através dos já mencionados ofícios com os registos de saída da SRMTC n.ºs 2465/2019 (elaborado a coberto da Informação n.º 38/19-DAT-UAT III) e 1036/2020 (remetido ao abrigo da Informação n.º 26/2020-DAT-UAT I).

⁷⁶ Após uma análise preliminar efetuada na citada Informação n.º 38/19-DAT-UAT III, em que se concluiu pela manifesta insuficiência dos elementos de prova anexados pelo denunciante, foi proposto solicitar, ao MF, elementos adicionais, tendo a análise dos documentos remetidos, através do ofício n.º S2019000011359 (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Resp_S2019000011359_of_1811_2019), sido efetuada na Informação n.º 58/2019-DAT-UAT III.

⁷⁷ Procedeu-se igualmente ao exame da documentação remetida pelo MF, através do dito ofício n.º S2020000009795, com o registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 de 6 de maio (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

⁷⁸ Com a referência n.º 12019000011405 (vd. o Anexo VII - Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida de 14 de maio de 2019 e o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

⁷⁹ A entidade referiu (vd. o ofício n.º S2020000009795) que não houve deliberação do executivo camarário em virtude de a competência para a autorização da despesa pertencer, à data, ao Vice-Presidente do MF, por delegação de competências, até ao valor de 748 196,84€, conforme decorre do Edital n.º 457/2017 de 23 de outubro (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição).

preço”⁸⁰. Foi ainda alegado pelo MF⁸¹ que “(...) a única entidade que pode prestar este tipo de serviço é a empresa Frente Mar Funchal (FMF), garantindo capacidade de resposta ao número de entradas solicitadas”.

Sequencialmente, na citada Informação inicial, foi submetida a autorização para a aquisição de 1 600 cartões de acesso (com 50 entradas cada, perfazendo 80 000 acessos) destinados aos ATL das juntas de freguesia do concelho ou município do Funchal aderentes ao projeto, à SHF, E.M., à Ludoteca da CMF, aos ginásios municipais e ao Centro Comunitário do Funchal, conforme consta do quadro seguinte:

QUADRO 3 – DISTRIBUIÇÃO PREVISTA DOS CARTÕES

(EM EUROS)			
ENTIDADES	N.º DE CARTÕES	N.º DE ENTRADAS	CUSTO (c/IVA)
ATL das juntas de freguesia	400	20 000	73 000,00
SocioHabitaFunchal, E.M.	150	7 500	27 375,00
Ludoteca da CMF	50	2 500	9 125,00
Ginásios municipais	750	37 500	136 875,00
Centro Comunitário do Funchal	250	12 500	45 625,00
Total	1 600	80 000	292 000,00

Quanto ao número de cartões adquiridos, foi sustentado que “[o] cálculo foi efetuado tendo em consideração o número de utentes dos Ginásios Municipais e do Centro Comunitário do Funchal que iriam dar uso ao cartão, bem como o número de crianças que frequentam o ATL da Ludoteca. Sabendo o MF que as juntas de freguesia do Funchal organizam ATLs, (...) calculando-se a constituição de grupos até 40 crianças, incluídos os monitores que as acompanham. O número das crianças e jovens dos Centro comunitários geridos pela SocioHabitaFunchal – Empresa Municipal de Habitação, E.M., foi efetuado, tendo em conta o número de crianças/jovens que frequentam os ATLs (...) inseridos nos Bairros Sociais (...)”⁸².

A contratação proposta implicava, pois, a aquisição das 80 000 entradas, pelo preço unitário de 3,65€, correspondente à média entre as tarifas das entradas individuais sem cartão associado nos complexos balneares do Lido e da Ponta Gorda (no valor de 5,20€) e da Barreirinha e da Poça do Gomes (no montante de 2,10€), valores que não obrigavam à aquisição de cartão de associado aos pacotes de entradas, tudo com um custo total de 292 000,00€ (c/IVA).

⁸⁰ E enfatizado que o “(...) acesso ao mar existente no Funchal a título gratuito é (...) escasso, sendo que as acessibilidades e as condições de frequência (...) nem sempre estão adequados às crianças e à população mais velha (...)”.

⁸¹ Em resposta à solicitação da SRMTC (vd. a questão 2.2.), a coberto do ofício com a saída n.º S2020000009795, e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 de 6 de maio (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

⁸² “De forma a cumprir os requisitos legais para o funcionamento dos ATLs, nomeadamente quanto ao pessoal técnico (...), foi considerado que cada grupo de crianças (...) deveriam ser acompanhados por um mínimo de 3 monitores”. (cf. o ponto 2.3.).

Sucedeu que, de acordo com a “*Tabela de tarifas para 2019*”⁸³, destinada a todos os utilizadores dos diferentes complexos balneares geridos pela empresa FMF, E.M., eram praticadas dois tipos de tarifas, variáveis consoante a idade e a situação profissional do adquirente, nomeadamente desempregado ou reformado, bem como de acordo com a época do ano.

A saber, existiam tarifas:

- aplicadas às entradas individuais (cujo valor variava consoante o complexo balnear) e
- cobradas pelos pacotes de entradas (que envolviam a aquisição de 5, 15, 30 ou 70 acessos), os quais, ao contrário das primeiras, obrigavam à aquisição de cartão, com o valor fixo de 2,45€.

Existia, por fim, uma entrada destinada a “*Instituições*” (com um custo fixo e uniforme, em todos os complexos balneares, de 0,85€).

Perante este quadro, o montante do preço fixado para a aquisição de cada cartão deveria ter tido em consideração as tarifas praticadas pela empresa FMF, E.M., nomeadamente as aplicadas às instituições (0,85€), especialmente porque o universo deste último tipo de ingresso, dirigido a “(...) *todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s*”, é coincidente com o dos utentes beneficiários dos cartões objeto da contratação em análise, e/ou o preço médio que resulta da agregação dos nove tipos de pacotes de entradas disponibilizados pela empresa local (1,08€⁸⁴), adicionado ao valor do cartão (2,45€ com o IVA incluído), totalizando 3,53€.

O que se constatou, contudo, foi que o preço proposto para as entradas de todos os utentes das instituições sob a alçada do MF, e que foi aceite por este, foi de 3,65€.

A propósito da fixação do preço de cada cartão foi aditada a informação⁸⁵ de que “[o] valor que está definido na tabela de tarifas de 2019 aplica-se a um conjunto de pacotes que são adquiridos por pessoas singulares”.

“Sabendo que o preço do ingresso individual mais elevado está estipulado em 5,20 euros e o ingresso individual mais baixo é de 2,10 euros, e que os cartões poderiam ser utilizados em qualquer praia, foi considerado o valor médio de 3,65 euros”.

“(…) No caso em particular do MF foi a aquisição de uma pessoa coletiva que pretendia ingressos que poderiam ser utilizados em todos os complexos geridos pela FMF, desta forma considerou-se o critério do preço médio por ingresso e, os cartões que constam do tarifário da FMF têm uma validade de um ano, findo o qual, o cliente necessita de efetuar novo carregamento para ativar as entradas do ano anterior. Os cartões solicitados pelo MF não têm prazo de validade e as entradas podem usufruídas em qualquer altura”.

Foi, portanto, o argumento, que se entende ser insuficiente em face da matéria de facto (ou seja, do enquadramento dos destinatários na tarifa existente), de que o MF pretendeu adquirir bilhetes em

⁸³ Cf. o Anexo V - Tabela de tarifas para 2019 da FMF, E.M.

⁸⁴ Este valor resultou da seguinte fórmula: $[(7,1\text{€}/5 \text{ entradas}) + (6,05\text{€}/5 \text{ entradas família numerosa}) + (6,75\text{€}/5 \text{ entradas jovem}) + (6,75\text{€}/5 \text{ entradas reformado}) + (15,60\text{€}/15 \text{ entradas reformado}) + (30,70\text{€}/30 \text{ entradas reformado}) + (18,75\text{€}/30 \text{ entradas época baixa}) + (37,45\text{€}/70 \text{ entradas época baixa}) + (6,05\text{€}/5 \text{ entradas pacote 55+})] / 9$.

⁸⁵ Através do ofício com a saída, do MF, n.º S202000009795 de 6 de maio, ponto 2.2., e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

condições que não encontravam reflexo nas tarifas tabeladas pela empresa local FMF, E.M. que esteve na base da fixação do preço acordado.

Este circunstancialismo permite formular duas questões:

- ◆ As condições de compra apresentadas pelo MF eram de tal forma irrefutáveis que não permitiam a aquisição de entradas nos moldes já existentes ou praticados e, por essa via, uma redução do preço contratual e, assim, da despesa pública?
- ◆ Ou a definição de tais condições visou, na verdade, o financiamento (indevido) da FMF, E.M.?

A 15 de maio de 2019 o Departamento Jurídico e de Fiscalização da CMF, na Informação interna n.º 578/2019⁸⁶, esclareceu⁸⁷, no que se referia à possibilidade de outorga do contrato em apreço, que *“9- «(...) essa situação em potência é regulada pelo disposto no artigo 36.º da Lei 50/2012, conjugado com o artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos»”,* à qual foram anexados os Acórdãos do TdC n.ºs 4/13–4.MAR-1.ª S/SS e 5/13–4.MAR-1.ª S/SS⁸⁸, *“(...) que versam sobre a matéria em questão”*.

No mesmo dia em que foi autorizada a despesa inerente ao contrato a celebrar, ou seja, a 22 de maio de 2019, o ex-Administrador Único da empresa FMF, E.M., *“(...) depois de ter tomado conhecimento da pretensão de «Aquisição de cartões de acesso (...)»”* pelo MF, apresentou uma proposta de preço em tudo idêntica à formalizada pelo Departamento de Educação e Qualidade de Vida⁸⁹.

Questionado sobre a fundamentação subjacente à citada aquisição, o MF alegou⁹⁰ que:

“1 – (...) constituem atribuições do Município, entre outras, a educação, os tempos livres e desporto, a saúde e a ação social. Tendo em conta (...) que a prossecução de políticas de desenvolvimento social, cultural, educativo, recreativo, entre outras, constituem um património inestimável na promoção do bem-estar e da qualidade de vida das populações, esta aquisição enquadra-se no cumprimento dessas competências”⁹¹;

“4 – Neste sentido, o Município do Funchal criou condições para que os mais velhos e os mais novos, utentes dos equipamentos sociais do município (ginásios, centros comunitários e Ludoteca) e frequentadores dos ATLS dos centros comunitários, inseridos em bairros sociais, geridos pela SocioHabitaFunchal – Empresa Municipal de Habitação, E.M., bem como os

⁸⁶ Cf. o Anexo VIII – Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização de 15 de maio de 2019.

⁸⁷ Após referir que a adjudicatária é *“5- (...) uma empresa local de gestão de serviços de interesse geral (...)”*, tendo a CMF, *“(...) na reunião datada de 29 de janeiro de 2004 (...)”* definido *“(...) as competências delegadas (...), bem como a atribuição dos meios financeiros à prossecução do seu objeto social (...)”* (cf. o n.º 6).

Em anexo, o extrato da dita ata revela também que *“2º - (...) tem ainda como objetivo a transferência da gestão, administração e conservação dos Complexos Balneares, Praias, Jardins e Passeio Público Marítimo do Município do Funchal (...), de forma a permitir a promoção do desenvolvimento sócio-económico e turístico do Concelho (...). 3.º (...) gerindo de forma integrada e participada os equipamentos, assegurando a obtenção de receitas, através da sua exploração (...)”*.

⁸⁸ Pronunciados nos processos n.ºs 1888 e 1889/2012, respetivamente, transitados em julgado a 25 de março de 2013 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_analise/3_1_Contrato_aquisição).

⁸⁹ Na sua Informação interna de 14 de maio de 2019 (vd. o Anexo VII - Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, de 14 de maio de 2019 e o CD_Auditoria/3_Resultados_analise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

⁹⁰ Cf. o ponto 2.4. do ofício do MF n.º S202000009795, com registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 de 6 de maio (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

⁹¹ *“Conforme estatuído nas alíneas d), f), g) e h) do nº 2 do artº 23º da Lei 75/2013 de 12 de setembro”*.

*utentes que frequentam atividades nas Juntas de Freguesia do Concelho, usufruam do acesso ao mar, em boas condições de segurança (...)*⁹².

Em conclusão, dos documentos instrutórios analisados, que suportaram a adjudicação dos bens e a autorização da realização da respetiva despesa, não consta qualquer menção aos parâmetros de economia, eficiência e eficácia resultantes da assunção de tais compromissos, em divergência com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas previsto no ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL)⁹³, que prescreve que *“a assunção dos custos e das despesas deve ser justificada quanto à sua economia, eficiência e eficácia”*; e a coberto dos quais poderia ter sido feita uma análise ao custo/benefício da presente aquisição face a uma contratação com respeito pelas tarifas já praticadas pela FMF, E.M..

Note-se que aqueles critérios, na gestão de dotações orçamentais, adquirem maior projeção na Lei de Enquadramento Orçamental⁹⁴, que estabelece, no seu art.º 18.º, sob a epígrafe *“[e]conomia, eficiência e eficácia”*, que *“[a] assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsetores que constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia”* (n.º 1), que consiste na *“[u]tilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público”*, na *“[p]romoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa”*, e na *“[u]tilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar”* [vide o n.º 2 als. a), b) e)].

Princípio que é aplicável ao subsetor local nos termos dos art.ºs 1.º al. a) e 2.º n.º 1 da Lei de Enquadramento Orçamental⁹⁵ e do art.º 3.º n.º 1 da Lei n.º 73/2013 de 3 de setembro, que contém o Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais (RFALEI)⁹⁶.

3.1.2. QUESTÃO LEGAL PRÉVIA

Com o objetivo de introduzir rigor financeiro e racionalidade económica no Setor Empresarial Local, o n.º 1 do art.º 20.º e o n.º 1 do art.º 40.⁹⁷ do RJAEL vieram impor que as empresas locais sejam

⁹² “2 – (...) Deste modo, a população idosa que frequenta os espaços municipais foi incluída neste programa, que ajuda a combater a solidão, a melhorar a saúde física e mental e a autoestima desta faixa etária”, bem como se justifica “3 – (...) a decisão de se ter optado por este acesso gratuito à praia a crianças que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis e que só com ajuda social conseguem frequentar com regularidade ambientes de qualidade superior que possuem boas e seguras acessibilidades ao mar, piscinas, que ajudam a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado (...)”.

⁹³ Aprovado pelo DL n.º 54-A/99 de 22 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 162/99 de 14 de setembro, pelos DL n.ºs 315/2000 de 2 de dezembro, 84-A/2002 de 5 de abril e pela Lei n.º 60-A/2005 de 30 de dezembro.

⁹⁴ Aprovada pela Lei n.º 151/2015 de 11 de setembro, alterada pelas Lei n.ºs 2/2018 de 29 de janeiro, 37/2018 de 7 de agosto e 41/2020 de 18 de agosto.

⁹⁵ Com efeito, esta Lei, quando estabelece, com respeito pelo citado art.º 1.º al. a), os princípios e as regras orçamentais aplicáveis ao setor das administrações públicas, abrange, por força do art.º 2.º n.º 1, todos os serviços e entidades dos subsetores da administração local que não tenham natureza e forma de empresa, de fundação ou de associação públicas [sem prejuízo do princípio da independência orçamental, e feitas as devidas adaptações, cabendo às respetivas leis de financiamento concretizar os termos dessa aplicação (n.º 2)].

⁹⁶ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 46-B/2013 de 1 de novembro, e alterada pelas Leis n.ºs 82-D/2014 de 31 de dezembro, 69/2015 de 16 de julho, 132/2015 de 4 de setembro, 7-A/2016 de 30 de março, retificada pela Declaração de Retificação n.º 10/2016 de 25 de maio, pelas Leis n.ºs 42/2016 de 28 de dezembro, 114/2017 de 29 de dezembro, 51/2018 de 16 de agosto, retificada pela Declaração de Retificação n.º 35-A/2018 de 12 de outubro, e pelas Leis n.ºs 71/2018 de 31 de dezembro, 2/2020 de 31 de março e 66/2020 de 4 de novembro.

⁹⁷ O n.º 1 do art.º 62.º, com a redação da Lei n.º 71/2018 de 31 de dezembro, estabeleceu também a obrigatoriedade de dissolução das empresas locais quando, nos últimos três anos, as vendas e as prestações de serviços realizados não

“*tendencialmente autossustentáveis*” e apresentem resultados anuais equilibrados, (i) ficando a sua criação condicionada à prévia demonstração da respetiva viabilidade económico-financeira e racionalidade económica⁹⁸ e (ii) estando vedada a sua constituição quando destinadas a atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito meramente mercantil⁹⁹.

Com o fito de controlar os fluxos financeiros mantidos entre os municípios e as suas empresas locais, ¹⁰⁰ proibiu-se a atribuição de qualquer forma de subsídios ao investimento pelas entidades públicas participantes¹⁰¹, sendo somente admitida¹⁰² a atribuição de subsídios à exploração mediante a celebração de contratos-programa, cuja exigibilidade e conteúdo se encontram previstos nos art.ºs 47.º e 50.º, contratos-programa que devem estabelecer as transferências financeiras necessárias “(...) *ao financiamento anual das atividades de interesse geral*” ou de “(...) *desenvolvimento local e regional assumidas*”, consideradas como contrapartidas dessas obrigações¹⁰³.

Precise-se que a celebração de contratos-programa é, no caso das empresas locais de gestão de serviços de interesse geral, condição prévia necessária para a concessão dos correspondentes subsídios à exploração¹⁰⁴ e, no das empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional, serve para definir a missão e o conteúdo das inerentes responsabilidades, neles se especificando o montante dos subsídios a receber, de acordo com o disposto nos n.ºs 2 a 7 do art.º 47.º aplicáveis *ex vi* n.º 2 do art.º 50.º do RJAEL.

Este entendimento ficou assente no Acórdão n.º 2/2017-31.JAN-1.ªS/SS deste TdC¹⁰⁵, onde se defendeu que “[a] *filosofia racionalizadora financeira que percorre o RJAEL, assente na necessidade de (...) conseguir a viabilidade e sustentabilidade económico-financeira e a racionalidade económica (...) sintetiza-se na ideia de autossustentabilidade, (...) admitindo embora fluxos financeiros entre as entidades participantes e as participadas, define um quadro normativo exigente e um numerus clausus de possibilidades de financiamento*”.

Em suma, e trazendo também à colação o Acórdão n.º 33/2014, 23.SET-1.ªS/SS deste TdC¹⁰⁶, o RJAEL estabeleceu “(...) *um numerus clausus de figuras a utilizar no relacionamento financeiro entre os municípios e as suas empresas locais*”, a saber:

- Concessão de subsídios à exploração ao abrigo de contratos-programa, com respeito pelo ordenado no n.º 4 do art.º 32.º e nos art.ºs 47.º e 50.º;
- Remuneração mercantil por força de contratos de aquisição de bens ou serviços, entre outros, acolhida no art.º 36.º n.º 2 e

cobrirem, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios, o peso contributivo dos SE for superior a 50% das suas receitas ou o resultado líquido for negativo [cf. as als. a), b) e d), respetivamente (vd. ainda a al. c)].

⁹⁸ Cf. o art.º 31.º e os n.ºs 1 a 3 do art.º 32.º.

⁹⁹ Nesse sentido, *vide* o n.º 2 do art.º 20.º.

¹⁰⁰ Vd. o n.º 2 do art.º 34.º do RJAEL.

¹⁰¹ No n.º 1 do art.º 36.º do RJAEL.

¹⁰² Pelo n.º 4 do art.º 32.º, com a redação dada pela Lei n.º 71/2018 de 31 de dezembro.

¹⁰³ Em especial, vd. os n.ºs 2 e 4 do art.º 47.º e o n.º 2 do art.º 50.º do RJAEL. *Vide*, ainda, o ponto 2.6.3. do presente documento.

¹⁰⁴ Vd. o n.º 1 do art.º 47.º do RJAEL.

¹⁰⁵ Vd. o CD_Auditoria//3_Resultados_analise/3_1_Contrato_aquisição.

¹⁰⁶ *Idem*.

- Transferências financeiras exclusivamente para equilíbrio de eventuais resultados negativos de exercício, permitidas pelos n.ºs 2 e 3 do art.º 40.º.

Nesta última situação, apesar de o n.º 1 do art.º 40.º do RJAEL impor às empresas locais o dever de apresentar resultados anuais equilibrados, definem-se nos n.ºs 2 a 8 as obrigações financeiras e os *timings* para que os municípios procedam ao reequilíbrio de contas das suas empresas.

Noutra vertente, o n.º 2 do art.º 36.º permite que os municípios procedam à remuneração mercantil, no caso de serem adjudicadas, às empresas locais, aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas de obras públicas, desde que não origine “(...) **a transferência de quaisquer quantias, pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual (...) a preços de mercado**”.

Ou seja, é possível a aquisição de bens pela entidade pública participante à respetiva empresa municipal mediante uma contratação¹⁰⁷ que vise a satisfação de necessidades públicas que se enquadrem no âmbito das suas atribuições e competências, mas cuja remuneração tem como limite máximo o correspondente à quantia devida “(...) **pela prestação contratual das empresas locais (...)**” a “**preços de mercado**”, não a podendo exceder.

O legislador entendeu, assim, que a entidade pública participante e a respetiva empresa local só podem celebrar, entre si, contratos de aquisição de bens ou serviços se o fizerem a preços de mercado, pois apenas nessas situações é que o recurso a esse tipo contratual é legítimo, constituindo uma verdadeira aquisição e não um apoio ou subsídio à exploração que deva ser titulado por contrato-programa.

Prescrevem, por isso, os n.ºs 3 e 4 do art.º 36.º que aquelas adjudicações não podem integrar os contratos-programa previstos nos art.ºs 47.º e 50.º¹⁰⁸ e que os montantes pagos pela entidade pública participante no âmbito dessas contratações não constituem subsídios à exploração. Por conseguinte, a entidade pública participante não dispõe de discricionariedade administrativa (entendida como um poder-dever condicionado pelos princípios gerais da atividade administrativa) para, em alternativa à celebração de um contrato-programa, optar por um outro tipo contratual para compensar prejuízos ou défices de exploração resultantes da insuficiência de receitas geradas pela prestação de serviços das empresas aos utentes; sob pena de colocar em crise a transparência financeira exigida no n.º 2 do art.º 34.º do RJAEL.

Para mais, o recurso a tais instrumentos contratuais é condicionado pelos fins subjacentes à sua outorga, sendo o contrato de aquisição de bens “(...) **o contrato pelo qual um contraente público**

¹⁰⁷ Uma vez que está em causa uma empresa local detida, na sua totalidade, pelo MF, e verificando-se as demais condições constantes do art.º 5.º-A do CCP, o contrato *sub iudice* não se encontra sujeito aos procedimentos pré-contratuais previstos na sua parte II, sendo-lhe no entanto aplicável, por força do art.º 5.º-B, os princípios gerais da atividade administrativa, versados nos art.ºs 3.º a 19.º do CPA, bem como os princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do art.º 1.º-A do dito CCP, designadamente os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da sustentabilidade, da concorrência, da igualdade de tratamento e da não discriminação.

¹⁰⁸ Vd., nesse sentido, também o n.º 6 do art.º 47.º.

compra bens móveis a um fornecedor”, de acordo com o art.º 437.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹⁰⁹⁻¹¹⁰, enquanto o contrato-programa tem por conteúdo a definição detalhada do “(...) *fundamento da necessidade do estabelecimento da relação contratual, a finalidade desta, os montantes dos subsídios à exploração (...)*”, em observância do n.º 2 do art.º 47.º do RJAE, ou de definição da missão e do conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local e regional assumidas e do montante dos subsídios à exploração a receber, de acordo com o art.º 50.º, sendo igualmente instrumentos complementares de definição das orientações estratégicas.

A questão que cumpre aqui dilucidar é se a adjudicação do contrato *sub judice*, com todos os efeitos materiais e financeiros decorrentes desse facto, consubstancia ou não a concessão de um auxílio financeiro à empresa municipal por parte da entidade pública participante, na medida em que tal possibilidade se encontra vedada, no presente caso, pelo art.º 36.º n.º 4 do RJAE e desrespeita a disciplina jurídica que resulta dos seus art.ºs 32.º n.º 4, 34.º n.º 2, 36.º n.º 2, 47.º n.º 1 e 50.º n.º 2.

Esta questão surge em virtude de o RJAE exigir, através das normas antes mencionadas, que se adote a forma contratual - legal e adequada - para titular as relações materiais de tipo especial que se estabelecem, em cada caso concreto, entre a entidade pública participante e a sua empresa local, dado não se tratar de uma contratação com terceiros, uma vez que a empresa está investida de uma função pública, tendo essa qualificação contratual repercussões (quer para efeitos da observância de requisitos legais de conteúdo dos contratos, quer no tratamento financeiro e contabilístico das verbas atribuídas).

Entrando na análise da específica questão controvertida há que, *a priori*, considerar a diferença de regimes definidos no RJAE para a contratação relativa à aquisição de bens pela entidade pública participante à sua empresa local, mediante o pagamento de um preço de mercado, e a concessão por esta àquela de subsídios à exploração legitimados pela celebração de contratos-programa, os quais permitem, também por essa via, a prática de políticas de preços dos quais decorram receitas operacionais anuais inferiores aos custos anuais, desde que objetivamente justificado o preço subsidiado na ótica do interesse geral e desde que negociados os termos que regulam as transferências financeiras necessárias ao financiamento anual dessa atividade de interesse público.

Centrando-nos na análise da contratação em causa, temos que, apesar da inexistência de um fluxo financeiro direto do MF para a empresa FMF, E.M., uma vez que ocorreu uma contratação com a empresa local para a aquisição de cartões de acesso aos espaços balneares, não foram observados os preços à data praticados no mercado¹¹¹, até porque, conforme refere a própria Autarquia, a FMF, E.M. “(...) *tem o mercado balizado em termos de preços*”.

Considerando o estabelecido nos n.ºs 2, 3 e 4 do art.º 36.º e no n.º 6 do art.º 47.º do RJAE, é possível concluir que podem ser cobrados preços pela empresa local à entidade pública participante, a título de fornecimento de bens ou de serviços, desde que estes não contenham quantias que excedam a remuneração dessas prestações a “*preços de mercado*”.

¹⁰⁹ Aprovado pelo DL n.º 18/2008 de 29 de janeiro, alterado pelo DL n.º 111-B/2017 de 31 de agosto, que também o republicou, retificado pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017 de 30 de outubro, por sua vez retificada pela Declaração de Retificação n.º 42/2017 de 30 de novembro, e novamente alterado pelos DL n.ºs 33/2018 de 15 de maio, e 170/2019 de 4 de dezembro (cuja vigência cessou por força da Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020 de 30 de março).

¹¹⁰ Não podendo o seu prazo ser superior a três anos, de acordo com o n.º 1 do art.º 440.º.

¹¹¹ Conforme determina o n.º 2 do art.º 36.º do RJAE, para a aquisição de bens idênticos ou similares.

Na indagação do sentido a atribuir à expressão “*preços de mercado*”, e porque o n.º 2 do citado art.º 36.º não o explicitou, a 1.ª Secção do TdC concluiu, conforme resulta dos citados Acórdãos n.ºs 4/2013 e 5/2013, ambos de 4 de março¹¹², que “(...) *só as contratações efetuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º n.º 2 da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei*”¹¹³.

Ora, conforme consta da já mencionada Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida ¹¹⁴ mediante a qual se deu início ao procedimento de contratação, a empresa local FMF, E.M., “(...) *é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço*”, resultando ainda da resposta do MF¹¹⁵, quando questionado acerca de que modo “(...) *o preço convencionado dos bens contratados é convergente com os preços, à data praticados, no mercado regional para o fornecimento de bens idênticos, similares ou comparáveis*”, que “(...) *a única entidade que pode prestar este tipo de serviço é a empresa Frente Mar Funchal (...)*”, uma vez que os hotéis e os clubes privados existentes, para “(...) *além de praticarem preços mais elevados, não conseguiram garantir o fornecimento dos ingressos solicitados, nem é permitido o acesso a pessoas/clientes externos. Além disso a empresa FMF dispõe de vários complexos que garantem um número de entradas diárias, tem um conjunto de serviços que os beneficiários das entradas podem utilizar*”¹¹⁶.

Assim sendo, não se comprovou que o preço dos bens contratados era convergente com os preços à data praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis, conforme exigia o n.º 2 do art.º 36.º.

3.1.3. O CONTRATO

Foi no âmbito do enquadramento factual e legal traçado nos pontos antecedentes que a outorga do mencionado contrato¹¹⁷ entre o MF¹¹⁸ e a respetiva empresa local encontrou alicerces, realçando-se

¹¹² Os quais foram anexados à já mencionada Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização com a ref.ª 578/2019 de 15 de maio, remetida pelo MF (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição).

¹¹³ Conclusão baseada na natureza mercantil (ou não) da atividade desenvolvida pela unidade institucional, a qual configura um dos critérios adotados pelo “*Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais*” (SEC 95) para afetar unidades institucionais ao setor das administrações públicas. Saliente-se que o SEC 95 [introduzido pelo Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho de 25 de junho de 1996] foi revisto pelo Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 (publicado no JOUE, série L, n.º 174, de 26 de junho de 2013), que erigiu o “*Sistema Europeu de Contas 2010*” (SEC 2010), em vigor desde julho de 2013 (vd. o art.º 13.º), também ele alterado (o Anexo A) pelo Regulamento delegado (UE) n.º 2015/1342 de 22 de abril. Não obstante, o SEC 2010 retomou o critério da natureza da atividade (mercantil/não mercantil) desenvolvida pelas entidades institucionais (cf. os pontos 1.34, 1.37 e 2.40) e da consequente produção (cf. os pontos 3.17, 3.18, 3.19 e 20.19 a 20.23).

¹¹⁴ Com a ref.ª I2019000011405 de 14 de maio de 2019 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

¹¹⁵ Trazida pelo ofício com a saída n.º S202000009795 de 6 de maio e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

¹¹⁶ “(...) *nomeadamente a componente da educação ambiental, direcionado principalmente para o público infantil, e aulas de hidroginástica para uma faixa etária mais adulta e também sénior*” (vd. o ponto 2.1. da resposta).

¹¹⁷ Contrato avulso n.º 65/2019 (cf. o extrato da publicação na plataforma base: contratos públicos online, a 23 de maio de 2019).

¹¹⁸ Representado pelo Presidente da CMF no uso da competência que lhe advém da al. a) do n.º 1 do art.º 35.º da Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, diploma que estabelece o Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprova o Estatuto das Entidades intermunicipais, estabelece o Regime Jurídico da transferência de competências do Estado para as Autarquias Locais e para as entidades Intermunicipais e aprova o Regime Jurídico do Associativismo Autárquico (RJALEIAA),

do seu clausulado, “(...) conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa Frente Mar Funchal”, com interesse nesta sede, que:

- A FMF, E.M. obriga-se ao fornecimento de 1 600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a sua gestão, pelo preço de 239 344,26€ (s/IVA) [vd. as cls. 1.ª e 2.ª e a al. b) da cl. 4.ª], sendo ainda obrigação da adjudicatária o cumprimento dos prazos de execução “(...) na íntegra e conforme estipulado na informação e na proposta que se dão por integralmente reproduzidos” [cf. a al. c)];
- “O contrato terá início com a sua celebração (...) e mantém-se em vigor até a entrega da totalidade dos cartões de entradas no Município do Funchal” (cf. a cl. 3.ª), e
- As quantias devidas pelo MF “(...) deve(m) ser paga(s) no prazo de 60 dias após a receção pelo Município da respetiva fatura” (vd. o n.º 1 da cl. 5.ª), através de transferência bancária ou outro meio indicado (cf. o n.º 3).

3.2. AS EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS

A factualidade apurada e descrita nos precedentes pontos 3.1.1 e 3.1.2 é passível de integrar a prática de infrações financeiras. Assim:

- i. A assunção e a autorização da despesa pública relativa à aquisição dos cartões de acesso às zonas balneares geridas pela empresa local FMF, E.M., em especial o modo de definição do preço contratual, não observou o princípio da utilização racional das dotações aprovadas previsto no ponto 2.3 n.º 2 das considerações técnicas do POCAL, segundo o qual a assunção dos custos e das despesas deve ser justificada quanto à sua economia, eficiência e eficácia, princípio este vertido no art.º 18.º n.ºs 1 e 2 da Lei de Enquadramento Orçamental, aplicável ao setor local *ex vi* n.º 1 do art.º 3.º da RFALEI.
- ii. A não demonstração da remuneração devida pela aquisição de bens contratada pelo seu contralavor a preços de mercado contradiz, por sua feita, o estatuído no art.º 36.º n.º 2 do RJAEL, mas também, *a contrario sensu*, o previsto no n.º 4¹¹⁹, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido – o contrato-programa – consagrado nos art.ºs 32.º n.º 4, 47.º n.º 1 e 50.º n.º 2.

Tal origina, de igual modo, a violação do princípio da legalidade consagrado no art.º 266.º n.º 2 da CRP, no art.º 3.º n.º 1 do CPA e no art.º 1.º-A n.º 1 do CCP¹²⁰.

As atuações acima descritas geram a ilegalidade dos atos autorizadores da adjudicação e de realização da despesa inerentes à aquisição¹²¹, ilegalidade comunicável ao contrato celebrado por força do

retificada pelas Declarações de Retificação n.ºs 46-C/2013 de 1 de novembro e 50-A/2013 de 11 de novembro, e alterada pelas Leis n.ºs 25/2015 de 30 de março, 69/2015 de 16 de julho, 7-A/2016 de 30 de março, 42/2016 de 28 de dezembro, 50/2018 de 16 de agosto e 66/2020 de 4 de novembro.

¹¹⁹ O qual prevê que os montantes pagos pelas entidades públicas participantes ao abrigo dos contratos referidos no n.º 2 não constituem SE.

¹²⁰ Aplicável por força do art.º 5.º-B do CCP.

¹²¹ Nos termos do n.º 1 do art.º 163.º do CPA.

disposto no n.º 2 do art.º 283.º do CCP¹²², e são suscetíveis de originar eventuais infrações financeiras sancionatórias ao abrigo, no primeiro caso, do disposto na al. b) e, no segundo, nas als. b), d) e l), todas do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC.

No que toca à imputação subjetiva dessas infrações, importa abrir um parêntesis para trazer à colação o teor do já invocado Relatório n.º 3/2019 – Audit./1.ª Secção¹²³ deste TdC sobre a atual delimitação da responsabilidade financeira prevista no art.º 61.º n.º 2 da LOPTC para os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, pois, a partir 1 de janeiro de 2017¹²⁴, foi-lhes alargado o regime de responsabilidade financeira dos membros do Governo assente nas “(...) condições fixadas para a responsabilidade civil e criminal nos n.ºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933”¹²⁵.

Esse quadro de responsabilidade ganhou contornos ligeiramente distintos por via da Lei n.º 51/2018 que procedeu à 7.ª alteração ao RFALEI e que passou a dispor no n.º 1 do art.º 80.º-A que a responsabilidade financeira prevista no n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC “(...) recai sobre os membros do órgão executivo quando estes não tenham ouvido os serviços competentes para informar ou, quando esclarecidos por estes em conformidade com as leis, hajam tomado decisão diferente” e, no n.º 2 do mesmo artigo, que essa responsabilidade deve recair nos trabalhadores ou agentes que nas suas informações não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei¹²⁶.

Nesse Relatório propugna-se que, “4.3.(...) à luz do novo regime e numa interpretação literal, os autarcas só respondem financeiramente pelos «(...) atos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado» se não tiverem «ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente (...)».

Em particular, cumpre escarpelizar a interpretação atualizadora do conceito “estações competentes” plasmada no anexo XI do mesmo Relatório, segundo o qual “implicará reconhecer como «estações» quer organismos ou serviços exteriores à entidade na qual se integra o decisor¹²⁷, quer estruturas (unidades orgânicas) existentes no seio daquela”, donde temos que:

¹²² Aplicável atento o teor dos art.ºs 1.º n.º 5 e 437.º e seguintes do CCP.

¹²³ Relativo à ação de fiscalização concomitante ao Município de Castro Marim no âmbito dos “contratos-programa e contratos de prestação de serviços celebrados entre municípios e as empresas locais”. Vide a Parte IV - Delimitação da responsabilidade financeira prevista no artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC, na redação dada pela Lei de Enquadramento Orçamental para 2017, a págs. 69 e 70 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_analise/3_2_Enventuais_infrações).

¹²⁴ Através da alteração ao n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC, pelo art.º 248.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

¹²⁵ Norma que estabelece que “São civil e criminalmente responsáveis por todos os atos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado:

- 1.º Os Ministros quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente;
- 2.º Todas as entidades subordinadas à fiscalização do Tribunal de Contas, quando não tenham sido cumpridos os preceitos legais;
- 3.º Os funcionários que nas suas informações para os Ministros não esclareçam os assuntos da sua competência em harmonia com a lei”.

¹²⁶ Informações ou pareceres que, porém, só podem relevar para afastar a imputação de responsabilidade aos autarcas se identificarem ou tratarem a matéria relativa ao ato que é considerado ilegal e que consubstancia a infração financeira, (vide o ponto 4.8 do Relatório).

¹²⁷ Entendendo-se como “«decisor» qualquer um dos sujeitos, objeto de imputação subjetiva da responsabilidade financeira prevista no art.º 61.º, n.º 2, da LOPTC (membros do governo e titulares dos órgãos executivos autárquicos)”.

- Tais instâncias («estações») deverão também ser dotadas de habilitação legal ou regulamentar para intervir na fase final do procedimento administrativo que precede a formação do ato decisório¹²⁸ (em detrimento de fases anteriores, em que também têm lugar atos instrumentais ou preparatórios à decisão final), independentemente de essa intervenção ser obrigatória ou facultativa (isto é, provocada pelo decisor);

- Concomitantemente, as «estações» deverão ter competência especializada na matéria que interessa à decisão final¹²⁹ ou, por outras palavras, para formular juízos de natureza técnica, jurídica ou científica de forma aprofundada em determinada área do conhecimento (exs.: saúde, ordenamento do território) destinados a auxiliar o decisor (esclarecendo-o) sobre as condicionantes a atender na prolação do ato final;

- Por fim, é ainda de exigir que as «estações» possuam capacidade de valoração autónoma face ao decisor¹³⁰, o que devia impor a inexistência de uma relação de hierarquia entre este e aquelas excluindo-se, por esta via, o exercício de poderes típicos daquela relação, como os de direção, supervisão e disciplinar¹³¹.

Do que se retira que o regime de exclusão da imputação de responsabilidade financeira atualmente consagrado para os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, e que se veio de caracterizar, não se tem por aplicável *in casu*, porque a questão de saber se era legalmente possível outorgar o contrato nos moldes em apreço apenas foi verbalmente colocada, e não pelos titulares dos órgãos competentes para propor ou decidir.

Para mais, a Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização (com a ref.^a 578/2019) de 15 de maio, ainda que prestada de modo formal, estava dirigida à Dr.^a Andreia Caetano, então Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, desconhecendo-se qual a natureza da sua intervenção no processo.

De tal Informação não constavam quaisquer despachos.

Mas certo é que: a Informação (i) alertava para a jurisprudência do TdC existente sobre a matéria, trazendo junto os citados Acórdãos do TdC n.ºs 4/13–4.MAR-1.^a S/SS e 5/13–4.MAR-1.^a S/SS¹³²; e

¹²⁸ A fim de garantir que haja um nexo de causalidade entre a intervenção da «estação» e o conteúdo do ato decisório, justificativa da não responsabilização financeira do decisor nos termos previstos no n.º 1 do art.º 36.º do Decreto 22257 de 27.02.1933 (aplicável ex vi art.º 61.º n.º 2 da LOPTC).

¹²⁹ Como defendido por Nuno Cunha Rodrigues na conferência ocorrida em 19.01.2018 dedicada ao «Âmbito subjetivo da responsabilidade financeira», **deve ainda ser esclarecido que, nas situações em que não haja 'estação competente' ou no caso de ser ouvida uma entidade – 'estação competente' - sem suficiente conhecimento técnico, os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos autárquicos não estarão abrangidos pelo disposto no artigo 61.º n.º 2 da LOPTC podendo, conseqüentemente, ser responsabilizados.**

¹³⁰ Conforme sustentado pelo Juiz Conselheiro Paulo Dá Mesquita na conferência ocorrida em 19.01.2018, cuja intervenção pode ser consultada (formato áudio) na página do TdC na Internet.

¹³¹ Recorde-se que, historicamente, o modelo de organização DGCP — em repartições instaladas junto dos diversos ministérios — não contemplava qualquer distribuição ou divisão de poderes funcionais (em matéria orçamental) entre aquelas e estes, com exceção do Ministério da Fazenda, no qual se encontravam integradas. Concomitantemente, à luz de princípios consagrados na atual Constituição, como os do interesse (financeiro) público, igualdade, justiça e imparcialidade (art.º 266.º da CRP), o poder de direção (do superior) — que constitui o elemento caracterizador da relação hierárquica — e o correspondente dever de obediência (do subalterno), é incompatível com o regime de desresponsabilização financeira do superior (decisor) que, na sua decisão, acolheu informação contrária à lei prestada pelo seu subalterno («estação») e subsequente responsabilização deste último, cf. resultaria da aplicação dos n.ºs 1 e 3 do art.º 36.º do Decreto n.º 22257 de 27.02.1933 a relações de hierarquia.

¹³² Tal como já se aludiu no ponto 3.1.1.

(ii) constava em anexo à identificada Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, através da qual foi dado início ao procedimento de contratação em análise.

Isto permite concluir que o então Vice-Presidente da CMF, a ex-Vereadora da CMF com a tutela do Departamento de Educação e Qualidade de Vida e a Diretora deste Departamento tiveram acesso ao teor daquela Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização.

Por isso, as infrações financeiras apuradas, por força do quanto ficou acima defendido, e dos art.^{os} 61.^o n.^{os} 1, 2 e 3 e 62.^o n.^{os} 1 e 2, aplicáveis *ex vi* art.^o 67.^o n.^o 3, são-lhes imputáveis nos seguintes termos:

- a) Ao então Vice-Presidente da CMF¹³³ com o pelouro das Finanças e da Contratação pública¹³⁴ que, mediante despacho de 22 de maio de 2019¹³⁵, adjudicou e autorizou, bem como assumiu, a despesa emergente do apontado contrato de aquisição¹³⁶,
- b) À ex-Vereadora da CMF¹³⁷ com a tutela do Departamento de Educação e Qualidade de Vida¹³⁸ que concordou com a citada aquisição¹³⁹, conforme o seu despacho de 20 de maio¹⁴⁰, e
- c) À Diretora daquele Departamento¹⁴¹⁻¹⁴², por ter apresentado a proposta de aprovação da aludida

¹³³ Atual Presidente da CMF, com o mesmo pelouro.

¹³⁴ E tutela do Departamento de Gestão Financeira e Patrimonial, ao qual competia (vd. o n.^o 2, do ponto III, do Modelo de organização dos serviços municipais da CMF, aprovado em anexo à Estrutura nuclear), supervisionar a aplicação de normas relativas à gestão financeira e patrimonial [cf. a al. b)] e os procedimentos de contratação pública destinados à aquisição de bens e serviços, intervindo sempre que se mostre necessário [cf. a al. u)].

De entre esse leque, constava ainda a de garantir a preparação dos atos, contratos e CP em que o Município figure como outorgante e lavrar os respetivos contratos, exigindo, sempre que necessário, os dados técnicos e a rastreabilidade processual às unidades orgânicas com as competências inerentes àqueles documentos [vd. a al. ff)].

¹³⁵ Lavrado na Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida de 14 de maio de 2019, com a ref.^a 12019000011405 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

¹³⁶ Competências que lhe estavam atribuídas em virtude do despacho do então Presidente, de 23 de outubro de 2017 (em anexo ao Edital n.^o 457/2017) ter determinado a sua delegação (ponto I) e subdelegação (ponto II), tais como as de:

- Aprovar “(...) a adjudicação no âmbito de (...) aquisição de bens e serviços, cuja autorização de despesa lhe caiba” (cf. o n.^o 31 do ponto II) e autorizar o pagamento das despesas realizadas (vd. o n.^o 7 do ponto I);
- Proceder à aquisição de bens e serviços (cf. o n.^o 37 do ponto II), onde se incluem as competências previstas no CCP para a realização de despesas até ao limite de 748 196,84€ (vd. o n.^o 45 do ponto II), bem como o exercício das demais competências do órgão competente para a decisão de contratar atribuídas pelo Código.

¹³⁷ À data com os pelouros da Habitação e Desenvolvimento Social, Educação, Associativismo e Envelhecimento Ativo, entre outros.

¹³⁸ Cf. o Despacho de 23 de outubro de 2017 do então Presidente da CMF (em anexo ao Edital n.^o 456/2017 e constante do CD_Auditoria/2_3_Rel_responsáveis/Editais). *Vide* ainda as atribuições e as competências específicas do Departamento de Educação e Qualidade de Vida (cf. o ponto III do citado Modelo de organização), no Anexo II.

¹³⁹ Até junho de 2019, estavam delegadas (ponto I) e subdelegadas (ponto II) nesta titular (vd. o Despacho do então Presidente da CMF publicado em anexo ao Edital n.^o 457/2017 e constante do CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição), as competências para coordenar a respetiva atividade no âmbito dos pelouros que lhe estavam atribuídos (cf. o n.^o 2 do ponto I), modificar ou revogar os atos praticados por funcionários ou agentes afetos aos serviços por si tutelados (vd. o n.^o 8 do ponto I), bem como participar na prestação de serviços e prestar apoio a pessoas em situação de vulnerabilidade (em parceria com as entidades competentes da administração central e com instituições particulares de solidariedade social), nas condições constantes de regulamento municipal (cf. o n.^o 24 do ponto II).

¹⁴⁰ Lavrado na citada Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida de 14 de maio de 2019, com a ref.^a 12019000011405 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV).

¹⁴¹ Sobre as competências da Diretora de Departamento *vide* o ponto 2.5.2. do presente documento.

¹⁴² Designada através do Despacho n.^o 6033/2017 de 6 de junho (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_2_Enventuais_infrações), da Vereadora, Maria Madalena Nunes, no uso de competência delegada (publicado no DR, série II, n.^o 129, de 6 de julho), em comissão de serviço, por três anos.

aquisição¹⁴³;

tudo porque nenhum destes responsáveis demonstrou ter:

- (i) assegurado o respeito pelo princípio da utilização racional das dotações aprovadas, que compele a que a assunção dos custos e das despesas deve ser justificada quanto à sua economia, eficiência e eficácia,
- (ii) acautelado devidamente a observância da moldura legal proibitiva da assinalada contratação, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido, e
- (iii) se munido de outros elementos ou documentos que lhes permitissem sustentar no RJAEL o decidido, omissão que, no caso do ex-Vice-Presidente da CMF, é mais censurável, porque sobre ele impedia um especial dever de cuidado, compaginável com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso.

3.3. EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO

3.3.1. A EXECUÇÃO MATERIAL

A fim de proceder à verificação da regularidade da execução material do contrato em análise, foi solicitado¹⁴⁴ ao MF que indicasse qual(ais):

- O destino dado aos cartões adquiridos;
- As respetivas condições de utilização por parte dos seus destinatários, e
- **Os controlos instituídos para a salvaguarda do interesse e da utilidade pública da despesa em causa.**

Para o efeito, foi remetida¹⁴⁵ a Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida de 18 de julho de 2019¹⁴⁶ elaborada na sequência da outorga do citado instrumento contratual, de onde resulta que os cartões:

- *“(...) destinam-se a utentes mais carenciados (adultos, jovens e crianças) que frequentam as atividades dos espaços mencionados (...)”, os quais são “(...) identificados pelos respetivos Serviços da Câmara Municipal, da SocioHabita Funchal e das Juntas de Freguesia do Funchal que aderirem ao projeto”.*

¹⁴³ Constante da citada Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, por esta subscrita, dirigida à Vereadora, com a tutela daquela unidade orgânica nuclear, onde era proposto, recorde-se, *“(...) que o Município do Funchal como política social adquira entradas (...) nos complexos balneares (...) a serem distribuídos pelos mais carenciados (...)”, “(...) tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço”.*

¹⁴⁴ Vd. o ofício com o registo de saída da SRMTC n.º 2465/2019 de 9 de julho (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD).

¹⁴⁵ Através do ofício com a saída n.º S2019000011359 e registo de entrada na SRMTC n.º 1811/2019 de 29 de julho (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Resp_S2019000011359_of_1811_2019).

¹⁴⁶ Com a ref.º I2019000015711, dirigida à citada Vereadora da CMF (vd. a al b) do ofício com a saída n.º S2019000011359 e registo de entrada na SRMTC n.º 1811/2019 de 29 de julho, constante do CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/Resp_S2019000011359_of_1811_2019).

Posteriormente¹⁴⁷, foi ainda esclarecido que “[a] escolha dos serviços do MF, da SHF e dos ATLS das juntas de freguesia permitiu desde logo a definição, ainda que de forma inferida, de um critério de carácter de desfavorecimento social dos beneficiários (...)”¹⁴⁸;

- São “(...) de uso pessoal e intransmissível, pelo que exibem o nome do utente e a numeração no próprio cartão”, sendo que “[t]odos os cartões entregues são rececionados pelos próprios destinatários, descarregando-se esta entrega nas listas de controlo dos serviços respetivos”.

Foi ainda aduzido¹⁴⁹ que “[a]lém do cartão estar «bloqueado» a uma única entrada por dia, ao contrário dos outros pacotes que estão previstos nas tarifas da FMF, esta aquisição de ingressos contempla cartões devidamente personalizados com o logótipo do MF (...). Esta limitação (...) garante assim que o cartão não possa ser utilizado por outro utilizador, ou que seja descarregado mais do que 1 entrada por dia”¹⁵⁰.

Conforme constatou a própria Autarquia¹⁵¹, “[r]elativamente às instituições, o cartão era emitido em nome da instituição, sem necessidade de listagem individual com os nomes dos utentes que iriam frequentar os complexos. Apenas solicitávamos os dias, horas e número de utentes para organização interna (...)”, ao contrário do que sucedeu no âmbito da presente contratação, em que para “(...) a emissão dos cartões a FMF solicitava uma lista com a identificação dos beneficiários dos mesmos, exceto para o caso do ATL da Ludoteca, que por questões operacionais não era fácil por parte do MF conseguir enviar antecipadamente a identificação dos utilizadores, (...) sendo a posteriori entregue no MF (...), por forma a que os mesmos fossem entregues aos beneficiários (...)”.

Com base no antes explanado, conclui-se que os titulares e portadores dos cartões de acesso podiam e podem frequentar qualquer um dos complexos balneares geridos pela empresa local FMF, E.M., eventualmente por iniciativa própria¹⁵², uma vez que possuem um “cartão de uso pessoal e intransmissível”, ou são integrados em deslocações organizadas pelas entidades distribuidoras, revelando-se, no entanto, o limite quantitativo desse benefício, fixado em 50 entradas por utilizador, desproporcionado face aos interesses públicos que alegadamente se pretendiam salvaguardar tal como a defesa do princípio da igualdade¹⁵³.

Assim, a ausência de planeamento demonstrada, quer pela carência de uma prévia fixação de critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares, quer pela falta de estabelecimento de regras

¹⁴⁷ Já no decurso da presente auditoria, através do ofício do MF com a saída n.º S2020000009795 e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 de 6 de maio (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

¹⁴⁸ Acrescentaram, ainda, que, “[a]inda que a principal preocupação nesta iniciativa seja abranger as populações desfavorecidas, o MF (...) tem a obrigação de alargar as suas atividades a outros estratos da população de forma a torná-las mais universais” (vd. o ponto 2.5. do dito ofício, datado de 6 de maio passado).

¹⁴⁹ Cf. o mencionado ofício.

¹⁵⁰ Vd. o ponto 3.7. da citada resposta do MF.

¹⁵¹ Vd. o ponto 3.6., a propósito da “(...) aparente contradição entre o que decorre da Informação (...), onde se refere que os cartões «(...) são de uso pessoal e intransmissível (...)», e o que resulta das «Regras de utilização de ingressos de Instituições» (em anexo), de onde decorre (...) que a aquisição «(...) é feita através de um pedido escrito (...) onde deverá constar a identificação da instituição, o dia, horas e duração da vinda (...)”.

¹⁵² Refira-se que, quanto às crianças, foi sustentado, no ponto 3.5., que, “(a)s (...) com idade inferior a 10 anos, conforme previsto na tabela de tarifas só têm acesso gratuito mediante a seguinte premissa «as crianças acompanhadas com família direta, mediante comprovativo»”. “Caso a criança não seja acompanhada por um familiar direto a entrada não é gratuita, tendo que pagar um ingresso individual. Além desta questão, caso sejam grupos de crianças, o preço de 0,85 euros definido em tabela é limitado, ou seja, exige uma marcação prévia (...) uma vez que internamente (...), limitamos o acesso a grupos de crianças (com este tarifário) a 100 por dia (...)”.

¹⁵³ Consagrado no art.º 13.º da CRP e no art.º 6.º do CPA.

de utilização dos cartões, é corroborada pelo facto de, quando instado¹⁵⁴ a demonstrar os cálculos subjacentes à determinação¹⁵⁵ do número de cartões a adquirir e dos critérios utilizados para apurar o número atribuído a cada uma das entidades¹⁵⁶, o MF ter informado¹⁵⁷ da inexistência de um “(...) *documento escrito aprovado, pela Autarquia, com um conjunto de regras próprias para este procedimento (...)*”, tendo sido, no entanto, efetuado¹⁵⁸ “(...) *um pré-levantamento das necessidades. Assim, e com o mesmo intuito de celeridade, foi considerado como candidatura, ainda que de forma informal, o envio de listas definitivas, e previamente triadas, por parte de cada um dos ginásios municipais, centros comunitários e ATL da SHF, e dos ATLs organizados pelas juntas de freguesia do MF que demonstraram interesse em usufruir desta iniciativa*”.

Emerge dessa exposição que foram “(...) *dadas diretrizes aos/às coordenadores/as de cada espaço municipal, para elaborarem listagens com a identificação de cada beneficiário (...)*”¹⁵⁹ e que “[a] *seleção teve em conta a assiduidade nas aulas/disponibilidade nas atividades, e as pessoas que iriam realmente poder utilizar o cartão. Uma vez que quem trabalha nestes espaços conhece bem as situações individuais de quem os frequenta, pediu-se que prestassem igualmente atenção às dificuldades financeiras que as impedissem de frequentar espaços balneares por causa do valor dos acessos (...)*”¹⁶⁰.

Ora, a atribuição dos cartões, porque adquiridos por uma entidade pública, não podia ter ficado dependente de uma análise casuística efetuada por trabalhadores dos mencionados espaços sem quaisquer instruções adicionais, conforme alegado.

Ao invés, e tendo em consideração o disposto na al. v) do n.º 1 do art.º 33.º do RJALEIAA, norma que elenca as diversas competências materiais cometidas às câmaras municipais, e que lhe permite “[p]articipar na prestação de serviços e prestar apoio a pessoas em situação de vulnerabilidade, em parceria com as entidades competentes da administração central e com instituições particulares de solidariedade social, nas condições constantes de regulamento municipal”, devia ter sido fixado, *a priori* e por escrito, as inerentes condições de acesso e de atribuição dos cartões, bem como dos critérios de seleção dos beneficiários¹⁶¹ e das entidades envolvidas na sua distribuição, devendo igualmente os respetivos procedimentos de candidatura ou de adesão terem sido atempadamente

¹⁵⁴ Pela SRMTC, através do ofício com a saída n.º 1036/2020 de 14 de abril (vd. o CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Officios_enviados/1_2_1_Sol_elementos).

¹⁵⁵ Cf. o previsto na Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, com a ref.ª I2019000011405 de 14 de maio de 2019 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_analise/3_1_Contrato_aquisição/Inf_14052019_DEQV), para a qual remete a cl. 1.ª do contrato.

¹⁵⁶ Tendo em conta o levantamento do universo de utentes carenciados frequentadores dos ditos espaços e o quadro de recursos humanos necessários para o fim a prosseguir, bem como de outras informações tidas por necessárias.

¹⁵⁷ Vd. a resposta da Autarquia, de 6 de maio de 2020.

¹⁵⁸ Cf. o ponto 3.4. do citado ofício do MF.

¹⁵⁹ Vd. o ponto 3.2.

¹⁶⁰ Em execução deste critério estabeleceu-se que “[n]o caso do ATL da Ludoteca todas as crianças participantes do programa tiveram acesso a entradas gratuitas, neste caso os cartões ficaram na posse do departamento municipal responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as, estando os cartões, ainda com entradas, neste momento, à guarda do departamento municipal respetivo” e que, “(...) nos restantes casos da SocioHabitaFunchal – Empresa Municipal de Habitação, E.M., e das Juntas de Freguesia, os cartões ficaram à disposição destas entidades, para assim se responsabilizarem por fazerem as listagens com a indicação dos utentes a apoiar” (cf. o ponto 3.3).

¹⁶¹ Designadamente através da enunciação dos critérios que definem os “*utentes carenciados*”, partilhados por todas as entidades distribuidoras de modo a poderem ser elaboradas as respetivas listagens.

estalecidos, nomeadamente através de um regulamento¹⁶². Assim seria facultado a todos os potenciais interessados, de forma prévia e transparente, o conhecimento de tais condições de acesso e o modo da sua atribuição, garantindo, por esse meio, a observância dos princípios da igualdade de acesso¹⁶³ e da imparcialidade na sua seleção¹⁶⁴.

No seguimento da análise da execução material do contrato, segundo transmitiu o MF¹⁶⁵, as citadas listagens eram posteriormente enviadas à empresa FMF, E.M., a qual procedia “(...) à emissão dos cartões personalizados com o logótipo Funchal +Inclusão, numerados e com o a identificação do beneficiário”, os quais eram depois “(...) entregues aos/às coordenadores /as dos diferentes espaços, por serem estes e estas que acompanham os utentes diariamente, e assim garantir a entrega dos cartões ao respetivo titular (...)”¹⁶⁶, o que é suscetível de contrariar o disposto no n.º 1 do art.º 443.º do CCP, que determina que “[n]a falta de estipulação contratual, o fornecedor deve entregar os bens objecto do contrato na sede do contraente público”.

Por fim, deveria ter sido também implementado um sistema de controlo das entradas associadas a cada cartão atribuído, pois, apesar de o MF ter esclarecido que “[a]través do software de controlo de entradas conseguimos apurar o número de cartões emitidos. Através de listagens temos a relação de todos os utentes que entraram nos complexos balneares da FMF (...)”¹⁶⁷, não foram nem identificados, nem evidenciados, os procedimentos de controlo efetivamente instituídos e executados, nem remetida qualquer relação dos utilizadores com indicação do número de entradas até então usufruídas e das respetivas datas dessa utilização.

3.3.2. A EXECUÇÃO FINANCEIRA

Conforme relatado no ponto 3.1.1, o preço fixado para cada uma das entradas foi de **3,65€**, resultado da média das tarifas tabeladas para os acessos individuais de adulto nos complexos balneares do Lido e da Ponta Gorda (no valor de **5,20€**) com o da Barreirinha e das Poças do Gomes (no montante de **2,10€**), valores que não obrigavam à aquisição de cartão, associada aos pacotes de entradas.

Entrando na execução financeira do contrato propriamente dita, temos que, a 24 de maio de 2019, apenas um dia após a outorga do contrato, a empresa FMF, E.M. apresentou a fatura n.º FAC 1/1140, referente à aquisição de 545 cartões (equivalente a 27 250 entradas), no valor total de **99 462,50€** (c/IVA)¹⁶⁸, tendo a Autarquia procedido ao respetivo pagamento nesse mesmo dia¹⁶⁹ e, no mês seguinte, a 11 de junho, foi emitida a FAC n.º 1/1160 referente aos restantes 1 055 cartões, no total de **192 537,50€** (c/IVA).

¹⁶² Tais como os “[r]egulamento do Cartão Sénior do Município do Funchal” ou o “[r]egulamento do Cartão Municipal de Família Numerosa”, os quais podem ser consultados no site da CMF, em <http://www.cm-funchal.pt>.

¹⁶³ Consagrado no art.º 13.º da CRP e no art.º 6.º do CPA.

¹⁶⁴ Previsto no art.º 9.º do CPA, o qual prescreve que “[a] Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, (...) adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”.

¹⁶⁵ Vd. o ponto 3.2. do ofício do MF, com entrada nesta Secção Regional a 6 de maio de 2020 (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Vd. o ponto 3.9.

¹⁶⁸ Vd. o quadro do Anexo IV, onde está sintetizada a execução financeira do contrato.

¹⁶⁹ Cf. a ordem de pagamento n.º 2378 e o respetivo comprovativo da transferência bancária e, ainda, o Recibo n.º 1/900, da FMF, E.M., todos de 24 de maio de 2019 (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_análise/3_3_Exec_material_financeira).

Neste ponto, releva a falta de discriminação, na primeira fatura, das entidades e dos utentes abrangidos, o que ficou a se dever, segundo o MF, “(...) *ao facto de se encontrarem em análise pelo Departamento de Educação e Qualidade de Vida (DEQV) as entidades/utentes a serem abrangidos*”.

Isto significa que o pagamento à FMF, E.M. ocorreu antes do fornecimento dos cartões, subvertendo a lógica financeira, que prescreve que o pagamento só deve ocorrer após a entrega e a verificação, em termos quantitativos e qualitativos, dos bens contratados, o que, concomitantemente, coloca a questão de saber quais os cálculos que presidiram à emissão dessa fatura, porquanto o número específico de cartões em causa respeitava a utentes cuja identificação ainda não tinha sido definida.

É de referir ainda que, não obstante o contrato em apreço ter, de acordo com a cl. 3.^a, uma duração indeterminada, foi invocado, se bem que de forma não comprovada, que:

- *“O contrato encontra-se totalmente executado, isto é, o valor foi todo pago à empresa Frente Mar Funchal no ano de celebração do contrato, e, portanto, não existe violação do artigo 44º do Código dos Contratos Públicos (cf. o ponto 2.6.)”;*
- *“O prazo de execução coincide com a inscrição do compromisso associado, uma vez que foram adquiridos 1600 cartões de acesso aos complexos balneares, representando do total contratado (...)”* (vd. o ponto 2.7.), e que
- Não houve qualquer pedido de prorrogação do prazo de execução do contrato, nem nenhuma alteração contratual (cf. o ponto 3.1.).

Da sequência factual antes exposta resulta que, durante o mês de junho de 2019, o MF procedeu ao pagamento da totalidade dos 1 600 cartões¹⁷⁰, não obstante terem sido *“emitidos”* até outubro desse ano apenas 1 042 cartões (237 para utentes dos ATL do MF e das juntas de freguesia e 805 cartões para utentes dos ginásios municipais)¹⁷¹, ou seja, menos 558 unidades do que as adquiridas, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 65,1%.

Importa ainda sublinhar que esta informação também não é coincidente com o conteúdo das listagens dos beneficiários¹⁷², reportadas a julho de 2019, que se encontra detalhado no quadro seguinte:

QUADRO 4 – EXECUÇÃO MATERIAL DO CONTRATO

ENTIDADES	N.º CARTÕES/UTENTES		
	PREVISÃO	EXECUÇÃO MATERIAL	TAXA DE EXECUÇÃO
ATL das juntas de freguesia ¹⁷³	400	45	11,3%
SHF, E.M.	150	167 ¹⁷⁴	111,3%
Ludoteca da CMF	50	0	0,0%
Ginásios municipais	750	646	86,1%

¹⁷⁰ No total contratado de 292 000,00€ (c/IVA).

¹⁷¹ Conforme decorre do ponto 3.9 da resposta da Autarquia de 6 de maio de 2020 (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

¹⁷² Remetidas em anexo ao ofício do MF, inseridas em mensagens de correio eletrónico com datas compreendidas entre 12 de abril e 26 de julho de 2019 (vd. o CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

¹⁷³ Em concreto trata-se do ATL organizado pelas juntas de freguesia de Santo António.

¹⁷⁴ Engloba 137 cartões emitidos para crianças e jovens dos centros comunitários e 30 cartões para os respetivos monitores: Canto do Muro (18 e 4), Pico dos Barcelos (16 e 4), Quinta Falcão (23 e 5), São Gonçalo (19 e 7), Quinta Josefina (16 e 6), Palheiro Ferreiro (18 e 4) e Centro Música e Arte (27).

ENTIDADES	N.º CARTÕES/UTENTES		
	PREVISÃO	EXECUÇÃO MATERIAL	TAXA DE EXECUÇÃO
Centro Comunitário do Funchal	250	212	84,8%
TOTAL	1 600	1 070	66,9%

Na sequência da análise efetuada à informação constante do Quadro 4 e ao conteúdo das mencionadas listagens (incluindo a troca de correspondência entre as entidades envolvidas), evidenciam-se os seguintes aspetos:

- Foram emitidos mais 17 cartões do que o inicialmente previsto (no montante de 150) para distribuição pela SHF, E.M., perfazendo assim 167 cartões;
- Não foi possível aferir, a partir da informação disponibilizada, o número de cartões emitidos para o ATL da Ludoteca, uma vez que “(...) *por questões operacionais não foi enviada a listagem com os nomes das crianças*”, tendo o MF ainda informado que “[t]odas as crianças participantes do programa tiveram acesso ao projeto” e que, neste caso, “(...) *os cartões ficaram na posse do departamento municipal responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as nos dias de atividade nos Complexos Balneares*”;
- Aos ATL da SHF, E.M. e das juntas de freguesia foram afetos 212 cartões¹⁷⁵, ou seja, menos 25 cartões em relação à informação constante do ponto 3.9. do ofício do MF, que referiu a emissão de 237 cartões;
- Só a 16 de julho de 2019, mais de um mês depois da emissão da segunda e última fatura pela FMF, E.M., a 11 de junho, é que o Presidente da Junta de Freguesia de Santo António foi informado pela Vereadora com os pelouros da Educação e do Desenvolvimento Social¹⁷⁶ de que podiam “(...) *disponibilizar 40 cartões com 50 entradas nos complexos balneares geridos pela Frente Mar Funchal*” destinados às “(...) *crianças/jovens carenciados*” que estivessem a frequentar o ATL e, caso houvesse interesse, seria necessário o envio de “(...) *uma lista com todos os nomes e idades das crianças abrangidas*” para que se procedesse à emissão dos respetivos cartões, e
- Foram distribuídos pelos utentes dos ginásios municipais, incluindo o Centro Comunitário do Funchal, um total de 858 cartões, ou seja, mais 53 cartões do que o reportado pelo MF, perfazendo assim um total de 1 070 cartões emitidos e distribuídos, número que difere do total de 1 042 avançado pela Autarquia.

Desconhece-se, igualmente, a quantidade de entradas efetivamente utilizada por cada titular, bem como em que condições e em que período temporal ocorreu essa utilização, o que reforça a factua-lidade vertida no ponto 3.3.2 e a perceção de que o acompanhamento e o controlo da execução material do contrato em análise, por parte do MF, foi insuficiente.

¹⁷⁵ Correspondente à soma de 167, da SHF, E.M., com 45, dos ATL das juntas de freguesia (cf. o Quadro 4).

¹⁷⁶ Cf. o ofício n.º S2019000011145 de 17 de julho de 2019, do MF (vd. o CD_Auditoria/3_Resultados_aná-lise/3_3_Exec_material_financeira).

A este propósito o MF referiu¹⁷⁷ apenas que, “[t]endo em conta que foi a primeira vez e a necessidade de celeridade do processo, foi instituído um mecanismo informal de controle da atribuição e utilização dos cartões de acesso (...). Foram instituídos procedimentos de monitorização na entrega e utilização dos cartões. Assim a entrega dos cartões foi realizada de acordo com as listas definitivas que haviam servido de base à emissão dos cartões de acesso (...), processo que foi efetuado em colaboração com os coordenadores dos diferentes serviços. A entrada nos diferentes complexos balneares era controlada com a apresentação do cartão de acesso e verificação da identidade do portador”¹⁷⁸.

3.4. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO

A) SOBRE OS ASPETOS PREAMBULARES

O anterior Presidente da CMF, Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia, a ex-Vereadora Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes e a Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, Catarina Gomes Pestana do Vale Lucas, iniciam as suas alegações, repudiando “(...) a emissão de juízos de valor em sede de Relato sem uma fundamentação objetiva devidamente enquadrada legalmente, sendo um exercício de mera retórica sobre eventuais «intenções» do MF e dos seus responsáveis, sem que se baseiem em factos ou provas que os corroborem, nomeadamente os constantes:

- a) Da observação n.º 2 donde é afirmado que o circunstancialismo (...) «reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF»;
- b) Do primeiro parágrafo do ponto 3.1.1. ao afirmar que «a tramitação adotada foi célere a fim de obter uma rápida autorização para a celebração do correspondente contrato»;
- c) Do parágrafo constante da página 21 do Relato onde é dito que o preço acordado «apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes» sem concretizar o que, no entender do Tribunal é um considerável diferencial¹⁷⁹;
- d) Da questão formulada a fls. 21 do Relato nos seguintes moldes: «Ou a definição de tais condições visou, na verdade, o financiamento indevido da FMF, E.M.?»”.

Pese embora os pontos que antecedem tratem de modo suficiente a factualidade que sustenta as apreciações constantes deste documento, importa desmontar a argumentação trazida pelos alegantes com recurso à invocação dos seguintes factos:

- O preço contratual em análise não é um preço de mercado;
- Entre o momento da autorização do procedimento pré-contratual (14 de maio de 2019) e o da respetiva adjudicação (22 de maio de 2019) decorreram 7 dias úteis;

¹⁷⁷ Quando questionado, através do nosso ofício n.º 1036/2020, sobre “(...) de que forma foi dado cumprimento à avaliação sistemática da qualidade e acessibilidade das respostas sociais prestadas pelas instituições distribuidoras dos cartões de acesso (...), e se foram realizadas (...) ações de fiscalização, juntando, para o efeito, os documentos comprovativos dos mecanismos de acompanhamento e de controlo.” (cf. o ponto 3.11).

¹⁷⁸ Vd. o ponto 3.11 da resposta do MF, datada de 6 maio de 2020.

¹⁷⁹ “Note-se ainda que o Tribunal efetuou um cálculo para o apuramento do valor por entrada que corresponde a um valor abaixo do adquirido pelo MF em 0,12€.”

- A utilização da tabela de preços da empresa FMF, E.M. conduziria à obtenção de um preço menor por cada pacote de 50 entradas, e
- **A diferença unitária de 0,12€ corresponde, no cômputo total das 80.000 entradas, a um acréscimo de preço de 9 600,00€ e, se estivessem em causa pacotes de 50 entradas destinados a instituições, a diferença cifrar-se-ia nos 220 080,00€ (1.600 pacotes de 50 entradas custariam apenas 71 920,00€¹⁸⁰ e não os 292 000,00€ suportados pela CMF).**

Apontam também que, “(...) **nos termos do n.º 3 do art.º 13.º da (LOPTC) a «audição faz-se antes de o Tribunal formular juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação» (...), sendo que por seu turno o princípio da independência previsto na Carta Ética do próprio Tribunal de Contas determina que todas «as ações e decisões são tomadas de acordo com a lei e com o interesse público», cuja independência, imparcialidade e objetividade devem ser «escrupulosamente respeitadas (...)**» devendo a sua atuação assentar em **«critérios legais e objetivos e em evidências e provas relevantes e suficientes» (sublinhados nossos)**”.

Remetem igualmente para o Código de Conduta do TdC, referindo que as als. a) e d) do n.º 1 do art.º 3.º determinam que “(...) **os trabalhadores, no exercício das suas funções, atuam «de forma imparcial, desenvolvendo as ações (...) com isenção e sem pré-julgamentos ou preconceitos» e assentando «o seu desempenho e juízo profissional apenas em critérios legais e objetivos e em evidências ou provas suficientes e apropriadas» (sublinhados nossos)**”.

As apreciações acima tecidas desconsideram infundadamente a integridade, a responsabilidade e a independência por que se pauta o Tribunal de Contas.

E o mesmo se pode dizer da alegação de que o ex-Presidente da CMF tomou “(...) **nota com surpresa das conclusões e, até, da emissão de algumas «insinuações» (...), por não se coadunarem com os princípios vertidos na LOPTC e, bem assim, os princípios éticos sobre os quais o Tribunal de Contas e seus serviços de apoio se regem**”, percepção que encontra respaldo nas palavras da ex-Vereadora e da Diretora de Departamento ao considerarem que “(...) **a emissão daqueles «juízos de valor», e neste caso em concreto das insinuações vertidas no documento (...)**” contrariam os aludidos princípios.

Por outro lado, o Tribunal só divulga os seus relatórios a final, através da respetiva publicitação na página da *internet*, após a comunicação às entidades interessadas e nunca antes de ponderar a adequada fundamentação das suas conclusões.

Para mais, e tal como se clarificou no início deste ponto, as conclusões estão suportadas nos documentos de prova carreados para o processo e explanadas no ponto 3. e consubstanciam os resultados da análise efetuada em sede de auditoria, desde a formação até à execução material e financeira do contrato.

Referem ainda que “(...) **não deixa de gerar alguma perplexidade (...)** **que, através de uma denúncia remetida ao Tribunal de Contas, sem quaisquer evidências da prática de infrações financeiras¹⁸¹, se**

¹⁸⁰ Considerando o preço unitário tabelado de cada entrada (0,85€) para as instituições e o custo do cartão (2,45€) cada pacote de 50 entradas custaria 44,95€ (0,85€ x 50 entradas + 2,45€). A distribuição das 80.000 entradas adquiridas por pacotes de 50 entradas originariam 1600 pacotes cujo custo, por sua vez, seria de 71.920,00€ (1600 x 44,95€).

¹⁸¹ “Como a própria Informação n.º 38/19-DAT-UAT III, identificada na nota de rodapé n.º 74 da página 19 do Relato, evidencia ao concluir «pela manifesta insuficiência dos elementos de prova anexados pelo denunciante.»”.

inicie mais uma ação de fiscalização ao MF (...)”, quando estas “(...) mais não visam do que tentar limitar a atuação do MF, desta forma através da utilização de órgãos judiciais”, escudando-se no entendimento de que “(...) não deixa de ser contraproducente as constantes ações de fiscalização, programadas e/ou como fundamento em sucessivas denúncias (...)”.

Apesar de os comentários que antecedem serem laterais ao esclarecimento da matéria controvertida que, recorde-se, reporta-se à legalidade da contratação por parte do MF à FMF, E.M., por ajuste direto, de 80 mil entradas nos complexos balneares geridos pela empresa municipal pelo preço de 290 000,00€, importa vincar que é ao Juiz Conselheiro ou Juíza Conselheira da Secção Regional do Tribunal de Contas que compete decidir o destino a dar às denúncias que os cidadãos reportam a este Tribunal e, nomeadamente, determinar a inscrição de auditorias desencadeadas na sequência da sua análise de modo a apurar a factualidade descrita, porque pertinente, e a obter as evidências necessárias à efetivação, ou não, de eventuais responsabilidades indiciadas, a coberto dos n.ºs 1 e 3 do art.º 143.º do Regulamento do Tribunal de Contas.

B) SOBRE A EVENTUAL ILEGALIDADE DA AQUISIÇÃO, PELO MF À FMF, E.M., DE CARTÕES DE ACESSO ÀS ZONAS BALNEARES GERIDAS POR AQUELA

Relativamente à contratação *sub judice*, os responsáveis admitem “ (...) que, numa contratação cujo preço se forma em condições mercantis de concorrência, o foco deverá estar no acompanhamento dos preços praticados pela concorrência”, que o MF “(...) teve presente que a FMF, E.M., é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, no Funchal, que consegue garantir capacidade de resposta ao número de entradas solicitadas”, mas defendem que a concorrência não “(...) pode ser vista somente por referência à dinâmica linear da FMF, E.M.” e que “(...) havia que ter em consideração outras forças que compõem a estrutura do mercado”. (sublinhado nosso)

Sustentam que tiveram “(...) em consideração que os hotéis e os clubes privados «(...) para além de praticarem preços mais elevados não conseguiam garantir o fornecimento dos ingressos solicitados», nem era “(...) permitido o acesso a pessoas/clientes externos (...)»” e que “(em particular o Clube Naval do Funchal e o Clube de Turismo da Madeira) (...) dada a incapacidade de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, bem como face às limitações de acesso a pessoas/clientes externos – não podiam nem podem deixar de ser tidos em consideração, já que no momento não eram «verdadeiros concorrentes», mas de um dia para outro poderiam eliminar as barreiras existentes e passar a sê-lo”.

Mais invocam que “[a] FMF, E.M. (...) era a única entidade capaz de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, o que, em abstrato aumentava o poder de negociação da FMF, E.M., em face, in casu, do fraco potencial competitivo dos hotéis e clubes privados existentes no mercado” e que “(..) na prática a FMF, E.M. suprimia a concorrência ao fornecer as condições pretendidas (designadamente, ao garantir a capacidade e o acesso a pessoas/clientes externos), o que pressionava o preço final por si praticado”¹⁸².

Reforçam a ideia de que “(...) na determinação do preço, o foco, estava no preço praticado pelos concorrentes, mas (...) poderiam ser iguais, inferiores ou superiores aos praticados no mercado,

¹⁸² Neste âmbito, alertam para a necessidade de “(...) ter em consideração que, na economia, existem vários métodos de formação de preço no mercado (evidentemente, existem métodos que, embora orientados pela concorrência, consistem em copiar o preço da empresa líder do mercado, mas não são únicos)” e que “[o]s métodos de determinação do preço baseado na concorrência conduzem-nos ao preço médio que os concorrentes determinam para os seus produtos e serviços – o preço praticado pela concorrência em relação ao produto ou serviço.”.

variando de acordo com os objetivos pretendidos (claro, não se podendo afastar dos preços praticados pelos concorrentes)”, realçando que “[u]m preço poder ser superior se agregar ao produto/serviço algum diferencial que seja valorizado pelo cliente”.

Sobre este ponto voltamos a reforçar que o que releva, para efeitos do disposto no n.º 2 do art.º 36.º do RJAEI, e na determinação da existência de condições mercantis de concorrência, são os preços praticados no mercado, à data da contratação, para o fornecimento de bens comparáveis.

Neste sentido veja-se o entendimento da 1.ª Secção do Tribunal de Contas nos Acórdãos n.ºs 4/2013 e 5/2013, de 4 de março, citados no ponto 3.1.2., segundo o qual *“(…) só as contratações efetuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei”.*

No Acórdão n.º 5/2013 é ainda sustentado que o *“preço de mercado”* é *“(…) um preço que se forma de acordo com um mecanismo de mercado. Ou seja, (...) um preço que só se forma em condições de concorrência”.* Ora, isto não sucede na presente situação, pois é consabido que a empresa FMF, E.M. *“(…) é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço”*, suprimindo, desse modo, a concorrência, tal como reconhecido pelos visados nas suas alegações.

A relação contratual em presença é, precisamente, uma relação de exclusividade, em que, apesar de a atividade em si ser suscetível de colocação no mercado, os produtores privados foram excluídos de lhe aceder, por via do próprio pacto social e dos estatutos da empresa, na medida em que a empresa FMF, E.M., por opção do MF, dada a sua natureza de empresa municipal local, *“(…) tem como objecto social a gestão, administração e conservação dos Complexos Balneares (...) do Município do Funchal”* (cf. o n.º 1 do art.º 4.º dos Estatutos).

Destarte, estamos perante *“(…) a prestação em regime de exclusivo de um serviço de interesse económico geral, subordinado à regulação económica, ou seja, um serviço que está organizado e gerido sob regras de mercado, mas que, por opção política do Estado (...), se encontra subtraído à concorrência em mercado”*, em que a contraprestação deve qualificar-se como um *“(…) preço regulado, o que significa que o valor fixado não é determinado segundo um critério de mercado real, mas antes de mercado regulado”*¹⁸³. Conclusão que sai reforçada pelo facto de ser a Assembleia Geral da FMF, E.M. unicamente (sublinhado nosso) *“(…) constituída por um representante do Município do Funchal (...)”* designado pela CMF, a quem compete *“[h]omologar os preços ou tarifas a praticar”* [cf. a al. f) do n.º 2 do art.º 8.º dos Estatutos].

De um outro prisma, enunciam as dificuldades de compatibilização do objeto da contratação com as *“Regras de utilização de ingressos de Instituições”*¹⁸⁴, pois pretendiam *“(…) que os beneficiários*

¹⁸³ Vd. a pág. 15 do estudo de Suzana Tavares da Silva designado *“Ainda a Distinção entre Taxas e Preços a Propósito da Internalização dos Serviços Públicos Locais”*, in Escritos Breves 2, <http://www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio>, Coimbra, janeiro de 2019.

¹⁸⁴ Salientam, designadamente, que a contratação em análise *“(…) visava «ingressos de acesso a todas os complexos balneares», sob a gestão da FMF, E.M. ou seja, ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas) / Praia Formosa.”* enquanto *“[o] ingresso denominado «entrada instituições» aplica-se essencialmente ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, que conseguem agregar um maior número de pessoas (...)”*, o que não se coaduna com as aludidas *“Regras de utilização de ingressos de Instituições”* previamente remetidas pelo MF [cf. a al. b) do ofício

utilizassem qualquer complexo gerido pela FMF, E.M. livremente, em pé de igualdade com qualquer utilizador daqueles Complexos Balneares”, na medida em que o objetivo era “(...) «facilitar o acesso ao mar» em cumprimento do Princípio da Igualdade e «evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito», em concreto, os mais carenciados”, dado que os ingressos se destinavam, “(...) em primeira linha, ao ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal (...)”.

Relativamente a esta questão reiteram-se as considerações tecidas no ponto 3.3.1. antecedente, ou seja, que, tendo em consideração o disposto na al. v) do n.º 1 do art.º 33.º do RJALEIAA, a atribuição de apoios, por parte do MF, a pessoas em situação de vulnerabilidade deve ser concretizada em condições constantes de regulamento municipal, para poder ser facultado a todos os potenciais interessados, de forma prévia e transparente, o conhecimento do modo de acesso e de atribuição, garantindo, por esse meio, a observância dos princípios jusadministrativos da igualdade de acesso¹⁸⁵ e da imparcialidade na sua seleção^{186 e 187}.

Continuam, recorrendo ao conteúdo do relato¹⁸⁸ para justificar que “(...) as ofertas existentes, que acomodavam a pretensão de abranger todos os utilizadores e a sua utilização de forma livre correspondiam unicamente à «entrada individual» e que “[a] «aquisição dos ingressos a € 3.65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal» é precisamente a «convergência com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis» pretendida pelo Tribunal de Contas [(€ 2,10 + € 5,20 + € 2,10 + € 5,20)/4]”; e que essa aquisição “(...) acomoda uma multiplicidade de utilizações que, no limite – imaginemos que o ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal (...) e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal apenas

com a saída do MF n.º S2019000011359 de 23 de julho de 2019 e registo de entrada na SRMTC n.º 1811/2019 de 23 de julho (vd. o CD_Auditoria/Proc_denúncia_8_2019_PEQD/ Proc_denúncia_8_2019_PEQD_I], de onde nada consta relativamente à sua aplicação restrita a estes dois complexos balneares.

Em concreto, e porque “[v]isa essencialmente a entrada de grupos (...)”, a FMF, E.M. estabeleceu “(...) regras de utilização para esse tipo de ingressos: «a) O ingresso destina-se a todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s: b) A aquisição é feita através de um pedido escrito, via mail ou carta, onde deverá constar a identificação da instituição, o dia, horas e duração da vinda, a praia a que se destina, o número de elementos, incluindo monitores e acompanhantes, a idade dos elementos e o contato do responsável (...)»”, entre outras condições já mencionadas no ponto 3.3.1. antecedente.

Defendem ainda que o MF “(...) não podia, a priori cumprir com o disposto na alínea b), porquanto estaria a interferir nos Planos de Atividade (...)” das citadas entidades e que “(...) a FMF, E.M., define, para a «entrada instituições», zonas de permanência específicas a ocupar, que, aquando da pré-reserva do dia, têm de ser assinalados pelos próprios.”, informação que só agora foi adiantada pelo MF, apesar de ter sido previamente questionado sobre as citadas regras de utilização de ingressos para Instituições (Vd. o ponto 3.6. do ofício com a saída n.º 1036/2020 de 14 de abril, da SRMTC.).

¹⁸⁵ Consagrado no art.º 13.º da CRP e no art.º 6.º do CPA.

¹⁸⁶ Previsto no art.º 9.º do CPA.

¹⁸⁷ Nada, aliás, a que a Autarquia do Funchal seja estranha, porquanto já elaborou e aprovou diversos regulamentos na área da “Ação social e apoios municipais”, dos quais se destacam o “[r]egulamento do Cartão Sénior do Município do Funchal”, que se destina aos munícipes do Funchal com idade igual ou superior a 55 anos, e o “[r]egulamento do Cartão Municipal de Família Numerosa”, que abrange “(...) os agregados familiares compostos por cônjuges ou pessoas que vivam em união de facto e que tenham a seu cargo três ou mais filhos, de um ou de ambos”. Refira-se, a propósito, que um dos benefícios regulamentados é a concessão, aos titulares dos cartões, de uma redução dos preços de entrada nos complexos balneares municipais.

¹⁸⁸ Ao destacarem que “o MF pretendeu adquirir bilhetes em condições que não encontravam reflexo nas tarifas tabeladas pela FMF, E.M., que esteve na base da fixação do preço acordado, o qual apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes”.

decidem aceder apenas ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, não ao Complexo Balnear da Barreirinha e Complexo Balnear das Poças do Gomes – permite uma poupança, ao Município do Funchal de € 3,10 em cada ingresso”.

Note-se, porém, que a invocada **“convergência com os preços praticados, à data, no mercado para o fornecimento de bens comparáveis”** não ocorria, nem ocorre, no âmbito da mesma tabela de preços de uma única entidade, mas em condições mercantis de concorrência para o fornecimento de bens comparáveis e, portanto, tendo por base os preços praticados por entidades distintas. Esclareça-se também que a **“entrada individual”** não era a única alternativa possível para a pretendida **“utilização livre”** dado que, de acordo com a **“Tabela de tarifas para 2019”**, existiam pacotes de entradas¹⁸⁹.

Concluem, finalmente, com uma posição com a qual não se concorda pelo entendimento atrás exposto, de que **“[a] contratação respeitante à adjudicação não originou a transferência de qualquer quantia, pela entidade participante, para além da devida pela prestação contratual da empresa local a preços de mercado, pelo que não ocorreu qualquer violação do disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, como pretende alegar o Tribunal de Contas em sede de Relato”.**

C) SOBRE A ECONOMIA, A EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA DA AQUISIÇÃO

Quanto à boa administração financeira e à questão de não existir nos documentos instrutórios que suportam a adjudicação dos bens qualquer menção aos parâmetros de economia, eficiência e eficácia, resultantes da assunção dos compromissos, os responsáveis alegam que **“[a]inda que não mencionados (...) não significa que não hajam sido prosseguidos (...) de harmonia com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas”**, constando da **“(…) proposta apresentada na (...) Informação n.º I20190011405, de 14/05/2019, (...)”** que foi tido **“(…) em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos do preço [€2,10 e € 5,20]”** e que, de **“(…) acordo com a tabela de preços”**, foi proposta **“(…) a aquisição dos ingressos a € 3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal», o que não equivale a omissão de justificação”.**

Mas o que se indicia e o que releva é, nesta matéria, que não foram observados os invocados princípios de economia, eficiência e eficácia, conforme melhor explanado no anterior ponto 3.1.1., os quais se aplicam à assunção dos compromissos e à **“realização de despesas pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsectores que constituem o sector das administrações públicas”**, de acordo com o n.º 1 do art.º 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental, a coberto dos quais podia ter sido feita uma análise ao custo/benefício da aquisição em análise face a uma contratação com respeito pela tarifas praticadas pela empresa local .

Contestam que **“(…) bastarmo-nos cegamente nas tarifas stricto sensu da FMF, E.M., a adjudicação levaria a que o Município do Funchal tivesse de adquirir mais ingressos, no valor de € 5,20 e menos no valor de € 2,10, tendo presente, como é notório, que o Complexo Balnear do Lido e o Complexo Balnear da Ponta Gorda, além de denotarem maior procura, permitem acomodar mais pessoas e**

¹⁸⁹ Pacotes que permitiam 5, 15, 30 ou 70 acessos, cujo valor variava consoante a idade e a situação profissional do adquirente, e que apesar de obrigarem à compra de cartão, com o valor fixo de 2,45€, o preço médio resultante da agregação dos nove tipos de pacotes adicionado ao valor do cartão resultaria menos dispendioso do que o preço aceite e pago pelo MF, considerando a diferença entre 3,53€ e 3,65€ por cartão.

com melhores acessos para utentes com mobilidade reduzida, em detrimento do Complexo Balnear da Barreirinha e Complexo Balnear das Poças do Gomes, o que conduziria ao pagamento por parte do MF de um valor superior ao acordado no contrato em análise”.

Importa aqui, novamente, sublinhar que a **“Tabela de tarifas para 2019”** se destinava a todos (sublinhado nosso) os utilizadores dos diferentes complexos balneares geridos pela empresa FMF, E.M., com tarifas para as entradas individuais, cujo preço variava consoante o complexo balnear, e para os pacotes de entradas, cujo preço variava consoante a idade e a situação profissional do adquirente, nomeadamente desempregado ou reformado, bem como de acordo com a época do ano, e outras destinadas a **“Instituições”**, inserindo-se os utentes dos ginásios municipais, Centro Comunitário do Funchal e ATL’s da Ludoteca, SHF, E.M. e juntas de freguesia do Funchal neste universo tarifário.

Note-se bem que, se o MF tivesse optado por adquirir pacotes de 50 entradas destinados a instituições, a diferença no valor da despesa pública assumida seria de 220.080,00€, pois 1.600 pacotes de 50 entradas custariam apenas 71.920,00€¹⁹⁰ e não os 292 000,00€ suportados pela CMF.

Proseguem, ainda assim, o entendimento de que **“(…) o MF cumpriu o estipulado no art.º 36.º do RJAEL adquirindo as entradas a preços de mercado (…)** aplicando-se aqui os citados princípios da economia, eficiência e eficácia constantes da Lei de Enquadramento Orçamental apontados no Relato.”, pelo que **“(…) ainda que o douto Tribunal mantenha o entendimento de verificação de irregularidade, o que não se concede como acabado de expor, tal não corresponde a uma infração financeira pois, tal como vertido no Acórdão n.º 001/2021-1SPL, «nem todas as atuações irregulares, no plano da assunção, autorização e pagamento de despesas constituem infrações financeiras (…)**»¹⁹¹”.

O ponto relevante, aqui, é que não se demonstrou que, aquando da fixação das condições de compra dos cartões de acesso, se deu cumprimento aos princípios (i) da economia, eficiência e eficácia e (ii) da utilização racional das dotações aprovadas, porque não justificou, de modo irrefutável, a opção de não adquirir os cartões de acesso a coberto das tarifas praticadas pela FMF, E.M., pois, se tal tivesse acontecido, poderia ter originado uma redução do custo de cada pacote de 50 entradas.

D) SOBRE A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA INDICIADA

No que tange à imputação da responsabilidade financeira, suportados pelo disposto no art.º 61.º da LOPTC os responsáveis sustentam, em síntese, que **“(…) deve o Tribunal de Contas fundamentar, com base nos factos apurados, a censurabilidade da conduta (…)**” dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, o que não pareceria **“(…) ocorrer no relato (…)**”, apesar de **“(…) todas as propostas apresentadas ao executivo (…)**” serem **“(…) elaboradas pelos serviços da autarquia e, nessa sequência, alvo de despacho pelo/a Vereador/a, Vice-Presidente ou Presidente da autarquia com os pelouros correspondentes para efeitos de autorização da despesa”**.

A Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida alega que **“(…) apenas efetuou uma proposta, a que consta da Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, proposta aquela à qual**

¹⁹⁰ Considerando o preço unitário tabelado de cada entrada (0,85€) para as instituições e o custo do cartão (2,45€) cada pacote de 50 entradas custaria 44,95€ (0,85€ x 50 entradas + 2,45€). A distribuição das 80.000 entradas adquiridas por pacotes de 50 entradas originaria 1600 pacotes cujo custo, por sua vez, seria de 71 920,00€ (1600 x 44,95€).

¹⁹¹ **“Sobre o tema recuperam-se as palavras de António CLUNY quando afirma que «(…) a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem imediatamente calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.»”.**

se seguirem decisões e os procedimentos legais pré-contratuais aplicáveis ao caso em apreço e que conduziriam à posterior «adjudicação» e à celebração de contrato».

Nas alegações, os autarcas destacam que da invocada Informação constava que “(...) **«de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (...), esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art.º 5.º - A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b), e c) do n.º 1 e do n.º 3 e n.º 4 do referido artigo (...)**”¹⁹², pelo que «**não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual**», devendo «**ser celebrado um contrato escrito (...).**»” (sublinhado e negrito nosso).

Consideram que nessa Informação “(...) **não só se fundamentava a necessidade de aquisição dos ingressos in casu, como ainda indicava o formalismo legal a adotar com vista à contratualização daquela aquisição, após a emissão do parecer favorável emitido pelo Departamento Jurídico e de Fiscalização da própria autarquia**”.

Como o invocado parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização referenciado na Informação n.º I2019000011405 não havia sido remetido pelo MF, nem junto pelos contraditados, o Tribunal solicitou expressamente a sua junção¹⁹³, tendo o ex-Presidente da CMF esclarecido¹⁹⁴, na sequência de um ofício de insistência¹⁹⁵, “(...) **que existe um equívoco provocado pelos lapsos de datas dos documentos visados na vossa missiva, e que também nós, só com o vosso alerta, verificamos a situação em apreço, que até á presente data nos era desconhecida mas que passamos seguidamente a explicar:**

Efetivamente as datas dos documentos levam a crer que poderá existir outro parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização, mas o que é facto é que não existe nenhum outro parecer (...)”¹⁹⁶.

Ora, estas palavras reforçam a conclusão de que não existe mais nenhum parecer jurídico do Departamento Jurídico e de Fiscalização que se debruce sobre o tema em disputa para além do parecer a que este Tribunal já tinha tido acesso. (sublinhado nosso)

¹⁹² “(...) **uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um contrato análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal (...).**”

¹⁹³ Através do ofício com a saída n.º 2975/2021 de 1 de setembro - vd. a folha 136 do volume I da PP.

¹⁹⁴ No ofício com o registo de entrada na SRMTC n.º 2417/2021 de 8 de outubro, a folhas 191 a 198 do volume I da PP.

¹⁹⁵ Através do ofício com a saída n.º 3456/2021 de 4 de outubro - vd. as folhas 182, 185 e 186 do volume I da PP.

¹⁹⁶ Vd. as folhas 195 a 198 do volume I da PP. O esclarecimento prossegue referindo que “**O que sucedeu, conforme se pode comprovar pelo documento de informação n.º I2019000011405 em anexo, que corresponde ao original da informação, é que a Diretora do Departamento de Educação e de Qualidade de Vida iniciou a elaboração da informação a 14/05/2019, mas apenas concluiu a mesma a 17/05/2019, conforme se poderá verificar pela assinatura digital que utilizou na assinatura do documento, e nessa data, por mero lapso, não atualizou a data da informação referida.** Assim, quando a informação n.º I2019000011405 seguiu os tramites normais no dia 17/05/2019, conforme consta do report histórico extraído do Programa informático XISCONNECT, que enviamos em anexo ao presente ofício, já seguiu com parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização n.º 578/2019 de 15/05/2019 em anexo à mesma, sendo esse e apenas esse que é invocado na informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, pois efetivamente **não existe nenhum outro parecer**”.

Assim, não ficam afastadas as dúvidas suscitadas pelo facto de a matéria invocada na Informação n.º I2019000011405 respeitar à sujeição da contratação em análise ao CCP, quando o parecer enviado incide parcialmente sobre a possibilidade de aquisição por parte do Município à citada empresa local de bilhetes de acesso aos complexos balneares (cf. a pág. 4 do referido documento cuja cópia consta do Anexo VII).

A alegada inexistência de tal parecer, todavia, não põe em causa o que já se deixou atrás assente: que o então Vice-Presidente e, posteriormente, Presidente da CMF, que a ex-Vereadora da Câmara Municipal com a tutela do Departamento de Educação e Qualidade de Vida e que a Diretora desse Departamento tiveram acesso, mas não agiram em conformidade com o disposto na Informação com a ref.ª 578/2019, de 15 de maio, do Departamento Jurídico e de Fiscalização (cf. o Anexo VIII).

Com efeito, no ponto 9 dessa Informação é dito, recorde-se, que “[n]o que respeita à questão colocada verbalmente, acerca da possibilidade de aquisição por parte do município do Funchal, à empresa local Frente MarFunchal E.M., de ingressos para os complexos balneares geridos por aquela entidade, oferece-nos referir que essa situação em potência é regulada pelo disposto no artigo 36.º da Lei 50/2012 (...)” e que “[s]em prejuízo da opinião mais autorizada da DCP, juntamos, também, dois Acórdãos do Tribunal de Contas (...)”, em concreto, os ditos Acórdãos n.ºs 4/13-4.MAR-1ª S/SS e 5/13-4.MAR-1ª S/SS, “[...] que versam sobre a matéria em questão”, e que concluem que “[...] só as contratações efetuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei”. (sublinhado nosso)

Volvendo às alegações antes transcritas, interessa referir que nem todas as informações e pareceres são aptos a desresponsabilizar financeiramente os decisores¹⁹⁷.

Mas foi nesse sentido que a Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, que invocou não ser jurista, “emite o [sic] sua formação, remetendo para a informação” e que a Vereadora, bem como o Presidente da CMF, que também alegaram não ser juristas, emitiram os seus despachos, um “concordando com o proposto” e outro “[...] autorizando «nos termos propostos»”, todos “[...] confiando que ambos os departamentos responsáveis naquela fase já haviam validado o que vinha sendo proposto na respetiva Informação” e que competia “[...] ao departamento responsável pela contratação a sua formalização nos termos legais”.

Acrescentam que foi solicitado pela “[...] Dr.ª Andreia Caetano, Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, esclarecimentos sobre o «Regime Jurídico das Empresas Locais – Frente MarFunchal, E.M.», tendo o Departamento Jurídico e de Fiscalização prestado a Informação com a ref.ª 578/2019, de 15 de maio, àquela Adjunta, donde indicaram que a aquisição de ingressos por parte do MF à FMF, E.M., «é regulada pelo disposto no art.º 36.º da Lei n.º 50/2012, conjugado com o artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos», sendo que no caso em apreço deve ser conjugado com o art.º 5-A

¹⁹⁷ Deverão mencionar e tratar os assuntos que especificamente respeitem aos atos que vierem a considerar-se ilegais e que consubstanciam a infração financeira. Deverão ainda ser prestados pelos serviços municipais competentes para informar, na esteira do que menciona o citado art.º 80.º-A da RFALEI, os quais, para além de deterem habilitação para intervir na fase final do procedimento têm de possuir competência especializada na matéria. E tal como decorre da exposição efetuada no precedente ponto 3.2., os autarcas apenas respondem financeiramente pelos seus atos se não tiverem ouvido as “estações competentes” ou se, esclarecidos por estas, adotarem, no entanto, uma posição diferente.

do Código dos Contratos Públicos (CCP), aditado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08, em vigor desde 1 de janeiro de 2018.”. E que “(...) atento o disposto no art.º 6.º, n.º 1, do DL n.º 11/2012, de 20 de janeiro, aplicável por via do artigo 43.º, n.º 5, do Regime Jurídico das Autarquias Locais, «os adjuntos prestam o apoio político e técnico que lhes seja determinado», pelo que a referida Adjunta também prestou o necessário apoio político e técnico (...) que se encontra de harmonia com a proposta da diretora do DEQV”.

Pese embora as “refutações” expressas pelos contraditados, reitera-se que o regime de exclusão da imputação de responsabilidade financeira consagrado para os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais não se tem por aplicável nesta situação, porquanto a questão de saber se era legalmente possível a celebração do contrato *sub judice* não foi formalmente colocada pelos responsáveis indiciados, com competência para propor e decidir¹⁹⁸, apesar de terem tido acesso ao teor da Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização n.º 578/2019 (cf. o Anexo VIII) (sublinhado nosso); é que esta constava em anexo à Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, onde se alertava precisamente para a jurisprudência do TdC – os referidos Acórdãos n.ºs 4/13–4.MAR-1.ª S/SS e 5/13–4.MAR-1.ª S/SS – que apenas permite enquadrar no disposto no art.º 36.º n.º 2 do RJAE as aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas cujo preço contratual corresponda exatamente à contrapartida económica pela aquisição desse tipo de bens ou serviços calculada com base no preço de bens ou serviços similares transacionados no mercado, em condições de concorrência, e de molde a não configurar um subsídio ao investimento (proibido pelo n.º 1 da mesma norma).

E da mesma jurisprudência consta que as demais aquisições deverão ser tituladas nos termos dos art.ºs 47.º e 50.º do mesmo Regime, ou seja, através da celebração de contratos-programa que contemplem a concessão de subsídios à exploração. Circunstancialismo que, sendo do conhecimento dos contraditados (devido àquela Informação), leva à conclusão de que os responsáveis viabilizaram a contratação não obstante o aviso da alegada “**estação competente**”. (sublinhado nosso)

Os então Presidente e Vereadora da CMF arguem, ainda neste domínio, que o que o “(...) **Tribunal acabou por inferir no Relato sub judice ao imputar**” aos ora visados “(...) **uma infração financeira pela alegada irregularidade (inexistente, reitera-se), em clara violação do disposto nos art.ºs 61.º, n.º 1 e 2 e 62.º, n.º 1 e 2, ex vi do art.º 67.º, n.º 3 da LOPTC, foi que nenhum dos Departamentos internos da CMF podem ser considerados «estações competentes», a saber:**

- *O Departamento da Educação da CMF que elaborou e submeteu a proposta*», o que foi assegurado pela Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida;
- “*O Departamento Jurídico e de Fiscalização que foi auscultado na formulação da proposta e deu o seu parecer favorável*”, atuação também certificada pela citada Diretora;
- “*O apoio prestado pelos adjuntos de apoio à Vereação e à Presidência, nomeadamente o apoio prestado pela Dr.ª Andreia Caetano, então adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência*”, apoio esse reconhecido pela Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, e

¹⁹⁸ Dado que estava dirigida à Dr.ª Andreia Caetano, então Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, dela não constando quaisquer outros despachos.

- “O Departamento de Contratação Pública que depois, ao abrigo das suas competências, desencadeou os procedimentos legais para a sua contratualização”, atuação também confirmada pela já referida Diretora.

Questionam-se quanto ao entendimento do Tribunal sobre quais “(...) podem ser consideradas «estações competentes»”, já que “(...) as informações prestadas pelos respetivos Departamentos internos competentes nessas matérias não se coadunam com o «dever de cuidado, compaginável com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso» (conforme afirmado na página 30 do Relato).”, e contra-argumentam que o Tribunal de Contas “(...) noutros Relatórios, já admitiu que uma informação elaborada pelos serviços competentes é compaginável com o entendimento de estações competentes previstas naquele art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933¹⁹⁹, pelo que no presente caso, tendo sido adotada precisamente a mesma postura”, não compreendem “(...) o que motivou a inflexão de entendimento por parte do Tribunal (...)”.

A Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida também defende que “[a]s várias informações prestadas pelos diversos Departamentos internos competentes nas matérias coadunam-se com o dever de cuidado” e que “(...) no Relato, o Tribunal de Contas não formula, quanto à visada qualquer juízo de culpa”, o que também é referido pela Vereadora contraditada.

E terminam, carreando que “(...) a Informação em causa propôs a aquisição, de facto, e os despachos autorizam nos termos propostos, mas a respetiva autorização, adjudicação e assunção de despesa só pode ocorrer em momento posterior (...), que será o momento em que serão desencadeados os procedimentos legais pré-contratuais, aplicáveis in casu, pelo que é de todo incorreto imputar ao visado pela autorização, adjudicação e assunção de despesa, quando daquela Informação não decorrem, de todo, essas factuais²⁰⁰.”, pelo que “(...) toda a argumentação constante do relato (...)” no sentido de que os visados não agiram como deveriam “(...) carece de objetividade, revelando a construção de circunstancialismos com o intuito de evidenciar a prática de ilegalidades passíveis de imputação de responsabilidade financeira (...) contrariando a própria natureza da responsabilidade financeira no nosso enquadramento legal”.

Perante o que se deixou transcrito dos contraditórios apresentados, importa adversar no sentido de que as “estações competentes” só podem desresponsabilizar financeiramente os reais decisores (e serem elas próprias responsabilizadas), se, para além de deterem (i) habilitação legal para intervir na fase final do procedimento (“dever de”) e (ii) competência especializada na matéria (“possibilidade de”), também tiverem (iii) capacidade legal de valoração autónoma, conforme já elucidado no ponto 3.2. deste Relatório, isto não obstante o já referenciado art.º 80.º-A da RFALEI (norma que se tem por interpretativa neste âmbito) ter expressamente determinado, no n.º 2, que as informações dos trabalhadores e agentes para os membros do órgão executivo da autarquia local são suscetíveis de afastar a imputação de responsabilidade financeira destes “quando não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei”.

¹⁹⁹ “Veja-se, p. e., os Relatórios n.ºs 02/2020-FP/SRMTC, 03/2020-FP/SRMTC, 10/2019-FP/SRMTC, entre outros, donde, atentas as informações elaboradas pelos serviços competentes e submetidas aos respetivos membros do governo ou autarcas responsáveis pela autorização da despesa, não lhes foi imputada, e bem, quaisquer responsabilidades financeiras atento o disposto no n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC.”.

²⁰⁰ “Anote-se ainda que, tendo presente o que dispõe o art.º 148.º do CPA quando determina que «consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta», não se pode considerar que com aquele despacho foram produzidos quaisquer efeitos jurídicos externos”.

Donde se retira que a Informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização com a ref.^a 578/2019, que alertava para a posição assumida pelo Tribunal de Contas em matéria de contratação de empresas locais pelo município participante, não é apta a afastar a responsabilidade financeira dos autarcas, porquanto, atento o seu teor, não está preenchida a previsão normativa contida no n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC.

E trazendo, de novo, à colação o teor do Relatório n.º 3/2019 – Audit./1.ª Secção, temos que “(...) *com exceção das informações/pareceres que, nos termos do n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC, sejam suscetíveis de afastar a imputação da responsabilidade financeira, a confiança depositada pelos responsáveis nos pareceres/informações facultados pelos técnicos (...) poderá apenas ser valorada em sede de determinação da medida da pena (de multa) a aplicar como uma atenuante especial (cf. os art.ºs 71.º e 72.º, do Código Penal) atenta, por equiparação, a jurisprudência da 3.ª Secção do TC incidente sobre a relevância de tais pareceres e informações no quadro de processos decisórios de órgãos executivos municipais*²⁰¹. Assim, pode ler-se na Sentença n.º 5/2010 que, «(...) **como é jurisprudência uniforme do Plenário da 3.ª Secção, quem repousa na passividade ou nas informações dos Técnicos para se justificar de decisões ilegais esquece que a boa gestão dos dinheiros públicos não se compatibiliza com argumentários de impreparação técnica para o exercício de tais funções. (...) Sublinhe-se que não são os Serviços que estão a ser julgados, mas os responsáveis financeiros que, livremente, se abalçaram a cargos de gestão autárquica. A impreparação dos responsáveis pela gestão e administração pública não pode nem deve ser argumento excludente da responsabilidade das suas decisões. Há muito que este Tribunal, e o Plenário da 3.ª Secção vem sustentando tal entendimento, como se evidencia, entre outros, dos Acórdãos n.ºs 02/07, de 16.05.07 in Rev. Tribunal de Contas, n.º 48; n.º 03/07, de 27.06.07 in www.tcontas.pt e n.º 02/08, de 13.03.08 in Rev. Tribunal de Contas, n.º 49**»”.

De um outro ângulo, aduzem que, “(...) **ao contrário do parece inferir-se do teor do Relato sob pronúncia, não estamos perante um tipo de responsabilidade objetiva, que possa ser imputada pela mera constatação de ilegalidade em qualquer atuação administrativa, mas sim uma responsabilidade (...) que exige, sempre e necessariamente, uma imputação de tipo subjetivo.**”, pelo que “(...) **a responsabilidade financeira (...) sancionatória, pressupõe, imperativamente, um juízo de culpa, como resulta (...) dos artigos 61.º, n.º 5 e 65.º, n.ºs 4 e 5 da Lei n.º 98/97 (...)**”, sendo “[a] **Jurisprudência do Tribunal de Contas (...) unânime neste sentido, como se pode ver, de entre muitas outras, pela sentença n.º 1/2004 (Proc. n.º 6/JFR/2003: (...))**”.

Contrapõem que “(...) **o Relato não contém rigorosamente nada relativamente à imputação subjetiva da suposta infração ou aos seus pressupostos, tudo se passando como se estivessemos no campo da responsabilidade objetiva, e não estamos, não se podendo ignorar a diferença entre o carácter cível da responsabilidade reintegratória e a natureza penal da sancionatória**”.

Teceram, ainda, várias considerações sobre a culpa, sustentando que “[f]acilmente se constata” que agiram de “(...) **forma não censurável (...)**”, na “(...) **convicção de ser não só legalmente possível a aquisição em apreço, tal como informado na já referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, como se verificava ser a atuação mais vantajosa, financeiramente, para o MF (...). Em momento algum de todo o procedimento foi posta em causa a convicção**” dos visados de que agiam

²⁰¹ “Ilustrada nas Sentenças n.ºs 5/2010 de 30 de abril (proferida no proc. n.º 8-JFR/2009), 4/2010 de 31 de março (proferida no proc. n.º 2-JC/2009, 3.ª Secção), 3/2010 de 19 de março (proferida no proc. n.º 10-JRF/2009) e Ac. da 3.ª Secção n.º 1/2010 de 21 de janeiro de 2010 (proferido no RO n.º 9-JFR/2009, no âmbito do proc. n.º 4-JFR/2008).”.

“em conformidade com a lei” e cumpriam “os deveres de cuidado e de diligência” a que estavam obrigados, pois as suas competências, enquanto responsáveis do Município, não abrangiam “a obrigação de realizar estudos de natureza jurídica” e não são licenciados em Direito ou Solicitoria.

Sublinham tal ideia, afirmando que não podiam se ter “apercebido de qualquer ilegalidade porquanto todas as informações que (...) foram fornecidas pelos serviços (ou pelas «estações competentes») em nada alertaram nesse sentido”, “(...) confiando, naturalmente, as suas decisões sobre matérias que não são da sua especialidade de formação técnica e/ou profissional, nas informações e opiniões técnicas trazidas e emanadas pelos seus técnicos nas mais diversas áreas, sem ter motivos ou fundamentos para tais opiniões desconfiar ou discordar, nomeadamente nas áreas financeira e jurídica, tal como ocorreu no caso em análise, recaindo assim na exceção prevista no art.º 61.º, n.º 2 da LOPTC”.

Nesta matéria, sem esquecer o referido nas páginas anteriores, comanda o n.º 1 do art.º 17.º do Código Penal (CP), invocado pelos responsáveis, o qual determina que, ainda que tenham incorrido em erro sobre a ilicitude, esse engano só excluirá a culpa se “não lhe(s) for censurável”, pelo que a culpa só é afastada nas situações de existência de um erro não censurável sobre a ilicitude.

Mas antes de enfrentar a questão do erro sobre a ilicitude, cabe relembrar que, por força do n.º 4 do art.º 67.º da LOPTC, ao regime substantivo da responsabilidade financeira aplica-se, subsidiariamente, o disposto nos títulos I e II da parte geral do CP, e que, no Direito Penal, é habitualmente feita a distinção doutrinária entre as “causas de exclusão da ilicitude” (as quais afastam a ilicitude do facto que passa, face à verificação daquelas circunstâncias, a facto lícito não punível) e as “causas de exclusão da culpa”, em que, apesar de o facto se manter típico e lícito, é removida a culpa do agente, porque a conduta do ilícito-típico não é, afinal, jurídico-eticamente censurável.

Os responsáveis públicos, no exercício das suas funções, estão vinculados a “[o]bservar escrupulosamente as normas legais e regulamentares aplicáveis aos atos por si praticados ou pelos órgãos a que pertencem”²⁰², em decorrência ao princípio geral da legalidade, aplicável a toda a atividade administrativa²⁰³, pelo que as normas do RJEL não lhes podem ser desconhecidas. Mas, como já ficou dito, aqui a sua observância não foi acautelada como seria compaginável com a conduta de administradores de dinheiros e ativos públicos prudentes, avisados e cuidadosos.

Aliás, “[s]e a lei é de difícil interpretação (o que aqui nem foi alegado, nem é o caso), então [o intérprete e o agente] deve redobrar o seu cuidado de atuar, empreendendo todas as diligências necessárias, e de que é capaz, para apurar o verdadeiro sentido da norma à luz da qual pode e deve agir”²⁰⁴, as quais incluem não só a propalada consulta das “estações competentes”, mas também o exame da jurisprudência²⁰⁵ produzida pelo TdC na matéria.

E, neste ponto, ainda antes da verificação das condutas dos ora visados, que ocorreram em 2019, já o TdC se tinha pronunciado sobre a norma do n.º 2 do art.º 36.º do RJEL, (i) esclarecendo o conceito

²⁰² Conforme determina o art.º 4.º al. a) subal. i) do Estatuto dos Eleitos Locais (aprovado pela Lei n.º 29/87 de 30 de junho, alterado pelas Leis n.ºs 97/89 de 15 de dezembro, 1/91 de 10 de janeiro, 11/91 de 17 de maio, 11/96 de 18 de abril, 127/97 de 11 de dezembro, 50/99 de 24 de junho, 86/2001 de 10 de agosto, 22/2004 de 17 de junho, 52-A/2005 de 10 de outubro, 53-F/2006 de 29 de dezembro e 2/2020 de 31 de março).

²⁰³ Constante dos art.ºs 266 n.º 2 da CRP e 3.º n.º 1 do CPA.

²⁰⁴ Vd. o Despacho n.º 12 099/2013, proferido pelo então Juiz Conselheiro da SRMTC a 30 de julho, no âmbito da “Auditoria orientada para a análise da legalidade e pagamento pelas associações de municípios e câmaras municipais da Região Autónoma da Madeira”, publicado no DR, II série, n.º 178, de 13 de setembro.

²⁰⁵ Que, não sendo uma fonte de Direito, é relevante na interpretação da lei.

de “*preço de mercado*” e (ii) clarificando as permissões legais existentes no âmbito das relações financeiras mantidas entre a entidade pública participante e a sua empresa local²⁰⁶, o que indicia que os visados podiam e deviam ter agido de modo diverso. (sublinhado nosso)

E note-se que nenhuma das unidades orgânicas mencionadas pelos indiciados responsáveis se pronunciou, nas informações e/ou pareceres identificados, sobre o tema da legalidade da contratação *sub judice*, com exceção da proferida pelo Departamento Jurídico e de Fiscalização com a ref.^a 578/2019, conquanto não dirigida a nenhum desses responsáveis (mas sim à Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência do Município), apesar de constar em anexo à Informação do Departamento de Educação e Qualidade de Vida, a que todos os indiciados responsáveis tiveram acesso. (sublinhado nosso)

Mantém-se, por isso, o nosso entendimento de que não foi acautelada a observância da proibição legal daquela contratação, mesmo após o esclarecimento prestado pela suposta “*estação competente*” na matéria, quando sobre os responsáveis impendia um especial dever de cuidado.

Tal atuação dos responsáveis indiciados, não se afigura, então, suscetível de ser enquadrada num todo do erro sobre a ilicitude, nos termos em que este é configurado no n.º 1 do art.º 17.º do CP; mas, ainda que assim não se entendesse, sempre seria de considerar, de modo indiciário, que esse erro foi censurável, pois era exigível aos visados, em função da qualidade e responsabilidade em que estavam investidos, que desenvolvessem todas as mencionadas diligências para atuarem de acordo com a lei e a citada jurisprudência deste Tribunal, no âmbito da assunção e autorização das despesas públicas. (sublinhado nosso)

Mais alegam que “*(...) para que se verifique uma responsabilidade financeira sancionatória é absolutamente imprescindível ter ocorrido uma infração financeira, o que não foi caso, sendo também imprescindível verificar, em concreto, se a conduta imputada ao visado como alegado responsável configura, de facto, uma violação de normas de proteção de interesses de natureza financeira vigentes.*”, pelo que, conforme refere António Cluny, “[*s*]aber eleger, por via dos enunciados algo vagos e muito amplos das alíneas do artigo 65º da LOPTC, as normas que dizem efetivamente respeito aos princípios e valores que o Direito Financeiro quer proteger, é uma tarefa que o intérprete tem de conduzir com cuidado.”.

Entendem que o seu comportamento “*(...) não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município como já demonstrado.*”, o que “*(...) não pode deixar de ser devidamente ponderado e considerado em sede de um procedimento em que se imputa uma sanção gravosa a um eleito local pela atuação empreendida em matéria de legalidade financeira*” e que foram surpreendidos com “*(...) a interpretação agora adotada pelo Tribunal de Contas.*”.

Alegam que, “[*n*]o mínimo, estamos perante uma situação semelhante a que mereceu do digno representante do Ministério Público junto deste Tribunal, ao tempo, o distinto Magistrado, Procurador Orlando Andrade Ventura, o seguinte despacho: «*(...) no direito financeiro, só existe responsabilidade sancionatória, caso a acção ou omissão do agente seja culposa – artigos 61º, n.º 5 e 67º, n.ºs 2 e 3, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto*», porquanto “*(...) os elementos disponíveis não nos permi-*

²⁰⁶ Cf. os Acórdãos n.ºs 4/2013 e 5/2013, ambos de 4 de março, já citados.

tem concluir que os responsáveis pelos respectivos procedimentos tivessem agido de forma deliberada e consciente, com o intuito de não cumprir os preceitos legais, o que afasta o dolo, em qualquer das suas formas – art.º 14.º do Código Penal” e a negligência, dado que “(...) analisando os factos indiciados, as circunstâncias em que foram praticados e, designadamente, as considerações tecidas pelos responsáveis, em sede de contraditório, entendemos que terão agido de boa fé, convencidos que a sua conduta não era ilegal, sendo duvidoso considerar que lhes era exigível, outra conduta, o que afasta a culpa ou, pelo menos, não nos permite concluir, que tenham agido com culpa (...)”.

Estando assente que a responsabilidade financeira em geral resulta da prática juridicamente culposa ou juridicamente criticável de uma infração financeira – a título de negligência ou de dolo²⁰⁷ – como tal definida no art.º 65.º da LOPTC, é igualmente notório, ao contrário do que se infere das alegações dos visados, que não estará em causa aqui uma ocorrência não voluntária ou não ponderável, dado um eventual carácter automático ou inconsciente da decisão, independente dos cuidados que o seu autor possa imprimir à conduta funcional.

Inversamente, aqui estão em causa condutas livres, voluntárias e juridicamente censuráveis, dada a omissão dos deveres funcionais recomendados e usados em situações semelhantes, o que conduziu à adoção de condutas de risco e ou ilegais, ao não se munirem os responsáveis de todas as cautelas quando agiram, apesar de o poderem e o deverem fazer, até porque não estavam a agir no âmbito de uma atividade administrativa vinculada e de mera execução de que não se podiam abster de realizar.

Não descurando que o juízo (de censurabilidade jurídica) inerente à culpa é um requisito essencial da responsabilidade financeira do agente, nos termos do n.º 5 do art.º 61.º, aplicável à responsabilidade sancionatória *ex vi* n.º 3 do art.º 67.º da LOPTC, os factos que a caracterizam estão, pois, devidamente expostos e documentados no presente documento, ainda que de forma indiciária, baseados nas descritas circunstâncias de desempenho dos responsáveis.

E) SOBRE A EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO

No tocante à execução material e financeira do contrato, sustentam os alegantes que “(...) não existiu violação de quaisquer regras” e que a conclusão constante da al. a) do ponto 3 das Observações²⁰⁸, “(...) só se pode ficar a dever a uma deficiente delimitação da realidade subjacente ao contrato (...) que não permitiu que a execução do mesmo fosse analisada nos seus devidos termos”.

Neste seguimento, inferem os responsáveis que “(...) os auditores consideraram que se deveria criar um regulamento (...) para fixar critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares e regras de utilização dos cartões, bem como das entidades envolvidas na sua distribuição.”, “(...) com um procedimento de candidatura ou de adesão.”.

Defendem, no entanto, que “(...) estes cartões inserem-se num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação – Sociohabitafunchal e as Juntas de Freguesia do Município do Funchal, que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos em listagens próprias para o efeito, elaboradas de acordo com as regras e critérios utilizados por essas entidades para essa seleção. Os cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus

²⁰⁷ Cf. J. Faria Costa, *Direito Penal*, I.N., Lisboa, 2017, págs. 402, 413 e 418.

²⁰⁸ Que refere que “Não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, tal como não foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual”.

programas sociais que são estruturados de acordo com as normas que lhes permitem ter essas valências e funções”.

Informaram que “[n]os espaços municipais, a entrega desses cartões foi feita de acordo com a assiduidade nas aulas/disponibilidade nas atividades ou, ainda, balizada pelas carências financeiras dos beneficiários dos mesmos, como acontece com qualquer atividade que aí se realize” e que “[n]o caso do ATL da Ludoteca, todas as crianças participantes do programa tiveram acesso ao projeto”, ficando “[...] os cartões (...) na posse do departamento municipal, responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as nos dias de atividade nos Complexos Balneares.”, não tendo, apesar do afirmado e de previamente solicitada, sido disponibilizada informação que permitisse aferir o número de cartões emitidos para o ATL da Ludoteca.

Discordam, por isso, da necessidade de elaboração e de aprovação de um regulamento (conjunto de normas administrativas), pois consideram que, “[a]tendendo ao recorte da utilização destes cartões, não teria razão de ser a criação de um regulamento, como se de um procedimento aberto a participação de qualquer município se tratasse, uma vez que as entidades a que os mesmos iriam ser disponibilizados estavam, desde logo, identificadas e os mesmos seriam incorporados nos programas sociais que estas realizam.”.

Sobre esta questão repetem-se as considerações tecidas anteriormente de (i) que a prestação de apoio, por parte do MF, a pessoas em situação de vulnerabilidade, deve ser concretizada através de normas jurídicas, no caso, normas administrativas, conforme determina a al. v) do n.º 1 do art.º 33.º do RJALEIAA, e (ii) que as regras de fruição e controlo de quaisquer apoios devem ser fixadas, publicitadas e conhecidas de todos antes (previamente) da respetiva produção de efeitos.

Mais acrescentaram que “[...] não corresponde à realidade que não tenha sido fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição.”, não tendo, no entanto, apresentado qualquer prova documental dessa fixação.

Depois de salientarem que “[...] neste contrato, na informação de abertura e respetiva proposta da empresa FMF, E.M., estão previstas as obrigações de ambas as partes em sede de execução contratual”, e que “[a]s prestações objeto do contrato (...) descritas em termos fixos nessas peças e o regime normativo legal nesta matéria afirma-se como um comando que se impõem na aquisição (...) destes cartões de acesso (...) e na posterior execução do contrato que a corporiza”.

Nesta sequência, e após invocarem as disposições legais contidas no n.º 1 do art.º 303.º e no n.º 2 do art.º 304.º do CCP e na cláusula 1.ª do contrato, arguem que a empresa FMF, E.M. “[...] vinculou-se a proporcionar 1600 cartões, cada um com 50 entradas, nos complexos balneares por si geridos, de acordo com o especificado (...)” no quadro 3 – Distribuição prevista dos cartões, os quais “[...] foram fornecidos de forma faseada e consoante os pedidos formulados pelo Município do Funchal, em articulação com as entidades e serviços que deram uso aos mesmos, de acordo com as atividades que os mesmos tinham definidas nos seus planos de atividades”.

E insistem que “[t]oda a execução material deste contrato foi rigorosamente controlada pelo Município do Funchal, uma vez que a entrega dos cartões foi feita de acordo com as listas definitivas que haviam servido de base à emissão dos mesmos, elaboradas pelos coordenadores dos diferentes serviços, ginásios municipais, centro comunitário do Funchal, centros comunitários da SHF e ATLs das juntas de freguesia”, não resultando “evidenciado no relato que não tenha existido planeamento,

nem prévia fixação de critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares”, mas isto sem que apresentem qualquer documentação comprovativa desse planeamento ou do seu acompanhamento e controlo, para além da remessa de parte das referidas listagens das entidades.

Rebatem, igualmente, a apurada inexistência de regras de utilização dos cartões, “(...) *dado que os mesmos eram de uso pessoal e intransmissível e exibiam o nome do utente e a numeração no próprio cartão, sendo entregues aos próprios destinatários, descarregando-se esta entrega nas listas de controlo dos serviços respetivos e que, “[a]través da utilização de um software de controlo e entradas, foi apurado o número de cartões emitidos, informação esta que, cruzada com as listagens”, permitia “apurar todos os utentes que entraram nos complexos balneares geridos pela FMF, E.M.”.*

Emitem, ainda, a opinião que “[o] relato não demonstra que as coisas assim não se passaram e, apesar de afirmar que não foi remetida qualquer relação dos utilizadores, com indicação do número de entradas até então usufruídas e das respetivas datas dessa utilização”, “antes de chegar a esta conclusão deveria ter solicitado ao Município do Funchal que juntasse a estes autos todos os elementos necessários à corroboração desta realidade”.

Ora, esta afirmação não corresponde à realidade, pois a SRMTC solicitou tais dados ao MF no âmbito da análise da execução material e financeira do fornecimento contratado²⁰⁹, tendo já aí sido respondido²¹⁰ que “[a]través do software de controlo de entradas conseguimos apurar o número de cartões emitidos. Através de listagens temos a relação de todos os utentes que entraram nos complexos balneares da FMF, sendo que as entradas não utilizadas podem ser utilizadas no ano seguinte, garantindo assim a utilização de todos os ingressos adquiridos pelo MF”.

Ainda informaram que, até outubro de 2019, tinham sido utilizados 237 cartões emitidos para ATL’s do MF e juntas de freguesia e 805 cartões emitidos para os ginásios municipais.

Nesse ensejo, foi ainda pedido à autarquia que²¹¹ elucidasse “**de que forma foi dado cumprimento à avaliação sistemática da qualidade e acessibilidade das respostas sociais prestadas pelas instituições distribuidoras dos cartões de acesso, objeto do acordo, e se foram realizadas, nesse âmbito, ações de fiscalização, juntando, para o efeito, os documentos comprovativos dos mecanismos de acompanhamento e de controlo**”, tendo sido transmitido o que já se deixou citado no antecedente ponto 3.3.2., mas que se volta a reproduzir:

“Tendo em conta que foi a primeira vez e a necessidade de celeridade do processo, foi instituído um mecanismo informal de controle da atribuição e utilização dos cartões de acesso (...). Foram instituídos procedimentos de monitorização na entrega e utilização dos cartões. Assim a entrega dos cartões foi realizada de acordo com as listas definitivas que haviam servido de base à emissão dos

²⁰⁹ Vide o ponto 3.11 deste documento e o ponto 3.9 do nosso ofício com a saída n.º 1036/2020 de 14 de abril (vd. o CD_Auditoria/1_Processo/1_2_Ofícios_enviados/1_2_1_Sol_elementos).

Concretamente foi solicitado que se indicasse, “no âmbito da execução material e financeira do fornecimento contratado e até à presente data:

- ✓ O número de cartões efetivamente adquiridos e entregues, bem como o período temporal em que ocorreram essas aquisições e entregas, e de que forma está a ser assegurada, pelo MF, a confirmação dessa receção quantitativa e qualitativa dos bens;
- ✓ O destino dado aos cartões de acesso às zonas balneares, acompanhado das correspondentes listagens de utentes beneficiários, bem como do período da sua concreta utilização, e de que forma está a ser efetuada, pela Autarquia, a confirmação das condições de utilização dos cartões de acesso por parte dos seus destinatários”.

²¹⁰ Por via do ofício com a saída n.º S2020000009795 de 6 de maio de 2020 e registo de entrada na SRMTC n.º 953/2020 da mesma data (a fls. 31 a 38 do volume I da PP e no CD_Auditoria/1_Processo/1_3_Resposta_CMF_06052020).

²¹¹ Cf. o ponto 3.11 do mesmo ofício n.º 1036/2020.

cartões de acesso (...), processo que foi efetuado em colaboração com os coordenadores dos diferentes serviços. A entrada nos diferentes complexos balneares era controlada com a apresentação do cartão de acesso e verificação da identidade do portador”.

Reafirmam que “(...) estes cartões foram entregues de acordo com o que foi contratualizado, de acordo com a direção e fiscalização do Município do Funchal e foi verificada a sua conformidade e aptidão para o efeito que esteve na origem da celebração deste contrato.”.

Ora, esta situação subverte a lógica financeira, que impõe que o pagamento dos bens e serviços só deva ocorrer, em regra, após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega situação que fica por demais evidente quando, em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 530 cartões (66,9% do contratado).

Contestam a conclusão vertida no relato de que, “(...) durante o mês de junho de 2019, o Município do Funchal procedeu ao pagamento da totalidade dos 1.600 cartões e foram emitidos, até outubro desse ano, apenas 1.042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais), ou seja, menos 558 unidades do que as adquiridas”; contudo, não explicam, justificam ou remetem quaisquer elementos/documentos que fundamentem essa discordância.

E concluem que “(...) o douto tribunal, numa análise cega às condições de execução deste contrato, ignoraram completamente que em Portugal, a época balnear estende-se de junho a setembro”, e que, por essa razão, “[o]s restantes 558 cartões foram utilizados entre junho de 2020 e setembro desse mesmo ano, de forma faseada e criteriosa, tendo em atenção a situação pandémica que se vivia na altura e vive atualmente”; mas voltam a não facultar documentação que comprove tal alegação²¹². (sublinhado nosso)

Ainda salientam que “(...) é durante a época balnear que existe vigilância e assistência aos banhistas, por isso esses espaços não podem ou não devem ser frequentados por crianças e seniores fora dessa época” e que “[t]odos os cartões adquiridos e pagos foram entregues e utilizados de acordo com as estratégias de inclusão social das entidades que os utilizaram e não existe qualquer evidência, ou melhor dizendo, qualquer prova no relato que infirme esta realidade.”.

Ora, apesar de sustentarem que “(...) não se pode de forma alguma afirmar que a execução material e financeira deste contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada”, posição da qual se discorda, verifica-se que:

- i) As alegações não aduzem nenhuma prova dos propalados controlos da utilização das entradas e da distribuição dos cartões;
- ii) A ausência de resposta aos pedidos oportunamente formulados pelo TdC indicia que tais mecanismos não se encontravam planeados e implementados;
- iii) O excesso de entradas adquiridas e pagas face às utilizadas lança fundadas dúvidas sobre o rigoroso planeamento da iniciativa, e

²¹² Ainda que os factos tenham ocorrido já fora do âmbito temporal desta ação, que decorreu entre maio de 2019 e maio de 2020.

- iv) Não foi antecipado e previamente estabelecido e publicitado o normativo jurídico de acesso ao programa de acesso aos cartões de acesso às zonas balneares geridas pela FMF, E.M..

F) SOBRE ASPETOS CONCLUSIVOS

Ultimam a sua resposta, frisando que atuaram sempre de “(...) *boa fé, não prejudicando e sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário público, não tendo (...) retirado qualquer benefício pessoal com os atos praticados*”, convencidos que cumpriam a Lei, “(...) *atuando em conformidade com a mesma.*”, pelo que “[n]este contexto, e sem conceder quanto ao entendimento da inexistência de qualquer infração por parte” dos visados, “(...) *por todas as razões acima referidas, ainda assim, no mínimo, afigura-se-nos estarem reunidas as condições do n.º 9, do artigo 65.º da LOPTC, no sentido de serem inexistentes a culpa dos demandados e não haver lugar a qualquer sanção.*”, pelo que “(...) *deverá o Relatório ter em conta as considerações e razões desenvolvidas e ser objeto das alterações imprescindíveis ao respeito pelo Estado de Direito e pelo ordenamento jurídico vigente, e princípios fundamentais que dele dimanam, concluindo-se pela inexistência de qualquer infração financeira.*”.

Na medida em que os argumentos carreados pelos contraditados, acima parcialmente reproduzidos e integralmente reproduzidos no Anexo VI, não são aptos a afastar o entendimento anteriormente espelhado antes do contraditório e agora melhor reiterado; pelo que renovamos a final as observações formuladas a esse propósito.

4. DECISÃO

Pelo exposto, decido, em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas e ao abrigo do disposto no art.º 106.º n.º 2 da LOPTC, o seguinte:

- a) Aprovar, com os pareceres favoráveis dos assessores, o presente Relatório de Auditoria e as Recomendações nele formuladas;
- b) Ordenar que um exemplar deste Relatório seja remetido:
 - Aos anteriores Presidentes da Câmara Municipal do Funchal, Miguel Silva Gouveia e Paulo Alexandre Nascimento Cafôfo;
 - À anterior Vereadora da Câmara Municipal do Funchal, Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes, e
 - À Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida da Câmara Municipal do Funchal, Iolanda Catarina Gomes Pestana do Vale Lucas.
- c) Entregar um exemplar deste Relatório ao magistrado do Ministério Público junto desta Secção Regional, nos termos dos art.ºs 29.º n.º 4 e 57.º n.º 1 da LOPTC, aplicáveis por força do disposto no art.º 55.º n.º 2 da mesma lei;
- d) Determinar que o Município do Funchal informe a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, no prazo máximo de doze (12) meses sobre quais as diligências efetuadas para dar acolhimento às recomendações constantes do presente Relatório, enviando-nos a correspondente documentação comprovativa;
- e) Fixar os emolumentos devidos pelo MF em 17 215,50€, de acordo com o previsto no art.º 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²¹³, aprovado pelo DL n.º 66/96 de 31 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99 de 28 de agosto e 3-B/2000 de 4 de abril; e
- f) Mandar divulgar o presente Relatório no sítio do Tribunal de Contas na *internet*, bem como na *intranet*, após a devida notificação às entidades supramencionadas.

Funchal, Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 09 dias de dezembro de 2021.

²¹³ Segundo o n.º 3 do art.º 2.º deste diploma o valor de referência corresponde ao índice 100 da escala indiciária do regime geral da função pública o qual foi fixado em 344,31€ na sequência da atualização de 0,3% determinada pelo DL n.º 10-B/2020 de 20 de março.

O JUIZ CONSELHEIRO



(Paulo H. Pereira Gouveia)

A ASSESSORA

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR



(Alberto Miguel Faria Pestana)

ANEXOS

I – QUADRO SÍNTESE DE EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS

ITEM DO RELATÓRIO	DESCRIÇÃO DAS SITUAÇÕES DE FACTO	NORMAS INOBSERVADAS	RESPONSABILIDADE FINANCEIRA	RESPONSÁVEIS
3.1.1.	A assunção e autorização da despesa pública relativa à aquisição dos cartões não atendeu aos princípios da economia, eficiência e eficácia e ao da utilização racional das dotações aprovadas	Art.º 18.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Enquadramento Orçamental, aplicável ao setor local <i>ex vi</i> do n.º 1 do art.º 3.º do RFALEI, e ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do POCAL	Sancionatória Al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC	Ex Vice-Presidente da CMF Miguel Silva Gouveia
	A aprovação e apresentação da proposta da despesa pública relativa à aquisição dos cartões não atendeu aos princípios da economia, eficiência e eficácia e ao da utilização racional das dotações aprovadas			Vereadora da CMF Madalena Nunes Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Iolanda Lucas
3.1.2	Adjudicação e autorização da despesa inerente ao contrato de aquisição de cartões de acesso celebrado, e dos subsequentes pagamentos, sem observância da moldura legal proibitiva dessa contratação, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido.	Art.º 36.º, n.º 2 do RJAEL e, a <i>contrario sensu</i> , o n.º 4, o princípio da legalidade, consagrado no art.º 266.º, n.º 2 da CRP, no art.º 3.º, n.º 1 do CPA, e no art.º 1.º-A, n.º 1 do CCP (aplicável <i>ex vi</i> do art.º 5.º-B)	Sancionatória Als. b), d) e l) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC	Ex Vice-Presidente da CMF Miguel Silva Gouveia
	Aprovação e apresentação da proposta inerente à dita aquisição, respetivamente, sem observância da moldura legal proibitiva dessa contratação, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido.			Vereadora da CMF Madalena Nunes Diretora do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Iolanda Lucas

Nota: Os elementos de prova encontram-se arquivados na pasta do Processo da auditoria e no CD_Auditoria.

II – RELAÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL E RESPECTIVAS COMPETÊNCIAS

No âmbito das matérias objeto de análise, relevam as competências a seguir descritas, atribuídas aos seguintes responsáveis, nos períodos identificados, já mencionados no Quadro 1, a saber:

TITULAR	CARGO	PERÍODO DE RESPONSABILIDADE COINCIDENTE COM O DA AUDITORIA
Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia	Vice-Presidente da CMF i)	Até 31/05/2019
	Presidente da CMF	De 01/06/2019 a 05/2020
Maria Madalena Caetano Sacramento Nunes	Vereadora da CMF ii)	De 05/2019 a 05/2020

i. De acordo com o Despacho do então Presidente da CMF, de 23 de outubro de 2017²¹⁴, foram delegadas (ponto I) e subdelegadas (ponto II), neste titular, entre outras, as suas competências, próprias e delegadas pela CMF²¹⁵, para:

- Aprovar “(...) os projetos, programas de concurso, cadernos de encargos, e a adjudicação no âmbito de (...) aquisição de bens e serviços, cuja autorização de despesa lhe caiba” (cf. o n.º 5 do ponto I e o 31 do ponto II) e autorizar a realização das despesas orçamentadas até ao limite estipulado por lei ou por delegação da câmara municipal (cf. o n.º 6 do ponto I), bem como o seu pagamento (vd. o n.º 7);
- Proceder à aquisição de bens e serviços (cf. o n.º 16 do ponto I e o 37 do ponto II), onde se incluem nomeadamente as competências previstas no CCP para a realização de despesas com essas aquisições, até ao limite de 149 639,37€ (vd. o n.º 24 do ponto I) e de 748 196,84€ (cf. o n.º 45 do ponto II), bem como o exercício das demais competências do órgão competente para a decisão de contratar atribuídas pelo Código²¹⁶.

ii. Até junho de 2019, de acordo com o citado Despacho do então Presidente da CMF²¹⁷, estavam delegadas (ponto I) e subdelegadas (ponto II), entre outras, nesta titular, as competências para:

- Coordenar a respetiva atividade, no âmbito dos pelouros que lhe estão atribuídos (vd. o n.º 2 do ponto I) e modificar ou revogar os atos praticados por funcionários ou agentes afetos aos serviços por si tutelados (vd. o n.º 8 do ponto I);
- Participar na prestação de serviços e prestar apoio a pessoas em situação de vulnerabilidade, em parceria com as entidades competentes da administração central e com instituições particulares de solidariedade social, nas condições constantes de regulamento municipal (cf. o n.º 24 do ponto II)²¹⁸.

A partir de junho de 2019, de acordo com o Despacho, de 7 do mesmo mês, do Presidente da CMF²¹⁹, foram delegadas (ponto I) e subdelegadas (ponto II), entre outras, nesta titular, as mesmas competências, já citadas, constantes do n.º 2 e do n.º 8 do ponto I, passando a relativa à participação na prestação de serviços e no apoio a pessoas em situação de vulnerabilidade, em parceria com as entidades competentes da administração central e

²¹⁴ Publicado em anexo ao Edital n.º 457/2017, da mesma data.

²¹⁵ Cf. a deliberação do órgão executivo dessa mesma data.

²¹⁶ Foram ainda delegadas as competências para modificar ou revogar os atos praticados por funcionários ou agentes afetos aos serviços por si tutelados (vd. o n.º 15 do ponto I).

²¹⁷ Publicado em anexo ao Edital n.º 457/2017.

²¹⁸ Exercer “(...) as demais competências legalmente conferidas, tendo em vista o prosseguimento normal das atribuições do município, no âmbito dos respetivos pelouros” (vd. o n.º 28 do ponto II).

²¹⁹ Publicado em anexo ao Edital n.º 260/2019, da mesma data.

com instituições particulares de solidariedade social, nas condições constantes de regulamento municipal, a constar do n.º 41 do ponto II)²²⁰.

²²⁰ Exercer “(...) as demais competências legalmente conferidas, tendo em vista o prosseguimento normal das atribuições do município, no âmbito dos respetivos pelouros” (vd. o n.º 45 do ponto II).

III – ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS ESPECÍFICAS DOS DEPARTAMENTOS DO MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Constam do citado modelo de organização dos serviços municipais da CMF, aprovado em anexo à Estrutura nuclear do MF, as seguintes atribuições e competências dos departamentos municipais (cf. o ponto III), consideradas relevantes no âmbito da presente análise (cf. o ponto 2.5.2.), a saber:

A. DEPARTAMENTO DE GESTÃO FINANCEIRA E PATRIMONIAL (vd. o n.º 2):

- Supervisionar a aplicação de normas relativas à gestão financeira e patrimonial por todos os serviços municipais [cf. a al. b)] e coordenar o processo de consolidação de contas do MF com as empresas municipais [vd. a al. n)], e
- Supervisionar os procedimentos de contratação pública destinados à aquisição de bens e serviços, intervindo sempre que isso se mostrar necessário [cf. a al. u)] e garantir a preparação, entre outros, dos atos, contratos e dos CP, em que o Município figure como outorgante e lavrar os respetivos contratos²²¹ [vd. a al. ff)].

B. DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO E QUALIDADE DE VIDA (cf. o n.º 7)

- Assegurar a gestão das atividades educativas e de desenvolvimento social, assim como planejar e executar as políticas municipais nesse âmbito [vd. a al. a)] e definir e implementar políticas que promovam a igualdade de oportunidades e o reforço da coesão social, com vista à melhoria da qualidade de vida e à inclusão [cf. a al. b)];
- Promover e desencadear iniciativas no âmbito da igualdade de género, cidadania e não discriminação [vd. a al. f)], desencadear iniciativas de qualificação dos tempos livres e desenvolvimento comunitário dos munícipes [cf. a al. g)] e monitorizar as atividades desenvolvidas no Centro Comunitário do Funchal e nos ginásios municipais [cf. a al. s)], e
- Propor e implementar medidas com o objetivo de melhorar a qualidade de vida dos idosos [cf. a al. z)] e promover o desenvolvimento da atividade física e desportiva do Município, em articulação com as freguesias e demais entidades e agentes desportivos, assegurando uma intervenção municipal integrada, pluridisciplinar e complementar [cf. a al. bb)], bem como atividades de lazer dirigidas aos munícipes ou a turistas [cf. a al. ee)].

C. DEPARTAMENTO JURÍDICO E DE FISCALIZAÇÃO (cf. o n.º 9):

- Efetuar estudos e pareceres de caráter jurídico [vd. a al. a)], assegurar a informação técnico-jurídica sobre questões que lhe sejam submetidos superiormente [cf. a al. b)] e prestar apoio técnico-jurídico às várias unidades orgânicas do Município [vd. a al. c)] e
- Zelar pela legalidade da atuação do Município, designadamente apoiando juridicamente as relações deste com outras entidades [cf. a al. m)] e propor superiormente as soluções que tenha por conformes com as normas legais regulamentares aplicáveis, segundo alternativas de decisão ou deliberação [cf. a al. f)], prestando apoio jurídico na preparação de despachos e deliberações e na análise e elaboração de normas e regulamentos municipais nas áreas em que isso for solicitado [cf. a al. n)].

²²¹ Exigindo, sempre que isso se mostre necessário, os dados técnicos e a rastreabilidade processual às unidades orgânicas que tenham a seu cargo as competências inerentes àqueles documentos.

IV – EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONTRATO

(em euros)

Documento n.º	Cabimento			Compromisso			Fundo disponível n.º
	N.º	Data	Valor	N.º	Data	Valor	
2584/2019	2187/2019	22/05/2019	292 000,00	2142/2019	23/05/2019	292 000,00	5029
Total			292 000,00				292 000,00

(em euros)

Fatura			N.º cartões	Ordem de Pagamento			C.E.
N.º	Data	Valor		N.º	Data	Valor	
1/1140	24/05/2019	99 462,50	545	2378	24/05/2019	99 462,50	02.01.15 (a)
1/1160	11/06/2019	192 537,50	1055	2852	19/06/2019	192 537,50	
			292 000,00	1600			292 000,00

(a) Aquisição de bens – Prémios, condecorações e ofertas

V – TABELA DE TARIFAS DE 2019 DA FRENTE MARFUNCHAL, E.M.



1. Complexo Balnear da Barreirinha

Ingressos	Barreirinha	
	s/IVA	c/IVA
Entrada Individual	1,72 €	2,10 €
Entrada Jovem (11-17 Anos)	0,86 €	1,05 €
Entrada Reformado (> 65 Anos)	0,86 €	1,05 €
Entrada Crianças (< 10 Anos) ¹		
Entrada Desempregado	0,86 €	1,05 €
Entrada Invalidez	0,86 €	1,05 €
Entrada Instituições	0,70 €	0,85 €

Descrição	Barreirinha	
	s/IVA	c/IVA
Espreguiçadeira	1,72	2,10 €
Guarda Sol	1,72	2,10 €
2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda Sol	3,93	4,80 €
Cadeado	2,58	3,15 €

Pacotes de Entrada ²	Barreirinha	
	s/IVA	c/IVA
Pacote Familiar (5 Entradas)	5,82 €	7,10 €
Pacote Família Numerosa (5 Entradas)	4,96 €	6,05 €
Pacote Jovem (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (15 Entradas)	12,79 €	15,60 €
Pacote Reformado (30 Entradas)	25,16 €	30,70 €
Pacote Época Baixa (30 Entradas)	15,37 €	18,75 €
Pacote Época Baixa (70 Entradas)	30,70 €	37,45 €
Pacote 55+	4,96 €	6,05 €
Cartão Novo/2ª Via	2,01 €	2,45 €

¹ Crianças acompanhadas com família direta, mediante comprovativo.

² Pacotes de entrada obrigam a aquisição de cartão novo ou carregamento em cartão.



2. Complexo Balnear do Lido

Descrição	Lido	
	s/IVA	c/IVA
Entrada Individual	4,26 €	5,20 €
Entrada Jovem (11-17 Anos)	1,56 €	1,90 €
Entrada Reformado (> 65 Anos)	1,56 €	1,90 €
Entrada Crianças (< 10 Anos) ³	- €	- €
Entrada Desempregado	0,86 €	1,05 €
Entrada Invalidez	1,56 €	1,90 €
Entrada Instituições	0,70 €	0,85 €
Entrada Pôr-do-Sol ⁴	2,13 €	2,60 €

Pacotes de Entrada ⁵	Lido	
	s/IVA	c/IVA
Pacote Familiar (5 Entradas)	5,82 €	7,10 €
Pacote Família Numerosa (5 Entradas)	4,96 €	6,05 €
Pacote Jovem (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (15 Entradas)	12,79 €	15,60 €
Pacote Reformado (30 Entradas)	25,16 €	30,70 €
Pacote Época Baixa (30 Entradas)	15,37 €	18,75 €
Pacote Época Baixa (70 Entradas)	30,70 €	37,45 €
Pacote 55+	4,96 €	6,05 €
Cartão Novo/2ª Via	2,01 €	2,45 €

Descrição	Lido	
	s/IVA	c/IVA
Espreguiçadeira	1,72 €	2,10 €
Guarda Sol	1,72 €	2,10 €
2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda Sol	3,93 €	4,80 €
Cadeira de Praia	0,45 €	0,55 €
Cadeado	2,58 €	3,15 €
1 Adulto e 1 Espreguiçadeira	5,12 €	6,25 €
1 Adulto, 1 Espreguiçadeira e 1 Guarda-Sol	6,39 €	7,80 €
2 Adultos, 2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda-Sol	10,49 €	12,80 €

³ Crianças acompanhadas com família direta, mediante comprovativo.

⁴ Entrada válida nas últimas 2 horas de funcionamento do complexo.

⁵ Pacotes de entrada obrigam a aquisição de cartão novo ou carregamento em cartão.



3. Complexo Balnear do Lido Poente

Descrição	Lido Poente	
	s/IVA	c/IVA
Espreguiçadeira	1,72 €	2,10 €
Guarda Sol	1,72 €	2,10 €
2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda Sol	3,93 €	4,80 €

4. Campos de Madeirabol

Campos de MadeiraBall	s/IVA	c/IVA
Época Baixa - 1 Hora	1,72 €	2,10 €
Época Alta* - 1 Hora	3,44 €	4,20 €
Fins-de-Semana e Feriados - 1 Hora	3,44 €	4,20 €

5. Atividades Lido e Ponta Gorda

Atividades e Workshops	Lido e Ponta Gorda	
	s/IVA	c/IVA
Festas de Aniversário	40,98 €	50,00 €
Workshop: Diversão em Segurança	20,49 €	25,00 €
Workshop: Centro Azul	20,49 €	25,00 €
Aula de Natação + Atividades aquáticas	20,49 €	25,00 €
Aula de Natação	0,82 €	1,00 €



6. Complexo Balnear da Ponta Gorda

Descrição	Ponta Gorda	
	s/IVA	c/IVA
Entrada Individual	4,26 €	5,20 €
Entrada Jovem (11-17 Anos)	1,56 €	1,90 €
Entrada Reformado (> 65 Anos)	1,56 €	1,90 €
Entrada Crianças (< 10 Anos) ⁶	- €	- €
Entrada Desempregado	0,86 €	1,05 €
Entrada Invalidez	1,56 €	1,90 €
Entrada Instituições	0,70 €	0,85 €
Entrada Pôr-do-Sol ⁷	2,13 €	2,60 €

Pacotes de Entrada ⁸	Ponta Gorda	
	s/IVA	c/IVA
Pacote Familiar (5 Entradas)	5,82 €	7,10 €
Pacote Família Numerosa (5 Entradas)	4,96 €	6,05 €
Pacote Jovem (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (15 Entradas)	12,79 €	15,60 €
Pacote Reformado (30 Entradas)	25,16 €	30,70 €
Pacote Época Baixa (30 Entradas)	15,37 €	18,75 €
Pacote Época Baixa (70 Entradas)	30,70 €	37,45 €
Pacote 55+	4,96 €	6,05 €
Cartão Novo/2ª Via	2,01 €	2,45 €

Descrição	Ponta Gorda	
	s/IVA	c/IVA
Espreguiçadeira	1,72 €	2,10 €
Guarda Sol	1,72 €	2,10 €
2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda Sol	3,93 €	4,80 €
Cadeira de Praia	0,45 €	0,55 €
Cadeado	2,58 €	3,15 €
1 Adulto e 1 Espreguiçadeira	5,12 €	6,25 €
1 Adulto, 1 Espreguiçadeira e 1 Guarda-Sol	6,39 €	7,80 €
2 Adultos, 2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda-Sol	10,49 €	12,80 €

⁶ Crianças acompanhadas com família direta, mediante comprovativo.

⁷ Entrada válida nas últimas 2 horas de funcionamento do complexo.

⁸ Pacotes de entrada obrigam a aquisição de cartão novo ou carregamento em cartão.



8. Complexo Balnear das Poças do Gomes

Ingressos	Poças do Gomes	
	s/IVA	c/IVA
Entrada Individual	1,72 €	2,10 €
Entrada Jovem (11-17 Anos)	0,86 €	1,05 €
Entrada Reformado (> 65 Anos)	0,86 €	1,05 €
Entrada Crianças (< 10 Anos) ⁹		
Entrada Desempregado	0,86 €	1,05 €
Entrada Invalidez	0,86 €	1,05 €
Entrada Instituições	0,70 €	0,85 €

Descrição	Poças do Gomes	
	s/IVA	c/IVA
Espreguiçadeira	1,72	2,10 €
Guarda Sol	1,72	2,10 €
2 Espreguiçadeiras e 1 Guarda Sol	3,93	4,80 €
Cadeado	2,58	3,15 €

Pacotes de Entrada ¹⁰	Poças do Gomes	
	s/IVA	c/IVA
Pacote Familiar (5 Entradas)	5,82 €	7,10 €
Pacote Família Numerosa (5 Entradas)	4,96 €	6,05 €
Pacote Jovem (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (5 Entradas)	5,53 €	6,75 €
Pacote Reformado (15 Entradas)	12,79 €	15,60 €
Pacote Reformado (30 Entradas)	25,16 €	30,70 €
Pacote Época Baixa (30 Entradas)	15,37 €	18,75 €
Pacote Época Baixa (70 Entradas)	30,70 €	37,45 €
Pacote 55+	4,96 €	6,05 €
Cartão Novo/2ª Via	2,01 €	2,45 €

⁹ Crianças acompanhadas com família direta, mediante comprovativo.

¹⁰ Pacotes de entrada obrigam a aquisição de cartão novo ou carregamento em cartão.



VI – ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO

 MUNICÍPIO DO FUNCHAL	TRIBUNAL DE CONTAS – SRMTC  E 378/2021 2021/2/25
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS Proc. n.º 03/2020 – ARF Vossa referência: S 48/2021, de 08/01/2021	MUNICÍPIO DO FUNCHAL  SAIDA S2021000002569 DATA REG. 2021-02-25
<p><i>Assunto: Relato da auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.</i></p>	
<p>Exmo. Senhor Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas</p>	
<p>MIGUEL SÉRGIO CAMACHO SILVA GOUVEIA, notificado para, querendo, alegar o que tiver por conveniente sobre o teor do relato da “<i>Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.</i>”, vem, ao abrigo do disposto no artigo 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, expor e requerer a V/ Ex.ª o seguinte:</p>	
<p>I. ENQUADRAMENTO</p> <p>Nos termos do ponto 3.1.1. e 3.1.2. do relato, foi indiciada a prática de infração financeira, fundamentada no desrespeito do art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), do art.º 3.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo (CPA), do art.º 1.º - A, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplicável por força do art.º 5.º - B do CCP, do ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do POCAL, dos princípios vertidos no art.º 18.º, n.º 1 e 2, aplicável ao sector local, <i>ex vi</i> n.º 1 do art.º 3.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais (RFALEI)¹, do art.º 36.º, n.º 2 e 4, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), e ainda os art.ºs 32.º, n.º 4, 47.º, n.º 1 e 50.º, n.º 2 igualmente do RJAEL, porquanto, no âmbito do contrato de aquisição, pelo Município do Funchal</p>	
<p>¹ Aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro.</p>	



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

(MF), de cartões de acesso aos complexos balneares geridos pela Frente MarFunchal, E.M. (FMF), o Município do Funchal:

1. *«não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis, circunstância que contraria o estatuído no art.º 36.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL), e, a contrario sensu, o previsto no n.º 4, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido, in casu, o contrato-programa (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3);*

2. *(...) não demonstrou o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando da fixação das condições de compra dos cartões de acesso a coberto das tarifas praticadas pela FMF, E.M., o que, a acontecer, teria originado uma redução do custo de cada pacote de 50 entradas (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3).*

Circunstancialismo que reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF, a coberto de um contrato de aquisição de bens (cf. os pontos 3.1.1 e 3.2).

3. *A execução material e financeira do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que:*

a. *Não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, tal como não foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual (cf. o ponto 3.3.1);*

b. *Foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1 600 cartões contratados, pelo montante de 292 000,00€ (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E.M., só ter fornecido 1 070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega.*

Quadro que se torna ainda mais irregular porquanto em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 350 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material, até então, de apenas 66,9% (cf. o ponto 3.3.2).»



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

As alegadas infrações conduziram à imputação de responsabilidade financeira sancionatória ao visado, ora contraditando, por *«mediante despacho de 22 de maio de 2019², ter adjudicado e autorizado, bem como assumido, a despesa emergente do apontado contrato de aquisição³, sem assegurar o respeito pelo princípio da utilização racional das dotações aprovadas, que compele a que a assunção dos custos e das despesas deve ser justificada quanto à sua economia, eficiência e eficácia, e sem acautelar devidamente a observância da moldura penal proibitiva da assinalada contratação, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido, nem se munir de outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEL, quando sobre ele impedia um especial dever de cuidado, compatível com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso»*.

Ora, atenta a gravidade das imputações, urge enquadrar a ação do visado e repudiar e emissão de juízos de valor em sede de Relato sem uma fundamentação objetiva devidamente enquadrada legalmente, sendo um exercício de mera retórica sobre eventuais “intenções” do MF e dos seus responsáveis, sem que se baseiem em factos ou provas que os corroborem, nomeadamente os constantes:

- a) Da observação n.º 2 donde é afirmado que o circunstancialismo de o MF não ter demonstrado o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando a fixação das condições de compra dos cartões de acesso, *«reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF»*;
- b) Do primeiro parágrafo do ponto 3.1.1. ao afirmar que *«a tramitação adotada foi célere a fim de obter uma rápida autorização para a celebração do correspondente contrato»*;
- c) Do parágrafo constante na página 21 do Relato onde é dito que o preço acordado *«apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes»*, sem concretizar o que, no entender do Tribunal é um considerável diferencial⁴;

² Lavrado na Informação do DEQV (com a ref.º 12019000011405).

³ *«Competências que lhe estavam atribuídas em virtude do despacho do então Presidente, de 23 de outubro de 2017 (em anexo ao Edital n.º 457/2017) ter determinado a sua delegação (ponto I) e subdelegação (ponto II) (...)»*.

⁴ Note-se ainda que o Tribunal efetuou um cálculo para apuramento do valor por entrada que corresponde a um valor abaixo do adquirido pelo MF em 0,12€.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

d) Da questão formulada a fls. 21 do Relato nos seguintes moldes: «*Ou a definição de tais condições visou, na verdade, o financiamento indevido da FMF, E.M?*».

Note-se que nos termos do n.º 3 do art.º 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁵ a «*audição faz-se antes de o Tribunal formular juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação*» (sublinhado nosso), sendo que por seu turno o princípio da independência previsto na Carta Ética do próprio Tribunal de Contas determina que todas «*as ações e decisões são tomadas de acordo com a lei e com o interesse público*», cuja independência, imparcialidade e objetividade devem ser «*escrupulosamente respeitadas em todas as atividades desenvolvidas pelo Tribunal*», devendo a sua atuação assentar em «*critérios legais e objetivos e em evidências e provas relevantes e suficientes*» (sublinhados nossos).

Por seu turno o Código de Conduta do Tribunal de Contas, recentemente aprovado e aplicável aos seus serviços de apoio, determina no seu art.º 3.º, n.º 1, als. a) e d), que os trabalhadores, no exercício das suas funções, atuam «*de forma imparcial, desenvolvendo as ações, tramitando os procedimentos e proferindo os juízos ou decisões que lhes competam com isenção e sem pré-julgamentos ou preconceitos*» e assentando «*o seu desempenho e juízo profissional apenas em critérios legais e objetivos e em evidências ou provas suficientes e apropriadas*» (sublinhados nossos).

Termos em que a se toma nota com surpresa das conclusões e, até, da emissão de algumas “insinuações” constantes do documento em análise, por não se coadunarem com os princípios vertidos na LOPTC e, bem assim, os princípios éticos sobre os quais o Tribunal de Contas e seus serviços de apoio se regem.

Em nota final ao presente enquadramento, ressalva-se ainda o facto de a ação de fiscalização que precedeu o presente Relato decorrer de uma denúncia (processo n.º 8/2019-PEQD). Evidentemente que a gestão de dinheiros públicos deve ser transparente e passível de escrutínio quer por parte dos cidadãos quer por parte das entidades com competências fiscalizadoras, como é o caso do Tribunal de Contas, mas não deixa de gerar alguma perplexidade ao visado que, através de uma denúncia remetida ao Tribunal de Contas, sem quaisquer evidências da prática de infrações financeiras⁶, se inicie mais uma ação de fiscalização ao MF quando este, e a própria FMF, têm vindo a ser alvo de sucessivas fiscalizações efetuadas pelo douto Tribunal nos últimos 6 anos.

⁵ Aprovada pela Lei n.º 97/98, de 26 de agosto.

⁶ Como a própria Informação n.º 38/19-DAT-UAT III, identificada na nota de rodapé n.º 74 da página 19 do Relato, evidencia ao concluir «*pela manifesta insuficiência dos elementos de prova anexados pelo denunciante*».



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

O visado esclarece que, tal como sempre o fez até o momento, continuará a prestar toda a colaboração junto do Tribunal, mas não deixa de se questionar quantas mais ações poderão estar a ser preparadas com base em denúncias sem evidências que mais não visam do que tentar limitar a atuação do MF, desta forma através da utilização de órgãos judiciais. Compreende-se que os órgãos judiciais devem efetivamente verificar os fundamentos de qualquer denúncia que lhes seja remetida, contudo não deixa de ser contraproducente as constantes ações de fiscalização, programadas e/ou com fundamento em sucessivas denúncias, quer porque isso aloca recursos, já de si escassos, do MF, na remessa de documentos e esclarecimentos sempre que solicitados, mas também do próprio Tribunal de Contas, que, com certeza, vê prejudicada a sua produtividade noutras ações de fiscalização financeira mais relevantes.

II. Do contrato celebrado e da inexistência de infração financeira

O Relato em análise visou apurar a legalidade do contrato celebrado entre o MF e a FMF, E.M, para aquisição de 1600 cartões de acesso aos complexos balneares geridos por aquela (cada um com 50 entradas, perfazendo 80 000 acessos), outorgado a 23 de maio de 2019.

No Relato é referido que “*O MF [Município do Funchal] não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis (...)*”.

Para tanto, fundamenta, no essencial, que “*o montante do preço fixado para a aquisição de cada cartão deveria ter tido em consideração as tarifas praticadas pela FMF, E.M, nomeadamente as aplicadas às instituições (0,85€), especialmente porque o universo deste último tipo de ingresso, dirigido a “(...) todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s” é coincidente com o dos utentes beneficiários dos cartões objeto da contratação em análise, e/ou o preço médio que resulta da agregação dos nove tipos de pacotes de entradas disponibilizados pela EL [Empresa Local] (1,08€), adicionado ao valor do cartão (2,45€ com o IVA incluído), totalizando 3,53€*”.

Ora, quando falamos de convergência, falamos da tendência de várias coisas se fixarem num ponto ou se identificarem e, aqui, essas várias coisas remontam ao funcionamento do mercado que leva à formação do preço, através do jogo da oferta e da procura.

Evidentemente que, numa contratação cujo preço se forma em condições mercantis de concorrência, o foco deverá estar no acompanhamento dos preços praticados pela concorrência.

O Município do Funchal teve presente que a FMF, E.M., é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, no Funchal, que consegue garantir capacidade



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

de resposta ao número de entradas solicitadas, o que nos remete para a Tabela de Tarifas de 2019 da FMF, E.M., que determina o preçário relativo ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

Todavia, a concorrência não podia nem pode ser vista somente por referência à dinâmica linear da FMF, E.M – havia que ter em consideração outras forças que compõem a estrutura do mercado.

Daí que tenha sido tido em consideração que os hotéis e os clubes privados “(...) *para além de praticarem preços mais elevados não conseguiam garantir o fornecimento dos ingressos solicitados, nem é permitido o acesso a pessoas/clientes externos (...)*”.

Os hotéis, bem como os clubes privados (em particular, o Clube Naval do Funchal e o Clube de Turismo da Madeira), embora, no momento não se possam considerar como “verdadeiros concorrentes” – pelas razões acima explicitadas, ou seja, dada a incapacidade de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, bem como face às limitações de acesso a pessoas/clientes externos – não podiam nem podem deixar de ser tidos em consideração, já que no momento não eram “verdadeiros concorrentes”, mas de um dia para outro poderiam eliminar as barreiras existentes e passar a sê-lo.

Por outras palavras, avaliar a oferta e procura dos hotéis e clubes privados permitia identificar a intensidade da concorrência – repare-se que há que atender a eventuais barreiras ou fatores facilitadores que existam no mercado a propósito de novos concorrentes, como por exemplo políticas governamentais (para percebemos, basta pensar na crise pandémica que hoje a todos afronta, mas que na altura em que foi tomada a decisão de contratar não existia e que permitia concluir pela fraca intensidade concorrencial, mas que não podia deixar de ser tida em consideração).

Quando se decide determinar o preço com base na concorrência deve observar-se os preços praticados pelas empresas estabelecidas no mercado, bem como as demais forças que exercem pressão na estrutura do mercado⁷.

⁷ Segundo a teoria económica, evidenciada num dos Acórdãos referidos no Relato e na Informação n.º 578/2019, do DJF do MF, «o próprio conceito de preço pressupõe o confronto, no mercado, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário despendar em fatores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.» (cfr. fls. 20 do Acórdão n.º 4/13 – 4.Março – 1ª S/SS).



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

A FMF, E.M, como já acima foi referido, era a única entidade capaz de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, o que, em abstrato aumentava o poder de negociação da FMF, E.M., em face, *in casu*, do fraco potencial competitivo dos hotéis e clubes privados existentes no mercado – na prática a FMF, E.M. suprimia a concorrência ao fornecer as condições pretendidas (designadamente, ao garantir a capacidade e o acesso a pessoas/clientes externos), o que pressionava o preço final por si praticado.

Insista-se, parafraseando: os hotéis e os clubes privados praticavam preços superiores, pelo que ainda que esta circunstância significasse uma diminuta concorrência, ainda assim não podia deixar de ser tida em consideração – no mercado concorrencial existiam e existem agentes económicos que praticavam preços superiores aos praticados pela FMF, E.M.

Posto isto, há que ter em consideração que, na economia, existem vários métodos de formação de preço no mercado (evidentemente, existem métodos que, embora orientados pela concorrência, consistem em copiar o preço da empresa líder do mercado, mas não são únicos).

Os métodos de determinação do preço baseado na concorrência conduzem-nos ao preço médio que os concorrentes determinam para os seus produtos e serviços – o preço praticado pela concorrência em relação ao produto ou serviço.

Não nos esqueçamos que, *in casu*, a contratação visava “ingressos de acesso a todos os complexos balneares” (sublinhado nosso) sob gestão da FMF, E.M.

Assim, na determinação do preço, o foco estava no preço praticado pelos concorrentes, mas os preços poderiam ser iguais, inferiores ou superiores aos praticados no mercado, variando de acordo com os objetivos pretendidos (claro, não se podendo afastar dos preços praticados pelos concorrentes).

Um preço poder ser superior se agregar ao produto/serviço algum diferencial que seja valorizado pelo cliente.

No caso, como já acima foi referido, a contratação visava “ingressos de acesso a todos os complexos balneares”, sob gestão da FMF, E.M, ou seja, ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

O ingresso denominado “entrada instituições” aplica-se essencialmente ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, que conseguem agregar um maior número de pessoas, atendendo a que se destina aos “utentes de escolas, instituições, IPSS’s e ATL’s”.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Visa essencialmente a entrada de grupos, razão pela qual a FMF, E.M, estabelece regras de utilização para esse tipo de ingressos: “a) *O ingresso destina-se a todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s;*

b) A aquisição é feita através de um pedido escrito, via mail ou carta, onde deverá constar a identificação da instituição, o dia, horas e duração da vinda, a praia a que se destina, o número de elementos, incluindo monitores e acompanhantes, a idade dos elementos e o contato do responsável;

c) O ingresso apenas pode ser utilizado uma vez por dia;

d) O ingresso só pode ser utilizado em dias úteis;

e) A validade do ingresso esgota-se com a saída do complexo;

f) O cartão só pode ser utilizado pelo próprio”.

Ora, o Município do Funchal não podia, *a priori* cumprir com o disposto na alínea b), porquanto estaria a interferir nos Planos de Atividades dos ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda dos ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal.

Além disso, a FMF, E.M., define, para a “*entrada instituições*”, zonas de permanência específicas a ocupar, que, aquando da pré-reserva do dia, têm de ser assinalados pelos próprios.

Sendo que o Município do Funchal não colocou condições no que respeita à utilização das entradas, pretendendo que os beneficiários utilizassem qualquer complexo gerido pela FMF, E.M. livremente, em pé de igualdade com qualquer utilizador daqueles Complexos Balneares – pretendeu-se “*facilitar o acesso ao mar*”, em cumprimento do Princípio da Igualdade, e “*evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito*”, em concreto, os mais carenciados.

Assim, observando as tarifas do Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa e, destinando-se os ingressos, em primeira linha, ao ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, e, mormente, a ser utilizados livremente, havia que atentar às tarifas tabeladas pela FMF, E.M.

O Relato refere que «*o MF pretendeu adquirir bilhetes em condições que não encontravam reflexo nas tarifas tabeladas pela FMF, E.M., que esteve na base da fixação*



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

do preço acordado, o qual apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes».

Ora, as ofertas existentes, que acomodavam a pretensão de abranger todos os utilizadores e a sua utilização de forma livre correspondiam unicamente à «*entrada individual*», que no Complexo Balnear da Barreirinha tinha um preço de € 2,10, no Complexo Balnear do Lido € 5,20, no Complexo Balnear da Ponta Gorda € 5,20 e no Complexo Balnear das Poças do Gomes € 2,10.

A «*aquisição dos ingressos a € 3.65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal*» é precisamente a «*convergência com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis*» pretendida pelo Tribunal de Contas [(€ 2,10 + € 5,20 + € 2,10 + € 5,20)/4].

Aquisição que acomoda uma multiplicidade de utilizações que, no limite – imaginemos que o ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal apenas decidem aceder apenas ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, não ao Complexo Balnear da Barreirinha e Complexo Balnear das Poças do Gomes – permite uma poupança, ao Município do Funchal de € 3,10 em cada ingresso.

Esclareça-se, também, que o proposto pelo MF, ao abrigo da sua política social, foi a aquisição de «*entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares geridos pela FrenteMarFunchal*» e que, tal como foi referido no ponto 2.2. da resposta ao Tribunal de Contas, remetida pelo MF através do seu ofício n.º S202000009795, de 06/05/2020, «*os cartões que constam do tarifário da FMF têm uma validade de um ano, findo o qual, o cliente necessita de efetuar novo carregamento para ativar as entradas do ano anterior*», pelo que a compra de “pacotes” também não se adequava ao pretendido pelo Município do Funchal.

A contratação respeitante à adjudicação não originou a transferência de qualquer quantia, pela entidade participante, para além da devida pela prestação contratual da empresa local a preços de mercado, pelo que não ocorreu qualquer violação do disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, como pretende alegar o Tribunal de Contas em sede de Relato.

O Tribunal de Contas refere ainda que «*não consta qualquer menção aos parâmetros de economia, eficiência e eficácia resultantes da assunção de tais compromissos, em divergência com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas, previsto no Ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do Plano Oficial de Contabilidade das*



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Autarquias Locais (POCAL) (...) e a coberto dos quais poderia ter sido feita uma análise ao custo/benefício da presente aquisição face a uma contratação com respeito pelas tarifas já praticadas pela FMF, EM».

Ainda que não mencionados os parâmetros de economia, eficiência e eficácia, não significa que não hajam sido prosseguidos na assunção do compromisso, de harmonia com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas – desde logo, o Tribunal de Contas apenas aponta somente a ausência de justificação da assunção de custos e das despesas quanto à sua economia, eficiência e eficácia.

E a esse propósito, na proposta apresentada na referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, submetida pela Diretora de Departamento para a Vereadora Dr.ª Madalena Nunes, foi referido que *«tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço [€ 2,10 e € 5,20]. Assim, e de acordo com a tabela de preços, que segue em anexo, propomos a aquisição dos ingressos a €3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal»*, o que não equivale a omissão de justificação.

A este propósito, importante é referir que a bastarmo-nos cegamente nas tarifas *stricto sensu* da FMF,E.M, a adjudicação levaria a que o Município do Funchal tivesse de adquirir mais ingressos no valor de € 5,20 e menos no valor de € 3,10, tendo presente, como é notório, que o Complexo Balnear do Lido e o Complexo Balnear da Ponta Gorda, além de denotarem maior procura, permitem acomodar mais pessoas e com melhores acessos para utentes com mobilidade reduzida, em detrimento do Complexo Balnear da Barreirinha e do Complexo Balnear das Poças do Gomes, o que conduziria ao pagamento por parte do MF de um valor superior ao acordado no contrato em análise.

Termos em que só se pode concluir que o MF cumpriu o estipulado no art.º 36.º do RJAEL⁸, adquirindo as entradas a preços de mercado, como ainda foi mais além ao

⁸ Ainda sobre esta matéria veja-se o entendimento vertido na Circular n.º 167/2012 de 12 de dezembro da Associação Nacional de Municípios Portugueses, 2012, p. 2-3, no que se refere à correta inserção contabilística do tipo de despesa, donde, com *«base no recomendado no Plano Oficial de Contas das Autarquias Locais (POCAL) (visto que o conceito não é definido com clareza no SNC), o que distingue as prestações de serviços dos subsídios é o facto de a transferência em causa ter como contrapartida unidades produtivas. Neste sentido, caso haja essa contrapartida produtiva, sem o objetivo de influenciar níveis de produção, preços ou remunerações dos fatores de produção feita a preços de mercado, estamos perante prestações de serviços. Como exemplos, a utilização de descontos para utentes em serviços prestados por empresas locais e a utilização de determinado equipamento da empresa local ao preço tabelado. No primeiro exemplo, entende-se que se trata de um subsídio, na medida em que não existe uma contrapartida produtiva, prestada a preços de mercado, mas somente a intenção de influenciar o preço de determinado serviço, no sentido de o tornar mais acessível aos utentes. No caso do segundo exemplo, tratar-se-ia de uma prestação de serviços pura, na medida em*



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

adquirir as entradas pelo valor médio obtido de entre os preços praticados em todos os complexos balneares para as mesmas características, aplicando aqui os citados princípios da economia, eficiência e eficácia constantes da Lei de Enquadramento Orçamental, apontados no Relato.

Refira-se também, que ainda que o douto Tribunal mantenha o entendimento de verificação de irregularidade, o que não se concede como acabado de expor, tal não quer corresponde a uma infração financeira pois, tal como vertido no Acórdão n.º 001/2021-1SPL, «*nem todas as atuações irregulares, no plano da assunção, autorização e pagamento de despesas constituem infrações financeiras (...). Sobre o tema recuperam-se as palavras de ANTÓNIO CLUNY⁹, quando afirma que “(...) a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem imediatamente calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.*».

Anota-se ainda que, no Relato é referido que a violação daqueles princípios, que não ocorreu como se acabou de demonstrar, «*constitui circunstância agravante da inerente responsabilidade financeira” a partir de 1 de abril de 2020*». Ora, ainda que se tivesse verificado uma violação dos supracitados princípios, o que, reitera-se, não se concede, os atos que conduziram à aquisição daqueles ingressos foram praticados em 2019, pelo que não pode ser emitido um juízo de valor “agravante” pela entrada em vigor *a posteriori* de uma norma legal¹⁰.

III. DA IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE

Na imputação de responsabilidade financeira é essencial a identificação do seu agente, sem a qual, mesmo que se apure a existência de uma infração financeira, não pode a

que a Câmara Municipal contrata determinado serviço (contrapartida produtiva) à empresa local ao seu preço de mercado, ou seja, ao preço tabelado para o público em geral. Parece-nos resultar claro que, na sequência do referido art. 36.º do RJAELPL, situações como as do segundo exemplo devem ser classificadas como prestações de serviços e nunca como subsídios à exploração ou ao investimento, nem devendo constar dos contratos programa estabelecidos entre a empresa local e a Câmara Municipal. Reforça-se esta ideia, lembrando o princípio contabilístico da substância sobre a forma que estabelece que as operações devem ser contabilizadas atendendo à sua substância e à realidade financeira e não apenas à sua forma legal.».

⁹ António Cluny, em Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas, Coimbra Editora, 2011, p. 128.

¹⁰ Aliás não permitido no nosso sistema legal, porquanto o art.º 2.º do Código Penal, aplicável *ex vi* do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, determina que as «*penas e medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem*» (cfr. o n.º 1) e quando «*as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente*» (cfr. o n.º 4).



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

mesma ser imputada. A imputação objetiva do facto ao agente advém da necessidade de se afirmar que o agente causou o resultado ilícito¹¹, o que no caso em apreço também não ocorreu por não se ter verificado qualquer resultado ilícito.

Nos termos da LOPTC, a responsabilidade financeira pode ser direta ou subsidiária, sendo que a direta, prevista no art.º 61.º da LOPTC, é a que recai sobre os agentes da ação, ou seja, sobre os autores do facto ou da omissão (de quem tinha o dever funcional de o praticar) que consubstanciou infração financeira, cuja responsabilidade do decisor deve ser avaliada casuisticamente com vista a apurar-se da exigibilidade de conduta diversa a um decisor prudente perante tal circunstancialismo¹², e se, com a sua conduta, agiu em defesa do interesse público¹³.

Contudo, dispõe o legislador um regime específico, por remissão ao art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933, na medida em que sobre os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais (cfr. o n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC) apenas pode ser imputada responsabilidade financeira direta se a infração financeira tiver sido praticada sem que tenham ouvido os serviços competentes ou, ouvindo-os e encontrando-se esclarecidos, tenham adotado conduta contrária à constante da informação prestada.

Assim, sempre que se verifique a prática de infrações financeiras, deve o Tribunal de Contas fundamentar, com base nos factos apurados, a censurabilidade da conduta dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, o que não parece ocorrer no relato ora em análise, porquanto foi imputada responsabilidade financeira ao contraditado por, mediante o referido despacho de 22 de maio de 2019, *«ter adjudicado e autorizado, bem como assumido, a despesa emergente do apontado contrato de aquisição sub judice (...) sem assegurar o respeito pelo princípio da utilização racional das dotações aprovadas, que compele a que a assunção dos custos e das despesas deve ser justificada quanto à sua economia, eficiência e eficácia, e sem acautelar devidamente a observância da moldura penal proibitiva da assinalada contratação, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido, nem se munir de outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEL, quando sobre ele impedia um especial dever de cuidado, compaginável com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso»*.

Ora, todas as propostas apresentadas ao executivo são elaboradas pelos serviços da autarquia e, nessa sequência, alvo de despacho pelo/a Vereador/a, Vice-Presidente ou

¹¹ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222

¹² Cfr. ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, op. cit., 2010, p. 37.

¹³ Cfr. art.º 61.º, n.º 6 da LOPTC.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Presidente da autarquia com os pelouros correspondentes para efeitos de autorização da despesa.

Por seu turno, do Despacho subscrito pelo visado consta *«Autorizado nos termos propostos, sujeito a compromisso»*, ou seja, o visado, ao abrigo das respetivas competências delegadas, autorizou o proposto na referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, submetida pela Diretora de Departamento para a Vereadora Dr.ª Madalena Nunes da qual consta que *«de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (em anexo) que esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art.º 5.º - A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b), e c) do n.º 1 e do n.º 3 e n.º 4 do referido artigo, uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um contrato análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal»* pelo que *«não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual»*, devendo *«ser celebrado um contrato escrito requerendo-se para o efeito a entrega dos documentos de habilitação da empresa Frente MarFunchal»* propondo-se *«a compra de cartões de acesso aos seus complexos Balneares no valor de 292.000,00€»*.

Termos em que o Despacho do visado recaiu sobre uma informação que não só se fundamentava a necessidade de aquisição dos ingressos *in casu*, como ainda indicava o formalismo legal a adotar com vista à contratualização daquela aquisição, após a emissão do parecer favorável emitido pelo Departamento Jurídico e de Fiscalização da própria autarquia. Aliás, é nesse sentido que o próprio visado, que não é jurista, emite o seu despacho autorizando *«nos termos propostos»*, confiando que ambos os departamentos responsáveis naquela fase já haviam validado o que vinha sendo proposto na respetiva Informação, competindo depois ao departamento responsável pela contratação a sua formalização nos termos legais.

Acresce ainda o facto de ter sido solicitado pela Dr.ª Andreia Caetano, Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, esclarecimentos sobre o «Regime Jurídico das Empresas Locais- Frente MarFunchal, E.M.», tendo o Departamento Jurídico e de Fiscalização prestado a Informação com a ref.ª 578/2019, de 15 de maio, àquela Adjunta, donde indicaram que a aquisição de ingressos por parte do MF à FMF, E.M., *«é regulada pelo disposto no art.º 36.º da Lei n.º 50/2021, conjugado com o artigo 5.º do Código dos*



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Contratos Públicos», sendo que no caso em apreço deve ser conjugado com o art.º 5º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), aditado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08, em vigor desde 1 de janeiro de 2018.

Ora, atento o disposto no art.º 6.º, n.º 1, do DL n.º 11/2012, de 20 de janeiro, aplicável por via do artigo 43.º, n.º 5, do Regime Jurídico das Autarquias Locais, “*os adjuntos prestam o apoio político e técnico que lhes seja determinado*”, pelo que a referida Adjunta prestou o necessário apoio político e técnico, ao visado, e que se encontra de harmonia com a proposta da diretora do DEQV, que, na verdade, é uma proposta técnica - cfr. doc. n.º 1 que se junta.

O que o douto Tribunal acabou por inferir no Relato *sub judice* ao imputar ao ora visado uma infração financeira pela alegada irregularidade (inexistente, reitera-se), em clara violação do disposto nos art.ºs 61.º, n.º 1 e 2 e 62.º, n.º 1 e 2, ex vi do art.º 67.º, n.º 3 da LOPTC, foi que nenhum dos Departamentos internos da CMF podem ser considerados “*estações competentes*”, a saber:

- O Departamento da Educação da CMF que elaborou e submeteu a proposta;
- O Departamento Jurídico e de Fiscalização que foi auscultado na formulação da proposta e deu o seu parecer favorável;
- O apoio prestado pelos adjuntos de apoio à Vereação e à Presidência, nomeadamente o apoio prestado pela Dr.ª Andreia Caetano, então adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência;
- O Departamento de Contratação Pública que depois, ao abrigo das suas competências, desencadeou os procedimentos legais para a sua contratualização,

Aliás, questiona-se, assim, ao douto Tribunal o que no seu entendimento podem ser consideradas “*estações competentes*”, uma vez que as informações prestadas pelos respetivos Departamentos internos competentes nessas matérias não se coadunam com o “*dever de cuidado, compaginável com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso*” (conforme afirmado na página 30 do Relato).

Ainda sobre esta matéria, reforça-se o espanto do visado quando o mesmo Tribunal de Contas, noutros Relatórios, já admitiu que uma informação elaborada pelos serviços competentes é compaginável com o entendimento de estações competentes previstas naquele art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933¹⁴, pelo que no presente caso, tendo

¹⁴ Veja-se, p.e. os Relatórios n.ºs 02/2020-FP/SRMTC, 03/2020-FP/SRMTC, 10/2019-FP/SRMTC, entre outros, donde, atentas as informações elaboradas pelos serviços competentes e submetidas aos respetivos membros do governo ou autarcas responsáveis pela autorização da despesa, não lhes foi imputada, e bem, quaisquer responsabilidades financeiras atento o disposto no n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

sido adotada precisamente a mesma postura, não se percebe o que motivou a inflexão de entendimento por parte do Tribunal neste caso em particular.

Acresce ainda que a Informação em causa propôs a aquisição, de facto, e os despachos autorizam nos termos propostos, mas a respetiva autorização, adjudicação e assunção de despesa só pode ocorrer em momento posterior àquela Informação, que será o momento em que serão desencadeados os procedimentos legais pré-contratuais aplicáveis *in casu*, pelo que é de todo incorreto imputar ao visado pela autorização, adjudicação e assunção de despesa, quando daquela Informação não decorrem, de todo, essas factuaisidades¹⁵.

Conclui-se, assim, que toda a argumentação constante do Relato para que se defenda que o visado não agiu como deveria carece de objetividade, revelando a construção de circunstancialismos com o intuito de evidenciar a prática de ilegalidades passíveis de imputação de responsabilidade financeira ao visado, contrariando a própria natureza da responsabilidade financeira no nosso enquadramento legal.

IV. DA FALTA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A IMPUTAÇÃO DE INFRAÇÃO FINANCEIRA

Na verdade, ao contrário do que parece inferir-se do teor do Relato sob pronúncia, não estamos perante um tipo de responsabilidade objetiva, que possa ser imputada pela mera constatação de ilegalidade em qualquer atuação administrativa, mas sim uma responsabilidade de tipo punitivo ou sancionatório que exige, sempre e necessariamente, uma imputação de tipo subjetivo.

Ou seja, a responsabilidade financeira, quer reintegratória, quer sancionatória, pressupõe, **imperativamente**, um **juízo de culpa**, como resulta, de forma clara, dos artigos 61º, nº 5 e 65º, n.ºs 4 e 5 da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, ou seja, apurado o facto ilícito e identificados os seus agentes, urge apurar se a sua conduta foi culposa, uma vez que a culpa é um dos requisitos para efeitos de imputação de responsabilidade financeira.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas é, aliás, unânime neste sentido, como se pode ver, de entre muitas outras, pela sentença nº1/2004 (Proc. nº 6/JFR/2003: *"A responsabilidade financeira, por outro lado, apesar de depender da prática de actos ou omissões objectivamente qualificados como infracções financeiras, não tem natureza objectiva. E isto porque tal responsabilidade admite a relevância da culpa no*

¹⁵ Anote-se ainda que, tendo presente o que dispõe o art.º 148.º do CPA quando determina que «consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta», não se pode considerar que com aquele despacho foram produzidos quaisquer efeitos jurídicos externos.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

comportamento dos responsáveis, de acordo com os critérios que a lei estabelece (art.º 64.º da Lei 98/97, de 26/8, e art.º 50.º da Lei 86/89, de 8/9).

São, assim, pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória o facto ilícito, numa das espécies que a lei prevê (alcance, desvio, pagamento, omissão de receita), o nexo de imputação do facto ao agente, o dano, o nexo de causalidade entre o facto e o dano e, finalmente, a culpa.”¹⁶

Note-se ainda que responsabilidade financeira¹⁷ era, facto, objetiva até à publicação da Lei n.º 2054, de 21/05/1952¹⁸, por não se fundar na culpa do contador e por não ter a ver com o dano concreto, mas apenas na obrigação que aquele responsável assumia de repor o montante exato dos valores em falta aquando da prestação de contas. Nesta medida o julgamento de contas não pressupunha o julgamento da responsabilidade dos agentes¹⁹, cujos eventuais ilícitos financeiros²⁰ eram remetidos para os tribunais comuns porque coincidentes e conexos com outras formas de responsabilidade.

Contudo, com a publicação daquele diploma de 1952, é introduzida a avaliação do grau da culpa, que passou efetivamente a uma responsabilidade subjetiva com a publicação da Lei n.º 86/89, de 08/09, conforme opinião de Tavares e Magalhães²¹, ao afirmarem, na anotação aos n.ºs 1 e 2 do art.º 50.º, que “*este preceito é importante sobretudo porque vem consagrar, sem qualquer dúvida, que só há responsabilidade financeira onde há culpa, ficando assim afastada a existência nesta matéria da responsabilidade objectiva – como era entendimento geral da doutrina.*”. Mas é através da publicação da Lei n.º 98/97, de 26/08, diploma que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que se efetiva uma responsabilidade delitual fundada na culpa.

Num ensaio sobre a delimitação do conceito, Antunes afirma ser a responsabilidade financeira um comportamento de um agente que “*investido no dever de observância da disciplina dos dinheiros ou valores públicos, pratica, por acção ou omissão, um facto*

¹⁶ <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2004/3s/st001-2004-3s.pdf>

¹⁷ Que se traduzia na responsabilidade pelo alcance.

¹⁸ Que promulgou as bases sobre a atribuição de responsabilidades em caso de alcance ou desvio de dinheiros ou valores do Estado, dos corpos administrativos, das pessoas coletivas de utilidade pública ou dos organismos de coordenação económica.

¹⁹ Julgar as contas não implicava julgar o contável, em termos de declarar a sua responsabilidade indemnizatória (in CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 36).

²⁰ Assim denominados por a sua natureza ser financeira em função da área em que se verificavam e não por qualquer outra característica substantiva, processual ou de jurisdição (*idem*, pág. 37).

²¹ TAVARES, JOSÉ e MAGALHÃES, LÍDIO, Tribunal de Contas – Legislação Anotada, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, ISBN 972-40-0462-7, p. 137. Ver também, no âmbito de aplicação da Lei n.º 86/89, a ST 04/1/FEV/14/3.ª Secção (*idem*, pág. 38)



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

*culposo em violação daquela disciplina, ficando sujeito quer a sanções pecuniárias quer à obrigação de reposição de quantias ao património público*²² (sublinhado do visado).

Todavia, o Relato não contém rigorosamente nada relativamente à imputação subjetiva da suposta infração ou aos seus pressupostos, tudo se passando como se estivessemos no campo da responsabilidade objetiva, e não estamos, não se podendo ignorar a diferença entre o carácter cível da responsabilidade reintegratória e a natureza penal da sancionatória.

a. Sobre a culpa

A culpa é um conceito fundamental no direito penal, embora não seja exclusivo deste ramo do direito, sendo essencial para o apuramento da responsabilidade, pois é a consequência ou efeito que recai sobre o culpado, e da medida dessa responsabilidade. A culpa serve de suporte à efetiva imputação de responsabilidade, pois não é suficiente que se apure a existência de uma violação e da identificação do seu autor, sendo necessária a verificação da culpa para a imputação²³, ou seja, é necessário que sobre a conduta se faça um juízo de censura²⁴.

Em Direito Penal a culpa tem como pressuposto a liberdade do agente^{25 e 26}, sendo esta um «juízo de censura» cuja materialidade advém da atitude do agente manifestada no ato ilícito (tipificado como tal)²⁷, a qual pode configurar um tipo de culpa dolosa ou negligente²⁸.

²² ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, in *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, nº 54, julho/dezembro de 2010, pp. 21-52 (p. 34).

²³ Neste sentido FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, op. cit., 1992, p. 260.

²⁴ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 179.

²⁵ De acordo com as teses da culpa da vontade, quando «se erige a liberdade em pressuposto do conceito material de culpa, aquela é em geral tomada como liberdade da vontade» pelo que «a culpa só pode ser censurabilidade da acção, por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter actuado de acordo com ele», uma vez que o «poder de agir de outra maneira (...) é (...) requisito irrenunciável do conceito de culpa» – DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 516.

²⁶ O direito penal é realçado enquanto ordem de liberdade (cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222).

²⁷ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 529.

²⁸ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o ilícito-típico doloso comprova-se quando «o seu cometimento deve imputar-se a uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao Direito e às suas normas; se uma tal comprovação se não alcançar ou dever ser negada o facto só poderá eventualmente vir a ser punido a título de negligência (se esta se verificar e a espécie de delíto cometido for punível também a esse título).» - in op. cit., 2007, p. 529.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Esta diferença reconduz-se, tradicionalmente, à teoria de que a punição de um ato doloso estava intrinsecamente ligada ao problema da consciência do ilícito²⁹, a qual embora tenha evoluído, continua a exigir verificação do elemento emocional, enquanto elemento adicional, na essência do tipo de culpa dolosa, no entendimento de Dias³⁰.

Defende ainda aquele autor³¹ constituir um problema de culpa a relevância jurídico-penal do erro³², pois só «a partir de uma diferença de culpa se podem estabelecer diferenças de relevância das espécies de erro»³³, cuja análise deve fundamentar-se no «cerne da culpa material» das funções desempenhadas no sistema em que se insere a tipificação.

Nos factos negligentes, o conteúdo da culpa é, de igual modo, dado pela censurabilidade da atitude descuidada ou leviana revelada pelo agente, sendo necessário apurar se o mesmo se encontrava em condições de, atentos os seus conhecimentos e as suas capacidades pessoais, cumprir “o dever de cuidado” ou se se encontrava em condições de evitar o resultado³⁴. Defende Costa³⁵ que a negligência estrutura-se a partir de dois elementos, sendo o primeiro a omissão de um dever objetivo de cuidado e o segundo o da previsibilidade da verificação do ilícito³⁶.

Neste sentido Engisch³⁷ explica: «para que a culpa negligente se afirme, não é necessário (nem possível) apelar ao concreto poder do agente de actuar de outro modo na situação», sendo a mesma aferida de acordo com a experiência normal³⁸ onde «os outros, agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente, teriam previsto a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-la-iam evitado».

²⁹ De acordo com a qual «uma punição a título de dolo suporia que, para além do agente representar e querer a realização do tipo objectivo de ilícito (dolo do tipo), actuasse com consciência do ilícito, isto é, representasse por alguma forma que o facto intentado era proibido pelo Direito.» - in op. cit., 2007, p. 530.

³⁰ *Idem*, p. 530.

³¹ *Idem*, p. 549.

³² No direito português um erro que exclui o dolo existe em três casos: «1) quando verse sobre elementos, de facto ou de direito, de um tipo de crime; 2) quando verse sobre os pressupostos de uma causa de justificação ou de uma causa de exclusão da culpa; 3) quando verse sobre proibições (ou imposições, no caso de omissão) cujo conhecimento seria razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência do ilícito.» - in op. cit., 2007, p. 542 e 543.

³³ *Idem*, p. 543.

³⁴ Neste sentido DIAS, JORGE FIGUEIREDO, op. cit., 2007, p. 898.

³⁵ COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 383.

³⁶ Que o mesmo seja previsto ou ao menos previsível.

³⁷ Apud JORGE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 2007, p. 899.

³⁸ Tipo normal subjetivo, de acordo com o qual o conhecimento real das consequências de uma ação e a capacidade de as evitar correspondem à experiência normal do tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente (*Idem*, p. 899).



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

A negligência, que se traduz na ausência do querer relativamente ao resultado típico, pode ser consciente, por o agente chegar a representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo legal de crime sem se conformar com ela, ou inconsciente, onde o agente nem chega a formular aquela representação³⁹.

Outro fator relevante na análise da culpa é o da existência de causas de exclusão da culpa, na medida em que se não for razoável ou exigível ao agente, atentas as suas capacidades, atuar em conformidade, não poderemos consubstanciar um juízo de censura sobre o mesmo pela verificação do ilícito⁴⁰, cuja análise deve ser feita casuisticamente.

Nos termos do n.º 5 do art.º 61.º e n.º 3 do art.º 67.º da LOPTC, a culpa constitui um dos requisitos essenciais da responsabilização do agente⁴¹, pelo que é sempre necessária a prova da culpa do agente, para efeitos de efetivação de responsabilidade financeira, incumbindo ao visado demonstrar que administrou e aplicou os dinheiros públicos em causa de forma legal e conforme aos princípios da boa gestão⁴². A responsabilidade financeira reveste natureza subjetiva⁴³ precisamente pela necessidade de existência de culpa⁴⁴, cujos danos emergem de um ato voluntário e culposo, a qual só pode ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso, sendo necessário recorrer ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos⁴⁵.

Desta forma, e para efeitos de apuramento de responsabilidade financeira⁴⁶ urge averiguar se o agente atuou de acordo com a diligência que seria exigível em face do

³⁹ Cfr. COSTA, JOSÉ FÁRIA, op. cit., 2015, p. 393, e art.º 15.º CP.

⁴⁰ COSTA, JOSÉ FÁRIA, op. cit., 2015, p. 428.

⁴¹ Uma vez que estamos perante a autonomização de dois momentos de valoração do facto, sendo um a ilicitude, onde analisamos a conduta sem atender às qualidades do sujeito, e outro a culpabilidade, onde avaliamos o comportamento e as qualidades do agente - teoria do «ilícito pessoal» arguida por COSTA, ANTÓNIO MANUEL TAVARES DE ALMEIDA, *Ilícito Pessoal, imputação objetiva e participação em direito penal*, Tese de Doutoramento, 2013, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, p. 11.

⁴² Na opinião de ANTUNES, os responsáveis financeiros devem demonstrar que utilizaram os dinheiros e valores públicos como um cuidadoso e diligente gestor público e para os fins a que se destinam (ANTUNES, CARLOS MORAIS, *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, n.º 54, julho/dezembro de 2010, p. 21-52 [p. 47]).

⁴³ Vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume - -AAFDL - 1980, pág. 267 e segs. (cit. por MACEDO, ADALBERTO JOSÉ BARBOSA MONTEIRO DE, op. cit., 2007, p. 33)

⁴⁴ Defende CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (in op. cit., 1999, p. 219) que a imputação por facto ilícito «postula duas instâncias de controlo do sistema sobre a sua estatuição», sendo um a ilicitude, ou seja a violação de normas jurídicas, e outro a culpa, na medida em que «a ação deve assentar numa tal relação de meios-fins que o agente incorra num juízo de censura, seja por ter pretendido directa, necessária ou eventualmente atingir as normas violadas (dolo), seja por não ter pretendido pautar-se pelos deveres de cuidado que ao caso caibam (negligência)».

⁴⁵ Cfr. Sentença n.º 03/2011 - 3.ª Secção.

⁴⁶ Na análise da culpa em infrações financeiras, CLUNY (op. cit. 2011, pp. 133 e 134) socorre-se da posição defendida por ALEJANDRE NIETO, de que a mesma é constituída pela diligência exigível (no conhecimento do ilícito), a boa-fé (na gestão dos dinheiros públicos) e o risco (contida no tipo de norma,



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

condicionalismo próprio do caso concreto. Mas, não obstante a verificação do critério da diligência exigível, poderão, ainda assim, ocorrer infrações financeiras, pelo que se torna necessário aferirmos da boa-fé do agente na prática das mesmas, isto é, se o agente atuou com zelo e diligência na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a prática da infração.

Este conceito de boa-fé admite, assim, a avaliação das circunstâncias desculpabilizantes⁴⁷ na aferição da culpa do agente nas infrações financeiras verificadas, tais como a proliferação de legislação extravagante, da extensão das disposições legais aplicáveis, da divergência da jurisprudência sobre a mesma questão jurídica e ainda da inflexão do entendimento dos órgãos jurisdicionais.

Assim, quer na fase de auditoria, quer na fase jurisdicional é essencial expor, documentar e provar os factos que consubstanciam a infração e, assim, a culpa do agente, não sendo suficiente indicar apenas o incumprimento da norma cujo facto integra a infração financeira⁴⁸. Ora, salvo o devido respeito, o Relato submetido a contraditório não aborda, nem tão pouco desenvolve, todos os elementos essenciais ao apuramento de responsabilidade financeira, retendo-se, repita-se, numa imputação objetiva de responsabilidade, quando se exige uma ponderação com rigor, isenção e honestidade intelectual do juízo de censura (culpa) enquanto pressuposto essencial deste tipo de responsabilização.

Ora, nos termos do art.º 17.º, 1, do CP «*age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude da facto, se o erro lhe não for censurável*».

No que se refere às infrações financeiras previstas no art.º 65.º da LOPTC, para se apurar a existência de uma verdadeira infração torna-se necessário distinguir o simples erro da conduta ilícita, a qual preenche uma ação ou omissão tipificada como infração financeira, incluindo-se aqui as irregularidades⁴⁹ que possam ter consequências ao nível da efetivação de responsabilidade financeira.

O simples erro traduz-se na ocorrência não voluntária e imponderável, como é o caso dos erros materiais. Estes não são atos capazes de serem atribuídos à vontade e assim, à culpa, mesmo que negligente, dos seus autores. Importa aqui saber se o erro resultou de uma

porque o legislador entende que determinada conduta provoca, por si mesma, um risco ou pode produzi-lo), os quais surgem evidenciados na diversa jurisprudência emanada pelo TdC.

⁴⁷ Como defendido por FERNANDES CADILHA (apud CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 137).

⁴⁸ *Idem*, p. 138.

⁴⁹ Nos termos do *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas*, a irregularidade, traduz-se «*numa violação, intencional ou não, de uma lei ou de uma norma ou princípio contabilístico ou administrativo aplicável*». (cfr. p. 73 in <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/manual.pdf> [consultado a 29/06/2016]).



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

conduta ilícita, isto é, se uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha, ou se aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu⁵⁰.

Como refere António Cluny, *«Na verdade, o que importa saber é se o erro resultou de uma conduta ilícita - uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha - ou, pura e simplesmente, aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu. (...) Concluindo, a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.»*⁵¹.

Como é sabido, o erro sobre a ilicitude verifica-se quando o agente não conhece a norma de proibição que respeita ao facto, ou, conhecendo-a, tem-na por não válida, ou, em consequência de uma interpretação incorreta, representa defeituosamente o seu âmbito de validade, considerando, em consequência disso, o seu comportamento como juridicamente admissível⁵².

Tal erro, como implicitamente decorre do acabado de referir, abrange duas realidades ou situações distintas, muito embora ambas se encontrem submetidas ao mesmo regime.

Numa primeira situação, a qual é usual denominar de erro directo ou sobre a norma punitiva, o agente não conhece – ou, conhecendo-a, considera-a revogada ou interpreta-a erradamente – a norma proibitiva que concerne directamente ao facto, tomando o seu comportamento como permitido e aprovado pelo Direito.

Numa segunda situação, a qual é comum designar-se de erro indirecto ou erro de permissão, o agente, conhecendo embora o desvalor jurídico que implica o preenchimento do tipo, erra sobre a intervenção de uma norma permissiva.

Por outro lado, o erro pode ainda verificar-se numa terceira situação. Ela ocorre quando o erro incide sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto⁵³.

Certo é que o erro sobre a ilicitude – seja directo, indirecto ou de tipo permissivo – pode ser evitável ou inevitável. No entanto, só o erro inevitável ou não censurável constitui uma causa de exclusão da culpa.

⁵⁰ In CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011 p. 124.

⁵¹ CLUNY, António op. cit., pp. 124-128.

⁵² SERRA, TERESA, Problemática do Erro sobre a Ilicitude (1991), p. 67.

⁵³ SERRA, TERESA, in op. cit., p. 69 e 79.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Em suma, não obstante a utilização de um critério de diligência exigível, poderão ocorrer atuações irregulares, pelo que há que aferir da boa-fé do agente na prática das mesmas, averiguar se o agente atuou com zelo e na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a irregularidade, uma vez que apenas o erro não censurável isenta o agente de responsabilidade.

Facilmente se constata que o visado agiu de forma não censurável, pois o mesmo agiu na convicção de ser não só legalmente possível a aquisição em apreço, tal como informado na já referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, como se verificava ser a a atuação mais vantajosa, financeiramente, para o MF, conduta esta que não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município. Em momento algum de todo o procedimento foi posta em causa a convicção do visado de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigado. O mesmo é dizer que o presente contraditado não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade porquanto todas as informações que lhe foram fornecidas pelos serviços (ou pelas “*estações competentes*”) em nada alertaram nesse sentido.

E, ainda que o douto Tribunal mantenha a opinião de que com aquela atuação estamos perante uma ação por parte do responsável nos termos do n.º 1 do art.º 61.º da LOPTC, o que não se concede, refira-se que o responsável é Engenheiro Eletrotécnico de formação e profissão, confiando, naturalmente, as suas decisões sobre matérias que não são da sua especialidade de formação técnica e/ou profissional, nas informações e opiniões técnicas trazidas e emanadas pelos seus técnicos nas mais diversas áreas, sem ter motivos ou fundamentos para de tais opiniões desconfiar ou discordar, nomeadamente nas áreas financeira e jurídica, tal como ocorreu no caso em análise, recaindo assim na exceção prevista no art.º 61.º, n.º 2 da LOPTC.

Em momento algum de todo o processo foi posta em causa a convicção do responsável de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigado. O mesmo é dizer que o visado não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade, inexistente de facto, como acima já evidenciado.

Repare-se que a competência do responsável, enquanto, à data, Vice-Presidente da Câmara Municipal do Funchal, não abrange a obrigação de realizar estudos de natureza jurídica – os mesmos não emitem pareceres ou elaboram estudos jurídicos em matéria de natureza jurídica, não sendo ainda o visado licenciado em Direito ou Solicitadoria.

Ora, como já se esclareceu, para que se verifique uma responsabilidade financeira sancionatória é absolutamente imprescindível ter ocorrido uma infração financeira, o que não foi o caso, sendo também imprescindível verificar, em concreto, se a conduta



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

imputada ao visado como alegado responsável configura, de facto, uma violação de normas de protecção de interesses de natureza financeira vigentes.

Veja-se o que refere, com particular acuidade, António Cluny:

«Saber eleger, por via dos enunciados algo vagos e muito amplos das alíneas do artigo 65º da LOPTC, as normas que dizem efectivamente respeito aos princípios e valores que o Direito Financeiro quer proteger, é uma tarefa que o intérprete tem de conduzir com cuidado. Isto se não quer correr o risco de estender a acção sancionatória do Tribunal de Contas a áreas que possam, na realidade, interferir com atribuições e competências de outras jurisdições.»⁵⁴

Aquele ilustre Magistrado conclui, mais adiante, perentoriamente que:

«Para se concluir que se está perante uma verdadeira infracção financeira haverá sempre que tomar em consideração duas questões essenciais.

De um lado, aquilo que pode ser considerado um simples erro; portanto uma ocorrência não voluntária e imponderável.

Na verdade, face às dificuldades resultantes daquela técnica de definição legal dos tipos infraccionais, importa, primeiro, entender muito exactamente se se está, apenas, perante meros erros (erros materiais por exemplo) ou já perante irregularidades com relevância financeira efectiva, imputáveis a título de culpa aos seus autores.»⁵⁵

Ora, no caso em apreço, a conduta do visado não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município como já demonstrado.

O que não pode deixar de ser devidamente ponderado e considerado em sede de um procedimento em que se imputa uma sanção gravosa a um eleito local pela atuação empreendida em matéria de legalidade financeira.

Ressalva-se, ainda, que o requerente foi surpreendido com a interpretação agora adotada pelo Tribunal de Contas.

Tudo isto tem a ver «com as necessárias adaptações» da aplicação das disposições de responsabilidade reintegratória (art.ºs 61º e 62º da LOPTC) ao caso da responsabilidade sancionatória, e com a necessidade de ter em consideração os títulos I e II do CPenal. Não é correta, pois, a posição constante do Relato, quando, indevidamente, e com preterição de princípios elementares do direito sancionatório, se pretende imputar responsabilidade

⁵⁴ CLUNY, António - Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 122-124.

⁵⁵ CLUNY, António – op. cit., p. 124.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

sancionatória ao visado, esquecendo que “as necessárias adaptações”, por um lado, e as disposições constantes dos Títulos I e II do CPenal, citados, no presente caso, têm total aplicação, *ex vi* do n.º 4 do art.º 67.º da LOPTC e afastam, de todo, tal responsabilidade.

No mínimo, estamos perante uma situação semelhante à que mereceu do digno representante do Ministério Público junto deste Tribunal, ao tempo, o distinto Magistrado, Procurador Orlando Andrade Ventura, o seguinte despacho: «(...) no direito financeiro, só existe responsabilidade sancionatória, caso a acção ou omissão do agente seja culposa – artigos 61.º, n.º 5 e 67.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Na verdade, a responsabilidade sancionatória, no âmbito do direito financeiro, impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos, pois não é concebível postergar tais conceitos e princípios quando se apela, na Lei n.º 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção, sendo pacífico que os conceitos ordenadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do direito se devem adequar aos princípios e conceitos estruturantes do direito penal onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento.

O Código Penal assinala, na parte introdutória que «um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta».

Há, pois, que analisar se as condutas dos responsáveis justificam uma censura e reprovação por não corresponderem nem se enquadrarem nas que seriam exigíveis a um responsável da administração confrontado com o circunstancialismo apurado no processo.

Nos casos em análise, os elementos disponíveis não nos permitem concluir que os responsáveis pelos respectivos procedimentos tivessem agido de forma deliberada e consciente, com o intuito de não cumprir os preceitos legais, o que afasta, o dolo, em qualquer das suas formas – art.º 14.º do Código Penal.

Mas, afastará a negligência, ou seja, a falta de cuidado, que, segundo as circunstâncias concretas estavam obrigados e eram capazes – mesmo quando não chegassem, sequer, a representar a possibilidade de realização do facto?

A negligência relevante para os efeitos de imputação subjectiva de um facto ilícito impõe que a acção ou omissão do agente sejam aferidas pela conduta que teria um «bonus pater familiae» nas concretas circunstâncias que rodearam a prática ou a omissão do facto. E que a falta de cuidado tenha sido a causa do mesmo.

Ora, analisando os factos indiciados, as circunstâncias em que foram praticados e, designadamente, as considerações tecidas pelos responsáveis, em sede de contraditório,



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

entendemos que terão agido de boa fé, convencidos que a sua conduta não era ilegal, sendo duvidoso considerar que lhes era exigível, outra conduta, o que afasta a culpa ou, pelo menos, não nos permite concluir, que tenham agido com culpa, sendo que essa conduta não justifica uma censura de natureza sancionatória».⁵⁶

As especificidades da matéria em causa tornam, necessariamente, compreensíveis as preocupações de interesse público, que determinaram a conduta do visado.

Sabemos bem que as preocupações do Tribunal de Contas e a exigência de rigor na observância dos procedimentos legalmente estabelecidos, na área financeira, visa assegurar a melhor gestão dos dinheiros públicos e gastos desnecessários, sendo que, neste particular, a preocupação do visado foi assegurar esse mesmo objetivo, pelas razões que já aduziu.

V. DA EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO

De igual modo, em relação à execução material deste contrato não existiu violação de quaisquer regras.

A fim de proceder à verificação da regularidade da execução material do contrato em análise, no âmbito desta auditoria, foi verificado:

- a) O destino dado aos cartões adquiridos;
- b) As respetivas condições de utilização por parte dos seus destinatários; e
- c) Os controlos instituídos para a salvaguarda do interesse e da utilidade pública da despesa em causa.

Após a análise dos elementos fornecidos pelo Município do Funchal, o Tribunal concluiu que a execução material do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, nem foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual – vide o ponto 3.3.1 do relato.

Ora, esta conclusão só se pode ficar a dever a uma deficiente delimitação da realidade subjacente ao contrato ora auditado, que não permitiu que a execução do mesmo fosse analisada nos seus devidos termos.

⁵⁶ In despacho proferido no Processo MP nº 75/2007.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Para perfeita apreensão do que está aqui em causa, não se pode senão reiterar aquilo que já antes foi afirmado por este Município no âmbito desta auditoria e que se subsume ao seguinte:

Conforme estatuído nas alíneas d), f), g) e h) do n.º 2 do artigo 23.º da Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, constituem atribuições do Município, entre outras, a educação, os tempos livres e desporto, a saúde e a ação social.

Esta aquisição enquadra-se no cumprimento dessas competências e no desenvolvimento de uma política social que cria as condições para que todos os escalões etários e os municípios de setores socialmente deprimidos, numa perspetiva de inserção social, tenham acesso a uma melhor saúde e melhor qualidade de vida.

Incluiu-se a população idosa que frequenta os espaços municipais neste programa, que ajuda a combater a solidão, a melhorar a saúde física e mental e a autoestima desta faixa etária, e optou-se por proporcionar um acesso gratuito à praia a crianças que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis e que só com ajuda social conseguem frequentar, com regularidade, ambientes de qualidade superior e que possuem boas e seguras acessibilidades ao mar e às piscinas, o que ajuda a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado que outras crianças mais facilmente possuem por pertencerem a escalões sociais menos vulneráveis.

O Município do Funchal presta apoio social aos seus munícipes através dos equipamentos sociais que gere, a saber: Centro Comunitário do Funchal, ginásios municipais e Atividades de Tempos Livres que são organizados pelas juntas de freguesia e pela "SocioHabitaFunchal - Empresa Municipal de Habitação E.M."

Assim sendo, o Município do Funchal criou condições para que os mais velhos e os mais novos, utentes dos equipamentos sociais do município (ginásios, centros comunitários e Ludoteca) e frequentadores das Atividades de Tempos Livres dos centros comunitários, inseridos em bairros sociais, geridos pela SocioHabitaFunchal- Empresa Municipal de Habitação, E.M., bem como os utentes que frequentam atividades nas Juntas de Freguesia do Concelho, usufruam do acesso ao mar, em boas condições de segurança, sendo que os beneficiários mais velhos poderiam, ainda, desfrutar de aulas de hidroginástica, e o público infantojuvenil poderia desfrutar de um programa de atividades de educação ambiental (Bandeira Azul da Europa), no período estival, proporcionado pelos Centros Azuis, sediados nos Complexos Balneares da Empresa FrenteMarFunchal, E.M.

Ou seja, estamos perante um apoio social que procurou criar oportunidades e direitos iguais para todos, focado na promoção do bem-estar e qualidade de vida de grupos vulneráveis da população, nomeadamente crianças, jovens e idosos, que não foi constituído por uma prestação em dinheiro, mas num programa de inserção que integra



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

um contrato no âmbito do conjunto de ações estabelecidas com vista a uma inserção social dos seus beneficiários.

Tendo presente esta realidade, verifica-se que, para efeitos do disposto no Código de Procedimento Administrativo, consideram-se regulamentos administrativos «*as normas jurídicas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos*» – vide artigo 135.º, do Código de Procedimento Administrativo.

Os regulamentos são, assim, quaisquer normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal («regulamentar») e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas ou à organização dos serviços administrativos (regulamentos orgânicos ou organizativos) e na disciplina do funcionamento da administração (regulamentos funcionais ou operacionais), quer na regulação das relações jurídicas entre entes públicos e entre particulares (regulamentos relacionais).

Infere-se do que ficou exposto no relato que os auditores consideraram que se deveria criar um regulamento como norma geral (com destinatários indeterminados) e abstrata (aplicável a situações da vida indeterminadas), de execução permanente (“*vigência sucessiva*”), para fixar critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares e regras de utilização dos cartões, bem como das entidades envolvidas na sua distribuição.

Ou seja, é afirmado no relato que deveria ter sido criado um regulamento com um procedimento de candidatura ou de adesão.

Este raciocínio estaria correto se qualquer munícipe pudesse candidatar-se à atribuição e utilização destes cartões, caso em que, como é óbvio, não poderia ser levada a efeito uma análise casuística, efetuada por trabalhadores a atribuir e selecionar os titulares dos mesmos.

Todavia, não foi isto que se passou neste caso, uma vez que nenhum munícipe, por iniciativa própria, teve acesso aos cartões.

Como acima ficou dito, estes cartões inserem-se num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia do Município do Funchal, que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos em listagens próprias para o efeito, elaboradas de acordo com as regras e critérios utilizados por essas entidades para essa seleção. Os cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que são estruturados de acordo com as normas que lhes permitem ter essas valências e funções.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Nos espaços municipais, a entrega desses cartões foi feita de acordo com a assiduidade nas aulas/disponibilidade nas atividades ou, ainda, balizada pelas carências financeiras dos beneficiários dos mesmos, como acontece com qualquer atividade que aí se realize.

No caso do ATL da Ludoteca, todas as crianças participantes do programa tiveram acesso ao projeto. Neste caso, os cartões ficaram na posse do departamento municipal, responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as nos dias de atividade nos Complexos Balneares.

Atendendo ao recorte da utilização destes cartões, não teria razão de ser a criação de um regulamento, como se de um procedimento aberto a participação de qualquer munícipe se tratasse, uma vez que as entidades a que os mesmos iriam ser disponibilizados estavam, desde logo, identificadas e os mesmos seriam incorporados nos programas sociais que estas realizam.

Para além desta questão perante o Direito aplicado ao caso, não corresponde à realidade que não tenha sido fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição.

O Código dos Contratos Públicos regula, não apenas a fase de formação dos contratos públicos, mas também a fase de execução daqueles que revistam a natureza de contrato administrativo (de acordo com os critérios fixados no n.º 6 do artigo 1.º).

Neste mesmo diploma legal, procedeu-se à distinção entre contratação pública e contratos públicos (artigo 1.º, n.º 2):

- a) A contratação pública diz respeito à fase de formação dos contratos públicos, a qual se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato;
- b) Os contratos públicos são todos aqueles que sejam celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no Código de Contratos Públicos, independentemente da sua designação (por exemplo: protocolo, acordo, etc.) e da sua natureza (pública ou privada).

Existe, pois, uma fase de formação dos contratos públicos e uma fase de execução dos mesmos contratos.

Antes de mais, vejamos como ficou definida a cláusula terceira do contrato em causa nesta auditoria:

*«CLÁUSULA 1.º
OBJECTO DO CONTRATO*



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

O Segundo Outorgante obriga-se perante o Primeiro Outorgante ao fornecimento, de 1600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a gestão da empresa municipal Frente Mar Funchal conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa frente mar funchal que se dão por integralmente reproduzidos.»

Ora, neste contrato, na informação de abertura e respetiva proposta da empresa FMF, E.M., estão previstas as obrigações de ambas as partes em sede de execução contratual.

As prestações objeto do contrato estão descritas em termos fixos nessas peças e o regime normativo legal nesta matéria afirma-se como um comando que se impõem na aquisição, pelo Município do Funchal, destes cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M., e na posterior execução do contrato que a corporiza.

Segundo a lógica que particulariza a figura do contrato administrativo, considera-se que a execução correta e atempada das obrigações contratuais pelo cocontratante não satisfaz apenas o mero “*interesse do credor*”, *id est*, o interesse legítimo – e protegido pela ordem jurídica – que tem qualquer parte de um contrato em ver realizados os seus direitos (de crédito) sobre a outra parte.

Embora esta dimensão especificamente contratual, interpartes, também esteja presente, assume-se que o cumprimento do contrato por um agente que colabora com o contraente público na realização dos fins públicos é um fenómeno que extravasa a pura dimensão contratual, comportando uma direta relevância para o interesse público.

A tutela ou proteção do «*interesse público no cumprimento do contrato*» efetiva-se mediante mecanismos e instrumentos vários que desempenham esta função de garantia de cumprimento ou da execução do contrato administrativo.

Importa ter presente que, como consequência da outorga do contrato administrativo, o cocontratante não se vincula apenas a cumprir as obrigações inscritas no contrato: eis o que resulta de o contraente público dispor, por exemplo, do «*poder de dirigir o modo de execução das prestações*» (cfr. artigo 302.º, alínea a), do Código de Contratos Públicos), em cujo exercício pode impor «*ordens, directivas e instruções*» em «*matérias carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas no contrato*» (artigo 304.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos).

Assim, enquanto parte do contrato administrativo, o cocontratante integra-se numa relação jurídica que comporta a sua sujeição ao poder público de imposição de obrigações de que dispõe o contraente público (no exercício das funções de direção e de fiscalização do contrato), uma vez que o contraente público tem a responsabilidade legal de assegurar a realização do interesse público a que a decisão de contratar pretendeu responder.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Dispõe, nesse âmbito, de poderes de direção e de fiscalização do cumprimento do contrato pelo seu cocontratante (artigos 303.º a 306.º, do Código de Contratos Públicos).

Estabelece-se, no artigo 303.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos, que, mediante o exercício desses poderes, o contraente público assegura *«a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar»*, apresentando uma extensão variável – dependente do tipo de contrato ou do tipo de prestações em causa –, o poder de direção concretiza-se, em geral, mediante a emissão de ordens, diretivas e instruções sobre a execução das prestações contratuais, *«sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa»*, nos termos do n.º 2 do artigo 304.º do Código de Contratos Públicos.

Ora, conforme resulta da Cláusula 1.ª do Contrato avulso 65/2019, celebrado a 23 de maio de 2019, entre o Município do Funchal e a FMF, E.M., esta vinculou-se a proporcionar 1600 cartões, cada um com 50 entradas, nos complexos balneares por si geridos, de acordo com especificado no quadro abaixo:



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

	Cartões/ Utentes	Entradas	Custo
ATL Juntas de Freguesias	400	20000	73 000,00 €
SHF	150	7500	27 375,00 €
Ludoteca CMF	50	2500	9 125,00 €
Ginásios Municipais	750	37500	136 875,00 €
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	45 625,00 €
Total	1600	80000	292 000,00 €

Estes cartões foram fornecidos de forma faseada e consoante os pedidos formulados pelo Município do Funchal, em articulação com as entidades e serviços que deram uso aos mesmos, de acordo com as atividades que os mesmos tinham definidas nos seus planos de atividades.

Toda a execução material deste contrato foi rigorosamente controlada pelo Município do Funchal, uma vez que a entrega dos cartões foi feita de acordo com as listas definitivas que haviam servido de base à emissão dos mesmos, elaboradas pelos coordenadores dos diferentes serviços, ginásios municipais, centro comunitário do Funchal, centros comunitários da SHF e ATLS das juntas de freguesia.

Não resulta evidenciado no relato que não tenha existido planeamento, nem prévia fixação de critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares.

Foi também demonstrado a existência de regras de utilização dos cartões, dado que os mesmos eram de uso pessoal e intransmissível e exibiam o nome do utente e a numeração no próprio cartão, sendo entregues aos próprios destinatários, descarregando-se esta entrega nas listas de controlo dos serviços respetivos.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Através da utilização de um *software* de controlo de entradas, foi apurado o número de cartões emitidos, informação esta que, cruzada com as listagens, permite apurar todos os utentes que entram nos complexos balneares geridos pela FMF, E.M.

O relato não demonstra que as coisas assim não se passaram e, apesar de afirmar que não foi remetida qualquer relação dos utilizadores, com indicação do número de entradas até então usufruídas e das respetivas datas dessa utilização, antes de chegar a esta conclusão deveria ter solicitado ao Município do Funchal que juntasse a estes autos todos os elementos necessários à corroboração desta realidade.

Em suma, estes cartões foram entregues de acordo com o que foi contratualizado, de acordo com a direção e fiscalização do Município do Funchal e foi verificada a sua conformidade e aptidão para o efeito que esteve na origem da celebração deste contrato.

Aqui chegados, verifica-se, também, que, no relato objeto deste contraditório, é afirmado que foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1.600 cartões contratados, pelo montante de 292.000,00 € (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E. M., só ter fornecido 1.070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega, e que, em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 530 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 66,9% – vide o ponto 3.3.2 do relato.

Ora, como notou o Tribunal de Contas no Relato *in casu*, durante o mês de junho de 2019, o Município do Funchal procedeu ao pagamento da totalidade dos 1.600 cartões e foram emitidos, até outubro desse ano, apenas 1.042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais), ou seja, menos 558 unidades do que as adquiridas, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 65,1%.

Para perfeita apreensão do que aqui está em causa é importante deixar novamente aqui expresso duas notas.

A primeira é que esta aquisição enquadrou-se no desenvolvimento de uma política social que procurou criar as condições para que os munícipes de setores socialmente deprimidos, onde se inclui os mais idosos e as crianças, pudessem ter um acesso gratuito à praia, uma vez que estes cidadãos, que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis, só com ajuda social conseguem frequentar um sítio de qualidade, que possua boas e seguras acessibilidades ao mar e piscinas, por forma a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

A segunda é que estes cartões se inseriram num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia deste Município que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos sendo que estes cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que se realizavam de acordo com os seus planos de atividades.

Partindo desta realidade, verificamos que o douto Tribunal, numa análise cega às condições de execução deste contrato, ignoraram completamente que em Portugal, a época balnear estende-se de junho a setembro, variando a sua determinação rigorosa com as condições locais – vide Lei n.º 44/2004, de 19 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 100/2005, pelo Decreto-Lei n.º 129/2006, de 7 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 256/2007, de 13 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 135/2009 de 3 de Junho.

O que equivale a dizer que, entre o período de junho a setembro, os cartões seriam utilizados, motivo pelo qual foram pagos no mês de junho de 2019, e em outubro desse ano, apenas 1 042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais) estavam utilizados.

Os restantes 558 cartões foram utilizados entre junho de 2020 e setembro do mesmo ano, de forma faseada e criteriosa, tendo em atenção a situação pandémica que se vivia na altura e vive atualmente.

Note-se que, é durante a época balnear que existe vigilância e assistência aos banhistas, por isso esses espaços não podem ou não devem ser frequentados por crianças e seniores fora dessa época.

Todos os cartões adquiridos e pagos foram entregues e utilizados de acordo com as estratégias de inclusão social das entidades que os utilizaram e não existe qualquer evidência, ou melhor dizendo, qualquer prova no relato que infirme esta realidade.

Assim sendo, não se pode de forma alguma afirmar que a execução material e financeira deste contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada.

VI. CONCLUSÃO

O visado sempre atuou de boa fé, não prejudicando e sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário público, não tendo o mesmo retirado qualquer benefício pessoal com os atos praticados.

O visado sempre atuou convencido que cumpria com a Lei, atuando em conformidade com a mesma.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Neste contexto, e sem conceder quanto ao entendimento da inexistência de qualquer infração por parte do visado, por todas as razões acima referidas, ainda assim, no mínimo, afigura-se-nos estarem reunidas as condições do n.º 9, do artigo 65.º da LOPTC, no sentido de serem inexistentes a culpa dos demandados e não haver lugar a qualquer sanção.

Nestes termos, cumprido o contraditório, deverá o Relatório ter em conta as considerações e razões desenvolvidas e ser objeto das alterações imprescindíveis ao respeito pelo Estado de Direito e pelo ordenamento jurídico vigente, e princípios fundamentais que dele dimanam, concluindo-se pela inexistência de qualquer infração financeira.

Junta: 1 documento

O visado,

MIGUEL SÉRGIO
CAMACHO
SILVA GOUVEIA

Assinado de forma digital
por MIGUEL SÉRGIO
CAMACHO SILVA
GOUVEIA
Dados: 2021.02.24
17:00:05 Z

[Handwritten signature]

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Proc. nº 03/2020 – ARF

Vossa referência: S 48/2021, de 08/01/2021

TRIBUNAL DE CONTAS – SRMTC

E 379/2021
2021/2/25



Assunto: Relato da auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.

MUNICÍPIO DO FUNCHAL



SAÍDA
S20210000025/7

DATA REG.
2021-02-25

Exmo. Senhor

Juiz Conselheiro da Secção Regional
da Madeira do Tribunal de Contas

MARIA MADALENA NUNES, notificada para, querendo, alegar o que tiver por conveniente sobre o teor do relato da “*Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.*”, vem, ao abrigo do disposto no artigo 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, expor e requerer a V/ Ex.ª o seguinte:

I. ENQUADRAMENTO

Nos termos do ponto 3.1.1. e 3.1.2. do relato, foi indiciada a prática de infração financeira, fundamentada no desrespeito do art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), do art.º 3.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo (CPA), do art.º 1.º - A, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplicável por força do art.º 5.º - B do CCP, do ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do POCAL, dos princípios vertidos no art.º 18.º, n.º 1 e 2, aplicável ao sector local, *ex vi* n.º 1 do art.º 3.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais (RFALEI)¹, do art.º 36.º, n.º 2 e 4, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), e ainda os art.ºs 32.º, n.º 4, 47.º, n.º 1 e 50.º, n.º 2 igualmente do RJAEL, porquanto, no âmbito do contrato de aquisição, pelo Município do Funchal (MF), de cartões de acesso aos complexos balneares geridos pela Frente MarFunchal, E.M. (FMF), o Município do Funchal:

1. «*não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens*

¹ Aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro.

12500

comparáveis, circunstância que contraria o estatuído no art.º 36.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL), e, a contrario sensu, o previsto no n.º 4, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido, in casu, o contrato-programa (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3);

2. (...) *não demonstrou o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando da fixação das condições de compra dos cartões de acesso a coberto das tarifas praticadas pela FMF, E.M., o que, a acontecer, teria originado uma redução do custo de cada pacote de 50 entradas (cf. Os pontos 3.1.1 e 3.3).*

Circunstancialismo que reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF, a coberto de um contrato de aquisição de bens (cf. Os pontos 3.1.1 e 3.2).

3. *A execução material e financeira do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que:*

a. *Não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, tal como não foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual (cf. o ponto 3.3.1);*

b. *Foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1 600 cartões contratados, pelo montante de 292 000,00€ (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E.M., só ter fornecido 1 070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega.*

Quadro que se torna ainda mais irregular porquanto em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 350 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material, até então, de apenas 66,9% (cf. o ponto 3.3.2).»

As alegadas infrações conduziram à imputação de responsabilidade financeira sancionatória à visada, ora contraditanda, uma vez que, tendo a tutela do DEQV, concordou com a aquisição, conforme o seu despacho de 20 de maio² e, segundo o relato, não assegurou o respeito pelo “princípio da utilização racional das dotações aprovadas, a par dos princípios da economia, eficiência e eficácia”, não acautelou “devidamente a observância da moldura legal proibitiva da assinalada contratação, com a consequente

² Lavrado na Informação do DEQV (com a ref.º 12019000011405).

Not

não adoção do instrumento contratual devido”, nem se muniu “de quaisquer outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEL”.

Ora, atenta a gravidade das imputações, urge enquadrar a ação da visada e repudiar a emissão de juízos de valor em sede de Relato sem uma fundamentação objetiva devidamente enquadrada legalmente, sendo um exercício de mera retórica sobre eventuais “intenções” do MF e dos seus responsáveis, sem que se baseiem em factos ou provas que os corroborem, nomeadamente os constantes:

- a) Da observação n.º 2 donde é afirmado que o circunstancialismo de o MF não ter demonstrado o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando a fixação das condições de compra dos cartões de acesso, *«reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF»;*
- b) Do primeiro parágrafo do ponto 3.1.1. ao insinuar que *«a tramitação adotada foi célere a fim de obter uma rápida autorização para a celebração do correspondente contrato»;*
- c) Do Parágrafo constante na página 21 do Relato onde é dito que o preço acordado *«apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes»;*, sem concretizar o que, no entender do Tribunal é um *considerável diferencial*³;
- d) Da questão formulada a fls. 21 do Relato nos seguintes moldes: *«Ou a definição de tais condições visou, na verdade, o financiamento indevido da FMF, E.M?».*

Note-se que nos termos do n.º 3 do art.º 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴ a *«audição faz-se antes de o Tribunal formular juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação»* (sublinhado nosso), sendo que por seu turno o princípio da independência previsto na Carta Ética do próprio Tribunal de Contas determina que todas *«as ações e decisões são tomadas de acordo com a lei e com o interesse público»*, cuja independência, imparcialidade e objetividade devem ser *«escrupulosamente respeitadas em todas as atividades desenvolvidas pelo Tribunal»*, devendo a sua atuação assentar em *«critérios legais e objetivos e em evidências e provas relevantes e suficientes»* (sublinhados nossos).

Por seu turno o Código de Conduta do Tribunal de Contas, recentemente aprovado e aplicável aos seus serviços de apoio, determina no seu art.º 3.º, n.º 1, als. a) e d), que os

³ Note-se ainda que o Tribunal efetuou um cálculo para apuramento do valor por entrada que corresponde a um valor abaixo do adquirido pelo MF em 0,12€

⁴ Aprovada pela Lei n.º 97/98, de 26 de agosto.

trabalhadores, no exercício das suas funções, atuam *«de forma imparcial, desenvolvendo as ações, tramitando os procedimentos e proferindo os juízos ou decisões que lhes compitam com isenção e sem pré-julgamentos ou preconceitos»* e assentando *«o seu desempenho e juízo profissional apenas em critérios legais e objetivos e em evidências ou provas suficientes e apropriadas»* (sublinhados nossos).

Termos em que a emissão daqueles “juízos de valor”, e neste caso em concreto das insinuações vertidas no documento em análise contrariam assim os princípios previstos na LOPTC e os princípios éticos sobre os quais o Tribunal de Contas e seus serviços de apoio se regem.

Em nota final ao presente enquadramento, ressalva-se ainda o facto de a ação de fiscalização que precedeu o presente Relato decorrer de uma denúncia (processo n.º 8/2019-PEQD). Evidentemente que a gestão de dinheiros públicos deve ser transparente e passível de escrutínio quer por parte dos cidadãos quer por parte das entidades com competências fiscalizadoras, como é o caso do Tribunal de Contas, mas não deixa de gerar alguma perplexidade à visada que, através de uma denúncia remetida ao Tribunal de Contas, sem quaisquer evidências da prática de infrações financeiras⁵, se inicie mais uma ação de fiscalização ao MF quando este, e a própria FMF, têm vindo a ser alvo de sucessivas fiscalizações efetuadas pelo douto Tribunal nos últimos 6 anos.

A visada esclarece que, tal como sempre o fez até o momento, continuará a prestar toda a colaboração junto do Tribunal, mas não deixa de se questionar quantas mais ações poderão estar a ser preparadas com base em denúncias sem evidências que mais não visam do que tentar limitar a atuação do MF, desta forma através da utilização de órgãos judiciais. Compreende-se que os órgãos judiciais devem efetivamente verificar os fundamentos de qualquer denúncia que lhes seja remetida, contudo não deixa de ser contraproducente as constantes ações de fiscalização, programadas e/ou com fundamento em sucessivas denúncias, quer porque isso aloca recursos, já de si escassos, do MF, na remessa de documentos e esclarecimentos sempre que solicitados, mas também do próprio Tribunal de Contas, que, com certeza, vê prejudicada a sua produtividade noutras ações de fiscalização financeira mais relevantes.

II. Do contrato celebrado e da inexistência de infração financeira

O Relato em análise visou apurar a legalidade do contrato celebrado entre o MF e a FMF, E.M., para aquisição de 1600 cartões de acesso aos complexos balneares geridos por aquela (cada um com 50 entradas, perfazendo 80 000 acessos), outorgado a 23 de maio de 2019.

⁵ Como a própria Informação n.º 38/19-DAT-UAT III, identificada na nota de rodapé n.º 74 da página 19 do Relato, evidencia ao concluir *«pela manifesta insuficiência dos elementos de prova anexados pelo denunciante»*.

12000.

No Relato é referido que “O MF [Município do Funchal] não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis (...)”.

Para tanto, fundamenta, no essencial, que “o montante do preço fixado para a aquisição de cada cartão deveria ter tido em consideração as tarifas praticadas pela FMF, E.M., nomeadamente as aplicadas às instituições (0,85€), especialmente porque o universo deste último tipo de ingresso, dirigido a “(...) todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s” é coincidente com o dos utentes beneficiários dos cartões objeto da contratação em análise, e/ou o preço médio que resulta da agregação dos nove tipos de pacotes de entradas disponibilizados pela EL [Empresa Local] (1,08€), adicionado ao valor do cartão (2,45€ com o IVA incluído), totalizando 3,53€”.

Ora, quando falamos de convergência, falamos da tendência de várias coisas se fixarem num ponto ou se identificarem e, aqui, essas várias coisas remontam ao funcionamento do mercado que leva à formação do preço, através do jogo da oferta e da procura.

Evidentemente que, numa contratação cujo preço se forma em condições mercantis de concorrência, o foco deverá estar no acompanhamento dos preços praticados pela concorrência.

O Município do Funchal teve presente que a FMF, E.M., é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, no Funchal, que consegue garantir capacidade de resposta ao número de entradas solicitadas, o que nos remete para a Tabela de Tarifas de 2019 da FMF, E.M., que determina o preçário relativo ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

Todavia, a concorrência não podia nem pode ser vista somente por referência à dinâmica linear da FMF, E.M – havia que ter em consideração outras forças que compõem a estrutura do mercado.

Daí que tenha sido tido em consideração que os hotéis e os clubes privados “(...) para além de praticarem preços mais elevados não conseguiam garantir o fornecimento dos ingressos solicitados, nem é permitido o acesso a pessoas/clientes externos (...)”.

Os hotéis, bem como os clubes privados (em particular, o Clube Naval do Funchal e o Clube de Turismo da Madeira), embora, no momento não se possam considerar como “verdadeiros concorrentes” – pelas razões acima explicitadas, ou seja, dada a incapacidade de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, bem como face às limitações de acesso a pessoas/clientes externos – não podiam nem podem deixar de ser tidos em consideração, já que no momento não eram “verdadeiros concorrentes”, mas de um dia para outro poderiam eliminar as barreiras existentes e passar a sê-lo.

Por outras palavras, avaliar a oferta e procura dos hotéis e clubes privados permitia identificar a intensidade da concorrência – repare-se que há que atender a eventuais barreiras ou fatores facilitadores que existam no mercado a propósito de novos concorrentes, como por exemplo políticas governamentais (para percebemos, basta pensar na crise pandémica que hoje a todos afronta, mas que na altura em que foi tomada a decisão de contratar não existia e que permitia concluir pela fraca intensidade concorrencial, mas que não podia deixar de ser tida em consideração).

Quando se decide determinar o preço com base na concorrência deve observar-se os preços praticados pelas empresas estabelecidas no mercado, bem como as demais forças que exercem pressão na estrutura do mercado⁶.

A FMF, E.M, como já acima foi referido, era a única entidade capaz de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, o que, em abstrato aumentava o poder de negociação da FMF, E.M., em face, *in casu*, do fraco potencial competitivo dos hotéis e clubes privados existentes no mercado – na prática a FMF, E.M. suprimia a concorrência ao fornecer as condições pretendidas (designadamente, ao garantir a capacidade e o acesso a pessoas/clientes externos), o que pressionava o preço final por si praticado.

Insista-se, parafraseando: os hotéis e os clubes privados praticavam preços superiores, pelo que ainda que esta circunstância significasse uma diminuta concorrência, ainda assim não podia deixar de ser tida em consideração – no mercado concorrencial existiam e existem agentes económicos que praticavam preços superiores aos praticados pela FMF, E.M.

Posto isto, há que ter em consideração que, na economia, existem vários métodos de formação de preço no mercado (evidentemente, existem métodos que, embora orientados pela concorrência, consistem em copiar o preço da empresa líder do mercado, mas não são únicos).

Os métodos de determinação do preço baseado na concorrência conduzem-nos ao preço médio que os concorrentes determinam para os seus produtos e serviços – o preço praticado pela concorrência em relação ao produto ou serviço.

Não nos esqueçamos que, *in casu*, a contratação visava “ingressos de acesso a todos os complexos balneares” (sublinhado nosso) sob gestão da FMF, E.M.

⁶ Segundo a teoria económica, evidenciada num dos Acórdãos referidos no Relato e na Informação n.º 578/2019, do DJF do MF, «o próprio conceito de preço pressupõe o confronto, no mercado, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário despende em factores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.» (cfr. fls. 20 do Acórdão n.º 4/13 – 4.Março – 1ª S/SS).



Assim, na determinação do preço, o foco estava no preço praticado pelos concorrentes, mas os preços poderiam ser iguais, inferiores ou superiores aos praticados no mercado, variando de acordo com os objetivos pretendidos (claro, não se podendo afastar dos preços praticados pelos concorrentes).

Um preço poder ser superior se agregar ao produto/serviço algum diferencial que seja valorizado pelo cliente.

No caso, como já acima foi referido, a contratação visava “*ingressos de acesso a todos os complexos balneares*”, sob gestão da FMF, E.M, ou seja, ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

O ingresso denominado “*entrada instituições*” aplica-se essencialmente ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, que conseguem agregar um maior número de pessoas, atendendo a que se destina aos “*utentes de escolas, instituições, IPSS’s e ATL’s*”.

Visa essencialmente a entrada de grupos, razão pela qual a FMF, E.M, estabelece regras de utilização para esse tipo de ingressos: “*a) O ingresso destina-se a todos os utentes de escolas, instituições, IPSS’s, ATL’s;*

b) A aquisição é feita através de um pedido escrito, via mail ou carta, onde deverá constar a identificação da instituição, o dia, horas e duração da vinda, a praia a que se destina, o número de elementos, incluindo monitores e acompanhantes, a idade dos elementos e o contato do responsável;

c) O ingresso apenas pode ser utilizado uma vez por dia;

d) O ingresso só pode ser utilizado em dias úteis;

e) A validade do ingresso esgota-se com a saída do complexo;

f) O cartão só pode ser utilizado pelo próprio”.

Ora, o Município do Funchal não podia, *a priori* cumprir com o disposto na alínea b), porquanto estaria a interferir nos Planos de Atividades dos ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda dos ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal.

Além disso, a FMF, E.M., define, para a “*entrada instituições*”, zonas de permanência específicas a ocupar, que, aquando da pré-reserva do dia, têm de ser assinalados pelos próprios.

Sendo que o Município do Funchal não colocou condições no que respeita à utilização das entradas, pretendendo que os beneficiários utilizassem qualquer complexo gerido pela FMF, E.M. livremente, em pé de igualdade com qualquer utilizador daqueles Complexos Balneares – pretendeu-se “*facilitar o acesso ao mar*”, em cumprimento do Princípio da

Igualdade, e “evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito”, em concreto, os mais carenciados.

Assim, observando as tarifas do Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa e, destinando-se os ingressos, em primeira linha, ao ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, e, mormente, a ser utilizados livremente, havia que atentar às tarifas tabeladas pela FMF, E.M.

O Relato refere que «o MF pretendeu adquirir bilhetes em condições que não encontravam reflexo nas tarifas tabeladas pela FMF, E.M., que esteve na base da fixação do preço acordado, o qual apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes».

Ora, as ofertas existentes, que acomodavam a pretensão de abranger todos os utilizadores e a sua utilização de forma livre correspondiam unicamente à «*entrada individual*», que no Complexo Balnear da Barreirinha tinha um preço de € 2,10, no Complexo Balnear do Lido € 5,20, no Complexo Balnear da Ponta Gorda € 5,20 e no Complexo Balnear das Poças do Gomes € 2,10.

A «*aquisição dos ingressos a € 3.65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal*» é precisamente a «*convergência com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis*» pretendida pelo Tribunal de Contas [(€ 2,10 + € 5,20 + € 2,10 + € 5,20)/4].

Aquisição que acomoda uma multiplicidade de utilizações que, no limite – imaginemos que o ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal apenas decidem aceder apenas ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, não ao Complexo Balnear da Barreirinha e Complexo Balnear das Poças do Gomes – permite uma poupança, ao Município do Funchal de € 3,10 em cada ingresso.

Esclareça-se, também, que o proposto pelo MF, ao abrigo da sua política social, foi a aquisição de «*entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares geridos pela FrenteMarFunchal*» e que, tal como foi referido no ponto 2.2. da resposta ao Tribunal de Contas, remetida pelo MF através do seu ofício n.º S202000009795, de 06/05/2020, «*os cartões que constam do tarifário da FMF têm uma validade de um ano, findo o qual, o cliente necessita de efetuar novo carregamento para ativar as entradas do ano anterior*», pelo que a compra de “pacotes” também não se adequava ao pretendido pelo Município do Funchal.

1200

A contratação respeitante à adjudicação não originou a transferência de qualquer quantia, pela entidade participante, para além da devida pela prestação contratual da empresa local a preços de mercado, pelo que não ocorreu qualquer violação do disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, como pretende alegar o Tribunal de Contas em sede de Relato.

O Tribunal de Contas refere ainda que “*não consta qualquer menção aos parâmetros de economia, eficiência e eficácia resultantes da assunção de tais compromissos, em divergência com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas, previsto no Ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL) (...) e a coberto dos quais poderia ter sido feita uma análise ao custo/benefício da presente aquisição face a uma contratação com respeito pelas tarifas já praticadas pela FMF, EM*”.

Ainda que não mencionados os parâmetros de economia, eficiência e eficácia, não significa que não hajam sido prosseguidos na assunção do compromisso, de harmonia com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas – desde logo, o Tribunal de Contas apenas aponta somente a ausência de justificação da assunção de custos e das despesas quanto à sua economia, eficiência e eficácia.

É a esse propósito, na proposta apresentada na referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, foi referido que “*tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço [€ 2,10 e € 5,20]. Assim, e de acordo com a tabela de preços, que segue em anexo, propomos a aquisição dos ingressos a €3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal*”, o que não equivale a omissão de justificação.

A este propósito, importante é referir que a bastarmo-nos cegamente nas tarifas *stricto sensu* da FMF,E.M, a adjudicação levaria a que o Município do Funchal tivesse de adquirir mais ingressos no valor de € 5,20 e menos no valor de € 3,10, tendo presente, como é notório, que o Complexo Balnear do Lido e o Complexo Balnear da Ponta Gorda, além de denotarem maior procura, permitem acomodar mais pessoas e com melhores acessos para utentes com mobilidade reduzida, em detrimento do Complexo Balnear da Barreirinha e do Complexo Balnear das Poças do Gomes, o que conduziria ao pagamento por parte do MF de um valor superior ao acordado no contrato em análise.

Termos em que só se pode concluir que o MF cumpriu o estipulado no art.º 36.º do RJAE⁷, adquirindo as entradas a preços de mercado, como ainda foi mais além ao

⁷ Ainda sobre esta matéria veja-se o entendimento vertido na Circular n.º 167/2012 de 12 de dezembro da Associação Nacional de Municípios Portugueses, 2012, p. 2-3, no que se refere à correta inscrição contabilística do tipo de despesa, donde, com «*base no recomendado no Plano Oficial de Contas das Autarquias Locais (POCAL) (visto que o conceito não é definido com clareza no SNC), o que distingue as prestações de serviços dos subsídios é o facto de a transferência em causa ter como contrapartida*



adquirir as entradas pelo valor médio obtido de entre os preços praticados em todos os complexos balneares para as mesmas características, aplicando aqui os citados princípios da economia, eficiência e eficácia constantes da Lei de Enquadramento Orçamental, apontados no Relato.

Refira-se também, que ainda que o douto Tribunal mantenha o entendimento de verificação de irregularidade, o que não se concede como acabado de expor, tal não corresponde a uma infração financeira pois, tal como vertido no Acórdão n.º 001/2021-1SPL, «nem todas as atuações irregulares, no plano da assunção, autorização e pagamento de despesas constituem infrações financeiras (...). Sobre o tema recuperam-se as palavras de ANTÓNIO CLUNY⁸, quando afirma que “(...) a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem imediatamente calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.».

Anota-se ainda que, no Relato é referido que a violação daqueles princípios, que não ocorreu como se acabou de demonstrar, «constitui circunstância agravante da inerente responsabilidade financeira” a partir de 1 de abril de 2020». Ora, ainda que se tivesse verificado uma violação dos supracitados princípios, o que, reitera-se, não se concede, os atos que conduziram à aquisição daqueles ingressos foram praticados em 2019, pelo que não pode ser emitido um juízo de valor “agravante” pela entrada em vigor *a posteriori* de uma norma legal⁹.

unidades produtivas. Neste sentido, caso haja essa contrapartida produtiva, sem o objetivo de influenciar níveis de produção, preços ou remunerações dos fatores de produção feita a preços de mercado, estamos perante prestações de serviços. Como exemplos, a utilização de descontos para utentes em serviços prestados por empresas locais e a utilização de determinado equipamento da empresa local ao preço tabelado. No primeiro exemplo, entende-se que se trata de um subsídio, na medida em que não existe uma contrapartida produtiva, prestada a preços de mercado, mas somente a intenção de influenciar o preço de determinado serviço, no sentido de o tornar mais acessível aos utentes. No caso do segundo exemplo, tratar-se-ia de uma prestação de serviços pura, na medida em que a Câmara Municipal contrata determinado serviço (contrapartida produtiva) à empresa local ao seu preço de mercado, ou seja, ao preço tabelado para o público em geral. Parece-nos resultar claro que, na sequência do referido art. 36.º do RJAELPL, situações como as do segundo exemplo devem ser classificadas como prestações de serviços e nunca como subsídios à exploração ou ao investimento, nem devendo constar dos contratos programa estabelecidos entre a empresa local e a Câmara Municipal. Reforça-se esta ideia, relembrando o princípio contabilístico da substância sobre a forma que estabelece que as operações devem ser contabilizadas atendendo à sua substância e à realidade financeira e não apenas à sua forma legal.».

⁸ António Cluny, em Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas, Coimbra Editora, 2011, p. 128.

⁹ Aliás não permitido no nosso sistema legal, porquanto o art.º 2.º do Código Penal, aplicável *ex vi* do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, determina que as «penas e medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem» (cfr. n.º 1) e quando «as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente» (cfr. o n.º 4).

Wsm

III. DA IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE

Na imputação de responsabilidade financeira é essencial a identificação do seu agente, sem a qual, mesmo que se apure a existência de uma infração financeira, não pode a mesma ser imputada. A imputação objetiva do facto ao agente advém da necessidade de se afirmar que o agente causou o resultado ilícito¹⁰, o que no caso em apreço também não ocorreu por não se ter verificado qualquer resultado ilícito.

Nos termos LOPTC, a responsabilidade financeira pode ser direta ou subsidiária, sendo que a direta, prevista no art.º 61.º da LOPTC, é a que recai sobre os agentes da ação, ou seja, sobre os autores do facto ou da omissão (de quem tinha o dever funcional de o praticar) que consubstanciou infração financeira, cuja responsabilidade do decisor deve ser avaliada casuisticamente com vista a apurar-se da exigibilidade de conduta diversa a um decisor prudente perante tal circunstancialismo¹¹, e se, com a sua conduta, agiu em defesa do interesse público¹².

Contudo, dispõe o legislador um regime específico, por remissão ao art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933, na medida em que sobre os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais (cfr. o n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC) apenas pode ser imputada responsabilidade financeira direta se a infração financeira tiver sido praticada sem que tenham ouvido os serviços competentes ou, ouvindo-os e encontrando-se esclarecidos, tenham adotado conduta contrária à constante da informação prestada.

Assim, sempre que se verifique a prática de infrações financeiras, deve o Tribunal de Contas fundamentar, com base nos factos apurados, a censurabilidade da conduta dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, o que não parece ocorrer no relato ora em análise, porquanto foi imputada responsabilidade financeira à contraditanda por, tendo a tutela do DEQV, ter concordado com a aquisição, conforme o seu despacho de 20 de maio e, segundo o relato, não ter assegurado o respeito pelo “*princípio da utilização racional das dotações aprovadas, a par dos princípios da economia, eficiência e eficácia*”, não acautelar “*devidamente a observância da moldura legal proibitiva da assinalada contratação, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido*”, nem se munir “*de quaisquer outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEL*”.

Ora, todas as propostas apresentadas ao executivo são elaboradas pelos serviços da autarquia e, nessa sequência, alvo de despacho pelo/a Vereador/a, Vice-Presidente ou Presidente da autarquia com os pelouros correspondentes para efeitos de autorização da despesa.

¹⁰ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222

¹¹ Cfr. ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, op. cit., 2010, p. 37.

¹² Cfr. art.º 61.º, n.º 6 da LOPTC.

Por seu turno, do Despacho subscrito pela visada consta «*Concordo com a aquisição (...) proposta pela diretora do DEQV. À atenção do Vereador Miguel Gouveia*», ou seja, a visada, apenas concordou com o proposto na referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, da qual consta que «*de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (em anexo) que esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art.º 5.º - A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b), e c) do n.º 1 e do n.º 3 e n.º 4 do referido artigo, uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um contrato análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal*» pelo que «*não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual*», devendo «*ser celebrado um contrato escrito requerendo-se para o efeito a entrega dos documentos de habilitação da empresa Frente MarFunchal*» propondo-se «*a compra de cartões de acesso aos seus complexos Balneares no valor de 292.000,00€*».

Termos em que o Despacho da visada recaiu sobre uma informação que não só se fundamentava a necessidade de aquisição dos ingressos *in casu*, como ainda indicava o formalismo legal a adotar com vista à contratualização daquela aquisição, após a emissão do parecer favorável emitido pelo Departamento Jurídico e de Fiscalização da própria autarquia. Aliás, é nesse sentido que a própria visada, que não é jurista, emite o seu despacho, concordando com o proposto, confiando que ambos os departamentos responsáveis naquela fase já haviam validado o que vinha sendo proposto na respetiva Informação, competindo depois ao Vereador a decisão e ao departamento responsável pela contratação a sua formalização nos termos legais.

Acresce ainda o facto de ter sido solicitado pela Dr.ª Andreia Caetano, Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, esclarecimentos sobre o «Regime Jurídico das Empresas Locais- Frente MarFunchal, E.M.», tendo o Departamento Jurídico e de Fiscalização prestado a Informação com a ref.ª 578/2019, de 15 de maio, àquela Adjunta, donde indicaram que a aquisição de ingressos por parte do MF à FMF, E.M., «*é regulada pelo disposto no art.º 36.º da Lei n.º 50/2021, conjugado com o artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos*», sendo que no caso em apreço deve ser conjugado com o art.º 5º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), aditado pelo Decreto-Lei n.º111-B/2017, de 31/08, em vigor desde 1 de janeiro de 2018.

Ora, atento o disposto no art.º 6.º, n.º 1, do DL n.º 11/2012, de 20 de janeiro, aplicável por via do artigo 43.º, n.º 5, do Regime Jurídico das Autarquias Locais, «*os adjuntos*



prestam o apoio político e técnico que lhes seja determinado”, pelo que a referida Adjunta prestou o necessário apoio político e técnico, ao visado, e que se encontra de harmonia com a proposta da diretora do DEQV, que, na verdade, é uma proposta técnica - cfr. doc. n.º 1 que se junta.

O que o douto Tribunal acabou por inferir no Relato *sub judice* ao imputar à ora visada uma infração financeira pela alegada irregularidade (inexistente, reitera-se), em clara violação do disposto nos art.ºs 61.º, n.º 1 e 2 e 62.º, n.º 1 e 2, ex vi do art.º 67.º, n.º 3 da LOPTC, foi que nenhum dos Departamentos internos da CMF podem ser considerados “*estações competentes*”, a saber:

- O Departamento da Educação da CMF que elaborou e submeteu a proposta;
- O Departamento Jurídico e de Fiscalização que foi auscultado na formulação da proposta e deu o seu parecer favorável;
- O apoio prestado pelos adjuntos de apoio à Vereação e à Presidência, nomeadamente o apoio prestado pela Dr.ª Andreia Caetano, então adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência;
- O Departamento de Contratação Pública que depois, ao abrigo das suas competências, desencadeou os procedimentos legais para a sua contratualização,

Aliás, questiona-se, assim, ao douto Tribunal o que no seu entendimento podem ser consideradas “*estações competentes*”, uma vez que as informações prestadas pelos respetivos Departamentos internos competentes nessas matérias não se coadunam com o “*dever de cuidado, compaginável com a conduta de um gestor de dinheiros e ativos públicos, prudente, avisado e cuidadoso*” (conforme afirmado na página 30 do Relato).

Repare-se que, no caso, o Tribunal de Contas nem imputa à visada um qualquer juízo de culpa.

Ainda sobre esta matéria, reforça-se o espanto da visada quando o mesmo Tribunal de Contas, noutros Relatórios, já admitiu que uma informação elaborada pelos serviços competentes é compaginável com o entendimento de estações competentes previstas naquele art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933¹³, pelo que no presente caso, tendo sido adotada precisamente a mesma postura, não se percebe o que motivou a inflexão de entendimento por parte do Tribunal neste caso em particular.

Acresce ainda que a Informação em causa propôs a aquisição, de facto, e os despachos autorizam nos termos propostos, mas a respetiva autorização, adjudicação e assunção de despesa só pode ocorrer em momento posterior àquela Informação, que será o momento

¹³ Veja-se, p.e. os Relatórios n.ºs 02/2020-FP/SRMTC, 03/2020-FP/SRMTC, 10/2019-FP/SRMTC, entre outros, donde, atentas as informações elaboradas pelos serviços competentes e submetidas aos respetivos membros do governo ou autarcas responsáveis pela autorização da despesa, não lhes foi imputada, e bem, quaisquer responsabilidades financeiras atento o disposto no n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC.

em que serão desencadeados os procedimentos legais pré-contratuais aplicáveis *in casu*, pelo que é de todo incorreto imputar responsabilidade à visada pela autorização, adjudicação e assunção de despesa, quando daquela Informação não decorrem, de todo, essas factuais¹⁴.

Conclui-se, assim, que toda a argumentação constante do Relato para que se defenda que a visada não agiu como deveria carece de objetividade, revelando a construção de circunstancialismos com o intuito de evidenciar a prática de ilegalidades passíveis de imputação de responsabilidade financeira à visada, contrariando a própria natureza da responsabilidade financeira no nosso enquadramento legal.

IV. DA FALTA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A IMPUTAÇÃO DE INFRAÇÃO FINANCEIRA

Na verdade, ao contrário do que parece inferir-se do teor do Relato sob pronúncia, não estamos perante um tipo de responsabilidade objetiva, que possa ser imputada pela mera constatação de ilegalidade em qualquer atuação administrativa, mas sim uma responsabilidade de tipo punitivo ou sancionatório que exige, sempre e necessariamente, uma imputação de tipo subjetivo.

Ou seja, a responsabilidade financeira, quer reintegratória, quer sancionatória, pressupõe, **imperativamente, um juízo de culpa**, como resulta, de forma clara, dos artigos 61º, nº 5 e 65º, n.ºs 4 e 5 da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, ou seja, apurado o facto ilícito e identificados os seus agentes, urge apurar se a sua conduta foi culposa, uma vez que a culpa é um dos requisitos para efeitos de imputação de responsabilidade financeira.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas é, aliás, unânime neste sentido, como se pode ver, de entre muitas outras, pela sentença nº1/2004 (Proc. nº 6/JFR/2003: *"A responsabilidade financeira, por outro lado, apesar de depender da prática de actos ou omissões objectivamente qualificados como infracções financeiras, não tem natureza objectiva. E isto porque tal responsabilidade admite a relevância da culpa no comportamento dos responsáveis, de acordo com os critérios que a lei estabelece (art.º 64.º da Lei 98/97, de 26/8, e art.º 50.º da Lei 86/89, de 8/9).*

*São, assim, pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória o facto ilícito, numa das espécies que a lei prevê (alcance, desvio, pagamento, omissão de receita), o nexo de imputação do facto ao agente, o dano, o nexo de causalidade entre o facto e o dano e, finalmente, a culpa."*¹⁵

¹⁴ Anote-se ainda que, tendo presente o que dispõe o art.º 148.º do CPA quando determina que «consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta», não se pode considerar que com aquele despacho foram produzidos quaisquer efeitos jurídicos externos.

¹⁵ <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2004/3s/st001-2004-3s.pdf>



Note-se ainda que responsabilidade financeira¹⁶ era, facto, objetiva até à publicação da Lei n.º 2054, de 21/05/1952¹⁷, por não se fundar na culpa do contador e por não ter a ver com o dano concreto, mas apenas na obrigação que aquele responsável assumia de repor o montante exato dos valores em falta aquando da prestação de contas. Nesta medida o julgamento de contas não pressupunha o julgamento da responsabilidade dos agentes¹⁸, cujos eventuais ilícitos financeiros¹⁹ eram remetidos para os tribunais comuns porque coincidentes e conexos com outras formas de responsabilidade.

Contudo, com a publicação daquele diploma de 1952, é introduzida a avaliação do grau da culpa, que passou efetivamente a uma responsabilidade subjetiva com a publicação da Lei n.º 86/89, de 08/09, conforme opinião de Tavares e Magalhães²⁰, ao afirmarem, na anotação aos n.ºs 1 e 2 do art.º 50.º, que “*este preceito é importante sobretudo porque vem consagrar, sem qualquer dúvida, que só há responsabilidade financeira onde há culpa, ficando assim afastada a existência nesta matéria da responsabilidade objectiva – como era entendimento geral da doutrina.*”. Mas é através da publicação da Lei n.º 98/97, de 26/08, diploma que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que se efetiva uma responsabilidade delitual fundada na culpa.

Num ensaio sobre a delimitação do conceito, Antunes afirma ser a responsabilidade financeira um comportamento de um agente que “*investido no dever de observância da disciplina dos dinheiros ou valores públicos, pratica, por acção ou omissão, um facto culposo em violação daquela disciplina, ficando sujeito quer a sanções pecuniárias quer à obrigação de reposição de quantias ao património público*”²¹ (sublinhado do visado).

Todavia, o Relato não contém rigorosamente nada relativamente à imputação subjetiva da suposta infração ou aos seus pressupostos, tudo se passando como se estivéssemos no campo da responsabilidade objetiva, e não estamos, não se podendo ignorar a diferença entre o carácter cível da responsabilidade reintegratória e a natureza penal da sancionatória.

a. Sobre a culpa

¹⁶ Que se traduzia na responsabilidade pelo alcance.

¹⁷ Que promulgou as bases sobre a atribuição de responsabilidades em caso de alcance ou desvio de dinheiros ou valores do Estado, dos corpos administrativos, das pessoas coletivas de utilidade pública ou dos organismos de coordenação económica.

¹⁸ Julgar as contas não implicava julgar o contável, em termos de declarar a sua responsabilidade indemnizatória (in CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 36).

¹⁹ Assim denominados por a sua natureza ser financeira em função da área em que se verificavam e não por qualquer outra característica substantiva, processual ou de jurisdição (*idem*, pág. 37).

²⁰ TAVARES, JOSÉ e MAGALHÃES, LÍDIO, Tribunal de Contas – Legislação Anotada, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, ISBN 972-40-0462-7, p. 137. Ver também, no âmbito de aplicação da Lei n.º 86/89, a ST 04/1/FEV/14/3.ª Secção (*idem*, pág. 38)

²¹ ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, in *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, nº 54, julho/dezembro de 2010, pp. 21-52 (p. 34).

A culpa é um conceito fundamental no direito penal, embora não seja exclusivo deste ramo do direito, sendo essencial para o apuramento da responsabilidade, pois é a consequência ou efeito que recai sobre o culpado, e da medida dessa responsabilidade. A culpa serve de suporte à efetiva imputação de responsabilidade, pois não é suficiente que se apure a existência de uma violação e da identificação do seu autor, sendo necessária a verificação da culpa para a imputação²², ou seja, é necessário que sobre a conduta se faça um juízo de censura²³.

Em Direito Penal a culpa tem como pressuposto a liberdade do agente²⁴ e ²⁵, sendo esta um «juízo de censura» cuja materialidade advém da atitude do agente manifestada no ato ilícito (tipificado como tal) ²⁶, a qual pode configurar um tipo de culpa dolosa ou negligente²⁷.

Esta diferença reconduz-se, tradicionalmente, à teoria de que a punição de um ato doloso estava intrinsecamente ligada ao problema da consciência do ilícito²⁸, a qual embora tenha evoluído, continua a exigir verificação do elemento emocional, enquanto elemento adicional, na essência do tipo de culpa dolosa, no entendimento de Dias²⁹.

Defende ainda aquele autor³⁰ constituir um problema de culpa a relevância jurídico-penal do erro³¹, pois só «a partir de uma diferença de culpa se podem estabelecer diferenças

²² Neste sentido FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, op. cit., 1992, p. 260.

²³ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 179.

²⁴ De acordo com as teses da culpa da vontade, quando «se erige a liberdade em pressuposto do conceito material de culpa, aquela é em geral tomada como liberdade da vontade» pelo que «a culpa só pode ser censurabilidade da acção, por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter actuado de acordo com ele.», uma vez que o «poder de agir de outra maneira (...) é (...) requisito irrenunciável do conceito de culpa» – DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 516.

²⁵ O direito penal é realçado enquanto ordem de liberdade (cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222).

²⁶ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 529.

²⁷ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o ilícito-típico doloso comprova-se quando «o seu cometimento deve imputar-se a uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao Direito e às suas normas; se uma tal comprovação se não alcançar ou dever ser negada o facto só poderá eventualmente vir a ser punido a título de negligência (se esta se verificar e a espécie de delito cometido for punível também a esse título).» - in op. cit., 2007, p. 529.

²⁸ De acordo com a qual «uma punição a título de dolo suporia que, para além do agente representar e querer a realização do tipo objectivo de ilícito (dolo do tipo), actuasse com consciência do ilícito, isto é, representasse por alguma forma que o facto intentado era proibido pelo Direito.» - in op. cit., 2007, p. 530.

²⁹ *Idem*, p. 530.

³⁰ *Idem*, p. 549.

³¹ No direito português um erro que exclui o dolo existe em três casos: «1) quando verse sobre elementos, de facto ou de direito, de um tipo de crime; 2) quando verse sobre os pressupostos de uma causa de justificação ou de uma causa de exclusão da culpa; 3) quando verse sobre proibições (ou imposições, no caso de omissão) cujo conhecimento seria razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência do ilícito.» - in op. cit., 2007, p. 542 e 543.

1950

*de relevância das espécies de erro*³², cuja análise deve fundamentar-se no «cerne da culpa material» das funções desempenhadas no sistema em que se insere a tipificação.

Nos factos negligentes, o conteúdo da culpa é, de igual modo, dado pela censurabilidade da atitude descuidada ou leviana revelada pelo agente, sendo necessário apurar se o mesmo se encontrava em condições de, atentos os seus conhecimentos e as suas capacidades pessoais, cumprir “o dever de cuidado” ou se se encontrava em condições de evitar o resultado³³. Defende Costa³⁴ que a negligência estrutura-se a partir de dois elementos, sendo o primeiro a omissão de um dever objetivo de cuidado e o segundo o da previsibilidade da verificação do ilícito³⁵.

Neste sentido Engisch³⁶ explica: «para que a culpa negligente se afirme, não é necessário (nem possível) apelar ao concreto poder do agente de actuar de outro modo na situação», sendo a mesma aferida de acordo com a experiência normal³⁷ onde «os outros, agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente, teriam previsto a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-la-iam evitado».

A negligência, que se traduz na ausência do querer relativamente ao resultado típico, pode ser consciente, por o agente chegar a representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo legal de crime sem se conformar com ela, ou inconsciente, onde o agente nem chega a formular aquela representação³⁸.

Outro fator relevante na análise da culpa é o da existência de causas de exclusão da culpa, na medida em que se não for razoável ou exigível ao agente, atentas as suas capacidades, atuar em conformidade, não poderemos consubstanciar um juízo de censura sobre o mesmo pela verificação do ilícito³⁹, cuja análise deve ser feita casuisticamente.

Nos termos do n.º 5 do art.º 61.º e n.º 3 do art.º 67.º da LOPTC, a culpa constitui um dos requisitos essenciais da responsabilização do agente⁴⁰, pelo que é sempre necessária a prova da culpa do agente, para efeitos de efetivação de responsabilidade financeira,

³² *Idem*, p. 543.

³³ Neste sentido DIAS, JORGE FIGUEIREDO, op. cit., 2007, p. 898.

³⁴ COSTA, JOSÉ FÁRIA, op. cit., 2015, p. 383.

³⁵ Que o mesmo seja previsto ou ao menos previsível.

³⁶ Apud JORGE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 2007, p. 899.

³⁷ Tipo normal subjetivo, de acordo com o qual o conhecimento real das consequências de uma ação e a capacidade de as evitar correspondem à experiência normal do tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente (*Idem*, p. 899).

³⁸ Cfr. COSTA, JOSÉ FÁRIA, op. cit., 2015, p. 393, e art.º 15.º CP.

³⁹ COSTA, JOSÉ FÁRIA, op. cit., 2015, p. 428.

⁴⁰ Uma vez que estamos perante a autonomização de dois momentos de valoração do facto, sendo um a ilicitude, onde analisamos a conduta sem atender às qualidades do sujeito, e outro a culpabilidade, onde avaliamos o comportamento e as qualidades do agente - teoria do «ilícito pessoal» arguida por COSTA, ANTÓNIO MANUEL TAVARES DE ALMEIDA, *Ilícito Pessoal, imputação objetiva e participação em direito penal*, Tese de Doutoramento, 2013, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, p. 11.

incumbindo ao visado demonstrar que administrou e aplicou os dinheiros públicos em causa de forma legal e conforme aos princípios da boa gestão⁴¹. A responsabilidade financeira reveste natureza subjetiva⁴² precisamente pela necessidade de existência de culpa⁴³, cujos danos emergem de um ato voluntário e culposo, a qual só pode ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso, sendo necessário recorrer ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos⁴⁴.

Desta forma, e para efeitos de apuramento de responsabilidade financeira⁴⁵ urge averiguar se o agente atuou de acordo com a diligência que seria exigível em face do condicionalismo próprio do caso concreto. Mas, não obstante a verificação do critério da diligência exigível, poderão, ainda assim, ocorrer infrações financeiras, pelo que se torna necessário aferirmos da boa-fé do agente na prática das mesmas, isto é, se o agente atuou com zelo e diligência na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a prática da infração.

Este conceito de boa-fé admite, assim, a avaliação das circunstâncias desculpabilizantes⁴⁶ na aferição da culpa do agente nas infrações financeiras verificadas, tais como a proliferação de legislação extravagante, da extensão das disposições legais aplicáveis, da divergência da jurisprudência sobre a mesma questão jurídica e ainda da inflexão do entendimento dos órgãos jurisdicionais.

Assim, quer na fase de auditoria, quer na fase jurisdicional é essencial expor, documentar e provar os factos que consubstanciam a infração e, assim, a culpa do agente, não sendo suficiente indicar apenas o incumprimento da norma cujo facto integra a infração financeira⁴⁷. Ora, salvo o devido respeito, o Relato submetido a contraditório não aborda, nem tão pouco desenvolve, todos os elementos essenciais ao apuramento de

⁴¹ Na opinião de ANTUNES, os responsáveis financeiros devem demonstrar que utilizaram os dinheiros e valores públicos como um cuidadoso e diligente gestor público e para os fins a que se destinam (ANTUNES, CARLOS MORAIS, *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, nº 54, julho/dezembro de 2010, p. 21-52 [p. 47]).

⁴² Vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume - -AAFDL - 1980, pág. 267 e segs. (cit. por MACEDO, ADALBERTO JOSÉ BARBOSA MONTEIRO DE, op. cit., 2007, p. 33)

⁴³ Defende CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (in op. cit., 1999, p. 219) que a imputação por facto ilícito «postula duas instâncias de controlo do sistema sobre a sua estatuição», sendo um a ilicitude, ou seja a violação de normas jurídicas, e outro a culpa, na medida em que «a ação deve assentar numa tal relação de meios-fins que o agente incorra num juízo de censura, seja por ter pretendido directa, necessária ou eventualmente atingir as normas violadas (dolo), seja por não ter pretendido pautar-se pelos deveres de cuidado que ao caso caibam (negligência)».

⁴⁴ Cfr. Sentença n.º 03/2011 – 3ª Secção.

⁴⁵ Na análise da culpa em infrações financeiras, CLUNY (op. cit. 2011, pp. 133 e 134) socorre-se da posição defendida por ALEJANDRE NIETO, de que a mesma é constituída pela diligência exigível (no conhecimento do ilícito), a boa-fé (na gestão dos dinheiros públicos) e o risco (contida no tipo de norma, porque o legislador entende que determinada conduta provoca, por si mesma, um risco ou pode produzi-lo), os quais surgem evidenciados na diversa jurisprudência emanada pelo TdC.

⁴⁶ Como defendido por FERNANDES CADILHA (apud CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 137).

⁴⁷ *Idem*, p. 138.



responsabilidade financeira, retendo-se, repita-se, numa imputação objetiva de responsabilidade, quando se exige uma ponderação com rigor, isenção e honestidade intelectual do juízo de censura (culpa) enquanto pressuposto essencial deste tipo de responsabilização.

Ora, nos termos do art.º 17.º, 1, do CP «*age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude da facto, se o erro lhe não for censurável*».

No que se refere às infrações financeiras previstas no art.º 65.º da LOPTC, para se apurar a existência de uma verdadeira infração torna-se necessário distinguir o simples erro da conduta ilícita, a qual preenche uma ação ou omissão tipificada como infração financeira, incluindo-se aqui as irregularidades⁴⁸ que possam ter consequências ao nível da efetivação de responsabilidade financeira.

O simples erro traduz-se na ocorrência não voluntária e imponderável, como é o caso dos erros materiais. Estes não são atos capazes de serem atribuídos à vontade e assim, à culpa, mesmo que negligente, dos seus autores. Importa aqui saber se o erro resultou de uma conduta ilícita, isto é, se uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha, ou se aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu⁴⁹.

Como refere António Cluny, «*Na verdade, o que importa saber é se o erro resultou de uma conduta ilícita - uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha - ou, pura e simplesmente, aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu. (...) Concluindo, a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.*»⁵⁰.

Como é sabido, o erro sobre a ilicitude verifica-se quando o agente não conhece a norma de proibição que respeita ao facto, ou, conhecendo-a, tem-na por não válida, ou, em consequência de uma interpretação incorreta, representa defeituosamente o seu âmbito de validade, considerando, em consequência disso, o seu comportamento como juridicamente admissível⁵¹.

⁴⁸ Nos termos do *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas*, a irregularidade, traduz-se «*numa violação, intencional ou não, de uma lei ou de uma norma ou princípio contabilístico ou administrativo aplicável*». (cfr. p. 73 in <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/manual.pdf> [consultado a 29/06/2016]).

⁴⁹ In CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011 p. 124.

⁵⁰ CLUNY, António op. cit., pp. 124-128.

⁵¹ SERRA, TERESA, *Problemática do Erro sobre a Ilicidade* (1991), p. 67.

Tal erro, como implicitamente decorre do acabado de referir, abrange duas realidades ou situações distintas, muito embora ambas se encontrem submetidas ao mesmo regime.

Numa primeira situação, a qual é usual denominar de erro directo ou sobre a norma punitiva, o agente não conhece – ou, conhecendo-a, considera-a revogada ou interpreta-a erradamente – a norma proibitiva que concerne directamente ao facto, tomando o seu comportamento como permitido e aprovado pelo Direito.

Numa segunda situação, a qual é comum designar-se de erro indirecto ou erro de permissão, o agente, conhecendo embora o desvalor jurídico que implica o preenchimento do tipo, erra sobre a intervenção de uma norma permissiva.

Por outro lado, o erro pode ainda verificar-se numa terceira situação. Ela ocorre quando o erro incide sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto⁵².

Certo é que o erro sobre a ilicitude – seja direto, indireto ou de tipo permissivo – pode ser evitável ou inevitável. No entanto, só o erro inevitável ou não censurável constitui uma causa de exclusão da culpa.

Em suma, não obstante a utilização de um critério de diligência exigível, poderão ocorrer infrações financeiras, pelo que há que aferir da boa-fé do agente na prática das mesmas, averiguar se o agente atuou com zelo e na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a prática da infração, uma vez que apenas o erro não censurável isenta o agente de responsabilidade.

Facilmente se constata que a visada agiu de forma não censurável, pois a mesma agiu na convicção de ser não só legalmente possível a aquisição em apreço, tal como informado na já referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, como se verificava ser a atuação mais vantajosa, financeiramente, para o MF, conduta esta que não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município. Em momento algum de todo o procedimento foi posta em causa a convicção da visada de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigada. O mesmo é dizer que a presente contraditada não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade porquanto todas as informações que lhe foram fornecidas pelos serviços (ou pelas “*estações competentes*”) em nada alertaram nesse sentido.

E, ainda que o douto Tribunal mantenha a opinião de que com aquela atuação estamos perante uma ação por parte do responsável nos termos do n.º 1 do art.º 61.º da LOPTC, o que não se concede, refira-se que a responsável é licenciada em Filologia Germânica e passou por cargos de direção de escola, confiando, naturalmente, as suas decisões sobre matérias que não são da sua especialidade de formação técnica e/ou profissional, nas informações e opiniões técnicas trazidas e emanadas pelos seus técnicos nas mais diversas áreas, sem ter motivos ou fundamentos para de tais opiniões desconfiar ou discordar,

⁵² SERRA, TERESA, in op. cit., p. 69 e 79.

Beoo

nomeadamente nas áreas financeira e jurídica, tal como ocorreu no caso em análise, recaindo assim na exceção prevista no art.º 61.º, n.º 2 da LOPTC.

Em momento algum de todo o processo foi posta em causa a convicção do responsável de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigado. O mesmo é dizer que o visado não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade, inexistente de facto, como acima já evidenciado.

Repare-se que a competência do responsável, enquanto, à data, Vereadora da Câmara Municipal do Funchal, não abrange a obrigação de realizar estudos de natureza jurídica – a Vereadora não emite pareceres ou elabora estudos jurídicos em matéria de natureza jurídica, não sendo ainda a visada licenciada em Direito ou Solicitoria.

Ora, como já se esclareceu, para que se verifique uma responsabilidade financeira sancionatória é absolutamente imprescindível ter ocorrido uma infração financeira, o que não foi o caso, sendo também imprescindível verificar, em concreto, se a conduta imputada à visada como alegada responsável configura, de facto, uma violação de normas de proteção de interesses de natureza financeira vigentes.

Veja-se o que refere, com particular acuidade, António Cluny:

«Saber eleger, por via dos enunciados algo vagos e muito amplos das alíneas do artigo 65º da LOPTC, as normas que dizem efectivamente respeito aos princípios e valores que o Direito Financeiro quer proteger, é uma tarefa que o intérprete tem de conduzir com cuidado. Isto se não quer correr o risco de estender a acção sancionatória do Tribunal de Contas a áreas que possam, na realidade, interferir com atribuições e competências de outras jurisdições.»⁵³

Aquele ilustre Magistrado conclui, mais adiante, perentoriamente que:

«Para se concluir que se está perante uma verdadeira infracção financeira haverá sempre que tomar em consideração duas questões essenciais.

De um lado, aquilo que pode ser considerado um simples erro; portanto uma ocorrência não voluntária e imponderável.

Na verdade, face às dificuldades resultantes daquela técnica de definição legal dos tipos infraccionais, importa, primeiro, entender muito exactamente se se está, apenas, perante meros erros (erros materiais por exemplo) ou já perante irregularidades com relevância financeira efectiva, imputáveis a título de culpa aos seus autores.»⁵⁴

⁵³ CLUNY, António - Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 122-124.

⁵⁴ CLUNY, António – op. cit., p. 124.

Ora, no caso em apreço, a conduta da visada não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município como já demonstrado.

O que não pode deixar de ser devidamente ponderado e considerado em sede de um procedimento em que se imputa uma sanção gravosa a um eleito local pela atuação empreendida em matéria de legalidade financeira.

Ressalva-se, ainda, que a requerente foi surpreendida com a interpretação agora adotada pelo Tribunal de Contas.

Tudo isto tem a ver «*com as necessárias adaptações*» da aplicação das disposições de responsabilidade reintegratória (art.ºs 61º e 62º da LOPTC) ao caso da responsabilidade sancionatória, e com a necessidade de ter em consideração os títulos I e II do CPenal. Não é correta, pois, a posição constante do Relato, quando, indevidamente, e com preterição de princípios elementares do direito sancionatório, se pretende imputar responsabilidade sancionatória ao visado, esquecendo que “as necessárias adaptações”, por um lado, e as disposições constantes dos Títulos I e II do CPenal, citados, no presente caso, têm total aplicação, *ex vi* do nº 4 do artº 67º da LOPTC e afastam, de todo, tal responsabilidade.

No mínimo, estamos perante uma situação semelhante à que mereceu do digno representante do Ministério Público junto deste Tribunal, ao tempo, o distinto Magistrado, Procurador Orlando Andrade Ventura, o seguinte despacho: «*(...) no direito financeiro, só existe responsabilidade sancionatória, caso a acção ou omissão do agente seja culposa – artigos 61º, nº 5 e 67º, nºs 2 e 3, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.*

Na verdade, a responsabilidade sancionatória, no âmbito do direito financeiro, impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos, pois não é concebível postergar tais conceitos e princípios quando se apela, na Lei nº 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção, sendo pacífico que os conceitos ordenadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do direito se devem adequar aos princípios e conceitos estruturantes do direito penal onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento.

O Código Penal assinala, na parte introdutória que «um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta».

Há, pois, que analisar se as condutas dos responsáveis justificam uma censura e reprovação por não corresponderem nem se enquadrarem nas que seriam exigíveis a um responsável da administração confrontado com o circunstancialismo apurado no processo.

Nos casos em análise, os elementos disponíveis não nos permitem concluir que os responsáveis pelos respectivos procedimentos tivessem agido de forma deliberada e

1200

consciente, com o intuito de não cumprir os preceitos legais, o que afasta, o dolo, em qualquer das suas formas – artº 14º do Código Penal.

Mas, afastará a negligência, ou seja, a falta de cuidado, que, segundo as circunstâncias concretas estavam obrigados e eram capazes – mesmo quando não chegassem, sequer, a representar a possibilidade de realização do facto?

A negligência relevante para os efeitos de imputação subjectiva de um facto ilícito impõe que a acção ou omissão do agente sejam aferidas pela conduta que teria um «bónus pater familiae» nas concretas circunstâncias que rodearam a prática ou a omissão do facto. E que a falta de cuidado tenha sido a causa do mesmo.

Ora, analisando os factos indiciados, as circunstâncias em que foram praticados e, designadamente, as considerações tecidas pelos responsáveis, em sede de contraditório, entendemos que terão agido de boa fé, convencidos que a sua conduta não era ilegal, sendo duvidoso considerar que lhes era exigível, outra conduta, o que afasta a culpa ou, pelo menos, não nos permite concluir, que tenham agido com culpa, sendo que essa conduta não justifica uma censura de natureza sancionatória».⁵⁵

As especificidades da matéria em causa tornam, necessariamente, compreensíveis as preocupações de interesse público, que determinaram a conduta da visada.

Sabemos bem que as preocupações do Tribunal de Contas e a exigência de rigor na observância dos procedimentos legalmente estabelecidos, na área financeira, visa assegurar a melhor gestão dos dinheiros públicos e gastos desnecessários, sendo que, neste particular, a preocupação da visada foi assegurar esse mesmo objetivo, pelas razões que já aduziu.

V. DA EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO

De igual modo, em relação à execução material deste contrato não existiu violação de quaisquer regras.

A fim de proceder à verificação da regularidade da execução material do contrato em análise, no âmbito desta auditoria, foi verificado:

- a) O destino dado aos cartões adquiridos;
- b) As respetivas condições de utilização por parte dos seus destinatários; e
- c) Os controlos instituídos para a salvaguarda do interesse e da utilidade pública da despesa em causa.

Após a análise dos elementos fornecidos pelo Município do Funchal, o Tribunal concluiu que a execução material do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que não foi previamente fixada a regulamentação das condições

⁵⁵ In despacho proferido no Processo MP nº 75/2007.

bem.

de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, nem foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual – vide o ponto 3.3.1 do relato.

Ora, esta conclusão só se pode ficar a dever a uma deficiente delimitação da realidade subjacente ao contrato ora auditado, que não permitiu que a execução do mesmo fosse analisada nos seus devidos termos.

Para perfeita apreensão do que está aqui em causa, não se pode senão reiterar aquilo que já antes foi afirmado por este Município no âmbito desta auditoria e que se subsume ao seguinte:

Conforme estatuído nas alíneas d), f), g) e h) do n.º 2 do artigo 23.º da Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, constituem atribuições do Município, entre outras, a educação, os tempos livres e desporto, a saúde e a ação social.

Esta aquisição enquadra-se no cumprimento dessas competências e no desenvolvimento de uma política social que cria as condições para que todos os escalões etários e os munícipes de setores socialmente deprimidos, numa perspetiva de inserção social, tenham acesso a uma melhor saúde e melhor qualidade de vida.

Incluiu-se a população idosa que frequenta os espaços municipais neste programa, que ajuda a combater a solidão, a melhorar a saúde física e mental e a autoestima desta faixa etária, e optou-se por proporcionar um acesso gratuito à praia a crianças que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis e que só com ajuda social conseguem frequentar, com regularidade, ambientes de qualidade superior e que possuem boas e seguras acessibilidades ao mar e às piscinas, o que ajuda a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado que outras crianças mais facilmente possuem por pertencerem a escalões sociais menos vulneráveis.

O Município do Funchal presta apoio social aos seus munícipes através dos equipamentos sociais que gere, a saber: Centro Comunitário do Funchal, ginásios municipais e Atividades de Tempos Livres que são organizados pelas juntas de freguesia e pela "SocioHabitaFunchal - Empresa Municipal de Habitação E.M."

Assim sendo, o Município do Funchal criou condições para que os mais velhos e os mais novos, utentes dos equipamentos sociais do município (ginásios, centros comunitários e Ludoteca) e frequentadores das Atividades de Tempos Livres dos centros comunitários, inseridos em bairros sociais, geridos pela SocioHabitaFunchal- Empresa Municipal de Habitação, E.M., bem como os utentes que frequentam atividades nas Juntas de Freguesia do Concelho, usufruam do acesso ao mar, em boas condições de segurança, sendo que os beneficiários mais velhos poderiam, ainda, desfrutar de aulas de hidroginástica, e o público infantojuvenil poderia desfrutar de um programa de atividades de educação



ambiental (Bandeira Azul da Europa), no período estival, proporcionado pelos Centros Azuis, sediados nos Complexos Balneares da Empresa FrenteMarFunchal, E.M.

Ou seja, estamos perante um apoio social que procurou criar oportunidades e direitos iguais para todos, focado na promoção do bem-estar e qualidade de vida de grupos vulneráveis da população, nomeadamente crianças, jovens e idosos, que não foi constituído por uma prestação em dinheiro, mas num programa de inserção que integra um contrato no âmbito do conjunto de ações estabelecidas com vista a uma inserção social dos seus beneficiários.

Tendo presente esta realidade, verifica-se que, para efeitos do disposto no Código de Procedimento Administrativo, consideram-se regulamentos administrativos «*as normas jurídicas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos*» – vide artigo 135.º, do Código de Procedimento Administrativo.

Os regulamentos são, assim, quaisquer normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal («regulamentar») e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas ou à organização dos serviços administrativos (regulamentos orgânicos ou organizativos) e na disciplina do funcionamento da administração (regulamentos funcionais ou operacionais), quer na regulação das relações jurídicas entre entes públicos e entre particulares (regulamentos relacionais).

Inferre-se do que ficou exposto no relato que os auditores consideraram que se deveria criar um regulamento como norma geral (com destinatários indeterminados) e abstrata (aplicável a situações da vida indeterminadas), de execução permanente (“*vigência sucessiva*”), para fixar critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares e regras de utilização dos cartões, bem como das entidades envolvidas na sua distribuição.

Ou seja, é afirmado no relato que deveria ter sido criado um regulamento com um procedimento de candidatura ou de adesão.

Este raciocínio estaria correto se qualquer munícipe pudesse candidatar-se à atribuição e utilização destes cartões, caso em que, como é óbvio, não poderia ser levada a efeito uma análise casuística, efetuada por trabalhadores a atribuir e selecionar os titulares dos mesmos.

Todavia, não foi isto que se passou neste caso, uma vez que nenhum munícipe, por iniciativa própria, teve acesso aos cartões.

Como acima ficou dito, estes cartões inserem-se num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia do Município do Funchal, que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos em listagens próprias para o efeito, elaboradas de acordo com as regras e critérios utilizados por essas

entidades para essa seleção. Os cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que são estruturados de acordo com as normas que lhes permitem ter essas valências e funções.

Nos espaços municipais, a entrega desses cartões foi feita de acordo com a assiduidade nas aulas/disponibilidade nas atividades ou, ainda, balizada pelas carências financeiras dos beneficiários dos mesmos, como acontece com qualquer atividade que aí se realize.

No caso do ATL da Ludoteca, todas as crianças participantes do programa tiveram acesso ao projeto. Neste caso, os cartões ficaram na posse do departamento municipal, responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as nos dias de atividade nos Complexos Balneares.

Atendendo ao recorte da utilização destes cartões, não teria razão de ser a criação de um regulamento, como se de um procedimento aberto a participação de qualquer munícipe se tratasse, uma vez que as entidades a que os mesmos iriam ser disponibilizados estavam, desde logo, identificadas e os mesmos seriam incorporados nos programas sociais que estas realizam.

Para além desta questão perante o Direito aplicado ao caso, não corresponde à realidade que não tenha sido fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição.

O Código dos Contratos Públicos regula, não apenas a fase de formação dos contratos públicos, mas também a fase de execução daqueles que revistam a natureza de contrato administrativo (de acordo com os critérios fixados no n.º 6 do artigo 1.º).

Neste mesmo diploma legal, procedeu-se à distinção entre contratação pública e contratos públicos (artigo 1.º, n.º 2):

- a) A contratação pública diz respeito à fase de formação dos contratos públicos, a qual se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato;
- b) Os contratos públicos são todos aqueles que sejam celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no Código de Contratos Públicos, independentemente da sua designação (por exemplo: protocolo, acordo, etc.) e da sua natureza (pública ou privada).

Existe, pois, uma fase de formação dos contratos públicos e uma fase de execução dos mesmos contratos.

Antes de mais, vejamos como ficou definida a cláusula terceira do contrato em causa nesta auditoria:

«CLÁUSULA 1º

1200

OBJECTO DO CONTRATO

O Segundo Outorgante obriga-se perante o Primeiro Outorgante ao fornecimento, de 1600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a gestão da empresa municipal Frente Mar Funchal conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa frente mar funchal que se dão por integralmente reproduzidos.»

Ora, neste contrato, na informação de abertura e respetiva proposta da empresa FMF, E.M., estão previstas as obrigações de ambas as partes em sede de execução contratual.

As prestações objeto do contrato estão descritas em termos fixos nessas peças e o regime normativo legal nesta matéria afirma-se como um comando que se impõem na aquisição, pelo Município do Funchal, destes cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M., e na posterior execução do contrato que a corporiza.

Segundo a lógica que particulariza a figura do contrato administrativo, considera-se que a execução correta e atempada das obrigações contratuais pelo cocontratante não satisfaz apenas o mero “*interesse do credor*”, *id est*, o interesse legítimo – e protegido pela ordem jurídica – que tem qualquer parte de um contrato em ver realizados os seus direitos (de crédito) sobre a outra parte.

Embora esta dimensão especificamente contratual, interpartes, também esteja presente, assume-se que o cumprimento do contrato por um agente que colabora com o contraente público na realização dos fins públicos é um fenómeno que extravasa a pura dimensão contratual, comportando uma direta relevância para o interesse público.

A tutela ou proteção do «*interesse público no cumprimento do contrato*» efetiva-se mediante mecanismos e instrumentos vários que desempenham esta função de garantia de cumprimento ou da execução do contrato administrativo.

Importa ter presente que, como consequência da outorga do contrato administrativo, o cocontratante não se vincula apenas a cumprir as obrigações inscritas no contrato: eis o que resulta de o contraente público dispor, por exemplo, do «*poder de dirigir o modo de execução das prestações*» (cfr. artigo 302.º, alínea a), do Código de Contratos Públicos), em cujo exercício pode impor «*ordens, directivas e instruções*» em «*matérias carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas no contrato*» (artigo 304.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos).

Assim, enquanto parte do contrato administrativo, o cocontratante integra-se numa relação jurídica que comporta a sua sujeição ao poder público de imposição de obrigações de que dispõe o contraente público (no exercício das funções de direção e de fiscalização do contrato), uma vez que o contraente público tem a responsabilidade legal de assegurar a realização do interesse público a que a decisão de contratar pretendeu responder.

Dispõe, nesse âmbito, de poderes de direção e de fiscalização do cumprimento do contrato pelo seu cocontratante (artigos 303.º a 306.º, do Código de Contratos Públicos).

Estabelece-se, no artigo 303.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos, que, mediante o exercício desses poderes, o contraente público assegura «a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar», apresentando uma extensão variável – dependente do tipo de contrato ou do tipo de prestações em causa –, o poder de direção concretiza-se, em geral, mediante a emissão de ordens, diretivas e instruções sobre a execução das prestações contratuais, «sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa», nos termos do n.º 2 do artigo 304.º do Código de Contratos Públicos.

Ora, conforme resulta da Cláusula 1.ª do Contrato avulso 65/2019, celebrado a 23 de maio de 2019, entre o Município do Funchal e a FMF, E.M., esta vinculou-se a proporcionar 1600 cartões, cada um com 50 entradas, nos complexos balneares por si geridos, de acordo com especificado no quadro abaixo:

	Cartões/ Utentes	Entradas	Custo
ATL Juntas de Freguesias	400	20000	73 000,00 €
SHF	150	7500	27 375,00 €
Ludoteca CMF	50	2500	9 125,00 €
Ginásios Municipais	750	37500	136 875,00 €
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	45 625,00 €
Total	1600	80000	292 000,00 €

Estes cartões foram fornecidos de forma faseada e consoante os pedidos formulados pelo Município do Funchal, em articulação com as entidades e serviços que deram uso aos mesmos, de acordo com as atividades que os mesmos tinham definidas nos seus planos de atividades.

Toda a execução material deste contrato foi rigorosamente controlada pelo Município do Funchal, uma vez que a entrega dos cartões foi feita de acordo com as listas definitivas



que haviam servido de base à emissão dos mesmos, elaboradas pelos coordenadores dos diferentes serviços, ginásios municipais, centro comunitário do Funchal, centros comunitários da SHF e ATLS das juntas de freguesia.

Não resulta evidenciado no relato que não tenha existido planeamento, nem prévia fixação de critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares.

Foi também demonstrado a existência de regras de utilização dos cartões, dado que os mesmos eram de uso pessoal e intransmissível e exibiam o nome do utente e a numeração no próprio cartão, sendo entregues aos próprios destinatários, descarregando-se esta entrega nas listas de controlo dos serviços respetivos.

Através da utilização de um *software* de controlo de entradas, foi apurado o número de cartões emitidos, informação esta que, cruzada com as listagens, permite apurar todos os utentes que entraram nos complexos balneares geridos pela FMF, E.M.

O relato não demonstra que as coisas assim não se passaram e, apesar de afirmar que não foi remetida qualquer relação dos utilizadores, com indicação do número de entradas até então usufruídas e das respetivas datas dessa utilização, antes de chegar a esta conclusão deveria ter solicitado ao Município do Funchal que juntasse a estes autos todos os elementos necessários à corroboração desta realidade.

Em suma, estes cartões foram entregues de acordo com o que foi contratualizado, de acordo com a direção e fiscalização do Município do Funchal e foi verificada a sua conformidade e aptidão para o efeito que esteve na origem da celebração deste contrato.

Aqui chegados, verifica-se, também, que, no relato objeto deste contraditório, é afirmado que foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1.600 cartões contratados, pelo montante de 292.000,00 € (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E. M., só ter fornecido 1.070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega, e que, em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 530 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 66,9% – vide o ponto 3.3.2 do relato.

Ora, como notou o Tribunal de Contas no Relato *in casu*, durante o mês de junho de 2019, o Município do Funchal procedeu ao pagamento da totalidade dos 1.600 cartões e foram emitidos, até outubro desse ano, apenas 1.042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais), ou seja, menos 558 unidades do que as adquiridas, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 65,1%.

Para perfeita apreensão do que aqui está em causa é importante deixar novamente aqui expresso duas notas.

A primeira é que esta aquisição enquadrou-se no desenvolvimento de uma política social que procurou criar as condições para que os munícipes de setores socialmente deprimidos, onde se inclui os mais idosos e as crianças, pudessem ter um acesso gratuito à praia, uma vez que estes cidadãos, que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis, só com ajuda social conseguem frequentar um sítio de qualidade, que possua boas e seguras acessibilidades ao mar e piscinas, por forma a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado.

A segunda é que estes cartões se inseriram num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia deste Município que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos sendo que estes cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que se realizavam de acordo com os seus planos de atividades.

Partindo desta realidade, verificamos que o douto Tribunal, numa análise cega às condições de execução deste contrato, ignoraram completamente que em Portugal, a época balnear estende-se de junho a setembro, variando a sua determinação rigorosa com as condições locais – vide Lei n.º 44/2004, de 19 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 100/2005, pelo Decreto-Lei n.º 129/2006, de 7 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 256/2007, de 13 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 135/2009 de 3 de Junho.

O que equivale a dizer que, entre o período de junho a setembro, os cartões seriam utilizados, motivo pelo qual foram pagos no mês de junho de 2019, e em outubro desse ano, apenas 1 042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais) estavam utilizados.

Os restantes 558 cartões foram utilizados entre junho de 2020 e setembro do mesmo ano, de forma faseada e criteriosa, tendo em atenção a situação pandémica que se vivia na altura e vive atualmente.

Note-se que, é durante a época balnear que existe vigilância e assistência aos banhistas, por isso esses espaços não podem ou não devem ser frequentados por crianças e seniores fora dessa época.

Todos os cartões adquiridos e pagos foram entregues e utilizados de acordo com as estratégias de inclusão social das entidades que os utilizaram e não existe qualquer evidência, ou melhor dizendo, qualquer prova no relato que infirme esta realidade.

Assim sendo, não se pode de forma alguma afirmar que a execução material e financeira deste contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada.

VI. CONCLUSÃO

A visada sempre atuou de boa fé, não prejudicando e sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário público, não tendo o mesmo retirado qualquer benefício pessoal com os atos praticados.

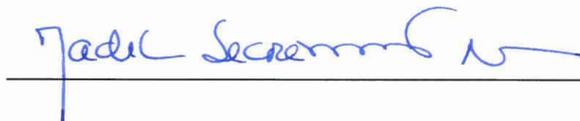
A visada sempre atuou convencida que cumpria com a Lei, atuando em conformidade com a mesma.

Neste contexto, e sem conceder quanto ao entendimento da inexistência de qualquer infração por parte da visada, por todas as razões acima referidas, ainda assim, no mínimo, afigura-se-nos estarem reunidas as condições do n.º 9, do artigo 65.º da LOPTC, no sentido de serem inexistentes a culpa dos demandados e não haver lugar a qualquer sanção.

Nestes termos, cumprido o contraditório, deverá o Relatório ter em conta as considerações e razões desenvolvidas e ser objeto das alterações imprescindíveis ao respeito pelo Estado de Direito e pelo ordenamento jurídico vigente, e princípios fundamentais que dele dimanam, concluindo-se pela inexistência de qualquer infração financeira.

Junta: 1 documento

A visada,





SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Proc. n.º 03/2020 – ARF

Vossa referência: S 48/2021, de 08/01/2021

TRIBUNAL DE CONTAS – SRMTC

E 380/2021
2021/2/25



Assunto: *Relato da auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.*

MUNICÍPIO DO FUNCHAL



SAÍDA
S20210000025/8

DATA REG.
2021-02-25

Exmo. Senhor

Juiz Conselheiro da Secção Regional

da Madeira do Tribunal de Contas

IOLANDA CATARINA GOMES PESTANA DO VALE LUCAS, notificada para, querendo, alegar o que tiver por conveniente sobre o teor do relato da “*Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M.*”, vem, ao abrigo do disposto no artigo 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, expor e requerer a V/ Ex.ª o seguinte:

I. ENQUADRAMENTO

Nos termos do ponto 3.1.1. e 3.1.2. do relato, foi indiciada a prática de infração financeira, fundamentada no desrespeito do art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), do art.º 3.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo (CPA), do art.º 1.º - A, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplicável por força do art.º 5.º - B do CCP, do ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do POCAL, dos princípios vertidos no art.º 18.º, n.º 1 e 2, aplicável ao sector local, *ex vi* n.º 1 do art.º 3.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais (RFALEI)¹, do art.º 36.º, n.º 2 e 4, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), e ainda os art.ºs 32.º, n.º 4, 47.º, n.º 1 e 50.º, n.º 2 igualmente do RJAEL, porquanto, no âmbito do contrato de aquisição, pelo Município do Funchal (MF), de cartões de acesso aos complexos balneares geridos pela Frente MarFunchal, E.M. (FMF), o Município do Funchal:

1. «*não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens*

¹ Aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro.



comparáveis, circunstância que contraria o estatuído no art.º 36.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL), e, a contrario sensu, o previsto no n.º 4, com a consequente não adoção do instrumento contratual devido, in casu, o contrato-programa (cf. os pontos 3.1.1 e 3.3);

2. (...) *não demonstrou o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando da fixação das condições de compra dos cartões de acesso a coberto das tarifas praticadas pela FMF, E.M., o que, a acontecer, teria originado uma redução do custo de cada pacote de 50 entradas (cf. Os pontos 3.1.1 e 3.3).*

Circunstancialismo que reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF, a coberto de um contrato de aquisição de bens (cf. Os pontos 3.1.1 e 3.2).

3. *A execução material e financeira do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que:*

a. *Não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, tal como não foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual (cf. o ponto 3.3.1);*

b. *Foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1 600 cartões contratados, pelo montante de 292 000,00€ (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E.M., só ter fornecido 1 070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega.*

Quadro que se torna ainda mais irregular porquanto em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 350 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material, até então, de apenas 66,9% (cf. o ponto 3.3.2).»

As alegadas infrações conduziram à imputação de responsabilidade financeira sancionatória à visada, ora contraditanda, por, enquanto Diretora do DEQV «ter apresentado a proposta de aprovação da aludida aquisição»², por não ter “assegurado o respeito pelo princípio da utilização racional das dotações aprovadas, a par dos princípios da economia, eficiência e eficácia” e sem acautelar “devidamente a observância da moldura legal proibitiva da assinalada contratação, com a consequente

² Informação do DEQV (com a ref.º 12019000011405).



não adoção do instrumento contratual devido”, nem se munir “de quaisquer outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEI”.

Ora, atenta a gravidade das imputações, urge enquadrar a ação da visada e repudiar e emissão de juízos de valor em sede de Relato sem uma fundamentação objetiva devidamente enquadrada legalmente, sendo um exercício de mera retórica sobre eventuais “intenções” do MF e dos seus responsáveis, sem que se baseiem em factos ou provas que os corroborem, nomeadamente os constantes:

- a) Da observação n.º 2 donde é afirmado que o circunstancialismo de o MF não ter demonstrado o cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia e o da utilização racional das dotações aprovadas, aquando a fixação das condições de compra dos cartões de acesso, *«reforça os indícios de que o objetivo principal do contrato em referência seria o do financiamento da empresa local (EL) do MF»;*
- b) Do primeiro parágrafo do ponto 3.1.1. ao insinuar que *«a tramitação adotada foi célere a fim de obter uma rápida autorização para a celebração do correspondente contrato»;*
- c) Do Parágrafo constante na página 21 do Relato onde é dito que o preço acordado *«apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes»*, sem concretizar o que, no entender do Tribunal é um considerável diferencial³;
- d) Da questão formulada a fls. 21 do Relato nos seguintes moldes: *«Ou a definição de tais condições visou, na verdade, o financiamento indevido da FMF, E.M?».*

Note-se que nos termos do n.º 3 do art.º 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴ a *«audição faz-se antes de o Tribunal formular juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação»* (sublinhado nosso), sendo que por seu turno o princípio da independência previsto na Carta Ética do próprio Tribunal de Contas determina que todas *«as ações e decisões são tomadas de acordo com a lei e com o interesse público»*, cuja independência, imparcialidade e objetividade devem ser *«escrupulosamente respeitadas em todas as atividades desenvolvidas pelo Tribunal»*, devendo a sua atuação assentar em *«critérios legais e objetivos e em evidências e provas relevantes e suficientes»* (sublinhados nossos).

Por seu turno o Código de Conduta do Tribunal de Contas, recentemente aprovado e aplicável aos seus serviços de apoio, determina no seu art.º 3.º, n.º 1, als. a) e d), que os

³ Note-se ainda que o Tribunal efetuou um cálculo para apuramento do valor por entrada que corresponde a um valor abaixo do adquirido pelo MF em 0,12€

⁴ Aprovada pela Lei n.º 97/98, de 26 de agosto.



trabalhadores, no exercício das suas funções, atuam «*de forma imparcial, desenvolvendo as ações, tramitando os procedimentos e proferindo os juízos ou decisões que lhes compitam com isenção e sem pré-julgamentos ou preconceitos*» e assentando «*o seu desempenho e juízo profissional apenas em critérios legais e objetivos e em evidências ou provas suficientes e apropriadas*» (sublinhados nossos).

Termos em que a emissão daqueles “juízos de valor”, e neste caso em concreto das insinuações vertidas no documento em análise contrariam assim os princípios previstos na LOPTC e os princípios éticos sobre os quais o Tribunal de Contas e seus serviços de apoio se regem.

Em nota final ao presente enquadramento, ressalva-se ainda o facto de a ação de fiscalização que precedeu o presente Relato decorrer de uma denúncia (processo n.º 8/2019-PEQD). Evidentemente que a gestão de dinheiros públicos deve ser transparente e passível de escrutínio quer por parte dos cidadãos quer por parte das entidades com competências fiscalizadoras, como é o caso do Tribunal de Contas, mas não deixa de gerar alguma perplexidade à visada que, através de uma denúncia remetida ao Tribunal de Contas, sem quaisquer evidências da prática de infrações financeiras⁵, se inicie mais uma ação de fiscalização ao MF quando este, e a própria FMF, têm vindo a ser alvo de sucessivas fiscalizações efetuadas pelo douto Tribunal nos últimos 6 anos.

A visada esclarece que, tal como sempre o fez até o momento, continuará a prestar toda a colaboração junto do Tribunal, mas não deixa de se questionar quantas mais ações poderão estar a ser preparadas com base em denúncias sem evidências que mais não visam do que tentar limitar a atuação do MF, desta forma através da utilização de órgãos judiciais. Compreende-se que os órgãos judiciais devem efetivamente verificar os fundamentos de qualquer denúncia que lhes seja remetida, contudo não deixa de ser contraproducente as constantes ações de fiscalização, programadas e/ou com fundamento em sucessivas denúncias, quer porque isso aloca recursos, já de si escassos, do MF, na remessa de documentos e esclarecimentos sempre que solicitados, mas também do próprio Tribunal de Contas, que, com certeza, vê prejudicada a sua produtividade noutras ações de fiscalização financeira mais relevantes.

II. Do contrato celebrado e da inexistência de infração financeira

O Relato em análise visou apurar a legalidade do contrato celebrado entre o MF e a FMF, E.M. para aquisição de 1600 cartões de acesso aos complexos balneares geridos por aquela (cada um com 50 entradas, perfazendo 80 000 acessos), outorgado a 23 de maio de 2019.

⁵ Como a própria Informação n.º 38/19-DAT-UAT III, identificada na nota de rodapé n.º 74 da página 19 do Relato, evidencia ao concluir «*pela manifesta insuficiência dos elementos de prova anexados pelo denunciante*».



No Relato é referido que “O MF [Município do Funchal] não logrou comprovar que o preço dos bens adquiridos era convergente com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis (...)”.

Para tanto, fundamenta, no essencial, que “o montante do preço fixado para a aquisição de cada cartão deveria ter tido em consideração as tarifas praticadas pela FMF, E.M, nomeadamente as aplicadas às instituições (0,85€), especialmente porque o universo deste último tipo de ingresso, dirigido a “(...) todos os utentes de escolas, instituições, IPSS's, ATL's” é coincidente com o dos utentes beneficiários dos cartões objeto da contratação em análise, e/ou o preço médio que resulta da agregação dos nove tipos de pacotes de entradas disponibilizados pela EL [Empresa Local] (1,08€), adicionado ao valor do cartão (2,45€ com o IVA incluído), totalizando 3,53€”.

Ora, quando falamos de convergência, falamos da tendência de várias coisas se fixarem num ponto ou se identificarem e, aqui, essas várias coisas remontam ao funcionamento do mercado que leva à formação do preço, através do jogo da oferta e da procura.

Evidentemente que, numa contratação cujo preço se forma em condições mercantis de concorrência, o foco deverá estar no acompanhamento dos preços praticados pela concorrência.

O Município do Funchal teve presente que a FMF, E.M., é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, no Funchal, que consegue garantir capacidade de resposta ao número de entradas solicitadas, o que nos remete para a Tabela de Tarifas de 2019 da FMF, E.M., que determina o preço relativo ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

Todavia, a concorrência não podia nem pode ser vista somente por referência à dinâmica linear da FMF, E.M – havia que ter em consideração outras forças que compõem a estrutura do mercado.

Daí que tenha sido tido em consideração que os hotéis e os clubes privados “(...) para além de praticarem preços mais elevados não conseguiam garantir o fornecimento dos ingressos solicitados, nem é permitido o acesso a pessoas/clientes externos (...)”.

Os hotéis, bem como os clubes privados (em particular, o Clube Naval do Funchal e o Clube de Turismo da Madeira), embora, no momento não se possam considerar como “verdadeiros concorrentes” – pelas razões acima explicitadas, ou seja, dada a incapacidade de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, bem como face às limitações de acesso a pessoas/clientes externos – não podiam nem podem deixar de ser tidos em consideração, já que no momento não eram “verdadeiros concorrentes”, mas de um dia para outro poderiam eliminar as barreiras existentes e passar a sê-lo.



Por outras palavras, avaliar a oferta e procura dos hotéis e clubes privados permitia identificar a intensidade da concorrência – repare-se que há que atender a eventuais barreiras ou fatores facilitadores que existam no mercado a propósito de novos concorrentes, como por exemplo políticas governamentais (para percebermos, basta pensar na crise pandémica que hoje a todos afronta, mas que na altura em que foi tomada a decisão de contratar não existia e que permitia concluir pela fraca intensidade concorrencial, mas que não podia deixar de ser tida em consideração).

Quando se decide determinar o preço com base na concorrência deve observar-se os preços praticados pelas empresas estabelecidas no mercado, bem como as demais forças que exercem pressão na estrutura do mercado⁶.

A FMF, E.M., como já acima foi referido, era a única entidade capaz de garantir o fornecimento dos ingressos pretendidos, o que, em abstrato aumentava o poder de negociação da FMF, E.M., em face, *in casu*, do fraco potencial competitivo dos hotéis e clubes privados existentes no mercado – na prática a FMF, E.M. suprimia a concorrência ao fornecer as condições pretendidas (designadamente, ao garantir a capacidade e o acesso a pessoas/clientes externos), o que pressionava o preço final por si praticado.

Insista-se, parafraseando: os hotéis e os clubes privados praticavam preços superiores, pelo que ainda que esta circunstância significasse uma diminuta concorrência, ainda assim não podia deixar de ser tida em consideração – no mercado concorrencial existiam e existem agentes económicos que praticavam preços superiores aos praticados pela FMF, E.M.

Posto isto, há que ter em consideração que, na economia, existem vários métodos de formação de preço no mercado (evidentemente, existem métodos que, embora orientados pela concorrência, consistem em copiar o preço da empresa líder do mercado, mas não são únicos).

Os métodos de determinação do preço baseado na concorrência conduzem-nos ao preço médio que os concorrentes determinam para os seus produtos e serviços – o preço praticado pela concorrência em relação ao produto ou serviço.

Não nos esqueçamos que, *in casu*, a contratação visava “ingressos de acesso a todos os complexos balneares” (sublinhado nosso) sob gestão da FMF, E.M.

⁶ Segundo a teoria económica, evidenciada num dos Acórdãos referidos no Relato e na Informação n.º 578/2019, do DJF do MF, «o próprio conceito de preço pressupõe o confronto, no mercado, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário dispendir em fatores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.» (cfr. fls. 20 do Acórdão n.º 4/13 – 4.Março – 1ª S/SS).



Assim, na determinação do preço, o foco estava no preço praticado pelos concorrentes, mas os preços poderiam ser iguais, inferiores ou superiores aos praticados no mercado, variando de acordo com os objetivos pretendidos (claro, não se podendo afastar dos preços praticados pelos concorrentes).

Um preço poder ser superior se agregar ao produto/serviço algum diferencial que seja valorizado pelo cliente.

No caso, como já acima foi referido, a contratação visava “*ingressos de acesso a todos os complexos balneares*”, sob gestão da FMF, E.M, ou seja, ao Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa.

O ingresso denominado “*entrada instituições*” aplica-se essencialmente ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, que conseguem agregar um maior número de pessoas, atendendo a que se destina aos “*utentes de escolas, instituições, IPSS's e ATL's*”.

Visa essencialmente a entrada de grupos, razão pela qual a FMF, E.M, estabelece regras de utilização para esse tipo de ingressos: “*a) O ingresso destina-se a todos os utentes de escolas, instituições, IPSS's, ATL's;*

b) A aquisição é feita através de um pedido escrito, via mail ou carta, onde deverá constar a identificação da instituição, o dia, horas e duração da vinda, a praia a que se destina, o número de elementos, incluindo monitores e acompanhantes, a idade dos elementos e o contato do responsável;

c) O ingresso apenas pode ser utilizado uma vez por dia;

d) O ingresso só pode ser utilizado em dias úteis;

e) A validade do ingresso esgota-se com a saída do complexo;

f) O cartão só pode ser utilizado pelo próprio”.

Ora, o Município do Funchal não podia, *a priori* cumprir com o disposto na alínea b), porquanto estaria a interferir nos Planos de Atividades dos ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda dos ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal.

Além disso, a FMF, E.M., define, para a “*entrada instituições*”, zonas de permanência específicas a ocupar, que, aquando da pré-reserva do dia, têm de ser assinalados pelos próprios.

Sendo que o Município do Funchal não colocou condições no que respeita à utilização das entradas, pretendendo que os beneficiários utilizassem qualquer complexo gerido pela FMF, E.M. livremente, em pé de igualdade com qualquer utilizador daqueles Complexos Balneares – pretendeu-se “*facilitar o acesso ao mar*”, em cumprimento do Princípio da



Igualdade, e “evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito”, em concreto, os mais carenciados.

Assim, observando as tarifas do Complexo Balnear da Barreirinha/Praia de São Tiago, Complexo Balnear do Lido, Complexo Balnear da Ponta Gorda e Poças do Gomes (Doca do Cavacas)/Praia Formosa e, destinando-se os ingressos, em primeira linha, ao ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, e, mormente, a ser utilizados livremente, havia que atentar às tarifas tabeladas pela FMF, E.M.

O Relato refere que «o MF pretendeu adquirir bilhetes em condições que não encontravam reflexo nas tarifas tabeladas pela FMF, E.M., que esteve na base da fixação do preço acordado, o qual apresenta um considerável diferencial face às ofertas existentes».

Ora, as ofertas existentes, que acomodavam a pretensão de abranger todos os utilizadores e a sua utilização de forma livre correspondiam unicamente à «entrada individual», que no Complexo Balnear da Barreirinha tinha um preço de € 2,10, no Complexo Balnear do Lido € 5,20, no Complexo Balnear da Ponta Gorda € 5,20 e no Complexo Balnear das Poças do Gomes € 2,10.

A «aquisição dos ingressos a € 3.65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal» é precisamente a «convergência com os preços, à data, praticados no mercado para o fornecimento de bens comparáveis» pretendida pelo Tribunal de Contas [(€ 2,10 + € 5,20 + € 2,10 + € 5,20)/4].

Aquisição que acomoda uma multiplicidade de utilizações que, no limite – imaginemos que o ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal apenas decidem aceder apenas ao Complexo Balnear do Lido e ao Complexo Balnear da Ponta Gorda, não ao Complexo Balnear da Barreirinha e Complexo Balnear das Poças do Gomes – permite uma poupança, ao Município do Funchal de € 3,10 em cada ingresso.

Esclareça-se, também, que o proposto pelo MF, ao abrigo da sua política social, foi a aquisição de «entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares geridos pela FrenteMarFunchal» e que, tal como foi referido no ponto 2.2. da resposta ao Tribunal de Contas, remetida pelo MF através do seu ofício n.º S202000009795, de 06/05/2020, «os cartões que constam do tarifário da FMF têm uma validade de um ano, findo o qual, o cliente necessita de efetuar novo carregamento para ativar as entradas do ano anterior», pelo que a compra de “pacotes” também não se adequava ao pretendido pelo Município do Funchal.



A contratação respeitante à adjudicação não originou a transferência de qualquer quantia, pela entidade participante, para além da devida pela prestação contratual da empresa local a preços de mercado, pelo que não ocorreu qualquer violação do disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, como pretende alegar o Tribunal de Contas em sede de Relato.

O Tribunal de Contas refere que *“não consta qualquer menção aos parâmetros de economia, eficiência e eficácia resultantes da assunção de tais compromissos, em divergência com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas, previsto no Ponto 2.3, n.º 2, das considerações técnicas do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL) (...) e a coberto dos quais poderia ter sido feita uma análise ao custo/benefício da presente aquisição face a uma contratação com respeito pelas tarifas já praticadas pela FMF, EM”*.

Ainda que não mencionados os parâmetros de economia, eficiência e eficácia, não significa que não hajam sido prosseguidos na assunção do compromisso, de harmonia com o princípio da utilização racional das dotações aprovadas – desde logo, o Tribunal de Contas apenas aponta somente a ausência de justificação da assunção de custos e das despesas quanto à sua economia, eficiência e eficácia.

E a esse propósito, na proposta apresentada na referida Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, foi referido que *“tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço [€ 2,10 e € 5,20]. Assim, e de acordo com a tabela de preços, que segue em anexo, propomos a aquisição dos ingressos a €3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal”*, o que não equivale a omissão de justificação.

A este propósito, importante é referir que a bastarmo-nos cegamente nas tarifas *stricto sensu* da FMF, E.M, a adjudicação levaria a que o Município do Funchal tivesse de adquirir mais ingressos no valor de € 5,20 e menos no valor de € 3,10, tendo presente, como é notório, que o Complexo Balnear do Lido e o Complexo Balnear da Ponta Gorda, além de denotarem maior procura, permitem acomodar mais pessoas e com melhores acessos para utentes com mobilidade reduzida, em detrimento do Complexo Balnear da Barreirinha e do Complexo Balnear das Poças do Gomes, o que conduziria ao pagamento por parte do MF de um valor superior ao acordado no contrato em análise.



Termos em que só se pode concluir que o MF cumpriu o estipulado no art.º 36.º do RJAE⁷, adquirindo as entradas a preços de mercado⁸, como ainda foi mais além ao adquirir as entradas pelo valor médio obtido de entre os preços praticados em todos os complexos balneares para as mesmas características, aplicando aqui os citados princípios da economia, eficiência e eficácia constantes da Lei de Enquadramento Orçamental, apontados no Relato.

Refira-se também, que ainda que o douto Tribunal mantenha o entendimento de verificação de irregularidade, o que não se concede como acabado de expor, tal não

⁷ Ainda sobre esta matéria veja-se o entendimento vertido na Circular n.º 167/2012 de 12 de dezembro da Associação Nacional de Municípios Portugueses, 2012, p. 2-3, no que se refere à correta inscrição contabilística do tipo de despesa, donde, com «base no recomendado no Plano Oficial de Contas das Autarquias Locais (POCAL) (visto que o conceito não é definido com clareza no SNC), o que distingue as prestações de serviços dos subsídios é o facto de a transferência em causa ter como contrapartida unidades produtivas. Neste sentido, caso haja essa contrapartida produtiva, sem o objetivo de influenciar níveis de produção, preços ou remunerações dos fatores de produção feita a preços de mercado, estamos perante prestações de serviços. Como exemplos, a utilização de descontos para utentes em serviços prestados por empresas locais e a utilização de determinado equipamento da empresa local ao preço tabelado. No primeiro exemplo, entende-se que se trata de um subsídio, na medida em que não existe uma contrapartida produtiva, prestada a preços de mercado, mas somente a intenção de influenciar o preço de determinado serviço, no sentido de o tornar mais acessível aos utentes. No caso do segundo exemplo, tratar-se-ia de uma prestação de serviços pura, na medida em que a Câmara Municipal contrata determinado serviço (contrapartida produtiva) à empresa local ao seu preço de mercado, ou seja, ao preço tabelado para o público em geral. Parece-nos resultar claro que, na sequência do referido art. 36.º do RJAEPL, situações como as do segundo exemplo devem ser classificadas como prestações de serviços e nunca como subsídios à exploração ou ao investimento, nem devendo constar dos contratos programa estabelecidos entre a empresa local e a Câmara Municipal. Reforça-se esta ideia, relembrando o princípio contabilístico da substância sobre a forma que estabelece que as operações devem ser contabilizadas atendendo à sua substância e à realidade financeira e não apenas à sua forma legal.»

⁸ Ainda sobre esta matéria veja-se o entendimento vertido na Circular n.º 167/2012 de 12 de dezembro da Associação Nacional de Municípios Portugueses, 2012, p. 2-3, no que se refere à correta inscrição contabilística do tipo de despesa, donde, com «base no recomendado no Plano Oficial de Contas das Autarquias Locais (POCAL) (visto que o conceito não é definido com clareza no SNC), o que distingue as prestações de serviços dos subsídios é o facto de a transferência em causa ter como contrapartida unidades produtivas. Neste sentido, caso haja essa contrapartida produtiva, sem o objetivo de influenciar níveis de produção, preços ou remunerações dos fatores de produção feita a preços de mercado, estamos perante prestações de serviços. Como exemplos, a utilização de descontos para utentes em serviços prestados por empresas locais e a utilização de determinado equipamento da empresa local ao preço tabelado. No primeiro exemplo, entende-se que se trata de um subsídio, na medida em que não existe uma contrapartida produtiva, prestada a preços de mercado, mas somente a intenção de influenciar o preço de determinado serviço, no sentido de o tornar mais acessível aos utentes. No caso do segundo exemplo, tratar-se-ia de uma prestação de serviços pura, na medida em que a Câmara Municipal contrata determinado serviço (contrapartida produtiva) à empresa local ao seu preço de mercado, ou seja, ao preço tabelado para o público em geral. Parece-nos resultar claro que, na sequência do referido art. 36.º do RJAEPL, situações como as do segundo exemplo devem ser classificadas como prestações de serviços e nunca como subsídios à exploração ou ao investimento, nem devendo constar dos contratos programa estabelecidos entre a empresa local e a Câmara Municipal. Reforça-se esta ideia, relembrando o princípio contabilístico da substância sobre a forma que estabelece que as operações devem ser contabilizadas atendendo à sua substância e à realidade financeira e não apenas à sua forma legal.»



corresponde a uma infração financeira pois, tal como vertido no Acórdão n.º 001/2021-1SPL, «nem todas as atuações irregulares, no plano da assunção, autorização e pagamento de despesas constituem infrações financeiras (...). Sobre o tema recuperam-se as palavras de ANTÓNIO CLUNY⁹, quando afirma que “(...) a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem imediatamente calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.».

Anota-se ainda que, no Relato é referido que a violação daqueles princípios, que não ocorreu como se acabou de demonstrar, «constitui circunstância agravante da inerente responsabilidade financeira” a partir de 1 de abril de 2020». Ora, ainda que se tivesse verificado uma violação dos supracitados princípios, o que, reitera-se, não se concede, os atos que conduziram à aquisição daqueles ingressos foram praticados em 2019, pelo que não pode ser emitido um juízo de valor “agravante” pela entrada em vigor a posteriori de uma norma legal¹⁰.

III. DA IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE

Na imputação de responsabilidade financeira é essencial a identificação do seu agente, sem a qual, mesmo que se apure a existência de uma infração financeira, não pode a mesma ser imputada. A imputação objetiva do facto ao agente advém da necessidade de se afirmar que o agente causou o resultado ilícito¹¹, o que no caso em apreço também não ocorreu por não se ter verificado qualquer resultado ilícito.

Nos termos LOPTC, a responsabilidade financeira pode ser direta ou subsidiária, sendo que a direta, prevista no art.º 61.º da LOPTC, é a que recai sobre os agentes da ação, ou seja, sobre os autores do facto ou da omissão (de quem tinha o dever funcional de o praticar) que consubstanciou infração financeira, cuja responsabilidade do decisor deve ser avaliada casuisticamente com vista a apurar-se da exigibilidade de conduta diversa a um decisor prudente perante tal circunstancialismo¹², e se, com a sua conduta, agiu em defesa do interesse público¹³.

Contudo, dispõe o legislador um regime específico, por remissão ao art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25/02/1933, na medida em que sobre os titulares dos órgãos executivos das

⁹ António Cluny, em Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas, Coimbra Editora, 2011, p. 128.

¹⁰ Aliás não permitido no nosso sistema legal, porquanto o art.º 2.º do Código Penal, aplicável *ex vi* do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, determina que as «penas e medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem» (cfr. n.º 1) e quando «as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente» (cfr. o n.º 4).

¹¹ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222

¹² Cfr. ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, op. cit., 2010, p. 37.

¹³ Cfr. art.º 61.º, n.º 6 da LOPTC.



autarquias locais (cfr. o n.º 2 do art.º 61.º da LOPTC) apenas pode ser imputada responsabilidade financeira direta se a infração financeira tiver sido praticada sem que tenham ouvido os serviços competentes ou, ouvindo-os e encontrando-se esclarecidos, tenham adotado conduta contrária à constante da informação prestada.

Assim, sempre que se verifique a prática de infrações financeiras, deve o Tribunal de Contas fundamentar, com base nos factos apurados, a censurabilidade da conduta dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, o que não parece ocorrer no relato ora em análise, porquanto foi imputada responsabilidade financeira à contraditanda por, enquanto Diretora do DEQV «*ter apresentado a proposta de aprovação da aludida aquisição*», por não ter «*assegurado o respeito pelo princípio da utilização racional das dotações aprovadas, a par dos princípios da economia, eficiência e eficácia*» e sem acautelar «*devidamente a observância da moldura legal proibitiva da assinalada contratação, com a conseqüente não adoção do instrumento contratual devido*», nem se munir «*de quaisquer outros elementos ou documentos que a permitissem sustentar juridicamente de modo a enquadrá-la no RJAEL*».

Ora, todas as propostas apresentadas ao executivo são elaboradas pelos serviços da autarquia e, nessa sequência, alvo de despacho pelo/a Vereador/a, Vice-Presidente ou Presidente da autarquia com os pelouros correspondentes para efeitos de autorização da despesa.

A contradita apenas efetuou uma proposta, a que consta da Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, proposta aquela à qual se seguiram decisões e os procedimentos legais pré-contratuais aplicáveis ao caso em prego e que conduziram à posterior «*adjudicação*» e celebração de contrato.

Por seu turno, da Informação n.º I2019000011405, de 14/05/2019, consta que «*de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (em anexo) que esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art.º 5.º - A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b), e c) do n.º 1 e do n.º 3 e n.º 4 do referido artigo, uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um contrato análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal*» pelo que «*não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual*», devendo «*ser celebrado um contrato escrito requerendo-se para o efeito a entrega dos documentos de habilitação da*



empresa Frente MarFunchal» propondo-se «a compra de cartões de acesso aos seus complexos Balneares no valor de 292.000,00€».

Na informação não só se fundamentava a necessidade de aquisição dos ingressos *in casu*, como ainda indicava o formalismo legal a adotar com vista à contratualização daquela aquisição, informação que foi elaborada após a emissão do parecer favorável emitido pelo Departamento Jurídico e de Fiscalização da própria autarquia. Aliás, é nesse sentido que a própria visada, que não é jurista, emite o sua formação, remetendo para a informação em anexo, confiando que ambos os departamentos responsáveis naquela fase já haviam validado o que foi proposto na respetiva Informação, competindo depois ao Vereador a decisão e ao departamento responsável pela contratação a sua formalização nos termos legais.

Acresce ainda o facto de ter sido solicitado pela Dr.^a Andreia Caetano, Adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência, esclarecimentos sobre o «Regime Jurídico das Empresas Locais- Frente MarFunchal, E.M.», tendo o Departamento Jurídico e de Fiscalização prestado a Informação com a ref.^a 578/2019, de 15 de maio, àquela Adjunta, donde indicaram que a aquisição de ingressos por parte do MF à FMF, E.M., «é regulada pelo disposto no art.º 36.º da Lei n.º 50/2021, conjugado com o artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos», sendo que no caso em apreço deve ser conjugado com o art.º 5º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), aditado pelo Decreto-Lei n.º111-B/2017, de 31/08, em vigor desde 1 de janeiro de 2018.

Ora, atento o disposto no art.º 6.º, n.º 1, do DL n.º 11/2012, de 20 de janeiro, aplicável por via do artigo 43.º, n.º 5, do Regime Jurídico das Autarquias Locais, “os adjuntos prestam o apoio político e técnico que lhes seja determinado”, pelo que a referida Adjunta também prestou o necessário apoio político e técnico, aos demais visados, apoio que se encontra de harmonia com a proposta da diretora do DEQV, aqui visada.

O Departamento da Educação da CMF elaborou e submeteu a proposta.

O Departamento Jurídico e de Fiscalização que foi auscultado na formulação da proposta e deu o seu parecer favorável.

Foi prestado apoio pelos adjuntos de apoio à Vereação e à Presidência, nomeadamente o apoio prestado pela Dr.^a Andreia Caetano, então adjunta do Gabinete de Apoio à Presidência.

O Departamento de Contratação Pública depois, ao abrigo das suas competências, desencadeou os procedimentos legais para a sua contratualização.

As várias informações prestadas pelos diversos Departamentos internos competentes nas matérias coadunam-se com o dever de cuidado, sendo certo que, no Relato, o Tribunal de Contas não formula, quanto à visada qualquer juízo de culpa.



Acresce ainda que a Informação em causa propôs a aquisição, de facto, e os despachos autorizam nos termos propostos, mas a respetiva autorização, adjudicação e assunção de despesa só pode ocorrer em momento posterior àquela Informação, que será o momento em que serão desencadeados os procedimentos legais pré-contratuais aplicáveis *in casu*, pelo que é de todo incorreto imputar responsabilidade à visada pela autorização, adjudicação e assunção de despesa, quando daquela Informação não decorrem, de todo, essas factuais¹⁴.

Conclui-se, assim, que toda a argumentação constante do Relato para que se defenda que a visada não agiu como deveria carece de objetividade, revelando a construção de circunstancialismos com o intuito de evidenciar a prática de ilegalidades passíveis de imputação de responsabilidade financeira à visada, contrariando a própria natureza da responsabilidade financeira no nosso enquadramento legal.

IV. DA FALTA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A IMPUTAÇÃO DE INFRAÇÃO FINANCEIRA

Na verdade, ao contrário do que parece inferir-se do teor do Relato sob pronúncia, não estamos perante um tipo de responsabilidade objetiva, que possa ser imputada pela mera constatação de ilegalidade em qualquer atuação administrativa, mas sim uma responsabilidade de tipo punitivo ou sancionatório que exige, sempre e necessariamente, uma imputação de tipo subjetivo.

Ou seja, a responsabilidade financeira, quer reintegratória, quer sancionatória, pressupõe, **imperativamente, um juízo de culpa**, como resulta, de forma clara, dos artigos 61.º, n.º 5 e 65.º, n.ºs 4 e 5 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, ou seja, apurado o facto ilícito e identificados os seus agentes, urge apurar se a sua conduta foi culposa, uma vez que a culpa é um dos requisitos para efeitos de imputação de responsabilidade financeira.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas é, aliás, unânime neste sentido, como se pode ver, de entre muitas outras, pela sentença n.º1/2004 (Proc. n.º 6/JFR/2003: *"A responsabilidade financeira, por outro lado, apesar de depender da prática de actos ou omissões objectivamente qualificados como infracções financeiras, não tem natureza objectiva. E isto porque tal responsabilidade admite a relevância da culpa no comportamento dos responsáveis, de acordo com os critérios que a lei estabelece (art.º 64.º da Lei 98/97, de 26/8, e art.º 50.º da Lei 86/89, de 8/9).*

São, assim, pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória o facto ilícito, numa das espécies que a lei prevê (alcance, desvio, pagamento, omissão de receita), o

¹⁴ Anote-se ainda que, tendo presente o que dispõe o art.º 148.º do CPA quando determina que «consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta», não se pode considerar que com aquele despacho foram produzidos quaisquer efeitos jurídicos externos.



nexo de imputação do facto ao agente, o dano, o nexo de causalidade entre o facto e o dano e, finalmente, a culpa."¹⁵

Note-se ainda que responsabilidade financeira¹⁶ era, facto, objetiva até à publicação da Lei n.º 2054, de 21/05/1952¹⁷, por não se fundar na culpa do contador e por não ter a ver com o dano concreto, mas apenas na obrigação que aquele responsável assumia de repor o montante exato dos valores em falta aquando da prestação de contas. Nesta medida o julgamento de contas não pressupunha o julgamento da responsabilidade dos agentes¹⁸, cujos eventuais ilícitos financeiros¹⁹ eram remetidos para os tribunais comuns porque coincidentes e conexos com outras formas de responsabilidade.

Contudo, com a publicação daquele diploma de 1952, é introduzida a avaliação do grau da culpa, que passou efetivamente a uma responsabilidade subjetiva com a publicação da Lei n.º 86/89, de 08/09, conforme opinião de Tavares e Magalhães²⁰, ao afirmarem, na anotação aos n.ºs 1 e 2 do art.º 50.º, que “*este preceito é importante sobretudo porque vem consagrar, sem qualquer dívida, que só há responsabilidade financeira onde há culpa, ficando assim afastada a existência nesta matéria da responsabilidade objectiva – como era entendimento geral da doutrina.*”. Mas é através da publicação da Lei n.º 98/97, de 26/08, diploma que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que se efetiva uma responsabilidade delitual fundada na culpa.

Num ensaio sobre a delimitação do conceito, Antunes afirma ser a responsabilidade financeira um comportamento de um agente que “*investido no dever de observância da disciplina dos dinheiros ou valores públicos, pratica, por acção ou omissão, um facto culposo em violação daquela disciplina, ficando sujeito quer a sanções pecuniárias quer à obrigação de reposição de quantias ao património público*”²¹ (sublinhado do visado).

Todavia, o Relato não contém rigorosamente nada relativamente à imputação subjetiva da suposta infração ou aos seus pressupostos, tudo se passando como se estivéssemos no campo da responsabilidade objetiva, e não estamos, não se podendo ignorar a diferença

¹⁵ <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2004/3s/st001-2004-3s.pdf>

¹⁶ Que se traduzia na responsabilidade pelo alcance.

¹⁷ Que promulgou as bases sobre a atribuição de responsabilidades em caso de alcance ou desvio de dinheiros ou valores do Estado, dos corpos administrativos, das pessoas coletivas de utilidade pública ou dos organismos de coordenação económica.

¹⁸ Julgar as contas não implicava julgar o contável, em termos de declarar a sua responsabilidade indemnizatória (in CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 36).

¹⁹ Assim denominados por a sua natureza ser financeira em função da área em que se verificavam e não por qualquer outra característica substantiva, processual ou de jurisdição (*idem*, pág. 37).

²⁰ TAVARES, JOSÉ e MAGALHÃES, LÍDIO, Tribunal de Contas – Legislação Anotada, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, ISBN 972-40-0462-7, p. 137. Ver também, no âmbito de aplicação da Lei n.º 86/89, a ST 04/1/FEV/14/3.ª Secção (*idem*, pág. 38)

²¹ ANTUNES, CARLOS ALBERTO MORAIS, in *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, nº 54, julho/dezembro de 2010, pp. 21-52 (p. 34).



entre o carácter cível da responsabilidade reintegratória e a natureza penal da sancionatória.

a. Sobre a culpa

A culpa é um conceito fundamental no direito penal, embora não seja exclusivo deste ramo do direito, sendo essencial para o apuramento da responsabilidade, pois é a consequência ou efeito que recai sobre o culpado, e da medida dessa responsabilidade. A culpa serve de suporte à efetiva imputação de responsabilidade, pois não é suficiente que se apure a existência de uma violação e da identificação do seu autor, sendo necessária a verificação da culpa para a imputação²², ou seja, é necessário que sobre a conduta se faça um juízo de censura²³.

Em Direito Penal a culpa tem como pressuposto a liberdade do agente²⁴ e ²⁵, sendo esta um «juízo de censura» cuja materialidade advém da atitude do agente manifestada no ato ilícito (tipificado como tal)²⁶, a qual pode configurar um tipo de culpa dolosa ou negligente²⁷.

Esta diferença reconduz-se, tradicionalmente, à teoria de que a punição de um ato doloso estava intrinsecamente ligada ao problema da consciência do ilícito²⁸, a qual embora tenha evoluído, continua a exigir verificação do elemento emocional, enquanto elemento adicional, na essência do tipo de culpa dolosa, no entendimento de Dias²⁹.

²² Neste sentido FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, op. cit., 1992, p. 260.

²³ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 179.

²⁴ De acordo com as teses da culpa da vontade, quando «se erige a liberdade em pressuposto do conceito material de culpa, aquela é em geral tomada como liberdade da vontade» pelo que «a culpa só pode ser censurabilidade da acção, por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter actuado de acordo com ele.», uma vez que o «poder de agir de outra maneira (...) é (...) requisito irrenunciável do conceito de culpa» – DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 516.

²⁵ O direito penal é realçado enquanto ordem de liberdade (cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 222).

²⁶ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, TOMO I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p. 529.

²⁷ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o ilícito-típico doloso comprova-se quando «o seu cometimento deve imputar-se a uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao Direito e às suas normas; se uma tal comprovação se não alcançar ou dever ser negada o facto só poderá eventualmente vir a ser punido a título de negligência (se esta se verificar e a espécie de delito cometido for punível também a esse título).» - in op. cit., 2007, p. 529.

²⁸ De acordo com a qual «uma punição a título de dolo suporia que, para além do agente representar e querer a realização do tipo objectivo de ilícito (dolo do tipo), actuasse com consciência do ilícito, isto é, representasse por alguma forma que o facto intentado era proibido pelo Direito.» - in op. cit., 2007, p. 530.

²⁹ *Idem*, p. 530.



Defende ainda aquele autor³⁰ constituir um problema de culpa a relevância jurídico-penal do erro³¹, pois só «a partir de uma diferença de culpa se podem estabelecer diferenças de relevância das espécies de erro»³², cuja análise deve fundamentar-se no «cerne da culpa material» das funções desempenhadas no sistema em que se insere a tipificação.

Nos factos negligentes, o conteúdo da culpa é, de igual modo, dado pela censurabilidade da atitude descuidada ou leviana revelada pelo agente, sendo necessário apurar se o mesmo se encontrava em condições de, atentos os seus conhecimentos e as suas capacidades pessoais, cumprir “o dever de cuidado” ou se se encontrava em condições de evitar o resultado³³. Defende Costa³⁴ que a negligência estrutura-se a partir de dois elementos, sendo o primeiro a omissão de um dever objetivo de cuidado e o segundo o da previsibilidade da verificação do ilícito³⁵.

Neste sentido Engisch³⁶ explica: «para que a culpa negligente se afirme, não é necessário (nem possível) apelar ao concreto poder do agente de actuar de outro modo na situação», sendo a mesma aferida de acordo com a experiência normal³⁷ onde «os outros, agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente, teriam previsto a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-la-iam evitado».

A negligência, que se traduz na ausência do querer relativamente ao resultado típico, pode ser consciente, por o agente chegar a representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo legal de crime sem se conformar com ela, ou inconsciente, onde o agente nem chega a formular aquela representação³⁸.

Outro fator relevante na análise da culpa é o da existência de causas de exclusão da culpa, na medida em que se não for razoável ou exigível ao agente, atentas as suas capacidades, atuar em conformidade, não poderemos consubstanciar um juízo de censura sobre o mesmo pela verificação do ilícito³⁹, cuja análise deve ser feita casuisticamente.

³⁰ *Idem*, p. 549.

³¹ No direito português um erro que exclui o dolo existe em três casos: «1) quando verse sobre elementos, de facto ou de direito, de um tipo de crime; 2) quando verse sobre os pressupostos de uma causa de justificação ou de uma causa de exclusão da culpa; 3) quando verse sobre proibições (ou imposições, no caso de omissão) cujo conhecimento seria razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência do ilícito.» - in op. cit., 2007, p. 542 e 543.

³² *Idem*, p. 543.

³³ Neste sentido DIAS, JORGE FIGUEIREDO, op. cit., 2007, p. 898.

³⁴ COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 383.

³⁵ Que o mesmo seja previsto ou ao menos previsível.

³⁶ Apud JORGE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 2007, p. 899.

³⁷ Tipo normal subjetivo, de acordo com o qual o conhecimento real das consequências de uma ação e a capacidade de as evitar correspondem à experiência normal do tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente (*Idem*, p. 899).

³⁸ Cfr. COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 393, e art.º 15.º CP.

³⁹ COSTA, JOSÉ FARIA, op. cit., 2015, p. 428.



Nos termos do n.º 5 do art.º 61.º e n.º 3 do art.º 67.º da LOPTC, a culpa constitui um dos requisitos essenciais da responsabilização do agente⁴⁰, pelo que é sempre necessária a prova da culpa do agente, para efeitos de efetivação de responsabilidade financeira, incumbindo ao visado demonstrar que administrou e aplicou os dinheiros públicos em causa de forma legal e conforme aos princípios da boa gestão⁴¹. A responsabilidade financeira reveste natureza subjetiva⁴² precisamente pela necessidade de existência de culpa⁴³, cujos danos emergem de um ato voluntário e culposo, a qual só pode ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso, sendo necessário recorrer ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos⁴⁴.

Desta forma, e para efeitos de apuramento de responsabilidade financeira⁴⁵ urge averiguar se o agente atuou de acordo com a diligência que seria exigível em face do condicionalismo próprio do caso concreto. Mas, não obstante a verificação do critério da diligência exigível, poderão, ainda assim, ocorrer infrações financeiras, pelo que se torna necessário aferirmos da boa-fé do agente na prática das mesmas, isto é, se o agente atuou com zelo e diligência na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a prática da infração.

Este conceito de boa-fé admite, assim, a avaliação das circunstâncias desculpabilizantes⁴⁶ na aferição da culpa do agente nas infrações financeiras verificadas, tais como a proliferação de legislação extravagante, da extensão das disposições legais aplicáveis, da

⁴⁰ Uma vez que estamos perante a autonomização de dois momentos de valoração do facto, sendo um a ilicitude, onde analisamos a conduta sem atender às qualidades do sujeito, e outro a culpabilidade, onde avaliamos o comportamento e as qualidades do agente - teoria do «ilícito pessoal» arguida por COSTA, ANTÓNIO MANUEL TAVARES DE ALMEIDA, *Ilícito Pessoal, imputação objetiva e participação em direito penal*, Tese de Doutoramento, 2013, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, p. 11.

⁴¹ Na opinião de ANTUNES, os responsáveis financeiros devem demonstrar que utilizaram os dinheiros e valores públicos como um cuidadoso e diligente gestor público e para os fins a que se destinam (ANTUNES, CARLOS MORAIS, *O Julgamento do Tribunal de Contas no Âmbito da Responsabilização Financeira*, Revista do Tribunal de Contas, nº 54, julho/dezembro de 2010, p. 21-52 [p. 47]).

⁴² Vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume - -AAF DL – 1980, pág. 267 e segs. (cit. por MACEDO, ADALBERTO JOSÉ BARBOSA MONTEIRO DE, op. cit., 2007, p. 33)

⁴³ Defende CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (in op. cit., 1999, p. 219) que a imputação por facto ilícito «postula duas instâncias de controlo do sistema sobre a sua estatuição», sendo um a ilicitude, ou seja a violação de normas jurídicas, e outro a culpa, na medida em que «a ação deve assentar numa tal relação de meios-fins que o agente incorra num juízo de censura, seja por ter pretendido directa, necessária ou eventualmente atingir as normas violadas (dolo), seja por não ter pretendido pautar-se pelos deveres de cuidado que ao caso caibam (negligência)».

⁴⁴ Cfr. Sentença n.º 03/2011 – 3ª Secção.

⁴⁵ Na análise da culpa em infrações financeiras, CLUNY (op. cit. 2011, pp. 133 e 134) socorre-se da posição defendida por ALEJANDRE NIETO, de que a mesma é constituída pela diligência exigível (no conhecimento do ilícito), a boa-fé (na gestão dos dinheiros públicos) e o risco (contida no tipo de norma, porque o legislador entende que determinada conduta provoca, por si mesma, um risco ou pode produzi-lo), os quais surgem evidenciados na diversa jurisprudência emanada pelo TdC.

⁴⁶ Como defendido por FERNANDES CADILHA (apud CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011, p. 137).



divergência da jurisprudência sobre a mesma questão jurídica e ainda da inflexão do entendimento dos órgãos jurisdicionais.

Assim, quer na fase de auditoria, quer na fase jurisdicional é essencial expor, documentar e provar os factos que consubstanciam a infração e, assim, a culpa do agente, não sendo suficiente indicar apenas o incumprimento da norma cujo facto integra a infração financeira⁴⁷. Ora, salvo o devido respeito, o Relato submetido a contraditório não aborda, nem tão pouco desenvolve, todos os elementos essenciais ao apuramento de responsabilidade financeira, retendo-se, repita-se, numa imputação objetiva de responsabilidade, quando se exige uma ponderação com rigor, isenção e honestidade intelectual do juízo de censura (culpa) enquanto pressuposto essencial deste tipo de responsabilização.

Ora, nos termos do art.º 17.º, 1, do CP «*age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude da facto, se o erro lhe não for censurável*».

No que se refere às infrações financeiras previstas no art.º 65.º da LOPTC, para se apurar a existência de uma verdadeira infração torna-se necessário distinguir o simples erro da conduta ilícita, a qual preenche uma ação ou omissão tipificada como infração financeira, incluindo-se aqui as irregularidades⁴⁸ que possam ter consequências ao nível da efetivação de responsabilidade financeira.

O simples erro traduz-se na ocorrência não voluntária e imponderável, como é o caso dos erros materiais. Estes não são atos capazes de serem atribuídos à vontade e assim, à culpa, mesmo que negligente, dos seus autores. Importa aqui saber se o erro resultou de uma conduta ilícita, isto é, se uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha, ou se aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu⁴⁹.

Como refere António Cluny, «*Na verdade, o que importa saber é se o erro resultou de uma conduta ilícita - uma conduta que, por negligência ou dolo, violou deveres funcionais que conduziram à falha - ou, pura e simplesmente, aconteceu independentemente dos normais cuidados que o seu autor imprimiu à conduta funcional que desenvolveu. (...) Concluindo, a simples verificação de uma irregularidade de natureza administrativa num processo complexo que conduza à realização de despesa pública não significa que estejamos sempre perante a prática de uma infração financeira por parte de quem calculou e aprovou uma despesa ou um pagamento.*»⁵⁰.

⁴⁷ *Idem*, p. 138.

⁴⁸ Nos termos do *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas*, a irregularidade, traduz-se «*numa violação, intencional ou não, de uma lei ou de uma norma ou princípio contabilístico ou administrativo aplicável*». (cfr. p. 73 in <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/manual.pdf> [consultado a 29/06/2016]).

⁴⁹ In CLUNY, ANTÓNIO, op. cit., 2011 p. 124.

⁵⁰ CLUNY, António op. cit., pp. 124-128.

Como é sabido, o erro sobre a ilicitude verifica-se quando o agente não conhece a norma de proibição que respeita ao facto, ou, conhecendo-a, tem-na por não válida, ou, em consequência de uma interpretação incorreta, representa defeituosamente o seu âmbito de validade, considerando, em consequência disso, o seu comportamento como juridicamente admissível⁵¹.

Tal erro, como implicitamente decorre do acabado de referir, abrange duas realidades ou situações distintas, muito embora ambas se encontrem submetidas ao mesmo regime.

Numa primeira situação, a qual é usual denominar de erro directo ou sobre a norma punitiva, o agente não conhece – ou, conhecendo-a, considera-a revogada ou interpreta-a erradamente – a norma proibitiva que concerne directamente ao facto, tomando o seu comportamento como permitido e aprovado pelo Direito.

Numa segunda situação, a qual é comum designar-se de erro indirecto ou erro de permissão, o agente, conhecendo embora o desvalor jurídico que implica o preenchimento do tipo, erra sobre a intervenção de uma norma permissiva.

Por outro lado, o erro pode ainda verificar-se numa terceira situação. Ela ocorre quando o erro incide sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto⁵².

Certo é que o erro sobre a ilicitude – seja direto, indirecto ou de tipo permissivo – pode ser evitável ou inevitável. No entanto, só o erro inevitável ou não censurável constitui uma causa de exclusão da culpa.

Em suma, não obstante a utilização de um critério de diligência exigível, poderão ocorrer infrações financeiras, pelo que há que aferir da boa-fé do agente na prática das mesmas, averiguar se o agente atuou com zelo e na convicção de que estava a observar todos os preceitos legais, desconhecendo a prática da infração, uma vez que apenas o erro não censurável isenta o agente de responsabilidade.

Facilmente se constata que a visada agiu de forma não censurável, pois a mesma agiu na convicção de ser não só legalmente possível a aquisição em apreço, com base na informação do Departamento Jurídico e de Fiscalização em anexo à sua proposta, como se verificava ser a atuação mais vantajosa, financeiramente, para o MF, conduta esta que não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município. Em momento algum de todo o procedimento foi posta em causa a convicção da visada de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigada. O mesmo é dizer que a presente contraditada não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade porquanto todas as informações que lhe foram fornecidas pelos serviços (ou pelas “*estações competentes*”) em nada alertaram nesse sentido.

⁵¹ SERRA, TERESA, *Problemática do Erro sobre a Ilicitude* (1991), p. 67.

⁵² SERRA, TERESA, *in op. cit.*, p. 69 e 79.



E, ainda que o douto Tribunal mantenha a opinião de que com aquela atuação estamos perante uma ação por parte do responsável nos termos do n.º 1 do art.º 61.º da LOPTC, o que não se concede, refira-se que a responsável é licenciada em Biologia, confiando, naturalmente, as suas decisões sobre matérias que não são da sua especialidade de formação técnica e/ou profissional, nas informações e opiniões técnicas trazidas e emanadas pelos seus técnicos nas mais diversas áreas, sem ter motivos ou fundamentos para de tais opiniões desconfiar ou discordar, nomeadamente nas áreas financeira e jurídica, tal como ocorreu no caso em análise, recaindo assim na exceção prevista no art.º 61.º, n.º 2 da LOPTC.

Em momento algum de todo o processo foi posta em causa a convicção da responsável de que agia em conformidade com a lei e cumpria os deveres de cuidado e de diligência a que estava obrigada. O mesmo é dizer que a visada não se podia ter apercebido de qualquer ilegalidade, inexistente de facto, como acima já evidenciado.

Repare-se que a competência do responsável, enquanto, à data, Diretora do DEQV, não abrange a obrigação de realizar estudos de natureza jurídica – a Diretora do DEQV não emite pareceres ou elabora estudos jurídicos em matéria de natureza jurídica, não sendo ainda a visada licenciada em Direito ou Solicitadoria.

Ora, como já se esclareceu, para que se verifique uma responsabilidade financeira sancionatória é absolutamente imprescindível ter ocorrido uma infração financeira, o que não foi o caso, sendo também imprescindível verificar, em concreto, se a conduta imputada à visada como alegada responsável configura, de facto, uma violação de normas de proteção de interesses de natureza financeira vigentes.

Veja-se o que refere, com particular acuidade, António Cluny:

«Saber eleger, por via dos enunciados algo vagos e muito amplos das alíneas do artigo 65º da LOPTC, as normas que dizem efectivamente respeito aos princípios e valores que o Direito Financeiro quer proteger, é uma tarefa que o intérprete tem de conduzir com cuidado. Isto se não quer correr o risco de estender a acção sancionatória do Tribunal de Contas a áreas que possam, na realidade, interferir com atribuições e competências de outras jurisdições.»⁵³

Aquele ilustre Magistrado conclui, mais adiante, perentoriamente que:

«Para se concluir que se está perante uma verdadeira infracção financeira haverá sempre que tomar em consideração duas questões essenciais.

De um lado, aquilo que pode ser considerado um simples erro; portanto uma ocorrência não voluntária e imponderável.

⁵³ CLUNY, António - Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 122-124.



Na verdade, face às dificuldades resultantes daquela técnica de definição legal dos tipos infraccionais, importa, primeiro, entender muito exactamente se se está, apenas, perante meros erros (erros materiais por exemplo) ou já perante irregularidades com relevância financeira efectiva, imputáveis a título de culpa aos seus autores.»⁵⁴

Ora, no caso em apreço, a conduta da visada não implicou o desrespeito por quaisquer disposições com implicação ou relevância nos interesses financeiros do Município como já demonstrado.

O que não pode deixar de ser devidamente ponderado e considerado em sede de um procedimento em que se imputa uma sanção gravosa a um eleito local pela atuação empreendida em matéria de legalidade financeira.

Ressalva-se, ainda, que a requerente foi surpreendida com a interpretação agora adotada pelo Tribunal de Contas.

Tudo isto tem a ver «com as necessárias adaptações» da aplicação das disposições de responsabilidade reintegratória (art.ºs 61º e 62º da LOPTC) ao caso da responsabilidade sancionatória, e com a necessidade de ter em consideração os títulos I e II do CPenal. Não é correta, pois, a posição constante do Relato, quando, indevidamente, e com preterição de princípios elementares do direito sancionatório, se pretende imputar responsabilidade sancionatória ao visado, esquecendo que “as necessárias adaptações”, por um lado, e as disposições constantes dos Títulos I e II do CPenal, citados, no presente caso, têm total aplicação, *ex vi* do nº 4 do artº 67º da LOPTC e afastam, de todo, tal responsabilidade.

No mínimo, estamos perante uma situação semelhante à que mereceu do digno representante do Ministério Público junto deste Tribunal, ao tempo, o distinto Magistrado, Procurador Orlando Andrade Ventura, o seguinte despacho: «(...) no direito financeiro, só existe responsabilidade sancionatória, caso a acção ou omissão do agente seja culposa – artigos 61º, nº 5 e 67º, nºs 2 e 3, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Na verdade, a responsabilidade sancionatória, no âmbito do direito financeiro, impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos, pois não é concebível postergar tais conceitos e princípios quando se apela, na Lei nº 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção, sendo pacífico que os conceitos ordenadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do direito se devem adequar aos princípios e conceitos estruturantes do direito penal onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento.

O Código Penal assinala, na parte introdutória que «um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta».

⁵⁴ CLUNY, António – op. cit., p. 124.



Há, pois, que analisar se as condutas dos responsáveis justificam uma censura e reprovação por não corresponderem nem se enquadrarem nas que seriam exigíveis a um responsável da administração confrontado com o circunstancialismo apurado no processo.

Nos casos em análise, os elementos disponíveis não nos permitem concluir que os responsáveis pelos respectivos procedimentos tivessem agido de forma deliberada e consciente, com o intuito de não cumprir os preceitos legais, o que afasta, o dolo, em qualquer das suas formas – artº 14º do Código Penal.

Mas, afastará a negligência, ou seja, a falta de cuidado, que, segundo as circunstâncias concretas estavam obrigados e eram capazes – mesmo quando não chegassem, sequer, a representar a possibilidade de realização do facto?

A negligência relevante para os efeitos de imputação subjectiva de um facto ilícito impõe que a acção ou omissão do agente sejam aferidas pela conduta que teria um «bónus pater familiae» nas concretas circunstâncias que rodearam a prática ou a omissão do facto. E que a falta de cuidado tenha sido a causa do mesmo.

Ora, analisando os factos indiciados, as circunstâncias em que foram praticados e, designadamente, as considerações tecidas pelos responsáveis, em sede de contraditório, entendemos que terão agido de boa fé, convencidos que a sua conduta não era ilegal, sendo duvidoso considerar que lhes era exigível, outra conduta, o que afasta a culpa ou, pelo menos, não nos permite concluir, que tenham agido com culpa, sendo que essa conduta não justifica uma censura de natureza sancionatória».⁵⁵

As especificidades da matéria em causa tornam, necessariamente, compreensíveis as preocupações de interesse público, que determinaram a conduta da visada.

Sabemos bem que as preocupações do Tribunal de Contas e a exigência de rigor na observância dos procedimentos legalmente estabelecidos, na área financeira, visa assegurar a melhor gestão dos dinheiros públicos e gastos desnecessários, sendo que, neste particular, a preocupação da visada foi assegurar esse mesmo objetivo, pelas razões que já aduziu.

V. DA EXECUÇÃO MATERIAL E FINANCEIRA DO CONTRATO

De igual modo, em relação à execução material deste contrato não existiu violação de quaisquer regras.

A fim de proceder à verificação da regularidade da execução material do contrato em análise, no âmbito desta auditoria, foi verificado:

- a) O destino dado aos cartões adquiridos;

⁵⁵ In despacho proferido no Processo MP nº 75/2007.



- b) As respetivas condições de utilização por parte dos seus destinatários; e
- c) Os controlos instituídos para a salvaguarda do interesse e da utilidade pública da despesa em causa.

Após a análise dos elementos fornecidos pelo Município do Funchal, o Tribunal concluiu que a execução material do contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada, na medida em que não foi previamente fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição, nem foram estabelecidos os procedimentos de acompanhamento e de controlo da execução contratual – vide o ponto 3.3.1 do relato.

Ora, esta conclusão só se pode ficar a dever a uma deficiente delimitação da realidade subjacente ao contrato ora auditado, que não permitiu que a execução do mesmo fosse analisada nos seus devidos termos.

Para perfeita apreensão do que está aqui em causa, não se pode senão reiterar aquilo que já antes foi afirmado por este Município no âmbito desta auditoria e que se subsume ao seguinte:

Conforme estatuído nas alíneas d), f), g) e h) do n.º 2 do artigo 23.º da Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, constituem atribuições do Município, entre outras, a educação, os tempos livres e desporto, a saúde e a ação social.

Esta aquisição enquadra-se no cumprimento dessas competências e no desenvolvimento de uma política social que cria as condições para que todos os escalões etários e os munícipes de setores socialmente deprimidos, numa perspetiva de inserção social, tenham acesso a uma melhor saúde e melhor qualidade de vida.

Incluiu-se a população idosa que frequenta os espaços municipais neste programa, que ajuda a combater a solidão, a melhorar a saúde física e mental e a autoestima desta faixa etária, e optou-se por proporcionar um acesso gratuito à praia a crianças que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis e que só com ajuda social conseguem frequentar, com regularidade, ambientes de qualidade superior e que possuem boas e seguras acessibilidades ao mar e às piscinas, o que ajuda a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado que outras crianças mais facilmente possuem por pertencerem a escalões sociais menos vulneráveis.

O Município do Funchal presta apoio social aos seus munícipes através dos equipamentos sociais que gere, a saber: Centro Comunitário do Funchal, ginásios municipais e Atividades de Tempos Livres que são organizados pelas juntas de freguesia e pela "*SocioHabitaFunchal - Empresa Municipal de Habitação E.M.*".

Assim sendo, o Município do Funchal criou condições para que os mais velhos e os mais novos, utentes dos equipamentos sociais do município (ginásios, centros comunitários e



Ludoteca) e frequentadores das Atividades de Tempos Livres dos centros comunitários, inseridos em bairros sociais, geridos pela SocioHabitaFunchal- Empresa Municipal de Habitação, E.M., bem como os utentes que frequentam atividades nas Juntas de Freguesia do Concelho, usufruam do acesso ao mar, em boas condições de segurança, sendo que os beneficiários mais velhos poderiam, ainda, desfrutar de aulas de hidroginástica, e o público infantojuvenil poderia desfrutar de um programa de atividades de educação ambiental (Bandeira Azul da Europa), no período estival, proporcionado pelos Centros Azuis, sediados nos Complexos Balneares da Empresa FrenteMarFunchal, E.M.

Ou seja, estamos perante um apoio social que procurou criar oportunidades e direitos iguais para todos, focado na promoção do bem-estar e qualidade de vida de grupos vulneráveis da população, nomeadamente crianças, jovens e idosos, que não foi constituído por uma prestação em dinheiro, mas num programa de inserção que integra um contrato no âmbito do conjunto de ações estabelecidas com vista a uma inserção social dos seus beneficiários.

Tendo presente esta realidade, verifica-se que, para efeitos do disposto no Código de Procedimento Administrativo, consideram-se regulamentos administrativos «*as normas jurídicas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos*» – vide artigo 135.º, do Código de Procedimento Administrativo.

Os regulamentos são, assim, quaisquer normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal («regulamentar») e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas ou à organização dos serviços administrativos (regulamentos orgânicos ou organizativos) e na disciplina do funcionamento da administração (regulamentos funcionais ou operacionais), quer na regulação das relações jurídicas entre entes públicos e entre particulares (regulamentos relacionais).

Inferre-se do que ficou exposto no relato que os auditores consideraram que se deveria criar um regulamento como norma geral (com destinatários indeterminados) e abstrata (aplicável a situações da vida indeterminadas), de execução permanente (“*vigência sucessiva*”), para fixar critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares e regras de utilização dos cartões, bem como das entidades envolvidas na sua distribuição.

Ou seja, é afirmado no relato que deveria ter sido criado um regulamento com um procedimento de candidatura ou de adesão.

Este raciocínio estaria correto se qualquer município pudesse candidatar-se à atribuição e utilização destes cartões, caso em que, como é óbvio, não poderia ser levada a efeito uma análise casuística, efetuada por trabalhadores a atribuir e selecionar os titulares dos mesmos.



Todavia, não foi isto que se passou neste caso, uma vez que nenhum munícipe, por iniciativa própria, teve acesso aos cartões.

Como acima ficou dito, estes cartões inserem-se num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia do Município do Funchal, que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos em listagens próprias para o efeito, elaboradas de acordo com as regras e critérios utilizados por essas entidades para essa seleção. Os cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que são estruturados de acordo com as normas que lhes permitem ter essas valências e funções.

Nos espaços municipais, a entrega desses cartões foi feita de acordo com a assiduidade nas aulas/disponibilidade nas atividades ou, ainda, balizada pelas carências financeiras dos beneficiários dos mesmos, como acontece com qualquer atividade que aí se realize.

No caso do ATL da Ludoteca, todas as crianças participantes do programa tiveram acesso ao projeto. Neste caso, os cartões ficaram na posse do departamento municipal, responsável por estas atividades, que os distribuía aos/às monitores/as nos dias de atividade nos Complexos Balneares.

Atendendo ao recorte da utilização destes cartões, não teria razão de ser a criação de um regulamento, como se de um procedimento aberto a participação de qualquer munícipe se tratasse, uma vez que as entidades a que os mesmos iriam ser disponibilizados estavam, desde logo, identificadas e os mesmos seriam incorporados nos programas sociais que estas realizam.

Para além desta questão perante o Direito aplicado ao caso, não corresponde à realidade que não tenha sido fixada a regulamentação das condições de acesso e de atribuição dos cartões, nem determinados os critérios de seleção dos respetivos titulares e das entidades envolvidas na sua distribuição.

O Código dos Contratos Públicos regula, não apenas a fase de formação dos contratos públicos, mas também a fase de execução daqueles que revistam a natureza de contrato administrativo (de acordo com os critérios fixados no n.º 6 do artigo 1.º).

Neste mesmo diploma legal, procedeu-se à distinção entre contratação pública e contratos públicos (artigo 1.º, n.º 2):

- a) A contratação pública diz respeito à fase de formação dos contratos públicos, a qual se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato;
- b) Os contratos públicos são todos aqueles que sejam celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no Código de Contratos Públicos, independentemente da sua designação (por exemplo: protocolo, acordo, etc.) e da sua natureza (pública ou privada).



Existe, pois, uma fase de formação dos contratos públicos e uma fase de execução dos mesmos contratos.

Antes de mais, vejamos como ficou definida a cláusula terceira do contrato em causa nesta auditoria:

«CLÁUSULA 1º

OBJECTO DO CONTRATO

O Segundo Outorgante obriga-se perante o Primeiro Outorgante ao fornecimento, de 1600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a gestão da empresa municipal Frente Mar Funchal conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa frente mar funchal que se dão por integralmente reproduzidos.»

Ora, neste contrato, na informação de abertura e respetiva proposta da empresa FMF, E.M., estão previstas as obrigações de ambas as partes em sede de execução contratual.

As prestações objeto do contrato estão descritas em termos fixos nessas peças e o regime normativo legal nesta matéria afirma-se como um comando que se impõem na aquisição, pelo Município do Funchal, destes cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente MarFunchal, E.M., e na posterior execução do contrato que a corporiza.

Segundo a lógica que particulariza a figura do contrato administrativo, considera-se que a execução correta e atempada das obrigações contratuais pelo cocontratante não satisfaz apenas o mero “*interesse do credor*”, *id est*, o interesse legítimo – e protegido pela ordem jurídica – que tem qualquer parte de um contrato em ver realizados os seus direitos (de crédito) sobre a outra parte.

Embora esta dimensão especificamente contratual, interpartes, também esteja presente, assume-se que o cumprimento do contrato por um agente que colabora com o contraente público na realização dos fins públicos é um fenómeno que extravasa a pura dimensão contratual, comportando uma direta relevância para o interesse público.

A tutela ou proteção do «*interesse público no cumprimento do contrato*» efetiva-se mediante mecanismos e instrumentos vários que desempenham esta função de garantia de cumprimento ou da execução do contrato administrativo.

Importa ter presente que, como consequência da outorga do contrato administrativo, o cocontratante não se vincula apenas a cumprir as obrigações inscritas no contrato: eis o que resulta de o contraente público dispor, por exemplo, do «*poder de dirigir o modo de execução das prestações*» (cfr. artigo 302.º, alínea a), do Código de Contratos Públicos), em cujo exercício pode impor «*ordens, directivas e instruções*» em «*matérias carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas no contrato*» (artigo 304.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos).



Assim, enquanto parte do contrato administrativo, o cocontratante integra-se numa relação jurídica que comporta a sua sujeição ao poder público de imposição de obrigações de que dispõe o contraente público (no exercício das funções de direção e de fiscalização do contrato), uma vez que o contraente público tem a responsabilidade legal de assegurar a realização do interesse público a que a decisão de contratar pretendeu responder.

Dispõe, nesse âmbito, de poderes de direção e de fiscalização do cumprimento do contrato pelo seu cocontratante (artigos 303.º a 306.º, do Código de Contratos Públicos).

Estabelece-se, no artigo 303.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos, que, mediante o exercício desses poderes, o contraente público assegura «a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar», apresentando uma extensão variável – dependente do tipo de contrato ou do tipo de prestações em causa –, o poder de direção concretiza-se, em geral, mediante a emissão de ordens, diretivas e instruções sobre a execução das prestações contratuais, «sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa», nos termos do n.º 2 do artigo 304.º do Código de Contratos Públicos.

Ora, conforme resulta da Cláusula 1.ª do Contrato avulso 65/2019, celebrado a 23 de maio de 2019, entre o Município do Funchal e a FMF, E.M., esta vinculou-se a proporcionar 1600 cartões, cada um com 50 entradas, nos complexos balneares por si geridos, de acordo com especificado no quadro abaixo:

	Cartões/ Utentes	Entradas	Custo
ATL Juntas de Freguesias	400	20000	73 000,00 €
SHF	150	7500	27 375,00 €
Ludoteca CMF	50	2500	9 125,00 €
Ginásios Municipais	750	37500	136 875,00 €
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	45 625,00 €
Total	1600	80000	292 000,00 €



Estes cartões foram fornecidos de forma faseada e consoante os pedidos formulados pelo Município do Funchal, em articulação com as entidades e serviços que deram uso aos mesmos, de acordo com as atividades que os mesmos tinham definidas nos seus planos de atividades.

Toda a execução material deste contrato foi rigorosamente controlada pelo Município do Funchal, uma vez que a entrega dos cartões foi feita de acordo com as listas definitivas que haviam servido de base à emissão dos mesmos, elaboradas pelos coordenadores dos diferentes serviços, ginásios municipais, centro comunitário do Funchal, centros comunitários da SHF e ATLS das juntas de freguesia.

Não resulta evidenciado no relato que não tenha existido planeamento, nem prévia fixação de critérios de acesso, de atribuição e de seleção dos titulares.

Foi também demonstrado a existência de regras de utilização dos cartões, dado que os mesmos eram de uso pessoal e intransmissível e exibiam o nome do utente e a numeração no próprio cartão, sendo entregues aos próprios destinatários, descarregando-se esta entrega nas listas de controlo dos serviços respetivos.

Através da utilização de um *software* de controlo de entradas, foi apurado o número de cartões emitidos, informação esta que, cruzada com as listagens, permite apurar todos os utentes que entraram nos complexos balneares geridos pela FMF, E.M.

O relato não demonstra que as coisas assim não se passaram e, apesar de afirmar que não foi remetida qualquer relação dos utilizadores, com indicação do número de entradas até então usufruídas e das respetivas datas dessa utilização, antes de chegar a esta conclusão deveria ter solicitado ao Município do Funchal que juntasse a estes autos todos os elementos necessários à corroboração desta realidade.

Em suma, estes cartões foram entregues de acordo com o que foi contratualizado, de acordo com a direção e fiscalização do Município do Funchal e foi verificada a sua conformidade e aptidão para o efeito que esteve na origem da celebração deste contrato.

Aqui chegados, verifica-se, também, que, no relato objeto deste contraditório, é afirmado que foi efetuado, em junho de 2019, o pagamento da totalidade dos 1.600 cartões contratados, pelo montante de 292.000,00 € (c/IVA), apesar de, até essa data, a FMF, E. M., só ter fornecido 1.070 cartões, subvertendo a lógica financeira que impõe que o pagamento dos bens só deve ocorrer após a verificação da tempestividade e da regularidade (em termos quantitativos e qualitativos) da sua entrega, e que, em maio de 2020, quase um ano depois da celebração do contrato, faltava ainda proceder à emissão e entrega, pela FMF, E.M., de 530 cartões, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 66,9% – vide o ponto 3.3.2 do relato.

Ora, como notou o Tribunal de Contas no Relato *in casu*, durante o mês de junho de 2019, o Município do Funchal procedeu ao pagamento da totalidade dos 1.600 cartões e foram



emitidos, até outubro desse ano, apenas 1.042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais), ou seja, menos 558 unidades do que as adquiridas, o que se traduz numa taxa de execução material do contrato, até então, de apenas 65,1%.

Para perfeita apreensão do que aqui está em causa é importante deixar novamente aqui expresso duas notas.

A primeira é que esta aquisição enquadrou-se no desenvolvimento de uma política social que procurou criar as condições para que os munícipes de setores socialmente deprimidos, onde se inclui os mais idosos e as crianças, pudessem ter um acesso gratuito à praia, uma vez que estes cidadãos, que pertencem a escalões sociais mais vulneráveis, só com ajuda social conseguem frequentar um sítio de qualidade, que possua boas e seguras acessibilidades ao mar e piscinas, por forma a potenciar um desenvolvimento físico e emocional equilibrado.

A segunda é que estes cartões se inseriram num programa social articulado com a Empresa Municipal de Habitação - SocioHabitaFunchal e as Juntas de Freguesia deste Município que identificaram os/as beneficiários/as dos mesmos sendo que estes cartões ficaram à disposição destas entidades, que os disponibilizaram aos beneficiários dos seus programas sociais que se realizavam de acordo com os seus planos de atividades.

Partindo desta realidade, verificamos que o douto Tribunal, numa análise cega às condições de execução deste contrato, ignoraram completamente que em Portugal, a época balnear estende-se de junho a setembro, variando a sua determinação rigorosa com as condições locais – vide Lei n.º 44/2004, de 19 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 100/2005, pelo Decreto-Lei n.º 129/2006, de 7 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 256/2007, de 13 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 135/2009 de 3 de Junho.

O que equivale a dizer que, entre o período de junho a setembro, os cartões seriam utilizados, motivo pelo qual foram pagos no mês de junho de 2019, e em outubro desse ano, apenas 1 042 cartões (237 para utentes dos ATL do Município do Funchal e das Juntas de Freguesia e 805 para utentes dos Ginásios Municipais) estavam utilizados.

Os restantes 558 cartões foram utilizados entre junho de 2020 e setembro do mesmo ano, de forma faseada e criteriosa, tendo em atenção a situação pandémica que se vivia na altura e vive atualmente.

Note-se que, é durante a época balnear que existe vigilância e assistência aos banhistas, por isso esses espaços não podem ou não devem ser frequentados por crianças e seniores fora dessa época.

Todos os cartões adquiridos e pagos foram entregues e utilizados de acordo com as estratégias de inclusão social das entidades que os utilizaram e não existe qualquer evidência, ou melhor dizendo, qualquer prova no relato que infirme esta realidade.

Assim sendo, não se pode de forma alguma afirmar que a execução material e financeira deste contrato foi deficientemente planeada e insuficientemente controlada.

VI. CONCLUSÃO

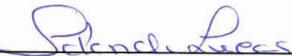
A visada sempre atuou de boa fé, não prejudicando e sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário público, não tendo o mesmo retirado qualquer benefício pessoal com os atos praticados.

A visada sempre atuou convencida que cumpria com a Lei, atuando em conformidade com a mesma.

Neste contexto, e sem conceder quanto ao entendimento da inexistência de qualquer infração por parte da visada, por todas as razões acima referidas, ainda assim, no mínimo, afigura-se-nos estarem reunidas as condições do n.º 9, do artigo 65.º da LOPTC, no sentido de serem inexistentes a culpa dos demandados e não haver lugar a qualquer sanção.

Nestes termos, cumprido o contraditório, deverá o Relatório ter em conta as considerações e razões desenvolvidas e ser objeto das alterações imprescindíveis ao respeito pelo Estado de Direito e pelo ordenamento jurídico vigente, e princípios fundamentais que dele dimanam, concluindo-se pela inexistência de qualquer infração financeira.

A visada,



VII – INFORMAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO E QUALIDADE DE VIDA DE 14 DE MAIO DE 2019



De: Diretora de Departamento – Iolanda Lucas
Para: Exma. Sra. Vereadora Dra. Madalena Nunes

Nossa referência	Data	
12019000011405	14/05/2019	T0108082

Assunto: Aquisição de cartões de Acesso aos Complexos Balneares do Funchal sob Gestão da Frente MarFunchal – Empresa Municipal

Despacho/ Data	Despacho/ Data	Despacho/ Data
MIGUEL SÉRGIO CAMACHO SILVA GOUVEIA	Assinado de forma digital por CN=MIGUEL SÉRGIO CAMACHO SILVA GOUVEIA, SERIALNUMBER=D1168149439, GIVENNAME=MIGUEL SÉRGIO, SURNAME=CAMACHO SILVA GOUVEIA, OU=Assinatura Qualificada do Cidadão, OU=Cidadão Português, O=Cartão de Cidadão, C=PT Dados: 2019-05-22 17:02:20 +0100 Descrição: Autógrafa nos termos propostos, sujeito a compromisso.	Concordo com a aquisição da totalidade dos cartões para entrada nos Complexos Balneares sob gestão da Frente MarFunchal, proposta pela diretora do DEQV. À atenção do Vereador Miguel Gouveia. MARIA MADALENA CAETANO SACRAMENTO NUNES Assinado de forma digital por MARIA MADALENA CAETANO SACRAMENTO NUNES Dados: 2019-05-20 14:53:07 +01'00'

O Funchal, como Cidade Educadora, deve contribuir para a satisfação das necessidades particulares dos seus habitantes ao longo do ciclo da vida, não esquecendo as crianças, os jovens e a população sénior do concelho, desenvolvendo ações para que estes tenham o direito de desfrutar, em condições de liberdade e igualdade, os meios e oportunidades, de formação, tentando diluir todas as formas de discriminação; bem como contribuir, com estas ações, para uma maior qualidade de vida da população.

Igualmente o Funchal, é considerado pela UNICEF uma "Cidade Amiga das Crianças", que defende e promove os direitos das crianças, sendo que o "Direito de Brincar" está previsto no artº 31 da convenção dos direitos da criança.

Neste sentido e verificando-se que há uma complementaridade de atividades, entre a FrenteMarFunchal, empresa municipal e a Câmara Municipal do Funchal, através do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Ludoteca, Centro Comunitário do Funchal e Ginásios Municipais e a SocioHabitaFunchal, empresa municipal -, que



em muito contribuem para a formação das crianças e dos/as jovens e dos/as menos jovens do Funchal, nomeadamente as atividades relacionadas com a educação ambiental na época estival, nos Centros Azuis dos Complexos Balneares, da referida Empresa Municipal, sendo que esta junção de sinergias potenciará a ação da Autarquia no desenvolvimento do projeto de Educação para a Sustentabilidade Ambiental. Acresce ainda o facto de no Funchal o acesso ao mar ser escasso e que todas as pessoas deviam ter acesso a um bem precioso como é o mar e em boas condições e de forma segura. Condição esta que é tanto mais importante tendo em conta à população em causa. O acesso ao mar existente no Funchal a título gratuito é ainda mais escasso, sendo que as acessibilidades e as condições de frequência nos referidos acessos nem sempre estão adequados às crianças e à população mais velha, fundamentalmente à sua segurança e ao seu conforto.

Assim, neste ano e futuros, propõe-se que o Município do Funchal como política social adquira entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares geridos pela FrenteMarFunchal, empresa municipal, para distribuição pelos utentes dos ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda dos ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, para facilitar o acesso ao mar e para evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito. Ingressos estes a serem distribuídos pelos mais carenciados que não conseguem aceder a um bem como é o mar.



Pelo exposto, solicita-se a V. Ex^a autorização para a aquisição, à FrenteMarFunchal, Empresa Municipal, de ingressos de acesso a todos os complexos balneares sob a sua gestão, tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço. Assim, e de acordo com a tabela de preços, que segue em anexo, propomos a aquisição dos ingressos a €3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal.

De forma a permitir que o utentes dos diferentes serviços geridos pela Câmara Municipal do Funchal, pela SocioHabitaFunchal, ainda os ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, possam usufruir do acesso a todos Complexos Balneares do Funchal geridos pela FrenteMarFunchal, empresa municipal, bem como uma panóplia de atividades de Educação Ambiental, desenvolvidas nos Centros Azuis, relacionadas com a Bandeira Azul, propomos a aquisição de 1600 cartões com 50 entradas de acordo com especificado no quadro abaixo.

	Cartões/ Utentes	Entradas	Custo
ATL Juntas de Freguesias	400	20000	73 000,00 €
SHF	150	7500	27 375,00 €
Ludoteca CMF	50	2500	9 125,00 €
Ginásios Municipais	750	37500	136 875,00 €
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	45 625,00 €
Total	1600	80000	292 000,00 €



DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO
E QUALIDADE DE VIDA

Mais se informa, de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (em anexo), que esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art. 5º A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b) e c) do nº 1 e do nº 3 e nº 4 do referido artigo, uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal.

Assim, não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual.

No entanto, deverá ser celebrado contrato escrito requerendo-se para o efeito a entrega dos documentos de habilitação da empresa FrenteMarFunchal, uma vez que os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos ficam sujeitos às normas constantes do Código do Procedimento Administrativo.

Assim, propõe-se a compra de cartões de acesso aos seus complexos Balneares no valor de 292.000,00 € (duzentos e noventa e dois mil euros).

À Consideração superior

**IOLANDA CATARINA
GOMES PESTANA DO
VALE LUCAS**

Assinado de forma digital por
IOLANDA CATARINA GOMES
PESTANA DO VALE LUCAS
Dados: 2019.05.17 18:11:32 +01'00'

VIII – INFORMAÇÃO DO DEPARTAMENTO JURÍDICO E DE FISCALIZAÇÃO DE 15 DE MAIO DE 2019

administração e conservação dos Complexos Balneares, Praias, Jardins e Passeio Público Marítimo do Município do Funchal, seja a que título for e bem assim, a promoção do desenvolvimento de lazer do concelho, nos termos do número 1 do artigo 3º dos respectivos estatutos. A CÂMARA MUNICIPAL DO FUNCHAL procede à seguinte deliberação: 1º - A presente deliberação tem por objecto a definição das competências a delegar pela CÂMARA MUNICIPAL DO FUNCHAL à "FRENTE MARFUNCHAL - E.M.", no âmbito do seu objecto social, bem como a atribuição dos meios financeiros necessários à prossecução do mesmo. 2º - A presente deliberação tem ainda como objectivo a transferência da gestão, administração e conservação dos Complexos Balneares, Praias, Jardins e Passeio Público Marítimo do Município do Funchal para a "FRENTE MARFUNCHAL - E.M.", de forma a permitir a promoção do desenvolvimento sócio-económico e turístico do Concelho do Funchal, dando continuidade à implementação do projecto de valorização da frente mar do respectivo concelho, o que contribui para a preservação e consagração do seu património. 3º - Para efeitos da concretização do objectivo definido no número anterior, a CÂMARA MUNICIPAL DO FUNCHAL delega na "FRENTE MARFUNCHAL - E.M.", todas as competências necessárias para que esta promova a gestão, administração e conservação dos Complexos Balneares, Praias, Jardins e Passeio Público Marítimo, gerindo de forma integrada e participada os equipamentos, assegurando a obtenção de receitas, através da sua exploração. 4º-

Assim, passam a ser geridos, administrados e explorados pela empresa “FRENTE MARFUNCHAL – E.M.”, os Complexos/Equipamentos a seguir identificados: 1 – Complexo Balnear do Lido; 2 – Complexo Balnear da Barreirinha; 3 – Praia de São Tiago e respectivas infra-estruturas; 4 – Complexo Balnear do Arceiro – Praia Formosa; 5 – Complexos Balneares da Ponta Gorda e Poças do Governador; 6 – Praia do Funchal e respectivas infra-estruturas; 7 – Praia – Poças do Gomes e respectivas infra-estruturas; 8 – Complexo do Gorgulho – Cais do Carvão; 9 – Dois Bares/Cafetaria, Gelataria e Esplanadas do Complexo Balnear do Lido; 10 – Bar – Pub Irlandês na Promenade do Lido – Nascente; 11 – Espaço público para a actividade de restauração situado a poente da Promenade do Lido; 12 – Restaurante e Esplanada situado no quarto piso e Churrascaria, Bar e Esplanada situado na plataforma superior do Complexo Balnear do Lido; 13 – Dois Snack – Bares no Complexo Balnear da Barreirinha; 14 – Bar de apoio à Praia de São Tiago; 15 – Bar na Praia Formosa – Nascente; 16 – Dois Bares nas Poças do Governador Nascente e Poente – Ponta Gorda; 17 – Bar na Praia Nova – Poente e Nascente; 18 – Bar na Praia Formosa – Centro; 19 – Bar na Praia Formosa – Complexo Balnear do Arceiro; 20 – Concessão do Aluguer de Espreguiçadeiras, Guarda-Sois e Tobogan, nos Complexos Balneares do Funchal; 21 – Passcio Público Marítimo do Município do Funchal. 5º - A CÂMARA MUNICIPAL DO FUNCHAL delega na “FRENTE MARFUNCHAL – E.M.”, todas as competências



Tribunal de Contas

Transitou em julgado em 25/03/13

ACÓRDÃO Nº 4 /13 – 4.MAR-1ª S/SS

Processo nº 1888/2012

I. RELATÓRIO

O *Município do Porto* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato para a “*Gestão de Empreendimentos – Mandato - 2013*”, celebrado, em 19 de Dezembro de 2012, entre aquela entidade e a *Gestão de Obras Públicas da Câmara Municipal do Porto, EEM*¹, pelo montante de € 13.546.338.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) A *Gestão de Obras Públicas da Câmara Municipal do Porto, EEM* era, à data da celebração do contrato, e de acordo com os Estatutos juntos aos autos, uma empresa municipal, sob a forma de entidade empresarial local;
- b) O seu capital social é integralmente detido pelo Município do Porto;
- c) Nos termos do artigo 6.º dos Estatutos, compete à Câmara Municipal do Porto a nomeação e exoneração dos membros do conselho de administração da empresa, o qual é presidido pelo Presidente da Câmara do Porto ou por Vereador do executivo municipal em quem ele delegue essa função;

¹ Doravante também designada como *GOP, EEM* ou *GOP*.



Tribunal de Contas

d) De acordo com os artigos 11.º e 15.º dos mesmos Estatutos, a Câmara Municipal do Porto dá directivas e instruções genéricas ao conselho de administração da empresa e aprova, entre outros actos, os planos de actividades, os planos financeiros e os orçamentos da empresa;

e) O objecto social da empresa está descrito nos referidos estatutos da seguinte forma:

“1. A GOP, EEM, tem como objecto social, por delegação do Município do Porto, o exercício da actividade de gestão de obras públicas para a Câmara Municipal do Porto e para outras empresas participadas por aquela autarquia.

2. A gestão de obras públicas consiste na prática de todos os actos materiais e jurídicos necessários à perfeição das obras cuja gestão lhe seja solicitada pela Câmara Municipal do Porto, compreendendo qualquer actividade, desde a sua concepção até à recepção das respectivas obras.

3. Pelos presentes estatutos, o Presidente e a Câmara Municipal do Porto delegam na GOP, EEM, todos os poderes e prerrogativas de autoridade administrativa necessários ao cumprimento do seu objecto social.

4. A GOP, EEM, poderá prestar a sua actividade principal a outras entidades, públicas ou privadas, e exercer outras consideradas acessórias ou complementares do seu objecto social principal desde que, em qualquer dos casos, devidamente autorizada pela Câmara Municipal do Porto.

5. Com o objectivo de aproveitar sinergias entre a GOP, EEM, a Câmara Municipal do Porto e outras empresas municipais e de prosseguir uma política de gestão integrada, nomeadamente no que respeita à uniformização de critérios de gestão em diversas áreas, a GOP, EEM, exercerá também, em relação às restantes empresas municipais criadas ou a criar no âmbito da Câmara Municipal do Porto e a esta, uma actividade de consultoria em gestão nas áreas administrativa e financeira, gestão de recursos humanos, informática, qualidade ambiente e segurança e nas restantes da sua especialidade.

6. As obras a gerir pela GOP, EEM, incluindo aquelas de que resultar um património a gerir por outra empresa municipal, serão indicadas pela Câmara Municipal do Porto, no âmbito do exercício dos seus poderes de tutela.



Tribunal de Contas

7. As obras promovidas pela GOP, EEM, que devem ser executadas de acordo com as disposições legais para o efeito, não carecem de licenciamento municipal, nem estão sujeitas a pagamento de taxas ou preços, desde que as mesmas resultem do exercício das suas atribuições específicas e o projecto seja aprovado pela Câmara Municipal do Porto ou por qualquer outra entidade pública, quando previsto em disposições legais ou regulamentares”;

- f) Pelo ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou este Tribunal de que se encontrava em curso o processo de revisão estatutária imposto pelo n.º I do artigo 70.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;
- g) Em 19 de Dezembro de 2012, foi celebrado entre o Município do Porto e a empresa um Contrato-Programa que, além do mais:
- “Funcionaliza a prossecução da actividade municipal externalizada na GOP, EEM, com a política, os interesses, os propósitos e os objectivos do Município do Porto”;
 - Detalha a forma de identificar posteriormente os empreendimentos a gerir;
 - Fixa os princípios orientadores e as obrigações a observar da gestão dos empreendimentos bem como os parâmetros de qualidade a cumprir;
 - Regula alguns aspectos do financiamento das actividades;
 - Estabelece deveres de informação ao Município e procedimentos de avaliação por parte deste;
 - Fixa indicadores de eficiência e eficácia da actividade da empresa, por referência a níveis de acréscimo de custos nas empreitadas, de contencioso administrativo, de cumprimento das encomendas e de observância dos prazos contratuais de execução das obras;
 - Não consagra qualquer subsídio à exploração da empresa.
- h) Pelo já referido ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou o Tribunal de Contas de que a GOP desenvolve *praticamente toda* a sua actividade em benefício exclusivo do município;
- i) O Relatório e Contas do exercício de 2011² e os Instrumentos de Gestão Previsional para o triénio 2013-2015³, ambos da GOP, indiciam que a

² Disponível em http://www.cm-porto.pt/users/0/58/RelatorioecontasGOP2011_14c0200f998905dc4a826cf46c6476ba.pdf



Tribunal de Contas

actividade prestada pela empresa a outras entidades tem vindo a diminuir em peso relativo, prevendo-se que represente cerca de 2% do total da actividade, sendo o restante desenvolvido directamente para o Município do Porto;

- j) Em 11 de Dezembro de 2012, a Câmara Municipal do Porto adjudicou à **GOP** o contrato de gestão de empreendimentos ora presente a visto;
- k) A adjudicação foi feita, de acordo com os termos da respectiva proposta, *“com dispensa da observância de um procedimento de contratação prévio, nos termos admitidos no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, porquanto:*
- *O Município do Porto exerce sobre a GOP, EEM, e sobre a sua actividade, de forma isolada, não apenas uma influência dominante, nos termos do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mas também e inclusive um controlo em tudo análogo aos que exerce sobre os seus próprios serviços, em resultado da detenção da totalidade do capital social da empresa;*
 - *e dado que a empresa desenvolve praticamente toda a sua actividade em benefício exclusivo da autarquia”;*
- l) De acordo com a cláusula 1.ª do contrato ora submetido a fiscalização prévia, o Município do Porto *“encarrega a **GOP, EEM** da gestão integrada dos empreendimentos identificados no documento que integra o anexo I”*, o qual é do seguinte teor:

³ Juntos aos autos



F. J.



Tribunal de Contas

Anexo

Designação de Despesa/rendimento	2012 em milhares de euros	2013	2014
2. GOVERNO LOCAL			
2.02. Câmara Municipal			
2.02.01. Salários	11.111	11.111	11.111
2.02.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
2.02.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
Sub Total	13.333	13.333	13.333
2. ADMINISTRAÇÃO LOCAL			
2.03. Região Autónoma da Madeira			
2.03.01. Administração Regional da Madeira			
2.03.01.01. Salários	1.111	1.111	1.111
2.03.01.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
2.03.01.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
Sub Total	3.333	3.333	3.333
2.04. Empresas Públicas			
2.04.01. S.A. Madeira Turismo			
2.04.01.01. Salários	1.111	1.111	1.111
2.04.01.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
2.04.01.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
Sub Total	3.333	3.333	3.333
2.05. Empresas Intercomunitárias			
2.05.01. S.A. Madeira Turismo			
2.05.01.01. Salários	1.111	1.111	1.111
2.05.01.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
2.05.01.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
2.05.02. S.A. Madeira Turismo			
2.05.02.01. Salários	1.111	1.111	1.111
2.05.02.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
2.05.02.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
Sub Total	6.666	6.666	6.666
RELACIONAMENTO COM O MUNICÍPIO E O PLANO ORÇAMENTAL			
26. INTERIORES			
26.02. Partidos políticos			
26.02.01. Partido Social Democrata			
26.02.01.01. Salários	1.111	1.111	1.111
26.02.01.02. Encargos sociais	1.111	1.111	1.111
26.02.01.03. Encargos de segurança social	1.111	1.111	1.111
Sub Total	3.333	3.333	3.333
Total	22.666	22.666	22.666

121

m) Para cumprimento do objecto do contrato, e de acordo com a cláusula 2.ª do mesmo, “a GOP, EEM, mobilizará os seus recursos internos, humanos e materiais, e promoverá a contratação, adjudicação, gestão e fiscalização de aquisições de bens, serviços, locações e empreitadas necessárias à perfeita e tempestiva execução das obras compreendidas nos diferentes empreendimentos”;

Mod. TIC 1999/001



Tribunal de Contas

- n) De acordo com a cláusula 6.^a (meios financeiros necessários ao mandato), o *“Município do Porto habilitará a GOP, EEM, com os meios financeiros necessários à concretização, por esta, dos empreendimentos identificados no n.º 1 da cláusula 1.ª, nos termos do anexo F”* ao contrato⁴. *“A participação financeira identificada (...) será disponibilizada pelo Município do Porto à GOP, EEM, em parcelas sucessivas, mediante a faturação mensal dos trabalhos realizados pela GOP, EEM, suportada em autos de medição ou em documentos equivalentes, justificativos da assunção de dívida para com terceiros”. “O Município do Porto disponibilizará a participação identificada no número anterior em prazo suficiente a habilitar a GOP, EEM, a cumprir, pontualmente, as obrigações financeiras assumidas para com os seus fornecedores.”;*
- o) Na cláusula 7.^a (preço) estipula-se que *“Pela gestão dos empreendimentos, o Município do Porto remunerará a GOP, EEM, através de encargos de gestão integrada, calculados por percentagem do valor dos empreendimentos encomendados, neles se contabilizando projeto, revisão de projeto, estudos auxiliares, empreitada, fiscalização, assessorias e eventuais estudos, serviços e obras complementares”. “O preço contratual será determinado nos termos previstos no anexo I ao presente contrato, tomando como referência a projeção da execução física e financeira dos contratos cuja gestão seja assegurada pela GOP, EEM”. (...) “A remuneração (...) será paga em tranches periódicas à GOP, EEM, através de faturação mensal”;*
- p) O contrato entra em vigor na data da notificação do visto deste Tribunal e vigorará pelo prazo necessário à conclusão integral dos empreendimentos a que se refere (vide cláusulas 8.^a e 9.^a);
- q) As relações contratuais e a transferência de valores para fins idênticos entre a autarquia e a empresa municipal em causa foram em anos anteriores tituladas por contratos-programa celebrados nos termos do artigo 23.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro;
- r) No ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto refere:
“O artigo 36.º, em conjugação com o artigo 50.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, veio predispor, afigura-se-nos, um enquadramento

⁴ Vide alínea l) supra.



Tribunal de Contas

distinto para a contratação das empresas pelas entidades públicas participantes, autonomizando (contratualmente) a definição do programa a que as empresas ficam vinculadas na promoção do desenvolvimento local e regional dos serviços lato sensu (aquisição de bens ou serviços, fornecimentos ou empreitadas) que elas podem prestar, por contratação própria, às entidades públicas participantes.

(...)

Atendendo à natureza do serviço prestado pela GOP, EEM, e ao conteúdo das prestações sinalagmáticas assumidas, a contratação parece reconduzir-se, inequivocamente, ao tipo de prestação contratual subsumível ao disposto no n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto”⁵;

- s) Interpelada para justificar o valor do contrato, a Câmara Municipal esclareceu, no ofício n.º I/15330/13/CMP, de 24 de Janeiro de 2013:

“(…) uma parte dessa verba, a parte substancial, aliás, num total de €12.601.353, representa o montante dos meios financeiros disponibilizados pelo Município do Porto à GOP, EEM, para que esta proceda, no interesse daquele, aos investimentos compreendidos em cada um dos empreendimentos.

Já a parte daquela participação total que se cifra no montante de €944.985, corresponde ao preço contratual ajustado com a GOP, EEM, para que esta preste o pretendido serviço; ou seja, é a remuneração, a contrapartida a pagar à GOP, EEM, pelo serviço prestado.

(...)

Os meios financeiros inscritos no contrato e afetos a cada empreendimento representam, nuns casos, valores estimados e, noutros, já montantes resultantes de processos de consulta ao mercado. Para a generalidade dos empreendimentos, os valores inscritos destinam-se a mais do que uma componente do investimento, como projeto, empreitada, fiscalização, e prestações técnicas acessórias e complementares. Os valores inscritos para cada empreendimento resultam, portanto, de estimativas orçamentais suportadas no conhecimento interno muito específico que a GOP, EEM, possui do mercado e da flutuação dos preços, de consultas informais efetuadas junto dos operadores no mercado de obras públicas e, em muitos casos, do resultado de informação já conhecida e tratada na sequência de procedimentos de contratação precedentes ou agora em curso.

(...)

⁵ Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



Tribunal de Contas

No que respeita ao preço contratual, no citado montante de €944.985, corresponde este valor ao necessário e adequado a retribuir o tipo de serviços que se pretende que a GOP, EEM, preste ao Município do Porto. A economia associada à prestação de um serviço de Project management, com elevada especialização técnica e de gestão, exige a permanência de uma estrutura operacional capaz de assegurar o serviço pretendido pelo Município do Porto, com rácios de eficiência e de eficácia alinhados com a necessidade de cumprir de forma célere e perfeita os objetivos implicados em cada empreendimento.

Assim, o preço contratual foi determinado a partir da quantificação inscrita na estrutura de custos da GOP, EEM, , que, aliás, foi analisada e validada pelo Fiscal Único da empresa. Assim e por isso, repete-se, o preço contratual que remunera o serviço que a GOP, EEM, prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade de gestão integrada de obras públicas.”;

- t) Neste mesmo ofício a autarquia referiu ainda: “(...) a contratação em causa foi decidida pelo Município do Porto, que, podendo contratar um qualquer outro adjudicatário, optou por contratar a GOP, EEM, recorrendo, para o efeito, para o regime da contratação in house”;
- u) Convidado a reponderar a fundamentação da opção pela forma de contratação em apreço à luz dos princípios contabilísticos aplicáveis aos pagamentos efectuados pelas administrações públicas para remunerar serviços prestados de forma não mercantil, o município respondeu⁶:

“O Município do Porto efetuou as identificadas contratações à luz e em cumprimento do disposto na Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mais concretamente por observância do disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do seu artigo 36.º e do n.º 6 do artigo 47.º do dito regime jurídico.

O Município do Porto entende que a base que suporta os referidos edifícios contratuais é, e só pode ser, a lei. É à lei, antes de mais, com a configuração que o legislador lhe dotou, com a letra que a conforma (1), que as entidades públicas participantes se terão de ater.

Afigura-se a esta autarquia, portanto, que é com a lei que os contratos, em primeira linha, se conformam e se desenham. E será em função dos

⁶ Vide ofício n.º 1/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013 (embora se refira 2012, isso só pode ser um lapso material). Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



Tribunal de Contas

desenhos dos contratos, adequadamente compatibilizados com o ordenamento jurídico, que se qualificam e contabilizam as prestações pecuniárias neles inscritos, então aí sim, por aplicação dos princípios contabilísticos vigentes. Nunca ao contrário. Parece-nos. (...)

(...) apesar de a solução legal poder não conduzir à aplicação de princípios contabilísticos que pudessem ser, eventualmente, os desejáveis, as soluções contratuais definidas pelo Município do Porto, parece-nos, são aquelas que espelham inequivocamente as determinantes da lei, conduzindo à aplicação dos princípios que são por elas determinados.

Nessa medida, o Município do Porto não consegue harmonizar o desejo de conformação contabilística traduzido na sugestão a que se responde com a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.

(...)

O Município conformou os contratos em função da sua realidade concreta e específica, dos respetivos objetos, dos respetivos conteúdos, e da natureza das prestações e contraprestações, e não com o intuito de assegurar uma dada forma de contabilização das contraprestações nele inscritas.

O Município do Porto entende que "construir" os contratos em causa a partir de objetivos de ordem contabilísticos determinaria, atento o objecto de cada contrato, inevitavelmente, a nulidade dos mesmos, por violação do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;

Caso esse Alto Tribunal assim não o entenda e considere que estas adjudicações de serviços devem ser inscritas em contratos-programa e o preço dos mesmos reputado de subsidio à exploração, terá o Município do Porto, obrigatoriamente, de reconfigurar os ditos instrumentos, o que naturalmente o fará em estrita observância do culminar, nesse sentido, dos processos de vistos aqui em causa."

(1) De acordo com o n.º 2 do Código Civil: "não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso"



Tribunal de Contas

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da alteração do regime jurídico da actividade empresarial local e da importância das formas contratuais adoptadas

No âmbito do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, as relações contratuais entre os Municípios e as suas empresas municipais eram enquadradas por contratos de gestão ou por contratos programa, podendo ainda estabelecer-se contratos de concessão (vide artigos 20.º, 23.º e 25.º do referido diploma).

Estes contratos estabeleciam, além do mais, as funções a desempenhar pelas empresas e, no caso dos dois primeiros tipos, as participações públicas devidas pelos municípios como contrapartida pelas obrigações assumidas pelas empresas.

Nos Acórdãos n.ºs 14/09-31.MAR-1.ªS/PL⁷, 15/09-31.MAR-1.ªS/PL, 16/09-31.MAR-1.ªS/PL e 17/09-31.MAR-1.ªS/PL, a 1.ª Secção deste Tribunal pronunciou-se sobre a complexidade e a importância dos tipos contratuais adoptados para regular as relações entre as empresas públicas e as entidades públicas que as detêm, sem deixar de reconhecer que em todos os tipos contratuais possíveis está substancialmente presente uma prestação de serviços pelas empresas a essas entidades (reconhecimento que, aliás, está também implícito em toda a doutrina citada nesses arestos).

O que se discutia e continuará a discutir é qual a forma contratual adequada e legal, de entre várias possíveis, para titular essa prestação de serviços em cada caso concreto.

Ora, essa qualificação contratual importa, designadamente, para efeitos de observância de requisitos legais de conteúdo dos contratos, que titulam relações de prestação de serviços de tipo especial, e tem também importância por se repercutir no tratamento financeiro e contabilístico das verbas por esses contratos atribuídas.

Por exemplo, e como se referiu nesses acórdãos, e agora se repete⁸, “no âmbito da privatização orgânica, e nas relações entre a entidade pública e a entidade privada por ela criada” podem ser prestados serviços mas “não se configura um processo de contratação com terceiros”. Nessa hipótese, a entidade privada é antes investida de uma função pública, assumindo a gestão ou direcção global da tarefa, actuando na

⁷ Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 94, de 15 de Maio de 2009.

⁸ Na senda do defendido por Pedro Gonçalves.



Tribunal de Contas

posição da Administração nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada.

E nesses acórdãos concluímos que, não obstante existir materialmente uma prestação de serviços, a figura contratual a adoptar não podia ser o contrato de fornecimento de serviços.

Em suma, já no âmbito da legislação referida se verificava uma multiplicidade de tipos contratuais que podiam titular relações materiais de prestação de serviços, importando encontrar a mais adequada a cada caso.

Foi recentemente publicada a Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, que estabeleceu um novo regime jurídico para a actividade empresarial local, na sequência das medidas constantes da Lei n.º 55/2011, de 15 de Novembro, dos estudos consubstanciados no *Documento Verde da Reforma da Administração Local* e no *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* e dos compromissos assumidos no *Memorando de Entendimento sobre os Condicionamentos Específicos de Política Económica* acordado, em Maio de 2011, entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

Entre os objectivos da reforma efectuada contam-se a contenção do perímetro do sector empresarial local e o controlo dos fluxos financeiros mantidos entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade ⁹.

O *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* concluiu, entre outros aspectos, que as relações financeiras entre as empresas e os respectivos sócios não estavam correctamente enquadradas, que um grande número de empresas do sector empresarial local recebia subsídios à exploração em montantes significativos e que a atribuição desses subsídios tinha contornos pouco transparentes. A este respeito recomendou, designadamente:

- A definição rigorosa de um enquadramento contratual para as relações entre a empresa e o município;
- A exigência de documentos contratuais claros, do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência, no plano das relações comerciais entre a empresa e a autarquia;
- A substituição da atribuição de subsídios pela figura da contratualização pela prestação de serviços, a que correspondam as contrapartidas objecto de contrato.

Neste contexto, a Lei n.º 50/2012:

- Estabeleceu no artigo 32.º que a atribuição às empresas locais de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes exige a celebração de um contrato-programa;

⁹ Vide os documentos referidos e, ainda, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 58/XII, que afirmou expressamente o propósito de lhes dar acolhimento.



Tribunal de Contas

- Definiu nos artigos 47.º e 50.º a exigibilidade e o conteúdo dos contratos-programa a celebrar, os quais devem estabelecer as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual das actividades de interesse geral ou de desenvolvimento local e regional* assumidas, transferências essas que são classificadas como a contrapartidas dessas obrigações¹⁰;
- Cometeu, no artigo 25.º, n.º 6, ao fiscal único o dever de emitir parecer prévio sobre o financiamento da empresa e sobre a celebração dos contratos-programa, dever que só se compreende e só tem utilidade se incluir um juízo sobre a razoabilidade económico-financeira das transferências financeiras envolvidas, como este Tribunal tem reiteradamente afirmado;
- Introduziu, no artigo 36.º, a possibilidade de se estabelecerem contratos de aquisição de bens ou serviços, de locação, de fornecimento ou de empreitada entre as empresas locais e as entidades públicas nelas participantes, a remunerar contratualmente *a preços de mercado*;
- Proibiu que essas adjudicações integrassem os contratos programa e incluíssem qualquer componente de subsídio (vide artigos 36.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 47.º, n.º6);
- Estabeleceu, no artigo 62.º, a obrigatoriedade de dissolução das empresas locais quando se verificar que, nos últimos 3 anos, as vendas e prestações de serviços realizados não cobrem, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respectivos exercícios ou que o peso contributivo dos subsídios à exploração é superior a 50% das suas receitas.

A interpretação destas normas tem de ser feita em conjunto, enquanto elementos de um sistema coerente de objectivos, relações contratuais e fluxos financeiros.

Essa interpretação não pode, por outro lado, esquecer outras regras imperativas aplicáveis, designadamente as que constam dos tratados e da legislação da União Europeia.

É que, efectivamente, o artigo 9.º do Código Civil, ainda que no seu n.º 2 imponha um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei, no seu n.º 1 estabelece que a interpretação da lei não deve cingir-se a essa letra, “*mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

É o que procuraremos fazer.

¹⁰ Vide, em especial, os n.ºs 2 e 4 do artigo 47.º e o n.º 2 do artigo 50.º.



Tribunal de Contas

2. Dos contratos programa e dos contratos de fornecimento de serviços na Lei n.º 50/2012

Como se referiu no ponto anterior, os artigos 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem a obrigatoriedade de serem celebrados contratos-programa para regular as relações entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, os quais são condição da prestação dos serviços e da realização das responsabilidades de interesse geral e/ou de desenvolvimento local e regional por parte das empresas locais.

No caso, a *GOP*, entidade empresarial local nos termos da Lei n.º 53-F/2006, e em processo de adaptação estatutária ao regime da Lei n.º 50/2012¹¹, é classificada pelo Município do Porto como uma *empresa local de promoção do desenvolvimento local*, que desenvolve actividades previstas e consentidas pela alínea a) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 50/2012 (*promoção, manutenção e conservação de infra-estruturas urbanísticas e gestão urbana*)¹².

Aplica-se-lhe, assim, o artigo 50.º, que determina que seja celebrado entre ela e o Município do Porto um contrato-programa. Este artigo, que no seu n.º 2 manda aplicar também os n.ºs 2 a 7 do artigo 47.º, estabelece que o contrato-programa deve:

- Definir a *missão* e o *conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local* assumidas;
- Definir detalhadamente o fundamento da necessidade do estabelecimento da relação contratual;
- Indicar a finalidade dessa relação;
- Estabelecer os objectivos a atingir e os indicadores de eficácia e eficiência para medir a realização desses objectivos;
- Justificar uma eventual política de preços subsidiados;
- Especificar o montante dos *subsídios à exploração* que a empresa tem o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas.

O n.º 4 do artigo 47.º refere-se a esses subsídios como sendo as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da actividade* de promoção do desenvolvimento local regulada no contrato programa.

A conjugação dos vários números dos artigos em referência parece permitir concluir que a necessidade de financiamento anual dessa actividade pode decorrer da não aplicação de preços no desenvolvimento dessa actividade ou na

¹¹ A não adequação no prazo legal determinaria a dissolução ou alienação da empresa (vide artigo 70.º da Lei n.º 50/2012).

¹² Vide ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, junto aos autos.



Tribunal de Contas

prática de preços que não cubram os custos anuais do desenvolvimento da actividade.

Considerando o que se estabelece nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º do mesmo diploma e no n.º 6 do artigo 47.º, parece também poder concluir-se que podem ser cobrados *preços* pelas empresas locais às entidades públicas participantes a título de fornecimentos de bens, serviços e obras ou de locações, desde que não contenham quantias que excedam a remuneração dessas prestações.

Parece-nos até que, caso o custo da actividade seja integralmente coberto pelos referidos preços, se poderá concluir pela não necessidade da atribuição de qualquer subsídio à exploração, sendo a actividade auto sustentável.

Mas, precisamente nos casos em que as relações contratuais se estabelecem entre a empresa local e a(s) entidade(s) participante(s), a conjugação destas normas legais suscita vários problemas. Vejamos:

a) **A entidade participante pode remunerar os serviços de uma empresa local por via de um contrato programa?**

Sendo os subsídios à exploração designados legalmente como verbas que as empresas locais têm o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas para a realização das actividades de desenvolvimento local (artigo 50.º, n.º 2) ou para *financiar a prestação de serviços* de interesse geral (artigo 47.º, n.ºs 1 e 4), parece que a lei admite expressamente que os contratos programa sejam uma forma legítima e adequada de remunerar os *serviços prestados* pelas empresas locais aos municípios que as detêm na prossecução dessas actividades.

Forma essa que está prevista na lei, que é contratual, que é sinalagmática e que é detalhadamente reguladora das condições de realização dos serviços.

Razão por que entendemos que o Município do Porto não tem razão quando, no ofício n.º 1/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013¹³, considera que, *para o desenvolvimento das actividades de promoção do desenvolvimento local por parte da DomusSocial*, a lei impõe a adopção de contratos de prestação de serviços nos termos do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 e *proibe* a utilização do contrato programa.

Mas, então, como distinguir os casos em que o município pode ou deve remunerar a prestação de serviços da empresa a título de preço por via de um contrato de fornecimento de serviços daqueles em que o deve fazer a título de subsídio por via de um contrato programa?

¹³ Vide alínea u) do probatório e teor integral desse ofício.



Tribunal de Contas

b) **É possível escolher entre os tipos contratuais de contrato programa e de fornecimento de serviços?**

Os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º e o n.º 6 do artigo 47.º são claros no sentido de que os dois tipos de contratação se excluem mutuamente.

Quando se deva contratar em regime de fornecimento de serviços, não se podem “*subsidiar*” actividades nem fazer incluir as adjudicações nos contratos programa e quando se estabelece um contrato programa não se podem incluir as contratações que devam ser feitas em regime de prestação de serviços.

Então como distinguir as duas situações, que legalmente se excluem mutuamente mas que, como já vimos, podem ter objecto idêntico?

Tentemos o critério da forma de remuneração.

Teoricamente na aquisição de serviços estaríamos a remunerar um concreto serviço bem delimitado enquanto no contrato programa estaríamos a financiar o custo de uma actividade, o que clarificaria o fundamento dos fluxos financeiros.

Como já vimos, *os subsídios à exploração destinam-se a financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades.*

De acordo com o critério utilizado pelo Município do Porto e pela **GOP** para fixar a parcela que remunera os serviços contratados no presente contrato, a determinação da remuneração contratual da prestação dos serviços foi feita com base nos custos em que a empresa incorrerá no seu processo produtivo, incluindo custos da estrutura¹⁴.

Não há dúvida de que esse “preço” tem fundamento e reflecte o valor económico do bem na perspectiva do seu produtor.

Mas, porque o serviço se definiu reportando-o à quase totalidade da actividade anual da empresa, o “preço” estabelecido traduziu-se, na prática, num montante necessário para financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades definidas.

Ou seja, não há diferença na substância e na forma de remunerar.

No limite, se uma empresa local titular toda a actividade prestada ao município que a detém através de contratos de aquisição de serviços com ele celebrados, calcular a respectiva remuneração com base nos seus

¹⁴ Vide alínea s) da matéria de facto.



Tribunal de Contas

custos de produção e funcionamento e registar a receita como venda ou prestação de serviços, nunca necessitará de subsídios à exploração.

Se assim for, como distinguir as actividades *auto sustentáveis* e como aplicar o critério estabelecido no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012?

Relembre-se que este preceito estabelece que as empresas locais que tenham subsídios à exploração¹⁵ representando mais de 50% das suas receitas ou cujas vendas e prestações de serviços¹⁶ não cubram, pelo menos, 50% dos gastos totais do exercício devem ser dissolvidas.

A avaliação da sustentabilidade das empresas e a sua dissolução ficaria, então, a depender de uma *escolha discricionária* de fazer titular os pagamentos do município para a empresa local como preço de uma prestação de serviços ou como financiamento de um contrato programa.

Ora, a título de exemplo, precisamente no caso em apreço, o financiamento da empresa baseou-se até aqui em contratos-programa e os instrumentos de gestão previsional, tal como o parecer do fiscal único sobre eles emitido, evidenciam a completa dependência da empresa relativamente ao financiamento a assegurar pelo município e o condicionamento da sua actividade às disponibilidades financeiras do mesmo. Esta situação, que não sofreu alteração substantiva, vai mudar radicalmente em termos financeiros, de um financiamento à actividade para o pagamento de um preço, somente por causa do tipo contratual adoptado?

Parece-nos que um qualquer outro critério mais rigoroso se impõe para delimitar os casos em que se deve utilizar uma ou outra forma contratual.

c) **Como saber se os preços praticados excedem a remuneração das prestações contratuais e incluem uma componente proibida de subsidiação?**

Os n.ºs 2 e 4 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem que a contratação respeitante à adjudicação de aquisições de serviços (a que aqui nos importa) não pode originar a transferência de quaisquer quantias, pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais *a preços de mercado*, não podendo integrar, portanto, qualquer forma de subsidiação da exploração.

¹⁵ Entregues pelas entidades participantes para cobrir os custos das actividades desenvolvidas a coberto dos contratos programa.

¹⁶ Cujo preço, segundo a proposta do município em causa, seria calculado com base nos custos de produção e de funcionamento da empresa.



Tribunal de Contas

Se o critério for, como o município propõe, o de calcular a parte remuneratória do montante contratual com base nos custos de produção e de funcionamento imputáveis ao desenvolvimento da actividade e se o limite dos subsídios à exploração for, como parece resultar dos artigos 47.º e 50.º, o custo do desenvolvimento das actividades, obviamente calculável da mesma forma, como identificar a tal subsidiação proibida?

O regime introduzido por esta lei de admissão de várias formas contratuais para titular os fluxos financeiros entre as empresas locais e as entidades públicas participantes reclama, pois, a adopção de um critério rigoroso para determinar em que situações cada uma dessas formas deve ser adoptada.

Para além dos problemas práticos evidenciados, deve lembrar-se o que se referiu no ponto anterior. Ou seja, que este regime terá querido definir de forma *mais rigorosa* o enquadramento *contratual* para as relações de prestação de serviços entre a empresa local e a entidade pública participante, estabelecendo *contrapartidas* claras, terá querido clarificar, *do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência*, as relações *comerciais* entre a empresa e a autarquia e também controlar os fluxos financeiros entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade.

3. Da contratação em regime de fornecimento de serviços a preços de mercado

O único critério literal a que podemos recorrer para distinguir as situações é o que consta da parte final do n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012.

Nele se diz que as entidades públicas participantes só podem transferir para as empresas locais, por força de contratos de aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas, as quantias devidas pela prestação contratual *a preços de mercado*.

Entendemos que o legislador quis com isto dizer que as empresas locais e as entidades públicas participantes só podem celebrar contratos de prestação de serviços (ou os outros tipos referidos) entre si se o fizerem *a preços de mercado*. Nesses casos, a contratação através desse tipo contratual é legítima, constituirá uma verdadeira venda de serviços e não consubstanciará um subsídio à exploração que deva ser titulado por um contrato programa.

Nos outros casos, o contrato programa será o título adequado para titular o financiamento da empresa.

Só que o legislador utilizou o conceito de *preço de mercado*, mas não o definiu.



Tribunal de Contas

Importa, então, determinar exactamente o seu significado, tão importante para a clarificação das relações contratuais e financeiras entre as entidades em causa.

Será que estamos perante um conceito indeterminado?

Mesmo que assim fosse, a posição maioritária da nossa doutrina administrativa¹⁷, na esteira do pensamento alemão, tem sido a de considerar que a fixação do sentido de um conceito indeterminado corresponde a uma operação de interpretação da lei e não a uma actividade discricionária. Deve, assim, ser considerada uma actividade vinculada, da qual estão afastadas considerações de oportunidade e conveniência. A própria jurisprudência administrativa tem vindo crescentemente a acolher este entendimento¹⁸, considerando que os tribunais devem sindicá-la a interpretação e aplicação destes conceitos nos casos em que a sua avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais, em que as noções utilizadas pela lei possam ser densificadas com elementos da experiência comum que qualquer cidadão normalmente diligente possui, em que o critério de concretização resulta da exegese dos textos legais ou envolve juízos mais especificamente jurídicos, casos em que o tribunal não pode invocar não possuir os necessários conhecimentos técnicos.

Mas existem ainda casos em que a lei, para definição dos pressupostos da actividade da administração, remete para conceitos técnicos próprios da ciência, não restando ao órgão administrativo ou judicial outra hipótese senão a de recorrer aos ensinamentos da ciência para determinação do conteúdo da lei. Como refere Esteves de Oliveira¹⁹, “(...) as questões resultantes da utilização de conceitos técnicos pela lei, resolvem-se através de critérios exclusivamente técnicos, não tendo o órgão administrativo a liberdade de repudiar o conteúdo que lhes é imputado nos respectivos ramos de ciência e optar por qualquer outro.”.

Também aqui estamos perante uma operação vinculada, sendo legítimo que os tribunais apreciem se a interpretação ou qualificação feita pela administração foi a melhor, apelando para a ciência e para a técnica.

Ora, quer consideremos o conceito de *preço de mercado* como um conceito indeterminado quer o consideremos como um conceito técnico, há que apurar se o sistema jurídico ou a ciência nos apontam o caminho da sua densificação.

¹⁷ Refiram-se autores como Sérvulo Correia, Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa, Esteves de Oliveira, Bernardo Ayala e António Francisco de Sousa.

¹⁸ Cfr., designadamente, Acórdãos do STA nos processos 1283/02, 220/04, 1009/04, 351/07 e 855/07, bem como Fernando Azevedo Moreira, *Conceitos Indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in Revista de Direito Público, n.º 1, Ano I, que em muito os inspirou.

¹⁹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo, Vol. I*, Almedina, p. 248.



Tribunal de Contas

Começemos por apelar ao seu sentido técnico.

A ciência económica contém definições para o que é o *preço de mercado*.

Paulo Nunes, no *Dicionário de Economia* disponível em http://www.notapositiva.com/dicionario_economia/precomercado.htm, esclarece que “o *preço de mercado* (ou de equilíbrio) de determinado bem representa o preço que se forma no mercado (através do chamado mecanismo de mercado) e que compatibiliza os interesses antagónicos dos consumidores e dos produtores. Esta compatibilização é conseguida quando a quantidade procurada pelos consumidores é igual à quantidade oferecida pelos produtores, situação que se verifica quando o preço do bem é o seu preço de equilíbrio. Segundo a Teoria da Procura, quanto maior o preço do bem menor será a quantidade procurada; pelo inverso, segundo a Teoria da Oferta, quanto maior o preço do bem maior será a quantidade oferecida. Desta forma, existe apenas um preço em que as quantidades procuradas e oferecidas se igualam - é o chamado preço de equilíbrio. No caso do preço estar acima desse preço de equilíbrio, a quantidade que os produtores oferecem é necessariamente superior à quantidade que os consumidores procuram - verifica-se um Excesso de Oferta. Assim sendo, os produtores são levados a baixarem os preços de forma a conseguirem vender os seus produtos. Pelo contrário, se o preço estiver abaixo do seu preço de equilíbrio, a quantidade procurada será superior à quantidade oferecida - verifica-se um Excesso de Procura. Neste caso, os produtores têm incentivos para aumentar os preços de forma a satisfazerem toda a procura. Conclui-se pelo exposto acima que o preço de mercado de um bem tende sempre para o seu preço de equilíbrio, ou seja, para o único preço em que as intenções de compra igualam as intenções de venda”.

Para além desta definição técnica, repetida em inúmeros manuais da ciência económica, será que o sistema jurídico nos dá uma qualquer indicação de que ele é o conceito adequado a utilizar na interpretação da norma em causa, ao invés de aceções mais vulgares que pensam o preço de mercado como o preço médio ou até o preço mais alto oferecido *no mercado* para produtos de um determinado tipo?

Retenhamos que quer o conceito técnico quer o conceito vulgar apontam para um preço que se forma *de acordo com um mecanismo de mercado*. Ou seja, para um preço que só se forma *em condições de concorrência*.

Segundo a teoria económica, o próprio conceito de *preço* pressupõe o confronto, *no mercado*, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do



Tribunal de Contas

grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário despendido em factores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.

De acordo com o que se transcreveu na alínea s) do ponto II, a autarquia afirmou ter estabelecido uma parte do valor contratual com base em preços resultantes de processos de contratação no mercado ou estimativas do respectivo valor provável. Uma vez que as cláusulas contratuais prevêem que os valores a transferir a esse título necessitam de confirmação com autos de medição e na medida em que esses valores corresponderem a preços fixados no âmbito de procedimentos concorrenciais, afigura-se-nos que, nessa parte, estará cumprido o requisito legal.

No entanto, como se refere na mesma alínea, há uma outra parte do valor contratual, que o município identifica com a verdadeira componente remuneratória e de “preço”. Ora, relativamente a esta parte, afirma-se que o “preço” foi fixado no valor que se considerou necessário e adequado a retribuir o tipo de serviços a prestar com base na estrutura de custos da empresa. Nas suas palavras, *“o preço contratual que remunera o serviço que a GOP, EEM, prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade de gestão integrada de obras públicas”*.

Mas se este critério pode justificar o valor que, na sua perspectiva, a empresa atribui ao bem fornecido, a verdade é que não reflecte o seu confronto e teste com a perspectiva dos consumidores e, desse modo, não garante a eficiência económica.

A esta luz, não podemos, pois, concluir que estejamos perante um *preço de mercado*, o qual teria necessariamente de ser formado no jogo da oferta e da procura.

Mas importa testar este critério e esta conclusão, face a eventuais normas jurídicas que nos possam dar pistas sobre a mais adequada e sistemática interpretação do conceito.

O artigo 20.º da própria Lei n.º50/2012 refere que as empresas locais são constituídas para prosseguir simultaneamente actividades de natureza *administrativa* e de natureza *mercantil*.



Tribunal de Contas

Sobre a natureza administrativa ou mercantil das actividades das entidades públicas ou das entidades por elas controladas, o critério legal mais desenvolvido é o que consta do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC 95), juridicamente vinculativo na União Europeia desde Fevereiro de 2000.

Este Sistema consta do Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho, de 25 de Junho de 1996, entretanto objecto de várias alterações posteriores.

Refira-se que, enquanto regulamento comunitário, este acto normativo da União Europeia tem uma força jurídica equiparável à da lei no direito interno. É de natureza geral, obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros da União, produzindo efeitos jurídicos imediatos e incondicionais, independentemente de qualquer mediação legislativa ou administrativa nacional, e vinculando entidades públicas e privadas, comunitárias ou nacionais. De acordo com o princípio do primado, os regulamentos prevalecem sobre o direito nacional e, em caso de colisão entre o direito nacional e o regulamento da União Europeia, os tribunais nacionais devem aplicar o regulamento e desaplicar o direito nacional.

Nestes termos, a hierarquia legal que o município invoca e se refere na alínea u) do ponto II deste acórdão não se conforma com o sistema jurídico vigente. De facto, a existir qualquer eventual conflito entre o estabelecido na Lei n.º 50/2012 e o regulado no SEC 95, ele seria resolvido pela prevalência deste último e não da primeira.

De qualquer modo, o que procuramos são critérios de interpretação e não necessariamente conflitos normativos.

Como referência conceptual, o SEC 95, baseado e harmonizado com o SCN 93 (Sistema de Contas das Nações Unidas), define os critérios para a classificação ou não das unidades controladas pelas administrações públicas no sector das administrações públicas.

Um desses critérios é a natureza *mercantil* ou não-mercantil da entidade, definindo-se que a mesma é *mercantil se 50% dos seus custos de produção forem cobertos pelas vendas*.

Tanto no SCN 93 (pontos 6.45. e 6.50.) como no SEC 95 (ponto 3.19.), a distinção entre produtores *mercantis* e não-mercantis depende dos *preços* cobrados serem ou não *economicamente significativos*.

Diz-se que um preço é economicamente significativo quando tem influência significativa nas quantidades que os produtores estão dispostos a colocar no mercado e nas quantidades que os compradores desejam comprar. Inversamente, diz-se que um preço não é economicamente significativo se tiver pouca ou



Tribunal de Contas

nenhuma influência na quantidade que o produtor está disposto a colocar no mercado e se se presumir que tem apenas uma influência marginal nas quantidades procuradas. É, pois, um preço que não é quantitativamente significativo do ponto de vista quer da oferta quer da procura²⁰.

Os produtores mercantis são os produtores que vendem a sua produção a preços economicamente significativos. Os produtores não-mercantis são os produtores cuja produção é, na sua maioria, fornecida gratuitamente ou a preços que não são economicamente significativos.

O SEC 95 inclui também critérios para a aplicação da regra dos 50%, acima referida e que se pode considerar também subjacente ao regime consagrado no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012 ou, pelo menos, idêntica e baseada nos mesmos conceitos.

Refere o Manual do SEC 95 a este respeito:

“Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente fornecidos devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços são economicamente significativos, isto é, nos dois casos seguintes:

- Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados são também aplicados a serviços similares (ou da mesma qualidade) fornecidos por produtores privados que aceitem vender serviços às administrações públicas com base nesses preços. A razão é a seguinte: a existência de produtores privados garante que os preços são economicamente significativos e, por isso, os preços aplicados aos serviços fornecidos por produtores públicos são também economicamente significativos;*
- Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, as administrações públicas pagam a unidades públicas por serviços efectivamente fornecidos (e não através de uma cobertura dos custos), com vista a ter uma influência económica significativa sobre a oferta e a procura. As administrações públicas podem, por exemplo, pretender, através dos preços pagos pelos diferentes serviços, incentivar as unidades públicas a desenvolver serviços específicos que correspondam a prioridades públicas. Do ponto de vista do produtor público o preço recebido das administrações públicas é economicamente significativo se esse produtor público for apenas financiado de acordo*

²⁰ Vide também Manual do SEC 95, disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/PT/KS-42-02-585-PT.PDF



Tribunal de Contas

com o volume de produção que fornece. Nesse caso, o produtor público está a actuar como uma empresa sujeita às leis do mercado: o seu défice remanescente não deve ser automaticamente coberto e a lógica desta situação é encerrar as unidades públicas que não possam sobreviver nestas condições.

Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente prestados não devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços não são economicamente significativos, como, por exemplo nos dois casos seguintes:

- Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados não podem ser aplicados a serviços similares fornecidos por produtores privados, em virtude de os produtores privados serem discriminados em relação ao recebimento desses pagamentos ou em virtude de os produtores privados não aceitarem fornecer serviços nessas condições - e, assim, pelo mesmo serviço e mesma qualidade, os preços pagos pelas administrações públicas aos produtores privados serem totalmente diferentes dos preços pagos aos produtores públicos;*
- Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, uma unidade pública não se situar, face ao mercado, numa posição semelhante à que poderia ser a posição de uma unidade privada, em virtude de as administrações públicas tenderem, de qualquer forma, a cobrir o seu défice remanescente. Assim, o montante global dos pagamentos das administrações públicas à unidade pública mantém-se, de facto, ligado aos custos. Nesta situação, as administrações públicas decidem financiar as unidades públicas, relativamente aos serviços efectivamente prestados, por razões puramente administrativas, com vista a afectar o financiamento, a controlar e a comparar os custos e a melhorar a produtividade interna das unidades públicas.²¹*

Da passagem que se transcreve e da análise de vários exemplos contidos no Manual do SEC 95, conclui-se que os serviços que sejam prestados fora de condições de mercado e numa situação de favorecimento da posição negocial, por exclusão ou discriminação dos produtores privados e por inexistência ou redução do risco do negócio, não podem, efectivamente, ser considerados como serviços prestados de forma mercantil.

²¹ Destaques nossos.



Tribunal de Contas

Ora, a relação contratual em presença é, precisamente, uma relação de exclusividade, em que, apesar de a actividade em si ser susceptível de colocação no mercado, os produtores privados foram excluídos de lhe aceder, por via do próprio pacto social, dos estatutos da empresa e do contrato programa celebrado, que atribuíram um exclusivo a esta empresa por delegação do município

Por outro lado, o preço, ou parte dele, não se formou em condições de concorrência, mas tão só com base em critérios de custo, numa relação em que, por força da própria lei (artigos 40.º, 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012), os eventuais défices de exploração são garantidamente cobertos pelo município, seja por subsídios à exploração seja por transferências financeiras obrigatórias a cargo dos sócios com vista a equilibrar os resultados do exercício.

Deste modo, de acordo com os critérios do SEC 95, e porque não se verificaram condições de concorrência, a prestação de serviços em causa não pode ser considerada como prestada no exercício de uma actividade *mercantil*. Nestas condições, parece não poder considerar-se que o preço estabelecido possa ser um *preço de mercado*.

A norma constante do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, deve ainda ser interpretada tendo em consideração que o artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe os auxílios públicos a empresas, incluindo as empresas públicas, e que esses auxílios se podem configurar através da prática de preços acima ou abaixo dos *preços de mercado*.

Saber como é que esta regra tem sido aplicada poderia também ajudar-nos.

Para este efeito, a jurisprudência, a prática e a doutrina comunitárias têm reconhecido a dificuldade de aplicação deste parâmetro, mas o certo é que nunca se reportaram a preços fixados com base exclusiva em custos.

Ou consideraram que deveria ser o mercado a determinar esse preço ou admitiram que o preço de referência deveria ser orientado para circunstâncias de mercado, através do estudo de comparadores ou de avaliações independentes.

Ora, no caso, nem foi feita qualquer demonstração de que o preço foi formado no mercado, através do jogo da oferta e da procura, nem sequer de que é equivalente a preços formados nessas condições para serviços idênticos.

Em suma, quer o conceito técnico de *preço de mercado* quer os conceitos relacionados presentes no sistema jurídico apontam para a densificação do estabelecido na parte final do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012 em termos da



Tribunal de Contas

necessidade da verificação de condições de concorrência ou equivalentes, o que, no caso, não ocorreu.

4. Em conclusão

Se assim é, só as contratações efectuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei.

Não tendo sido demonstrado que a prestação de serviços a que se refere o presente contrato está integralmente remunerada *a preços de mercado*, não se verifica o pressuposto legal para a aplicação daquele artigo 36.º, n.º 2.

5. Da ilegalidade verificada

Em face do que se analisou nos pontos antecedentes, o contrato em apreciação é ilegal por violação do disposto nos artigos 36.º, n.º 2, 50.º e 47.º da Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, dado não se verificar um pressuposto legal para adopção da forma prevista no artigo 36.º, n.º 2, e não estarem cumpridos os requisitos constantes das restantes normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, o que, como concluímos, sucede nos casos em apreço.

Nos termos do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, e do artigo 284.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos²², são nulos os actos e os contratos a que falte qualquer dos elementos essenciais, designadamente aqueles cujo objecto seja impossível e que careçam da forma legal. No caso, falta a verificação de um dos pressupostos que condiciona a possibilidade da forma utilizada, que deve ser considerada como um elemento essencial.

²²O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelos Decretos-Lei n.ºs 131/2010, de 14 de Dezembro, e 40/2011, de 22 de Março, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.



Tribunal de Contas

A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)²³.

As normas em causa, em articulação com o artigo 62.º da Lei n.º 50/2012, protegem ainda interesses financeiros públicos, pelo que são qualificáveis como normas financeiras.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, o fundamento de recusa de visto estabelecido na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

²³ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro e 2/2012, de 6 de Janeiro.



Tribunal de Contas

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²⁴.

Lisboa, 4 de Março de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

Fui presente
(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

²⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



Tribunal de Contas

Transitou em julgado em 25/03/13

ACÓRDÃO Nº 5 /13 – 4.MAR-1ª S/SS

Processo nº 1889/2012

I. RELATÓRIO

O *Município do Porto* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato para a “*Manutenção de Equipamentos, Edifícios e Infraestruturas*”, celebrado, em 19 de Dezembro de 2012, entre aquela entidade e a *CMPH, DomusSocial, Empresa de Habitação e Manutenção do Município do Porto, EEM*¹, pelo montante de € 10.310.312.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) A *CMPH, DomusSocial, Empresa de Habitação e Manutenção do Município do Porto, EEM* era, à data da celebração do contrato, e de acordo com os Estatutos juntos aos autos, uma empresa municipal, sob a forma de entidade empresarial local;
- b) O seu capital social é integralmente detido pelo Município do Porto;
- c) Nos termos do artigo 6.º dos Estatutos, compete à Câmara Municipal do Porto a nomeação e exoneração dos membros do conselho de administração

¹ Doravante também designada como *DomusSocial*.



Tribunal de Contas

da empresa, o qual é presidido pelo Presidente da Câmara do Porto ou por Vereador do executivo municipal em quem ele delegue essa função;

- d) De acordo com os artigos 11.º e 14.º dos mesmos Estatutos, a Câmara Municipal do Porto dá directivas e instruções genéricas ao conselho de administração da empresa e aprova, entre outros actos, os planos de actividades, os planos financeiros e os orçamentos da empresa;
- e) O objecto social da empresa está descrito nos referidos estatutos da seguinte forma:

"1. A DomusSocial, EEM, tem como objecto social, por delegação do Município do Porto, a gestão do parque habitacional do município, bem como a actividade de manutenção de equipamentos e infraestruturas, do domínio público ou privado, cuja gestão seja da Câmara Municipal do Porto.

2. A gestão do parque habitacional referida no n.º 1 abrange, designadamente, as funções de organizar e executar os processos de aquisição, atribuição e venda de fogos; assegurar a sua correcta ocupação; assegurar todo o processo administrativo de cobrança das rendas devidas pela sua utilização; elaborar propostas de actualização de taxas e rendas a assegurar a ligação com as entidades promotoras de habitação social.

3. A manutenção dos equipamentos e infraestruturas referida no n.º 1, traduz-se na manutenção do parque municipal de vias, edifícios e equipamentos fixos e móveis.

4. Pelos presentes estatutos, a Câmara Municipal do Porto delega na DomusSocial, EEM, todos os poderes necessários ao cumprimento do seu objecto social.

5. A DomusSocial, EEM, poderá prestar a sua actividade principal a outras entidades, públicas ou privadas, e exercer outras consideradas acessórias ao complementares do seu objecto social principal desde que, em qualquer dos casos, devidamente autorizada pela Câmara Municipal do Porto.

6. Com o objectivo de aproveitar sinergias entre a DomusSocial, EEM, a Câmara Municipal do Porto e outras empresas municipais e de prosseguir uma política de gestão integrada de recursos, a DomusSocial, EEM, exercerá também, em relação às restantes empresas municipais criadas ou a criar no âmbito da Câmara Municipal do Porto e a esta, uma actividade de consultoria nas áreas da sua especialidade,";



Tribunal de Contas

- f) Pelo ofício n.º 1/223424/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou este Tribunal de que se encontrava em curso o processo de revisão estatutária imposto pelo n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;
- g) Em 19 de Dezembro de 2012, foi celebrado entre o Município do Porto e a empresa um Contrato-Programa que, além do mais:
- Concretiza os termos da delegação de poderes operada “no artigo 3.º dos Estatutos” pela Câmara Municipal do Porto na *DomusSocial*;
 - Define os bens que integram o parque habitacional do Município;
 - Detalha poderes, funções e procedimentos a desenvolver pela empresa no âmbito das várias vertentes do seu objecto social;
 - Regula alguns aspectos do financiamento das actividades e das modalidades de contratação a adoptar;
 - Estabelece deveres de informação ao Município e procedimentos de avaliação por parte deste;
 - Fixa indicadores de eficiência e eficácia da actividade da empresa, por referência a níveis de serviço e de resultados;
 - Não consagra qualquer subsídio à exploração da empresa.
- h) Pelo já referido ofício n.º 1/223424/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou o Tribunal de Contas de que a *DomusSocial* desenvolve *praticamente toda* a sua actividade em benefício exclusivo do município;
- i) O Relatório e Contas do exercício de 2011² e os Instrumentos de Gestão Previsional para o triénio 2013-2015³, ambos da *DomusSocial*, confirmam que a actividade prestada pela empresa a outras entidades não ultrapassa, em valor, 0,02% do total da actividade, sendo o restante desenvolvido directamente para o Município do Porto;
- j) Em 11 de Dezembro de 2012, a Câmara Municipal do Porto adjudicou à *DomusSocial* o contrato de manutenção de equipamentos, edifícios e infraestruturas ora presente a visto;

² Disponível em http://www.cm-porto.pt/users/0/58/Relatorioecontas2011/20mus_5eb82bc50bc5c363508af564efed81d5b.pdf

³ Juntos aos autos



Tribunal de Contas

- k) A adjudicação foi feita, de acordo com os termos da respectiva proposta, *“com dispensa da observância de um procedimento de contratação prévio, nos termos admitidos no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, porquanto:*
- *O Município do Porto exerce sobre a DomusSocial, EEM, e sobre a sua actividade, de forma isolada, não apenas uma influência dominante, nos termos do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mas também e inclusive um controlo em tudo análogo aos que exerce sobre os seus próprios serviços, em resultado da detenção da totalidade do capital social da empresa;*
 - *e dado que a empresa desenvolve praticamente toda a sua actividade em benefício exclusivo da autarquia”;*
- l) De acordo com a cláusula 1.ª do contrato ora submetido a fiscalização prévia, o Município do Porto *“encarrega a DomusSocial da execução de ações de manutenção nos equipamentos, edifícios e infraestruturas afetos às áreas elencadas no documento que integra o anexo I”*, o qual é do seguinte teor:



Tribunal de Contas

ANEXO I			
Designação	OBRA	Encargos de Gestão	TOTAL
1 COESÃO SOCIAL			
1.1 Habitação Social	6.260.666	795.076	7.055.742
1.2 Educação	1.000.000	328.396	1.328.396
1.4 Capacitação e Envolvimento da População	200.000	65.679	265.679
2 REGENERAÇÃO URBANA			
2.1 Reabilitação da Baixa	400.000	131.358	531.358
4 RELACIONAMENTO COM O MUNICÍPE E FUNCIONAMENTO INTERNO			
4.2 Funcionamento Interno	850.000	279.137	1.129.137
Total	8.710.666	1.599.646	10.310.312

- m) Para cumprimento do objecto do contrato, e de acordo com a cláusula 2.^a do mesmo, “a DomusSocial mobilizará os seus recursos internos, humanos e materiais, e promoverá a contratação, adjudicação, gestão e fiscalização de aquisições de bens, serviços, locações e empreitadas necessárias à perfeita e tempestiva execução das ações de manutenção que lhe estão determinadas”;
- n) De acordo com a cláusula 6.^a (meios financeiros necessários ao mandato), o “Município do Porto habilitará a DomusSocial com os meios financeiros necessários à concretização, por esta, das ações de manutenção referidas no n.º 1 da cláusula 1.ª, nos termos do anexo I” ao contrato⁴. “A comparticipação financeira identificada (...) será disponibilizada pelo Município do Porto à DomusSocial em parcelas sucessivas, mediante a faturação mensal dos trabalhos realizados pela DomusSocial, suportada em autos de medição ou em documentos equivalentes, justificativos da assunção de dívida para com terceiros”. “O Município do Porto disponibilizará a

⁴ Vide alínea l) supra.



Tribunal de Contas

comparticipação identificada no número anterior em prazo suficiente a habilitar a DomusSocial a cumprir, pontualmente, as obrigações financeiras assumidas para com os seus fornecedores.”;

- o) Na cláusula 7.ª (preço) estipula-se que o Município “a título de contrapartida pelo desenvolvimento e prossecução das ações de manutenção inscritas no presente contrato, remunerará a DomusSocial com o montante de €1.599.646 (um milhão quinhentos e noventa e nove mil, seiscentos e quarenta e seis euros), apurado em função dos encargos de gestão”. “A remuneração (...) será paga em tranches periódicas à DomusSocial, através de faturação mensal”;
- p) O contrato entra em vigor na data da notificação do visto deste Tribunal e vigorará até 31 de Dezembro de 2013 (vide cláusulas 8.ª e 9.ª);
- q) As relações contratuais e a transferência de valores para fins idênticos entre a autarquia e a empresa municipal em causa foram em anos anteriores tituladas por contratos-programa celebrados nos termos do artigo 23.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro;
- r) No ofício n.º 1/223424/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto refere:
- “O artigo 36.º, em conjugação com o artigo 50.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, veio predispor, afigura-se-nos, um enquadramento distinto para a contratação das empresas pelas entidades públicas participantes, autonomizando (contratualmente) a definição do programa a que as empresas ficam vinculadas na promoção do desenvolvimento local e regional dos serviços lato sensu (aquisição de bens ou serviços, fornecimentos ou empreitadas) que elas podem prestar, por contratação própria, às entidades públicas participantes.
(...)
Atendendo à natureza do serviço prestado pela DomusSocial e ao conteúdo das prestações sinalagmáticas assumidas, a contratação parece reconduzir-se, inequivocamente, ao tipo de prestação contratual subsumível ao disposto no nº 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto”⁵;*

⁵ Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



Tribunal de Contas

- s) Interpelada para justificar o valor estabelecido na cláusula 7.^a do contrato, a Câmara Municipal esclareceu, no ofício n.º I/15156/13/CMP, de 24 de Janeiro de 2013:

“O preço contratual estabelecido no contrato de manutenção, e que se cifra no montante de €1.599.646,00, corresponde, por um lado, ao valor necessário e, por outro, ao valor adequado a retribuir o tipo de serviços que se pretende que a DomusSocial preste ao Município do Porto. A economia associada à prestação de um serviço de manutenção, com um acentuado grau de imprevisibilidade, quer no plano do número de intervenções que possam ser necessárias, quer no tipo e versatilidade de recursos necessários afetar, exige a permanência de uma estrutura operacional capaz de assegurar o serviço pretendido pelo Município do Porto, com rácios de eficiência e de eficácia alinhados com a necessidade de assegurar que os edifícios, equipamentos e infraestruturas se mantenham ininterruptamente em utilização.

Assim, o preço contratual foi determinado a partir da quantificação inscrita na sua estrutura de custos, que, aliás, foi analisada e validada pelo Fiscal Único da empresa.

Sublinhe-se que o custo da estrutura da DomusSocial está repartido pelos dois grandes núcleos em que se desdobra a sua atividade: a execução de ações de manutenção e de reabilitação de escolas e de todo o conjunto de edifícios municipais, incluindo os de habitação social, por um lado, e, por outro, a gestão e manutenção (corrente e preventiva) do parque habitacional municipal.

Uma vez apurada e quantificada a estrutura de custos, foi efectuada uma repartição dos mesmos utilizando o critério de afetação real, em todos os casos em que esse critério foi suscetível de ser tecnicamente utilizado. É o caso de custos estritamente relacionados com a gestão do parque habitacional, como, por exemplo, os relativos à estrutura administrativa do Gabinete do Inquilino Municipal, totalmente imputada à gestão do parque habitacional, suportada financeiramente pelas rendas dos inquilinos municipais. Os restantes custos de estrutura foram distribuídos/repartidos, obedecendo a critérios ponderados em função dos centros de custo que, direta ou indiretamente, estão associados às respetivas rubricas.

Assim e por isso, repete-se, o preço contratual que remunera o serviço que a DomusSocial prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade.”;



Tribunal de Contas

- t) Neste mesmo ofício a autarquia referiu ainda: "(...) a contratação em causa foi decidida pelo Município do Porto, que, podendo contratar um qualquer outro adjudicatário, optou por contratar a DomusSocial, recorrendo, para o efeito, para o regime da contratação in house";
- u) Convidado a reponderar a fundamentação da opção pela forma de contratação em apreço à luz dos princípios contabilísticos aplicáveis aos pagamentos efectuados pelas administrações públicas para remunerar serviços prestados de forma não mercantil, o município respondeu⁶:
- "O Município do Porto efectuou as identificadas contratações à luz e em cumprimento do disposto na Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mais concretamente por observância do disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do seu artigo 36.º e do n.º 6 do artigo 47.º do dito regime jurídico.*
- O Município do Porto entende que a base que suporta os referidos edifícios contratuais é, e só pode ser, a lei. É à lei, antes de mais, com a configuração que o legislador lhe dotou, com a letra que a conforma (1), que as entidades públicas participantes se terão de ater.*
- Afigura-se a esta autarquia, portanto, que é com a lei que os contratos, em primeira linha, se conformam e se desenham. E será em função dos desenhos dos contratos, adequadamente compatibilizados com o ordenamento jurídico, que se qualificam e contabilizam as prestações pecuniárias neles inscritos, então ai sim, por aplicação dos princípios*

(1) De acordo com o n.º 2 do Código Civil: "não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso"

contabilísticos vigentes. Nunca ao contrário. Parece-nos. (...)

(...) apesar de a solução legal poder não conduzir à aplicação de princípios contabilísticos que pudessem ser, eventualmente, os desejáveis, as soluções contratuais definidas pelo Município do Porto, parece-nos, são aquelas que espelham inequivocamente as determinantes da lei, conduzindo à aplicação dos princípios que são por elas determinados.

Nessa medida, o Município do Porto não consegue harmonizar o desejo de conformação contabilística traduzido na sugestão a que se responde com a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.

(...)

⁶ Vide ofício n.º 1/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013 (embora se refira 2012, isso só pode ser um lapso material). Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



Tribunal de Contas

O Município conformou os contratos em função da sua realidade concreta e específica, dos respetivos objetos, dos respetivos conteúdos, e da natureza das prestações e contraprestações, e não com o intuito de assegurar uma dada forma de contabilização das contraprestações nele inscritas.

O Município do Porto entende que "construir" os contratos em causa a partir de objetivos de ordem contabilísticos determinaria, atento o objecto de cada contrato, inevitavelmente, a nulidade dos mesmos, por violação do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;

Caso esse Alto Tribunal assim não o entenda e considere que estas adjudicações de serviços devem ser inscritas em contratos-programa e o preço dos mesmos reputado de subsídio à exploração, terá o Município do Porto, obrigatoriamente, de reconfigurar os ditos instrumentos, o que naturalmente o fará em estrita observância do culminar, nesse sentido, dos processos de vistos aqui em causa."



Tribunal de Contas

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da alteração do regime jurídico da actividade empresarial local e da importância das formas contratuais adoptadas

No âmbito do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, as relações contratuais entre os Municípios e as suas empresas municipais eram enquadradas por contratos de gestão ou por contratos programa, podendo ainda estabelecer-se contratos de concessão (vide artigos 20.º, 23.º e 25.º do referido diploma).

Estes contratos estabeleciam, além do mais, as funções a desempenhar pelas empresas e, no caso dos dois primeiros tipos, as participações públicas devidas pelos municípios como contrapartida pelas obrigações assumidas pelas empresas.

Nos Acórdãos n.ºs 14/09-31.MAR-1.ªS/PL⁷, 15/09-31.MAR-1.ªS/PL, 16/09-31.MAR-1.ªS/PL e 17/09-31.MAR-1.ªS/PL, a 1.ª Secção deste Tribunal pronunciou-se sobre a complexidade e a importância dos tipos contratuais adoptado para regular as relações entre as empresas públicas e as entidades públicas que as detêm, sem deixar de reconhecer que em todos os tipos contratuais possíveis está substancialmente presente uma prestação de serviços pelas empresas a essas entidades (reconhecimento que, aliás, está também implícito em toda a doutrina citada nesses arestos).

O que se discutia e continuará a discutir é qual a forma contratual adequada e legal, de entre várias possíveis, para titular essa prestação de serviços em cada caso concreto.

Ora, essa qualificação contratual importa, designadamente, para efeitos de observância de requisitos legais de conteúdo dos contratos, que titulam relações de prestação de serviços de tipo especial, e tem também importância por se repercutir no tratamento financeiro e contabilístico das verbas por esses contratos atribuídas.

Por exemplo, e como se referiu nesses acórdãos, e agora se repete⁸, “no âmbito da privatização orgânica, e nas relações entre a entidade pública e a entidade privada por ela criada” podem ser prestados serviços mas “não se configura um processo de contratação com terceiros”. Nessa hipótese, a entidade privada é antes investida de uma função pública, assumindo a gestão ou direcção global da tarefa, actuando na

⁷ Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 94, de 15 de Maio de 2009.

⁸ Na senda do defendido por Pedro Gonçalves.



Tribunal de Contas

posição da Administração nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada.

E nesses acórdãos concluímos que, não obstante existir materialmente uma prestação de serviços, a figura contratual a adoptar não podia ser o contrato de fornecimento de serviços.

Em suma, já no âmbito da legislação referida se verificava uma multiplicidade de tipos contratuais que podiam titular relações materiais de prestação de serviços, importando encontrar a mais adequada a cada caso.

Foi recentemente publicada a Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, que estabeleceu um novo regime jurídico para a actividade empresarial local, na sequência das medidas constantes da Lei n.º 55/2011, de 15 de Novembro, dos estudos consubstanciados no *Documento Verde da Reforma da Administração Local* e no *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* e dos compromissos assumidos no *Memorando de Entendimento sobre os Condicionais Específicos de Política Económica* acordado, em Maio de 2011, entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

Entre os objectivos da reforma efectuada contam-se a contenção do perímetro do sector empresarial local e o controlo dos fluxos financeiros mantidos entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade ⁹.

O *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* concluiu, entre outros aspectos, que as relações financeiras entre as empresas e os respectivos sócios não estavam correctamente enquadradas, que um grande número de empresas do sector empresarial local recebia subsídios à exploração em montantes significativos e que a atribuição desses subsídios tinha contornos pouco transparentes. A este respeito recomendou, designadamente:

- A definição rigorosa de um enquadramento contratual para as relações entre a empresa e o município;
- A exigência de documentos contratuais claros, do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência, no plano das relações comerciais entre a empresa e a autarquia;
- A substituição da atribuição de subsídios pela figura da contratualização pela prestação de serviços, a que correspondam as contrapartidas objecto de contrato.

Neste contexto, a Lei n.º 50/2012:

- Estabeleceu no artigo 32.º que a atribuição às empresas locais de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes exige a celebração de um contrato-programa;

⁹ Vide os documentos referidos e, ainda, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 58/XII, que afirmou expressamente o propósito de lhes dar acolhimento.



Tribunal de Contas

- Definiu nos artigos 47.º e 50.º a exigibilidade e o conteúdo dos contratos-programa a celebrar, os quais devem estabelecer as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual das actividades de interesse geral ou de desenvolvimento local e regional* assumidas, transferências essas que são classificadas como a contrapartidas dessas obrigações¹⁰;
- Introduziu, no artigo 36.º, a possibilidade de se estabelecerem contratos de aquisição de bens ou serviços, de locação, de fornecimento ou de empreitada entre as empresas locais e as entidades públicas nelas participantes, a remunerar contratualmente a *preços de mercado*;
- Proibiu que essas adjudicações integrassem os contratos programa e incluíssem qualquer componente de subsídio (vide artigos 36.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 47.º, n.º6);
- Estabeleceu, no artigo 62.º, a obrigatoriedade de dissolução das empresas locais quando se verificar que, nos últimos 3 anos, as vendas e prestações de serviços realizados não cobrem, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respectivos exercícios ou que o peso contributivo dos subsídios à exploração é superior a 50% das suas receitas.

A interpretação destas normas tem de ser feita em conjunto, enquanto elementos de um sistema coerente de objectivos, relações contratuais e fluxos financeiros.

Essa interpretação não pode, por outro lado, esquecer outras regras imperativas aplicáveis, designadamente as que constam dos tratados e da legislação da União Europeia.

É que, efectivamente, o artigo 9.º do Código Civil, ainda que no seu n.º 2 imponha um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei, no seu n.º 1 estabelece que a interpretação da lei não deve cingir-se a essa letra, *“mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”*.

É o que procuraremos fazer.

2. Dos contratos programa e dos contratos de fornecimento de serviços na Lei n.º 50/2012

Como se referiu no ponto anterior, os artigos 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem a obrigatoriedade de serem celebrados contratos-programa para regular as relações entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, os quais são condição da prestação dos serviços e da realização das responsabilidades de interesse geral e/ou de desenvolvimento local e regional por parte das empresas locais.

¹⁰ Vide, em especial, os n.ºs 2 e 4 do artigo 47.º e o n.º 2 do artigo 50.º.



Tribunal de Contas

No caso, a *DomusSocial*, entidade empresarial local nos termos da Lei n.º 53-F/2006, e em processo de adaptação estatutária ao regime da Lei n.º 50/2012¹¹, é classificada pelo Município do Porto como uma *empresa local de promoção do desenvolvimento local*, que desenvolve as actividades previstas e consentidas pelas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 50/2012 (*renovação e reabilitação urbanas e gestão do património edificado e promoção e gestão de imóveis de habitação social*)¹².

Aplica-se-lhe, assim, o artigo 50.º, que determina que seja celebrado entre ela e o Município do Porto um contrato-programa. Este artigo, que no seu n.º 2 manda aplicar também os n.ºs 2 a 7 do artigo 47.º, estabelece que o contrato-programa deve:

- Definir a *missão* e o *conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local* assumidas;
- Definir detalhadamente o fundamento da necessidade do estabelecimento da relação contratual;
- Indicar a finalidade dessa relação;
- Estabelecer os objectivos a atingir e os indicadores de eficácia e eficiência para medir a realização desses objectivos;
- Justificar uma eventual política de preços subsidiados;
- Especificar o montante dos *subsídios à exploração* que a empresa tem o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas.

O n.º 4 do artigo 47.º refere-se a esses subsídios como sendo as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da actividade* de promoção do desenvolvimento local regulada no contrato programa.

A conjugação dos vários números dos artigos em referência parece permitir concluir que a necessidade de financiamento anual dessa actividade pode decorrer da não aplicação de preços no desenvolvimento dessa actividade ou na prática de preços que não cubram os custos anuais do desenvolvimento da actividade.

Considerando o que se estabelece nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º do mesmo diploma e no n.º 6 do artigo 47.º, parece também poder concluir-se que podem ser cobrados *preços* pelas empresas locais às entidades públicas participantes a

¹¹ A não adequação no prazo legal determinaria a dissolução ou alienação da empresa (vide artigo 70.º da Lei n.º 50/2012).

¹² Vide ofício n.º I/223424/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, junto aos autos.



Tribunal de Contas

título de fornecimentos de bens, serviços e obras ou de locações, desde que não contenham quantias que excedam a remuneração dessas prestações.

Parece-nos até que, caso o custo da actividade seja integralmente coberto pelos referidos preços, se poderá concluir pela não necessidade da atribuição de qualquer subsídio à exploração, sendo a actividade auto sustentável.

Mas, precisamente nos casos em que as relações contratuais se estabelecem entre a empresa local e a(s) entidade(s) participante(s), a conjugação destas normas legais suscita vários problemas. Vejamos:

a) **A entidade participante pode remunerar os serviços de uma empresa local por via de um contrato programa?**

Sendo os subsídios à exploração designados legalmente como verbas que as empresas locais têm o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas para a realização das actividades de desenvolvimento local (artigo 50.º, n.º 2) ou para *financiar a prestação de serviços* de interesse geral (artigo 47.º, n.ºs 1 e 4), parece que a lei admite expressamente que os contratos programa sejam uma forma legítima e adequada de remunerar os *serviços prestados* pelas empresas locais aos municípios que as detêm na prossecução dessas actividades.

Forma essa que está prevista na lei, que é contratual, que é sinalagmática e que é detalhadamente reguladora das condições de realização dos serviços.

Razão por que entendemos que o Município do Porto não tem razão quando, no ofício n.º I/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013¹³, considera que, *para o desenvolvimento das actividades de promoção do desenvolvimento local por parte da DomusSocial*, a lei *impõe* a adopção de contratos de prestação de serviços nos termos do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 e *proíbe* a utilização do contrato programa.

Mas, então, como distinguir os casos em que o município pode ou deve remunerar a prestação de serviços da empresa a título de preço por via de um contrato de fornecimento de serviços daqueles em que o deve fazer a título de subsídio por via de um contrato programa?

¹³ Vide alínea u) do probatório e teor integral desse ofício.



Tribunal de Contas

b) **É possível escolher entre os tipos contratuais de contrato programa e de fornecimento de serviços?**

Os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º e o n.º 6 do artigo 47.º são claros no sentido de que os dois tipos de contratação se excluem mutuamente.

Quando se deva contratar em regime de fornecimento de serviços, não se podem “subsidiar” actividades nem fazer incluir as adjudicações nos contratos programa e quando se estabelece um contrato programa não se podem incluir as contratações que devam ser feitas em regime de prestação de serviços.

Então como distinguir as duas situações, que legalmente se excluem mutuamente mas que, como já vimos, podem ter objecto idêntico?

Tentemos o critério da forma de remuneração.

Teoricamente na aquisição de serviços estaríamos a remunerar um concreto serviço bem delimitado enquanto no contrato programa estaríamos a financiar o custo de uma actividade, o que clarificaria o fundamento dos fluxos financeiros.

Como já vimos, *os subsídios à exploração destinam-se a financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades.*

De acordo com o critério utilizado pelo Município do Porto e pela *DomusSocial* para fixar o “preço” dos serviços contratados no presente contrato, a determinação da remuneração contratual da prestação dos serviços foi feita com base nos custos em que a empresa incorrerá no seu processo produtivo, incluindo custos da estrutura¹⁴.

Não há dúvida de que esse preço tem fundamento e reflecte o valor económico do bem na perspectiva do seu produtor.

Mas, porque o serviço se definiu reportando-o a uma actividade continuada anual (e não a intervenções pontuais concretas), *o “preço” estabelecido traduziu-se, na prática, no montante necessário a financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades definidas.*

Ou seja, não há diferença na substância e na forma de remunerar.

No limite, se uma empresa local titular toda a actividade prestada ao município que a detém através de contratos de aquisição de serviços com ele celebrados, calcular a respectiva remuneração com base nos seus custos de produção e funcionamento e registar a receita como venda ou prestação de serviços, nunca necessitará de subsídios à exploração.

¹⁴ Vide alínea s) da matéria de facto.



Tribunal de Contas

Se assim for, como distinguir as actividades *auto sustentáveis* e como aplicar o critério estabelecido no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012?

Relembre-se que este preceito estabelece que as empresas locais que tenham subsídios à exploração¹⁵ representando mais de 50% das suas receitas ou cujas vendas e prestações de serviços¹⁶ não cubram, pelo menos, 50% dos gastos totais do exercício devem ser dissolvidas.

A avaliação da sustentabilidade das empresas e a sua dissolução ficaria, então, a depender de uma *escolha discricionária* de fazer titular os pagamentos do município para a empresa local como preço de uma prestação de serviços ou como financiamento de um contrato programa.

Ora, a título de exemplo, precisamente no caso em apreço, o financiamento da empresa baseou-se até aqui em contratos-programa. Os instrumentos de gestão previsional juntos aos autos continuam a falar em *suporte financeiro necessário, adequado e suficiente* do Município do Porto ao desenvolvimento de actividades por ele solicitadas¹⁷ e planeiam as actividades de manutenção e gestão do parque habitacional em função das dotações orçamentais que o município destinou à empresa para esse fim¹⁸. Esta situação, que não sofreu alteração substantiva, vai mudar radicalmente em termos financeiros, de um financiamento à actividade para o pagamento de um preço, somente por causa do tipo contratual adoptado?

Parece-nos que um qualquer outro critério mais rigoroso se impõe para delimitar os casos em que se deve utilizar uma ou outra forma contratual.

c) **Como saber se os preços praticados excedem a remuneração das prestações contratuais e incluem uma componente proibida de subsidiação?**

Os n.ºs 2 e 4 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem que a contratação respeitante à adjudicação de aquisições de serviços (a que aqui nos importa) não pode originar a transferência de quaisquer quantias, pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais *a preços de mercado*, não podendo integrar, portanto, qualquer forma de subsidiação da exploração.

¹⁵ Entregues pelas entidades participantes para cobrir os custos das actividades desenvolvidas a coberto dos contratos programa.

¹⁶ Cujo preço, segundo a proposta do município em causa, seria calculado com base nos custos de produção e de funcionamento da empresa.

¹⁷ Vide página 6, no preâmbulo dos referidos instrumentos.

¹⁸ Vide página 18, no Plano de Actividades.



Tribunal de Contas

Se o critério for, como o município propõe, o de calcular esse preço com base nos custos de produção e de funcionamento imputáveis ao desenvolvimento da actividade e se o limite dos subsídios à exploração for, como parece resultar dos artigos 47.º e 50.º, o custo do desenvolvimento das actividades, obviamente calculável da mesma forma, como identificar a tal subsidiação proibida?

O regime introduzido por esta lei de admissão de várias formas contratuais para titular os fluxos financeiros entre as empresas locais e as entidades públicas participantes reclama, pois, a adopção de um critério rigoroso para determinar em que situações cada uma dessas formas deve ser adoptada.

Para além dos problemas práticos evidenciados, deve lembrar-se o que se referiu no ponto anterior. Ou seja, que este regime terá querido definir de forma *mais rigorosa* o enquadramento *contratual* para as relações de prestação de serviços entre a empresa local e a entidade pública participante, estabelecendo *contrapartidas* claras, terá querido clarificar, *do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência*, as relações *comerciais* entre a empresa e a autarquia e também controlar os fluxos financeiros entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade.

3. Da contratação em regime de fornecimento de serviços a preços de mercado

O único critério literal a que podemos recorrer para distinguir as situações é o que consta da parte final do n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012.

Nele se diz que as entidades públicas participantes só podem transferir para as empresas locais, por força de contratos de aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas, as quantias devidas pela prestação contratual *a preços de mercado*.

Entendemos que o legislador quis com isto dizer que as empresas locais e as entidades públicas participantes só podem celebrar contratos de prestação de serviços (ou os outros tipos referidos) entre si se o fizerem *a preços de mercado*. Nesses casos, a contratação através desse tipo contratual é legítima, constituirá uma verdadeira venda de serviços e não consubstanciará um subsídio à exploração que deva ser titulado por um contrato programa.

Nos outros casos, o contrato programa será o título adequado para titular o financiamento da empresa.

Só que o legislador utilizou o conceito de *preço de mercado*, mas não o definiu.



Tribunal de Contas

Importa, então, determinar exactamente o seu significado, tão importante para a clarificação das relações contratuais e financeiras entre as entidades em causa.

Será que estamos perante um conceito indeterminado?

Mesmo que assim fosse, a posição maioritária da nossa doutrina administrativa¹⁹, na esteira do pensamento alemão, tem sido a de considerar que a fixação do sentido de um conceito indeterminado corresponde a uma operação de interpretação da lei e não a uma actividade discricionária. Deve, assim, ser considerada uma actividade vinculada, da qual estão afastadas considerações de oportunidade e conveniência. A própria jurisprudência administrativa tem vindo crescentemente a acolher este entendimento²⁰, considerando que os tribunais devem sindicá-la interpretação e aplicação destes conceitos nos casos em que a sua avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais, em que as noções utilizadas pela lei possam ser densificadas com elementos da experiência comum que qualquer cidadão normalmente diligente possui, em que o critério de concretização resulta da exegese dos textos legais ou envolve juízos mais especificamente jurídicos, casos em que o tribunal não pode invocar não possuir os necessários conhecimentos técnicos.

Mas existem ainda casos em que a lei, para definição dos pressupostos da actividade da administração, remete para conceitos técnicos próprios da ciência, não restando ao órgão administrativo ou judicial outra hipótese senão a de recorrer aos ensinamentos da ciência para determinação do conteúdo da lei. Como refere Esteves de Oliveira²¹, “(...) as questões resultantes da utilização de conceitos técnicos pela lei, resolvem-se através de critérios exclusivamente técnicos, não tendo o órgão administrativo a liberdade de repudiar o conteúdo que lhes é imputado nos respectivos ramos de ciência e optar por qualquer outro.”.

Também aqui estamos perante uma operação vinculada, sendo legítimo que os tribunais apreciem se a interpretação ou qualificação feita pela administração foi a melhor, apelando para a ciência e para a técnica.

Ora, quer consideremos o conceito de *preço de mercado* como um conceito indeterminado quer o consideremos como um conceito técnico, há que apurar se o sistema jurídico ou a ciência nos apontam o caminho da sua densificação.

¹⁹ Refiram-se autores como Sérvulo Correia, Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa, Esteves de Oliveira, Bernardo Ayala e António Francisco de Sousa.

²⁰ Cfr., designadamente, Acórdãos do STA nos processos 1283/02, 220/04, 1009/04, 351/07 e 855/07, bem como Fernando Azevedo Moreira, *Conceitos Indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in Revista de Direito Público, n.º 1, Ano I, que em muito os inspirou.

²¹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, p. 248.



Tribunal de Contas

Começemos por apelar ao seu sentido técnico.

A ciência económica contém definições para o que é o *preço de mercado*.

Paulo Nunes, no *Dicionário de Economia* disponível em http://www.notapositiva.com/dicionario_economia/precomercado.htm, esclarece que “o *preço de mercado (ou de equilíbrio) de determinado bem representa o preço que se forma no mercado (através do chamado mecanismo de mercado) e que compatibiliza os interesses antagónicos dos consumidores e dos produtores. Esta compatibilização é conseguida quando a quantidade procurada pelos consumidores é igual à quantidade oferecida pelos produtores, situação que se verifica quando o preço do bem é o seu preço de equilíbrio. Segundo a Teoria da Procura, quanto maior o preço do bem menor será a quantidade procurada; pelo inverso, segundo a Teoria da Oferta, quanto maior o preço do bem maior será a quantidade oferecida. Desta forma, existe apenas um preço em que as quantidades procuradas e oferecidas se igualam - é o chamado preço de equilíbrio. No caso do preço estar acima desse preço de equilíbrio, a quantidade que os produtores oferecem é necessariamente superior à quantidade que os consumidores procuram - verifica-se um Excesso de Oferta. Assim sendo, os produtores são levados a baixarem os preços de forma a conseguirem vender os seus produtos. Pelo contrário, se o preço estiver abaixo do seu preço de equilíbrio, a quantidade procurada será superior à quantidade oferecida - verifica-se um Excesso de Procura. Neste caso, os produtores têm incentivos para aumentar os preços de forma a satisfazerem toda a procura. Conclui-se pelo exposto acima que o preço de mercado de um bem tende sempre para o seu preço de equilíbrio, ou seja, para o único preço em que as intenções de compra igualam as intenções de venda”.*

Para além desta definição técnica, repetida em inúmeros manuais da ciência económica, será que o sistema jurídico nos dá uma qualquer indicação de que ele é o conceito adequado a utilizar na interpretação da norma em causa, ao invés de aceções mais vulgares que pensam o preço de mercado como o preço médio ou até o preço mais alto oferecido *no mercado* para produtos de um determinado tipo?

Retenhamos que quer o conceito técnico quer o conceito vulgar apontam para um preço que se forma *de acordo com um mecanismo de mercado*. Ou seja, para um preço que só se forma *em condições de concorrência*.

Segundo a teoria económica, o próprio conceito de *preço* pressupõe o confronto, *no mercado*, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do



Tribunal de Contas

grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário despendido em factores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.

De acordo com o que se transcreveu na alínea s) do ponto II, a autarquia afirmou ter estabelecido o “preço” contratual no valor que considerou necessário e adequado a retribuir o tipo de serviços a prestar com base na estrutura de custos da empresa. Nas suas palavras, *“o preço contratual que remunera o serviço que a DomusSocial prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade”*.

Mas se este critério pode justificar o valor que, na sua perspectiva, a empresa atribui ao bem fornecido, a verdade é que não reflecte o seu confronto e teste com a perspectiva dos consumidores e, desse modo, não garante a eficiência económica.

A esta luz, não podemos, pois, concluir que estejamos perante um *preço de mercado*, o qual teria necessariamente de ser formado no jogo da oferta e da procura.

Mas importa testar este critério e esta conclusão, face a eventuais normas jurídicas que nos possam dar pistas sobre a mais adequada e sistemática interpretação do conceito.

O artigo 20.º da própria Lei n.º50/2012 refere que as empresas locais são constituídas para prosseguir simultaneamente actividades de natureza *administrativa* e de natureza *mercantil*.

Sobre a natureza administrativa ou mercantil das actividades das entidades públicas ou das entidades por elas controladas, o critério legal mais desenvolvido é o que consta do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC 95), juridicamente vinculativo na União Europeia desde Fevereiro de 2000.

Este Sistema consta do Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho, de 25 de Junho de 1996, entretanto objecto de várias alterações posteriores.

Refira-se que, enquanto regulamento comunitário, este acto normativo da União Europeia tem uma força jurídica equiparável à da lei no direito interno. É de natureza geral, obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável



Tribunal de Contas

em todos os Estados-membros da União, produzindo efeitos jurídicos imediatos e incondicionais, independentemente de qualquer mediação legislativa ou administrativa nacional, e vinculando entidades públicas e privadas, comunitárias ou nacionais. De acordo com o princípio do primado, os regulamentos prevalecem sobre o direito nacional e, em caso de colisão entre o direito nacional e o regulamento da União Europeia, os tribunais nacionais devem aplicar o regulamento e desaplicar o direito nacional.

Nestes termos, a hierarquia legal que o município invoca e se refere na alínea u) do ponto II deste acórdão não se conforma com o sistema jurídico vigente. De facto, a existir qualquer eventual conflito entre o estabelecido na Lei n.º 50/2012 e o regulado no SEC 95, ele seria resolvido pela prevalência deste último e não da primeira.

De qualquer modo, o que procuramos são critérios de interpretação e não necessariamente conflitos normativos.

Como referência conceptual, o SEC 95, baseado e harmonizado com o SCN 93 (Sistema de Contas das Nações Unidas), define os critérios para a classificação ou não das unidades controladas pelas administrações públicas no sector das administrações públicas.

Um desses critérios é a natureza *mercantil* ou não-mercantil da entidade, definindo-se que a mesma é *mercantil* se 50% dos seus custos de produção forem cobertos pelas vendas.

Tanto no SCN 93 (pontos 6.45. e 6.50.) como no SEC 95 (ponto 3.19.), a distinção entre produtores mercantis e não-mercantis depende dos preços cobrados serem ou não *economicamente significativos*.

Diz-se que um preço é economicamente significativo quando tem influência significativa nas quantidades que os produtores estão dispostos a colocar no mercado e nas quantidades que os compradores desejam comprar. Inversamente, diz-se que um preço não é economicamente significativo se tiver pouca ou nenhuma influência na quantidade que o produtor está disposto a colocar no mercado e se se presumir que tem apenas uma influência marginal nas quantidades procuradas. É, pois, um preço que não é quantitativamente significativo do ponto de vista quer da oferta quer da procura²².

Os produtores mercantis são os produtores que vendem a sua produção a preços economicamente significativos. Os produtores não-mercantis são os produtores

²² Vide também Manual do SEC 95, disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/PT/KS-42-02-585-PT.PDF



Tribunal de Contas

cuja produção é, na sua maioria, fornecida gratuitamente ou a preços que não são economicamente significativos.

O SEC 95 inclui também critérios para a aplicação da regra dos 50%, acima referida e que se pode considerar também subjacente ao regime consagrado no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012 ou, pelo menos, idêntica e baseada nos mesmos conceitos.

Refere o Manual do SEC 95 a este respeito:

“Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente fornecidos devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços são economicamente significativos, isto é, nos dois casos seguintes:

- *Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados são também aplicados a serviços similares (ou da mesma qualidade) fornecidos por produtores privados que aceitem vender serviços às administrações públicas com base nesses preços. A razão é a seguinte: a existência de produtores privados garante que os preços são economicamente significativos e, por isso, os preços aplicados aos serviços fornecidos por produtores públicos são também economicamente significativos;*
- *Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, as administrações públicas pagam a unidades públicas por serviços efectivamente fornecidos (e não através de uma cobertura dos custos), com vista a ter uma influência económica significativa sobre a oferta e a procura. As administrações públicas podem, por exemplo, pretender, através dos preços pagos pelos diferentes serviços, incentivar as unidades públicas a desenvolver serviços específicos que correspondam a prioridades públicas. Do ponto de vista do produtor público o preço recebido das administrações públicas é economicamente significativo se esse produtor público for apenas financiado de acordo com o volume de produção que fornece. Nesse caso, o produtor público está a actuar como uma empresa sujeita às leis do mercado: o seu défice remanescente não deve ser automaticamente coberto e a lógica desta situação é encerrar as unidades públicas que não possam sobreviver nestas condições.*

Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente prestados não devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços não são economicamente significativos, como, por exemplo nos dois casos seguintes:



Tribunal de Contas

• *Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados não podem ser aplicados a serviços similares fornecidos por produtores privados, em virtude de os produtores privados serem discriminados em relação ao recebimento desses pagamentos ou em virtude de os produtores privados não aceitarem fornecer serviços nessas condições - e, assim, pelo mesmo serviço e mesma qualidade, os preços pagos pelas administrações públicas aos produtores privados serem totalmente diferentes dos preços pagos aos produtores públicos;*

• *Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, uma unidade pública não se situar, face ao mercado, numa posição semelhante à que poderia ser a posição de uma unidade privada, em virtude de as administrações públicas tenderem, de qualquer forma, a cobrir o seu défice remanescente. Assim, o montante global dos pagamentos das administrações públicas à unidade pública mantém-se, de facto, ligado aos custos. Nesta situação, as administrações públicas decidem financiar as unidades públicas, relativamente aos serviços efectivamente prestados, por razões puramente administrativas, com vista a afectar o financiamento, a controlar e a comparar os custos e a melhorar a produtividade interna das unidades públicas.²³*

Da passagem que se transcreve e da análise de vários exemplos contidos no Manual do SEC 95, conclui-se que os serviços que sejam prestados fora de condições de mercado e numa situação de favorecimento da posição negocial, por exclusão ou discriminação dos produtores privados e por inexistência ou redução do risco do negócio, não podem, efectivamente, ser considerados como serviços prestados de forma mercantil.

Ora, a relação contratual em presença é, precisamente, uma relação de exclusividade, em que, apesar de a actividade em si ser susceptível de colocação no mercado, os produtores privados foram excluídos de lhe aceder, por via do próprio pacto social, dos estatutos da empresa e do contrato programa celebrado, que atribuíram um exclusivo a esta empresa por delegação do município.

Por outro lado, o preço não se formou em condições de concorrência, mas tão só com base em critérios de custo, numa relação em que, por força da própria lei (artigos 40.º, 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012), os eventuais défices de exploração são garantidamente cobertos pelo município, seja por subsídios à exploração seja por transferências financeiras obrigatórias a cargo dos sócios com vista a equilibrar os resultados do exercício.

²³ Destaques nossos.



Tribunal de Contas

Deste modo, de acordo com os critérios do SEC 95, e porque não se verificaram condições de concorrência, a prestação de serviços em causa não pode ser considerada como prestada no exercício de uma actividade *mercantil*. Nestas condições, parece não poder considerar-se que o preço estabelecido possa ser um *preço de mercado*.

A norma constante do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, deve ainda ser interpretada tendo em consideração que o artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe os auxílios públicos a empresas, incluindo as empresas públicas, e que esses auxílios se podem configurar através da prática de preços acima ou abaixo dos *preços de mercado*.

Saber como é que esta regra tem sido aplicada poderia também ajudar-nos.

Para este efeito, a jurisprudência, a prática e a doutrina comunitárias têm reconhecido a dificuldade de aplicação deste parâmetro, mas o certo é que nunca se reportaram a preços fixados com base exclusiva em custos.

Ou consideraram que deveria ser o mercado a determinar esse preço ou admitiram que o preço de referência deveria ser orientado para circunstâncias de mercado, através do estudo de comparadores ou de avaliações independentes.

Ora, no caso, nem foi feita qualquer demonstração de que o preço foi formado no mercado, através do jogo da oferta e da procura, nem sequer de que é equivalente a preços formados nessas condições para serviços idênticos.

Em suma, quer o conceito técnico de *preço de mercado* quer os conceitos relacionados presentes no sistema jurídico apontam para a densificação do estabelecido na parte final do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012 em termos da necessidade da verificação de condições de concorrência ou equivalentes, o que, no caso, não ocorreu.

4. Em conclusão

Se assim é, só as contratações efectuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei.



Tribunal de Contas

Não tendo sido demonstrado que a prestação de serviços a que se refere o presente contrato está remunerada *a preços de mercado*, não se verifica o pressuposto legal para a aplicação daquele artigo 36.º, n.º 2.

5. Da ilegalidade verificada

Em face do que se analisou nos pontos antecedentes, o contrato em apreciação é ilegal por violação do disposto nos artigos 36.º, n.º 2, 50.º e 47.º da Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, dado não se verificar um pressuposto legal para adopção da forma prevista no artigo 36.º, n.º 2, e não estarem cumpridos os requisitos constantes das restantes normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, o que, como concluímos, sucede nos casos em apreço.

Nos termos do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, e do artigo 284.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos²⁴, são nulos os actos e os contratos a que falte qualquer dos elementos essenciais, designadamente aqueles cujo objecto seja impossível e que careçam da forma legal. No caso, falta a verificação de um dos pressupostos que condiciona a possibilidade da forma utilizada, que deve ser considerada como um elemento essencial.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)²⁵.

As normas em causa, em articulação com o artigo 62.º da Lei n.º 50/2012, protegem ainda interesses financeiros públicos, pelo que são qualificáveis como normas financeiras.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, o fundamento de recusa de visto estabelecido na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

²⁴O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelos Decretos-Lei n.ºs 131/2010, de 14 de Dezembro, e 40/2011, de 22 de Março, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.

²⁵Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro e 2/2012, de 6 de Janeiro.



Tribunal de Contas

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²⁶.

Lisboa, 4 de Março de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

Fui presente
(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

²⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



De: Diretora de Departamento – Iolanda Lucas

Para: Exma. Sra. Vereadora Dra. Madalena Nunes

Nossa referência

Data

12019000011405

14/05/2019

T0108082

Assunto: Aquisição de cartões de Acesso aos Complexos Balneares do Funchal sob Gestão da Frente MarFunchal – Empresa Municipal

Despacho/ Data

Despacho/ Data

Despacho/ Data

**MIGUEL SÉRGIO
CAMACHO
SILVA GOUVEIA**

Assinado de forma digital por CN=MIGUEL SERGIO CAMACHO SILVA GOUVEIA, SERIALNUMBER=8110819439, GIVENNAME=MIGUEL SERGIO, SURNAME=CAMACHO SILVA GOUVEIA, OU=Assinatura Qualificada do Cidadão, OU=Cidadão Português, O=Cidadão, C=PT
Dados:
Dados: 2019-05-22 17:02:20 +0100
Descrição: Autorizado nos termos propostos, sujeito a compromisso.

Concordo com a aquisição da totalidade dos cartões para entrada nos Complexos Balneares sob gestão da Frente MarFunchal, proposta pela diretora do DEQV. À atenção do Vereador Miguel Gouveia.

**MARIA MADALENA
CAETANO SACRAMENTO
NUNES**

Assinado de forma digital por MARIA MADALENA CAETANO SACRAMENTO NUNES
Dados: 2019.05.20 14:53:07 +0100

O Funchal, como Cidade Educadora, deve contribuir para a satisfação das necessidades particulares dos seus habitantes ao longo do ciclo da vida, não esquecendo as crianças, os jovens e a população sénior do concelho, desenvolvendo ações para que estes tenham o direito de desfrutar, em condições de liberdade e igualdade, os meios e oportunidades, de formação, tentando diluir todas as formas de discriminação; bem como contribuir, com estas ações, para uma maior qualidade de vida da população.

Igualmente o Funchal, é considerado pela UNICEF uma "Cidade Amiga das Crianças", que defende e promove os direitos das crianças, sendo que o "Direito de Brincar" está previsto no artº 31 da convenção dos direitos da criança.

Neste sentido e verificando-se que há uma complementaridade de atividades, entre a FrenteMarFunchal, empresa municipal e a Câmara Municipal do Funchal, através do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Ludoteca, Centro Comunitário do Funchal e Ginásios Municipais e a SocioHabitaFunchal, empresa municipal -, que



em muito contribuem para a formação das crianças e dos/as jovens e dos/as menos jovens do Funchal, nomeadamente as atividades relacionadas com a educação ambiental na época estival, nos Centros Azuis dos Complexos Balneares, da referida Empresa Municipal, sendo que esta junção de sinergias potenciará a ação da Autarquia no desenvolvimento do projeto de Educação para a Sustentabilidade Ambiental. Acresce ainda o facto de no Funchal o acesso ao mar ser escasso e que todas as pessoas deviam ter acesso a um bem precioso como é o mar e em boas condições e de forma segura. Condição esta que é tanto mais importante tendo em conta à população em causa. O acesso ao mar existente no Funchal a título gratuito é ainda mais escasso, sendo que as acessibilidades e as condições de frequência nos referidos acessos nem sempre estão adequados às crianças e à população mais velha, fundamentalmente à sua segurança e ao seu conforto.

Assim, neste ano e futuros, propõe-se que o Município do Funchal como política social adquira entradas, a definir anualmente o seu número, nos complexos balneares geridos pela FrenteMarFunchal, empresa municipal, para distribuição pelos utentes dos ATL da Ludoteca, Ginásios municipais e Centro Comunitário do Funchal, do ATL da SocioHabitaFunchal, empresa municipal, e ainda dos ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, para facilitar o acesso ao mar e para evitar a exclusão de determinadas pessoas a este direito. Ingressos estes a serem distribuídos pelos mais carenciados que não conseguem aceder a um bem como é o mar.



Pelo exposto, solicita-se a V. Ex^a autorização para a aquisição, à FrenteMarFunchal, Empresa Municipal, de ingressos de acesso a todos os complexos balneares sob a sua gestão, tendo em conta que esta empresa municipal é a única entidade a gerir espaços de acesso ao mar para o público em geral, tendo o mercado balizado em termos de preço. Assim, e de acordo com a tabela de preços, que segue em anexo, propomos a aquisição dos ingressos a €3,65 que corresponde ao preço médio dos praticados nos diferentes complexos balneares geridos por esta empresa municipal.

De forma a permitir que o utentes dos diferentes serviços geridos pela Câmara Municipal do Funchal, pela SocioHabitaFunchal, ainda os ATL geridos pelas Juntas de Freguesia do Funchal, possam usufruir do acesso a todos Complexos Balneares do Funchal geridos pela FrenteMarFunchal, empresa municipal, bem como uma panóplia de atividades de Educação Ambiental, desenvolvidas nos Centros Azuis, relacionadas com a Bandeira Azul, propomos a aquisição de 1600 cartões com 50 entradas de acordo com especificado no quadro abaixo.

	Cartões/ Utentes	Entradas	Custo
ATL Juntas de Freguesias	400	20000	73 000,00 €
SHF	150	7500	27 375,00 €
Ludoteca CMF	50	2500	9 125,00 €
Ginásios Municipais	750	37500	136 875,00 €
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	45 625,00 €
Total	1600	80000	292 000,00 €



DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO
E QUALIDADE DE VIDA

Mais se informa, de acordo com o parecer do Departamento Jurídico e de Fiscalização (em anexo), que esta aquisição não está sujeita a contratação nos termos e ao abrigo do art. 5º A do Código dos Contratos Públicos (CCP) que estipula que esta configura uma situação de contratação in house, bem como estão preenchidos os requisitos da referida contratação nomeadamente os previstos nas alíneas a), b) e c) do nº 1 e do nº 3 e nº 4 do referido artigo, uma vez que a entidade adjudicante exerce sobre a atividade da outra pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade desenvolve mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante, cujo objeto social compreende a gestão de praias e dos complexos balneares e espaços públicos do concelho do Funchal, não havendo participação de capital privado na pessoa coletiva uma vez que o capital é detido a 100% pela Câmara Municipal do Funchal.

Assim, não se aplica a parte II do CCP que obrigaria à elaboração de um procedimento contratual.

No entanto, deverá ser celebrado contrato escrito requerendo-se para o efeito a entrega dos documentos de habilitação da empresa FrenteMarFunchal, uma vez que os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos ficam sujeitos às normas constantes do Código do Procedimento Administrativo.

Assim, propõe-se a compra de cartões de acesso aos seus complexos Balneares no valor de 292.000,00 € (duzentos e noventa e dois mil euros).

À Consideração superior

**IOLANDA CATARINA
GOMES PESTANA DO
VALE LUCAS**

Assinado de forma digital por
IOLANDA CATARINA GOMES
PESTANA DO VALE LUCAS
Dados: 2019.05.17 18:11:32 +01'00'



INFORMAÇÃO DE CABIMENTO

Proposta de Cabimento n.º 2019/2187
AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO AOS COMPLEXOS BALNEARES DO FUNCHAL SOB GESTÃO DA FRENTE MAR FUNCHAL - EMPRESA MUNICIPAL,

Orçamento para o ano de 2019						
Classificação Orgânica	02	CÂMARA MUNICIPAL				
Classificação Económica	020115	Aquisição de bens Prémios, condecorações e ofertas				
Classificação Funcional	2.1.1. 0205	Ensino básico Programa Cidades Educadoras				
N.º Rubrica do Plano	2017 A 17					
		Ano Corrente	2020	2021	2022	Seguintes
1	Orçamento Inicial		10.500,00	10.500,00	10.500,00	
2	Reforços / Anulações	292.000,00				
3	Congel. / Descongel. (não aplicável)					
4 = 1 + 2 - 3	Orçamento Corrigido	292.000,00	10.500,00	10.500,00	10.500,00	
5	Encargos Assumidos (a)					
6 = 4 - 5	Saldo Disponível	292.000,00				
7	Despesa Emergente, que fica cativa (b)	292.000,00				
8 = 6 - 7	Saldo Residual					

Data: 2019/05/22 Numero de lançamento no diário do orçamento: 10679

A Chefe da Divisão Património e Controlo

Ricardina Sousa



F..

CAB 2187/2019



DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO
E QUALIDADE DE VIDA

De: Diretora de Departamento – Iolanda Lucas

Para: Exma. Sra. Vereadora Dra. Madalena Nunes

Nossa referência

Data

12019000011405

14/05/2019

T0108082

Assunto: Aquisição de cartões de Acesso aos Complexos Balneares do Funchal sob Gestão da Frente MarFunchal – Empresa Municipal

Despacho/ Data

Despacho/ Data

Despacho/ Data

Concordo com a aquisição da totalidade dos cartões para entrada nos Complexos Balneares sob gestão da Frente MarFunchal, proposta pela diretora do DEQV. À atenção do Vereador Miguel Gouveia.

MÁRIA MADALENA
CAETANO SACRAMENTO
NUNES

Assinado de forma digital por MÁRIA
MADALENA CAETANO SACRAMENTO
NUNES
Dados: 2019.05.20 14:53:07 +01'00'

O Funchal, como Cidade Educadora, deve contribuir para a satisfação das necessidades particulares dos seus habitantes ao longo do ciclo da vida, não esquecendo as crianças, os jovens e a população sénior do concelho, desenvolvendo ações para que estes tenham o direito de desfrutar, em condições de liberdade e igualdade, os meios e oportunidades, de formação, tentando diluir todas as formas de discriminação; bem como contribuir, com estas ações, para uma maior qualidade de vida da população.

Igualmente o Funchal, é considerado pela UNICEF uma "Cidade Amiga das Crianças", que defende e promove os direitos das crianças, sendo que o "Direito de Brincar" está previsto no artº 31 da convenção dos direitos da criança.

Neste sentido e verificando-se que há uma complementaridade de atividades, entre a FrenteMarFunchal, empresa municipal e a Câmara Municipal do Funchal, através do Departamento de Educação e Qualidade de Vida Ludoteca, Centro Comunitário do Funchal e Ginásios Municipais e a SocioHabitaFunchal, empresa municipal -, que



Frente MarFunchal

GESTÃO E EXPLORAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS
E DE ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS URBANOS DO FUNCHAL E.M

TARIFAS 2019

Complexo Balnear da Ponta Gorda

	Preço ingresso individual
Ingresso Individual	€ 5,20
Jovem	€ 1,90
Reformado	€ 1,90

Complexo Balnear do Lido

	Preço ingresso individual
Ingresso Individual	€ 5,20
Jovem	€ 1,90
Reformado	€ 1,90

Complexo Balnear da Barreirinha

	Preço ingresso individual
Adulto	€ 2,10
Jovem	€ 1,05
Reformado	€ 1,05
Instituições	€ 0,85



Frente MarFunchal

gestão e exploração de espaços públicos e de estacionamentos públicos urbanos do funchal e.m

Complexo Poça do Gomes

	Preço ingresso individual
Adulto	€ 2,10
Jovem	€ 1,05
Reformado	€ 1,05
Instituições	€ 0,85

Proposta de Valor para a Venda de Ingressos

	Quantidade cartões	Nº de Entradas	Preço ingresso individual (média)	Total
ATJ Juntas de Freguesias	400	20000	€ 3,65	€ 73 000,00
SHF	150	7500	€ 3,65	€ 27 375,00
Ludoteca CMF	50	2500	€ 3,65	€ 9 125,00
Ginásios Municipais	750	37500	€ 3,65	€ 136 875,00
Centro Comunitário do Funchal	250	12500	€ 3,65	€ 45 625,00
Total	1600	80000		€ 292 000,00

Funchal, 22 de Maio de 2019

Frente MarFunchal
gestão e exploração de espaços públicos e de estacionamentos públicos urbanos do funchal e.m



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

Minuta do contrato

----- CONTRATO AVULSO .../2019 -----

**CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO PARA OS
COMPLEXOS BALNEARES DE GESTÃO DA EMPRESA MUNICIPAL
FRENTE MAR FUNCHAL.**-----

Primeiro: Miguel Sérgio Camacho Silva Gouveia, casado, natural do Funchal, com domicílio profissional no Município do Funchal, na qualidade de Vice Presidente do Município do Funchal e em representação do Município, Pessoa Colectiva número 511 217 315 e em nome da mesma outorgando no uso da competência delegada e subdelegada do Presidente do Município do Funchal por Despacho datado de 23 de Outubro de 2017, publicitado através do Edital número 457/2017 e publicado em edital nos lugares de estilo e no Diário de Notícias aos 24 de outubro do mesmo ano. -----

e, -----

Segundo:, portador do Cartão do Cidadão número com domicílio profissional em Concelho de, em representação e na qualidade administrador único da Sociedade, **FrenteMar Funchal EM**, com sede em Concelho de, Pessoa Coletiva número com o capital social de mil euros, com poderes para o ato conforme Certidão Permanente, subscrita ae válida até, doravante, Segundo. -----

a) A decisão de aquisição tomada no uso da delegação de competências por Despacho do Senhor Vice-Presidente Miguel Silva Gouveia, datado de 22 de Maio de 2019, para a aquisição de 1600 cartões com 50 entradas cada; -----



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

b) O subsequente acto de aprovação da minuta do contrato por Despacho do Senhor Vereador Miguel Silva Gouveia por Delegação de Competências a 22 de Maio de 2019 e aos 23 de Maio de 2019 pelo representante da segunda outorgante; -----

c) Este contrato tem a assunção de compromisso número/2019.-----

e-----
Considerando que: -----

a) A despesa inerente ao contrato será satisfeita pela dotação orçamental com a classificação económica 020115 ao abrigo do Orçamento Municipal aprovado pela Assembleia Municipal do Funchal com o CAB número 2019/2187. -----
É celebrado o presente contrato, nos termos das seguintes cláusulas: -----

Cláusula 1.ª

Objecto do contrato

O Segundo Outorgante obriga-se perante o Primeiro Outorgante ao fornecimento, de 1600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a gestão da empresa municipal frente mar funchal conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa frente mar funchal que se dão por integralmente reproduzidos. -----

Cláusula 2.ª

Preço contratual

Pelo fornecimento, bem como pelo cumprimento das demais obrigações constantes do presente contrato, o Primeiro Outorgante obriga-se a pagar ao Segundo Outorgante o preço total de € 292.000,00 (duzentos e noventa e dois mil euros), com de IVA incluído.-----

Cláusula 3.ª

Prazo de execução



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

O contrato terá início com a sua celebração, assinatura e mantém-se em vigor até a entrega da totalidade dos cartões de entradas ao Município do Funchal.-----

Cláusula 4ª

Obrigações do Adjudicatário

Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no presente Caderno de Encargos decorrem para o segundo contraente as seguintes obrigações,

- a) Durante a vigência do contrato o segundo outorgante obriga-se a executar o mesmo, nas condições, com as características, com a periodicidade e prazo explanados na informação de abertura e na proposta.
- b) O adjudicatário é responsável pela entrega de todos os 1600 cartões com 50 entradas cada ao Município do Funchal.
- c) Os prazos de execução devem ser cumpridos na íntegra e conforme estipulado na informação e na proposta que se dão por integralmente reproduzidos.

Cláusula 5ª.

Pagamentos – Faturas

1 — As quantias devidas pelo Município, nos termos da (s) cláusula (s) anterior (es), deve (m) ser paga (s) no prazo de 60 dias após a receção pelo Município da respetiva fatura.

2 — Em caso de discordância por parte do Município, quanto aos valores indicados nas faturas, deve este comunicar ao adjudicatário, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando o adjudicatário obrigado a prestar os esclarecimentos necessários ou proceder à emissão de nova fatura corrigida.



MUNICÍPIO DO FUNCHAL

3 — Desde que devidamente emitidas e observado o disposto no n.º 1, as faturas são pagas através de transferência bancária ou outro meio indicado pelo fornecedor dos bens móveis.

Clausula 6ª

Gestor do contrato

O gestor do contrato nos termos do disposto no artigo 290º-A será senhora Drª Iolanda Lucas diretora do Departamento de qualidade do município do Funchal com o mail iolanda.lucas@cm-funchal.pt.

Cláusula 7ª

Foro Competente

Para resolução de todos os conflitos, litígios decorrentes do contrato, fica estipulada a competência do Tribunal do Foro do Funchal, com expressa renúncia a qualquer outro. -----

Fazem parte integrante do respectivo contrato os seguintes documentos: -----

Informação datada de 14 de Maio de 2019 do Departamento de Educação e Qualidade;-----

Proposta. -----

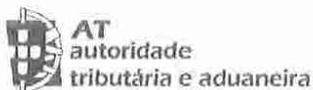
Cópia da Declaração da Segurança Social, em como não é devedor de Contribuições datada de de 2018 -----

Cópia da Certidão do Serviço de Finanças de Funchal em como não é devedor de Impostos ao Estado Português datada de de 2018. -----

Cópia da Certidão do Registo Comercial da empresa Municipal. -----

-
-
-

Isento de taxas por força do disposto no n.º 2 do artigo 94.º do CCP



Serviço de Finanças de FUNCHAL-1. - [2810]

CERTIDÃO

Irene da Conceição Nunes de Freitas, Chefe de Finanças, a exercer funções no Serviço de Finanças de FUNCHAL-1..

CERTIFICA, face aos elementos disponíveis no sistema informático da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), que o(a) contribuinte abaixo indicado(a) tem a sua situação tributária regularizada, nos termos do artigo 177º-A e/ou nºs 5 e 12 do artigo 169º, ambos do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT).

A presente certidão é válida por três meses e não constitui documento de quitação, nos termos dos nºs 4 e 6 do artigo 24º CPPT, respetivamente.

Por ser verdade e por ter sido solicitada, emite-se a presente certidão 22 de Maio de 2019.

IDENTIFICAÇÃO

NOME: FRENTE MARFUNCHAL - GESTÃO E EXPLORAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS, E DE ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS URBANOS DO FUNCHAL, E.M.

NIF: 511233744

Elementos para validação
Nº Contribuinte: 511233744
Cód. Validação: FL7PWWL6KMNN

O Chefe de Finanças,

(Irene da Conceição Nunes de Freitas)

Para validar esta certidão aceda ao site www.portaldasfinancas.gov.pt, seleccione a opção "Validação Doc." e introduza o nº de contribuinte e código de validação acima mencionados. Verifique que o documento obtido corresponde a esta certidão.

SEFMP041_W24



SEGURANÇA SOCIAL

DECLARAÇÃO

Nome da entidade contribuinte FRENTE MARFUNCHAL - GESTÃO E EXPLORAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS, E
Firma/denominação FRENTE MARFUNCHAL - GESTÃO E EXPLORAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS, E
Número de Identificação de Segurança Social 20016583806
Número de Identificação Fiscal 511233744
Número de Declaração 18846340
Data de emissão 23-05-2019

Declara-se que a entidade contribuinte acima identificada **tem a sua situação contributiva regularizada** perante a Segurança Social.

A presente declaração não constitui instrumento de quitação de dívida de contribuições e ou de juros de mora, nem prejudica ulteriores apuramentos e é válida pelo prazo de **quatromeses**, a partir da data de emissão.

Assinatura válida

Digitally signed by Instituto de Informática, IP
Date: 2019.05.23 16:54:26 +0100

DECLARAÇÃO EMITIDA AUTOMATICAMENTE PELO SERVIÇO SEGURANÇA SOCIAL DIRECTA



----- CONTRATO AVULSO 65/2019 -----
**CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO PARA OS
COMPLEXOS BALNEARES DE GESTÃO DA EMPRESA MUNICIPAL
FRENTE MAR FUNCHAL.**-----

Primeiro: Paulo Alexandre Nascimento Cafofo, presidente da Câmara Municipal do Funchal e do Município, pessoa Coletiva 511217315 com sede ao Largo do Município, Funchal e em nome da mesma outorgando no uso da competência que lhe advém da alínea a) do número 1 do artigo 35 do Regime Jurídico das Autarquias Locais aprovado pela Lei número 75/2013 de 12 de Setembro

e,-----

Segundo: José Nelson Rodrigues Abreu, portador do Cartão do Cidadão número 10749263, com domicílio profissional em Passeio Público Marítimo - Ponta Gorda, Freguesia de São Martinho, Concelho do Funchal, em representação e na qualidade administrador único da Sociedade, **Frente MarFunchal E.M.**, com sede em Passeio Público Marítimo – Ponta Gorda, Freguesia de São Martinho, Concelho do Funchal, Pessoa Coletiva número 511233744, com o capital social de 200.000,00 (duzentos mil euros), com poderes para o ato conforme Certidão Permanente, subscrita a 15 de fevereiro de 2018 e válida até 15 de maio de 2020, doravante, Segundo. -----

- a) A decisão de aquisição tomada no uso da delegação de competências por Despacho do Senhor Vice-Presidente Miguel Silva Gouveia, datado de 22 de Maio de 2019, para a aquisição de 1600 cartões com 50 entradas cada; -----
- b) O subsequente acto de aprovação da minuta do contrato por Despacho do Senhor Vereador Miguel Silva Gouveia por Delegação de Competências a 22 de



Maio de 2019 e aos 23 de Maio de 2019 pelo representante da segunda outorgante; -----

c) Este contrato tem a assunção de compromisso número 2142/2019,-----
e-----

Considerando que: -----

a) A despesa inerente ao contrato será satisfeita pela dotação orçamental com a classificação económica 020115 ao abrigo do Orçamento Municipal aprovado pela Assembleia Municipal do Funchal com o CAB número 2019/2187. -----

É celebrado o presente contrato, nos termos das seguintes cláusulas: -----

Cláusula 1.ª

Objecto do contrato

O Segundo Outorgante obriga-se perante o Primeiro Outorgante ao fornecimento, de 1600 cartões com 50 entradas cada para todos os complexos balneares do Funchal que estão sob a gestão da empresa municipal frente Mar Funchal, conforme descrito na informação de abertura e respetiva proposta da empresa frentemar funchal que se dão por integralmente reproduzidos. -----

Cláusula 2.ª

Preço contratual

Pelo fornecimento, bem como pelo cumprimento das demais obrigações constantes do presente contrato, o Primeiro Outorgante obriga-se a pagar ao Segundo Outorgante o preço total de € 239.344,26 (duzentos e trinta e nove mil trezentos e quarenta e quatro euros e vinte e seis cêntimos), acrescido de IVA á taxa legal em vigor-----

Cláusula 3.ª

Prazo de execução

O contrato terá início com a sua celebração, hoje data da assinatura e mantém-se em vigor até a entrega da totalidade dos cartões de entradas ao Município do Funchal.-----

Cláusula 4ª

Obrigações do Adjudicatário

Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no presente Caderno de Encargos decorrem para o segundo contraente as seguintes obrigações,

- a) Durante a vigência do contrato o segundo outorgante obriga-se a executar o mesmo, nas condições, com as características, com a periodicidade e prazo explanados na informação de abertura e na proposta.
- b) O adjudicatário é responsável pela entrega de todos os 1600 cartões com 50 entradas cada ao Município do Funchal.
- c) Os prazos de execução devem ser cumpridos na íntegra e conforme estipulado na informação e na proposta que se dão por integralmente reproduzidos.

Cláusula 5ª.

Pagamentos – Faturas

1 — As quantias devidas pelo Município, nos termos da (s) cláusula (s) anterior (es), deve (m) ser paga (s) no prazo de 60 dias após a receção pelo Município da respetiva fatura.



2 — Em caso de discordância por parte do Município, quanto aos valores indicados nas faturas, deve este comunicar ao adjudicatário, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando o adjudicatário obrigado a prestar os esclarecimentos necessários ou proceder à emissão de nova fatura corrigida.

3 — Desde que devidamente emitidas e observado o disposto no n.º 1, as faturas são pagas através de transferência bancária ou outro meio indicado pelo fornecedor dos bens móveis.

Clausula 6ª
Gestor do contrato

O gestor do contrato nos termos do disposto no artigo 290º-A será senhora Drª Iolanda Lucas diretora do Departamento de qualidade do município do Funchal com o mail iolanda.lucas@cm-funchal.pt.

Cláusula 7ª
Foro Competente

Para resolução de todos os conflitos, litígios decorrentes do contrato, fica estipulada a competência do Tribunal do Foro do Funchal, com expressa renúncia a qualquer outro. -----

Fazem parte integrante do respectivo contrato os seguintes documentos: -----

Informação datada de 14 de Maio de 2019 do Departamento de Educação e Qualidade;-----

Informação do departamento jurídico;-----

Proposta. -----

Cópia da Declaração da Segurança Social, em como não é devedor de Contribuições datada de 23 de Maio de 2019 -----



Cópia da Certidão do Serviço de Finanças de Funchal em como não é devedor de
Impostos ao Estado Português datada de 23 de Maio de 2019. -----

Cópia da Certidão do Registo Comercial da empresa Municipal. -----

Outorgado aos 23 dias do Mês de Maio de 2019.-----

Isento de taxas por força do disposto no n.º 2 do artigo 94.º do CCP



INFORMAÇÃO DE COMPROMISSO

Documento n.º 2019/2584, Compromisso n.º 2019/2142 CONTRATO AVULSO Nº /2019 - AQUISIÇÃO DE CARTÕES DE ACESSO AOS COMPLEXOS BALNEARES DO FUNCHAL DE GESTÃO DA EMPRESA MUNICIPAL FRENTE MAR
Foi atribuído o Fundo Disponível n.º 5029 do diário dos fundos disponíveis.

Orçamento para o ano de 2019						
Classificação Orgânica	02	CÂMARA MUNICIPAL				
Classificação Económica	020115	Aquisição de bens Prémios, condecorações e ofertas				
Classificação Funcional	2.1.1. 0205	Ensino básico Programa Cidades Educadoras				
N.º Rubrica do Plano	2017 A 17					
		Ano Corrente	2020	2021	2022	Seguintes
1	Orçamento Inicial		10.500,00	10.500,00	10.500,00	
2	Reforços / Anulações	292.000,00				
3	Congel. / Descongela. (não aplicável)					
4 = 1 + 2 -3	Orçamento Corrigido	292.000,00	10.500,00	10.500,00	10.500,00	
5	Encargos Assumidos (a)					
6 = 4 - 5	Saldo Disponível	292.000,00	10.500,00	10.500,00	10.500,00	
7	Despesa Emergente, que fica cativa (b)	292.000,00				
8 = 6 - 7	Saldo Residual		10.500,00	10.500,00	10.500,00	

Data: 2019/05/23 Numero de lançamento no diário do orçamento: 10808

A Chefe da Divisão Património e Controlo

Ricardina Sousa



base:

CONTRATOS PÚBLICOS ONLINE

Nº Procedimento 4046657
Nº Contrato 5581012
Nº Relatório 6458481
Data Submissão 23-05-2019 18:08:03
Autor Francisco Miguel Teixeira Félix de
Sousa

Relatório de Execução

Entidade(s) Adjudicante(s) - NIPC, Descrição, País	511217315, Município do Funchal, Portugal
Tipo(s) de contrato	Aquisição de bens móveis
Contratação excluída?	Sim
Designação do Procedimento	Aquisição de cartões de acesso de entradas para os Complexos Balneares do Funchal sob a gestão da Frente Mar Funchal Empresa Municipal
Gestor do procedimento	Iolanda Lucas
CPVs Valor	* 22459000-2 - Bilhetes, 239,344,26 €
Entidade(s) Adjudicatária(s) - NIF, Nome, País	511233744, Frente Mar Funchal Empresa Municipal, Portugal
Preço total efetivo s/IVA (€)	239,344,26 €
Data da decisão de contratar	22-05-2019 00:00:00
Data da decisão de adjudicação	22-05-2019 00:00:00
Data de fecho do contrato	23-05-2019 00:00:00
Fundamentação para a não aplicação do CCP à formação de contrato	artigo 5.º-A n.º 1 do Código dos Contratos Públicos (DL 111-B/2017)
Informação relevante sobre outros aspetos da execução do contrato	-

Emitido via portal base a 24-05-2019 10:28:30 por Susana Costa Canha.

IX– NOTA DE EMOLUMENTOS E OUTROS ENCARGOS

(DL n.º 66/96, de 31 de maio)

AÇÃO:	Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras no âmbito da aquisição, pelo Município do Funchal, de cartões de acesso às zonas balneares geridas pela Frente Mar-Funchal, E.M.
ENTIDADE FISCALIZADA:	Município do Funchal
SUJEITO PASSIVO:	Município do Funchal

DESCRIÇÃO	BASE DE CÁLCULO		VALOR
ENTIDADES COM RECEITAS PRÓPRIAS			
EMOLUMENTOS EM PROCESSOS DE CONTAS (art.º 9.º)	%	RECEITA PRÓPRIA/LUCROS	VALOR
VERIFICAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL/CENTRAL:	1,0	0,00€	0,00€
VERIFICAÇÃO DE CONTAS DAS AUTARQUIAS LOCAIS:	0,2	0,00€	0,00€
EMOLUMENTOS EM OUTROS PROCESSOS (artigo 10.º) (CONTROLO SUCESSIVO E CONCOMITANTE)	CUSTO STANDARD a)	UNIDADES DE TEMPO	
AÇÃO FORA DA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	119,99€	-	0,00€
AÇÃO NA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	88,29€	278	24 544,62€
ENTIDADES SEM RECEITAS PRÓPRIAS			
EMOLUMENTOS EM PROCESSOS DE CONTAS OU EM OUTROS PROCESSOS (n.º 6 do art.º 9.º e n.º 2 do art.º 10.º):	5 x VR (b)		-
a) Cfr. a Resolução n.º 4/98 – 2.ª Secção do TdC. Fixa o custo <i>standard</i> por unidade de tempo (UT). Cada UT equivale 3H30 de trabalho. b) Cfr. a Resolução n.º 3/2001 – 2.ª Secção do TdC. Clarifica a determinação do valor de referência (VR), prevista no n.º 3 do art.º 2.º, determinando que o mesmo corresponde ao índice 100 da escala indiciária das carreiras de regime geral da função pública em vigor à data da deliberação do TdC geradora da obrigação emolumentar. O referido índice encontra-se atualmente fixado em 344,31€ (1,003x343,28€) com a atualização de 0,3% determinada pelo DL n.º 10-B/2020, de 20 de março (atualiza a base remuneratória e o valor das remunerações base mensais da Administração Pública).	EMOLUMENTOS CALCULADOS:		22 867,11€
	LIMITES b)	MÁXIMO (50xVR)	17 215,50€
		MÍNIMO (5xVR)	1 721,55€
	EMOLUMENTOS DEVIDOS:		17 215,50€
	OUTROS ENCARGOS (n.º 3 do art.º 10.º)		0,00€
TOTAL DE EMOLUMENTOS E OUTROS ENCARGOS:			17 215,50€