



## ACÓRDÃO Nº 11/2014 – 01 de Julho – 1ª SECÇÃO/PL

### RECURSO ORDINÁRIO Nº 18/2013

### PROCESSO Nº 516/2013

#### I. RELATÓRIO

##### 1.

**O Município da Amadora**, inconformado com o teor do Acórdão n.º 24/2013, de 30.09, proferido em Subsecção da 1.ª Secção, deste Tribunal, e que recusou o Visto ao contrato-programa celebrado em 19.03.2013, entre aquela edilidade e a *Escola Intercultural das Profissões e do Desporto da Amadora, E.M.* [abreviadamente, e doravante, *E.I.P.D.A.*] vem do mesmo interpor recurso jurisdicional, concluindo como segue:

(...)



- (1ª) Vem o presente recurso interposto do douto Acórdão nº 24/2013, de 30 de setembro de 2013, proferido em Subsecção da 1ª Secção, que recusou o visto ao contrato-programa celebrado entre o Município da Amadora (Município) e a Escola Intercultural das Profissões e do Desporto da Amadora, E.M. (EIPDA), em 19 de março de 2013.
- (2ª) Salvo o devido respeito, pensa-se que o Tribunal não fez boa apreciação da matéria de facto nem boa aplicação do direito. Aliás, tendo em conta a relevância da ação social da referida empresa municipal – está em causa o funcionamento de uma entidade sustentada financeiramente há catorze anos, com substrato profundamente enraizado no tecido social mais carenciado do Município, já de si (consabidamente) caracterizado por especiais fragilidades socioeconómicas –, bem como a sensibilidade das questões jurídicas suscitadas no Acórdão, afigura-se de elementar exigência que, obviamente sem postura de favor, a apreciação da



validade do contrato-programa seja realizada em estrita e efetiva obediência aos índices factuais e normativos que (em concreto, no caso dos autos) se impõem aquilatar, sem quaisquer “premissas” no plano dos factos e do Direito, antes fazendo devida ponderação crítica dos diversos argumentos que, na decisão, possam induzir (como se espera que suceda, agora, em sede de recurso) sentido diverso do perfilhado.

- (3ª) Se bem se percebe o respetivo percurso logico-argumentativo, a decisão de recusa de visto assenta em seis ordens de fundamentos, com os quais o Recorrente não pode concordar.
- (4ª) *Em primeiro lugar*, não se apreende com que fundamento (obviamente legal) o Acórdão retroage a aplicação do referido Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de junho, ao contrato de sociedade da EIPDA – entendimento que, assim, se afigurará destituído de sustento. Ao menos no entender do Recorrente, afigurar-se-á desprovida de fundamento a exigência (quanto a factos ocorridos no ano de 2013) da observância (em 1999) de normas (revogadas em 2008) aplicáveis à formação de contratos materialmente distintos do contrato dos autos: *por um lado*, não se vislumbra razão para aplicar à formação da empresa local dos autos (nomeadamente) as normas consignadas nos artigos 9º e 10º do Decreto-Lei nº 197/99; *por outro lado*, e em consequência, menos razão existirá para suscitar essas normas (revogadas em 2008, através do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro) na apreciação de um contrato-programa celebrado em 2013.
- (5ª) Neste âmbito, e embora estas não sejam questões que, especificamente, sustentem a decisão recorrida, cumpre fazer duas observações. *Por um lado*, não se vislumbra fundamento para apreciar à luz do RJAEL as condições de validade substancial ou formal do contrato de sociedade da EIPDA (designadamente, a respetiva formação), regime que, relativamente à situação já constituída da empresa, restringir-se-á às



normas que, diretamente, disponham sobre o respetivo conteúdo (cf. artigo 12º do Código Civil). *Por outro lado*, também não se vislumbra que o contrato de sociedade da EIPDA suscite quaisquer conjeturadas preocupações do ponto de vista da axiologia comunitária da livre circulação de serviços, da concorrência e da construção do mercado interno, designadamente por via da perpetuação da relação contratual estabelecida ou de uma equacionada obtenção de vantagens indevidas pelos sócios privados: em decorrência do princípio da liberdade de auto-organização dos poderes públicos (aliás, estruturante na doutrina comunitária da relação “in house”), subjaz à empresa local o estrito e incontornável propósito de maximizar o rendimento da função administrativa do Município.

- (6ª) *Em segundo lugar*, o presente contrato-programa tem suporte normativo expresso no artigo 47º do RJAEL – conclusão que, aliás, o Acórdão recorrido sublinha ser “incontestável”, mas desvalorizou na decisão.
- (7ª) *Em terceiro lugar*, o presente contrato-contrato é suscetível de “formalização direta” entre o Município e a EIPDA ao abrigo do artigo 5º/1 do Código dos Contratos Públicos. Na verdade, e ao contrário do que parece sugerir-se no Acórdão, não estará em causa saber se, em abstrato, as atividades objeto do contrato-programa são suscetíveis de configurar-se numa lógica de mercado (nesse ângulo abstrato, aliás, serão porventura escassas as atividades «insuscetíveis de serem prestadas por muitas instituições privadas»). Pelo contrário, perspetiva devidamente (no entender do Recorrente) a análise da questão, o que cumpre verificar é que, no caso concreto, como resulta da extensa factualidade aduzida nos autos, a EIPDA tem por objeto a prestação, em lugar do Município, de serviços de interesse geral de natureza “social” e, neste âmbito, as atividades subsidiadas através do contrato-programa inserem-se nessa sua imanente “ação social” – portanto, são atividades



sem escopo lucrativo e, nessa medida, e, por essa razão concreta, estão subtraídas à concorrência de mercado.

- (8ª) Aliás, consubstanciando um instrumento regulador da atribuição de um subsídio ao desenvolvimento de determinadas tarefas de interesse geral do Município, ainda que (no âmbito dos seus poderes de auto-organização) através de uma entidade dele juridicamente autónoma, o contrato-programa prefigurar-se-á no contexto de uma relação estabelecida entre duas entidades substancialmente inseridas num mesmo núcleo de poderes administrativos – visando a maximização dos resultados da função administrativa. Em alternativa, e possivelmente com menor eficiência, as tarefas desenvolvidas pela EIPDA poderiam ser desempenhadas pelos próprios serviços do Município. Neste sentido, o contrato-programa enquadra-se no domínio da auto-satisfação de necessidades públicas do Município e, portanto, está subtraído à lógica de mercado e à principiologia da contratação pública (cf. artigos 1º/4 e 5º/1 do Código dos Contratos Públicos).
- (9ª) *Em quarto lugar*, o presente contrato-contrato é também suscetível de “formalização direta” entre o Município e a EIPDA ao abrigo do artigo 5º/2 do Código dos Contratos Públicos. Em síntese: (i) a EIPDA presta, exclusivamente, serviços de interesse geral inseridos nas atribuições do Município, e por conta deste; e (ii) o Município detém, à luz dos estatutos da EIPDA, o poder de influenciar, em termos irrestritos, quer as decisões estratégicas da empresa, quer os aspetos relacionados com o seu funcionamento e gestão (e, estatutariamente, não existe variável jurídica que condicione ou altere esta conclusão); além disso, (iii) a empresa municipal exerce a sua atividade sem fins comerciais, em áreas de natureza social, não existindo, garantidamente (e assim se comprova desde há catorze anos), qualquer benefício económico que possa ser considerado pelas entidades privadas que nela participam.



- (10ª) A este respeito, e como posição de princípio na matéria, deve admitir-se a compatibilidade das sociedades de economia mista com os pressupostos que enformam a dogmática da figura comunitária do “in house providing”, antes se exigindo (designadamente, na apreciação do requisito do “controlo análogo”) a ponderação de todas as circunstâncias de facto e de direito que se revelem pertinentes no caso concreto – rejeitando-se, dessa forma, qualquer transposição acrítica da jurisprudência de “Stadt Halle”. Acresce, de acordo com a melhor jurisprudência comunitária, a verificação do requisito do “controlo análogo” não pressupõe a existência de expedientes de controlo (da entidade pública sobre a entidade dela dependente) idênticos aos que se detêm sobre os próprios serviços, bastando que esses expedientes de controlo permitam à entidade subordinante desenvolver os seus fins de interesse público, através da entidade subordinada, sem interferência de quaisquer outros interesses diversos dos seus – tal como, aliás, sucede no caso dos autos.
- (11ª) *Em quinto lugar*, diversamente do que (sem fundamento) se pressupõe no Acórdão, a EIPDA, durante os últimos três anos, vem – nos termos e para efeitos do disposto na alínea a) do artigo 62º/1 do RJAEL – prestando serviços em volume superior a 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios. Concretamente, conforme resulta da informação contabilística disponibilizada em sede de esclarecimentos, a empresa vem prestando (sem fins lucrativos e visando apenas a sua sustentabilidade financeira) serviços de que, em contrapartida, auferem entre 60% e 70% das suas receitas globais, aqui incluindo os rendimentos que (fora de qualquer conjeturada lógica de “apoio público”) obtêm como contrapartida direta dos serviços que (a preço de custo e sem fins lucrativos) presta no âmbito de projetos co-financiados (a que se



candidata e vence em ambiente concorrencial), relativos a atividades inseridas no objeto da empresa e nas atribuições do Município.

- (12ª) *Em sexto lugar, diversamente do que (sem fundamento) se pressupõe no Acórdão, e conforme resulta da conclusão anterior, a EIPDA, durante os últimos três anos, vem – nos termos e para efeitos do disposto na alínea b) do artigo 62º/1 do RJAEL – auferindo subsídios à exploração em volume inferior a 50% das suas receitas. Nesta matéria, tendo em conta que a normatividade do artigo 62º do RJAEL pressupõe a sustentabilidade financeira das entidades sem "apoios públicos, impõe-se a consideração – à margem de quaisquer critérios formais, nomeadamente contabilísticos – de que subjaz à norma consignada na alínea b) deste preceito legal a ideia de verdadeiros "auxílios públicos", provindos ou não da entidade pública participante, e não valores (substancialmente, "preços") recebidos em contrapartida direta de serviços prestados em execução de projetos co-financiados, no âmbito de candidaturas disputadas e vencidas em ambiente concorrencial.*

- (13ª) De resto, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 133/2013, de 3 de outubro, a análise da "sustentabilidade económica e financeira" das empresas locais é matéria da exclusiva competência da denominada "Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial", pelo que qualquer decisão que seja agora tomada nesta matéria pressuporá sustentação em parecer daquela entidade administrativa.

Acresce:

- (14ª) *Em sétimo lugar, e sem prejuízo do que acima se deixou exposto, pensa-se que padece de inconstitucionalidade material, por violação do princípio*



da autonomia local, a interpretação das normas consignadas nos artigos 62º/1 e 70º/3 do RJAEL no sentido de uma decisão de dissolução vinculada, imposta à administração local sem margem de apreciação – o que, desde já, se invoca.

Por outro lado:

- (15ª) Na hipótese – que apenas se concebe por estrita cautela de patrocínio – de se perspetivar a rejeição da contratação “in house” no caso dos autos, e de esse entendimento consubstanciar o fundamento (exclusivo ou não) do não provimento do presente recurso, requer-se, nos termos do disposto no artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que, com natureza obrigatória, seja reenviada ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a apreciação da seguinte questão prejudicial: deve admitir-se o instituto da relação “in house”, e a contratação direta neste alicerçada, sempre que estejamos perante uma relação estabelecida entre uma entidade pública e uma entidade de capitais mistos maioritariamente participada por aquela, em que (i) a entidade participada desempenhe, exclusivamente, e sem qualquer escopo lucrativo ou comercial, serviços de interesse geral, de natureza social, inseridos nas atribuições legais da entidade pública participante e (ii) a entidade pública participante, por via estatutária, detenha o poder de – em termos efetivos, incondicionais e incontornáveis – influenciar as decisões da entidade participada, sejam as atinentes a questões estratégicas, sejam as relacionadas com os aspetos do respetivo funcionamento e gestão?
- (16ª) Sem prejuízo do que acima resulta exposto, e estando embora o Município convicto da plena conformidade legal da EIPDA e das vantagens da colaboração institucionalizada com os parceiros privados que atualmente integram o capital social da empresa, certo é que, no



limite sem as sinergias do capital privado, ou com as sinergias de outros capitais privados, o interesse primordial do Município nesta matéria é, como referido, a preservação da mencionada entidade descentralizada, mas dele dependente, de modo a assegurar a prestação eficiente dos serviços que consubstanciam o atual objeto social da EIPDA. Nessa medida, caso esse seja entendido como fator determinante na reapreciação do presente processo de visto, naturalmente, está o Município disponível para concretizar as medidas que, estatutariamente, o Tribunal de Contas repute como adequadas à plena conformidade e subsistência da empresa local.

- (17ª) Ainda sem prejuízo do que acima resulta exposto, caso – sem conceder e por hipótese – se entendesse a procedência de qualquer suscitada ilegalidade, e esta alterasse ou pudesse alterar o resultado financeiro do presente contrato, é certo que o Recorrente jamais teve qualquer intenção de produzi-la – pelo que estarão verificados os pressupostos para, de acordo com o estatuído no artigo 44º/4, da Lei nº 98/97 e segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas, ser concedido o visto ao presente contrato-programa, ainda que com recomendação no sentido de, no futuro, o Recorrente evitar essa (então assumida) situação de ilegalidade.

**Termina**, peticionando a procedência do recurso, e, em consequência, a concessão do visto ao contrato-programa em apreço, ou, caso assim não se entenda, que o referido visto seja concedido ao abrigo do disposto no art.º 44.º, n.º 4 da Lei n.º 98/97, de 26.08.

## 2.

O Ex.º Magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal emitiu Parecer no sentido da improcedência do recurso interposto, sustentando-se, em síntese, no seguinte:



# Tribunal de Contas

---

- Em obediência ao princípio da unidade e congruência do ordenamento jurídico, e, bem assim, ao espírito da lei sob aplicação, tem-se por certo que o *R.J.A.E.L.* se aplica às empresas locais já constituídas ao tempo da sua entrada em vigor e, nomeadamente, na vertente dos pressupostos [viabilidade e racionalidade económica] que hão-de decidir da sua manutenção ou extinção;
- Os apoios comunitários de que a *E.I.P.D.A.* tem beneficiado consubstanciam verdadeiros subsídios à exploração, porquanto, para além de resultarem de projetos que se inserem na atividade normal da empresa local, mais não são do que uma compensação pela diferença entre o desenvolvimento da atividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral;

Ademais, resta claro que a *E.I.P.D.A.* não seria sustentável sem tais participações financeiras;

- **O Tribunal de Contas**, porque é um Tribunal Supremo de plena jurisdição, para além de, decisoramente, não se encontrar vinculado a juízos de legalidade ou pareceres de entidades administrativas, detém óbvia competência para conhecer da sustentabilidade económica e financeira das empresas locais sempre que tal análise se impõe em razão do desempenho das suas funções, e, em especial, as de carácter jurisdicional;
- A manutenção em atividade de empresas deficitárias, sempre atentaria contra o princípio constitucional do equilíbrio financeiro entre as autarquias locais, compreendendo-se, assim, que o *R.J.A.E.L.*, na observância do referido princípio, preveja mecanismos que conduzam a uma sã autonomia patrimonial e financeira daquelas;



Não se antevê, pois, **que a solução legislativa prevista no R.J.A.E.L.**, reportada à extinção de empresas com orçamentos deficitários, **colida com o princípio, também constitucional, da autonomia local**;

- A rejeição da contratação «*in house*» não constitui fundamento de recusa do Visto, pois, como resulta do acórdão recorrido, esta apoiou-se na nulidade do contrato-programa, e, indutivamente, no art.º 44.º, n.º 3, al. a), da L.O.P.T.C.;

Neste contexto, a questão do reenvio não se perfilará, no caso vertente, como questão prejudicial.

### 3.

Foram colhidos os vistos legais.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

Para além da factualidade referenciada em I.1. [introito], consideram-se fixados, com relevância para a decisão em curso, os seguintes factos:

### 1.

Em 19.03.2013, o Município da Amadora celebrou um contrato-programa com a E.I.P.D.A., em ordem à atribuição a esta última de uma comparticipação financeira, no montante de € 842.888,00, para o ano 2013, e como apoio à prestação de serviços de interesse geral;

### 2.

A celebração do referido contrato-programa foi precedida de autorização veiculada pelas deliberações da Câmara Municipal da Amadora [doravante, C.M.A.], de 27.02.2013 e da Assembleia Municipal da Amadora, de 14.03.2013, tendo aquele por objeto [vd. cláusula 2.ª] a prestação, por parte da E.I.P.D.A., dos serviços de interesse geral seguintes:



- a) Ensino e formação profissional em diversas áreas, incluindo a restauração, a hotelaria e o desporto, entre outras;
- b) Assistência a indivíduos, crianças, jovens e adultos, no âmbito da sua formação escolar básica;
- c) Acompanhamento e apoio a indivíduos no processo de inserção na vida ativa;
- d) Apoio ao emprego, por conta de outrem ou através da promoção do autoemprego, mediante a criação e o acompanhamento de microempresas;
- e) Dinamização da "*Oficina de Multiserviços*", visando a consecução de obras de reparação/conservação no domicílio de pessoas idosas, com idade igual ou superior a 65 anos, e portadores de deficiência e de pessoas em situação de dependência, residentes no Município da Amadora, que se encontram em precariedade socioeconómica;
- f) Publicação e edição de textos, elaboração de estudos, organização de certames e exposições, bem como as demais ações instrumentais ou acessórias que se revelem úteis ou necessárias à prossecução dos objetivos enunciados nas alíneas anteriores.

### 3.

Em 1999, ao abrigo da Lei n.º 58/98, de 18.08 [Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais], foi criada a Escola das Profissões da Amadora, E.M., uma empresa municipal de capitais maioritariamente públicos, sendo estes detidos em 65% pelo Município da Amadora, em 25% pela Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L., e em 10% pela Associação Empresarial para a Região de Lisboa [abreviadamente, A.E.R.L.I.S.];

**Segundo o art.º 3.º, dos Estatutos iniciais da Escola das Profissões da Amadora, E.M.**, e, ainda, resultava do contrato de Sociedade, esta tinha por objeto o ensino e formação profissional e contínua do indivíduo, englobando, designadamente, cursos de formação, seminários, conferências e mostras, estudo de prospeção e levantamento de necessidades de formação, produção de textos e



edição, cadernos e livros de informação, com vista à promoção e valorização do indivíduo;

**Em 2001, procedeu-se à alteração do contrato de sociedade e estatutos, passando aquela empresa a denominar-se Escola Intercultural das Profissões e do Desporto da Amadora, E.M. [E.I.P.D.A.], aumentando-se o capital social de € 5.000,00 para € 25.000,00, e, alargando-se o respetivo objeto social, que, relevantemente, passou a incluir o ensino e a formação profissional em diversas áreas, destacando-se, nesta parte, o desporto, o acompanhamento e apoio humano no processo de inserção na vida ativa, o apoio à criação e acompanhamento de empresas, a publicação e edição de textos, elaboração de estudos, organização de certames e exposições, e, ainda, todas as ações reveladas necessárias para alcançar os objetivos acima referidos;**

#### 4.

**Em sessão ordinária realizada em 29.04.2013,** a Assembleia Municipal da Amadora deliberou aprovar a proposta da C.M.A. n.º 110/2013, referente à adequação dos Estatutos da *E.I.P.D.A.* ao *R.J.A.E.L.*;

Em conformidade, **o art.º 1.º dos novos Estatutos** [decorrentes da mencionada adequação ao *R.J.A.E.L.*] passou a estabelecer que a *E.I.P.D.A.* é uma empresa de capitais maioritariamente públicos, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio, **e, nos termos** do art.º 19.º, do *R.J.A.E.L.*, é uma pessoa coletiva de direito privado, com natureza municipal e responsabilidade limitada, sujeita à influência dominante do Município da Amadora;

Ainda segundo os novos estatutos, e entre outras, a *E.I.P.D.A.* passa a desenvolver atividades nos domínios seguintes:

- Ensino e formação profissional nas áreas da restauração hotelaria e desporto;



- Combate ao analfabetismo;
- Preparação, confeção e fornecimento de refeições de natureza social;
- Assistência no âmbito da formação escolar básica;
- Apoio ao emprego e promoção do auto emprego mediante a criação e acompanhamento de microempresas;
- Execução e/ou promoção de obras de reparação conservação e beneficiação de domicílio de pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, portadoras de deficiência e em situação de dependência, mas residentes no Município da Amadora e em situação de precaridade socioeconómica;
- Gestão de equipamentos desportivos;
- Publicação e edição de textos, elaboração de estudos, organização de certames e exposições;

Por último, **nos termos do art.º 19.º, dos novos estatutos**, o capital social da *E.I.P.D.A.* continuou a ser detido em 65% pelo Município da Amadora, em 25% pela Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L., e os restantes 10% pela Associação Empresarial para a Região de Lisboa [*A.E.R.L.I.S.*];

## 5.

No apuramento do valor da transferência financeira a que se reporta o contrato e na demonstração do diferencial entre as receitas e despesas da *E.I.P.D.A.*, *E.M.*, no âmbito do exercício do ano 2012, a Câmara Municipal da Amadora facultou o seguinte quadro:



# Tribunal de Contas

EIPDA	Exercício de 2012					Subsídios à exploração imputados ao contrato programa					
	Rendimentos	1.º T	2.º T	3.º T	4.º T	Total	1.º T	2.º T	3.º T	4.º T	Total
71 - Vendas	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00					
72 - Prestações de Serviços	4.682,50	10.418,77	37.438,39	31.256,14	83.795,80						
73 - Variações nos Inventários da Produção	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
74 - Trabalhos para a Própria Entidade	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
75 - Subsídios à Exploração	504.913,56	607.811,89	426.406,56	492.521,46	2.031.455,47	191.144,77	313.207,43	167.825,85	170.709,95	842.888,00	
76 - Reversões	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
77 - Ganhos por Aumentos de Junho Valor	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
78 - Outros Rendimentos e Ganhos	7,44	57.878,39	144,73	1.164,24	59.194,80						
79 - Juros, Dividendos e Outros Rendimentos	1.849,03	6.633,71	5.892,32	3.366,82	17.651,90						
<b>Total</b>	<b>511.452,53</b>	<b>682.742,78</b>	<b>468.792,00</b>	<b>528.110,66</b>	<b>2.192.097,97</b>						
<b>Gastos</b>						<b>Gastos imputados ao contrato programa</b>					
61 Custos das mercadorias vendidas e matéria	0,00	0,00	7.813,83	38.590,57	46.404,40	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
62 Fornecimentos e serviços externos	202.237,16	172.433,20	152.805,26	210.417,01	737.892,63	57.968,11	50.868,03	48.562,48	42.026,43	200.825,05	
63 Gastos com o pessoal	292.558,66	318.530,70	271.560,97	234.056,77	1.117.107,10	128.282,83	134.202,79	111.527,40	115.708,91	489.723,93	
64 Gastos de depreciação e de amortização	7.506,15	11.278,70	13.911,91	22.364,63	55.061,39	8.277,35	3.727,59	5.436,86	6.716,16	18.145,96	
68 Outros gastos e perdas	8.699,70	129.523,84	4.465,54	13.909,82	156.599,90	1.445,32	124.338,62	847,04	6.218,95	132.849,93	
69 Gastos e perdas de financiamento	171,17	70,40	58,07	45,52	345,16	171,17	70,40	58,07	45,52	345,16	
<b>Total</b>	<b>511.572,84</b>	<b>621.836,84</b>	<b>450.615,58</b>	<b>519.384,32</b>	<b>2.113.409,58</b>	<b>191.144,78</b>	<b>313.207,43</b>	<b>167.825,85</b>	<b>170.709,97</b>	<b>842.888,03</b>	

## 6.

No âmbito do processo administrativo, a Câmara Municipal da Amadora, na demonstração dos apoios recebidos no último triénio [2010 a 2012] pela *E.I.P.D.A., E.M.*, juntou, ainda, um outro quadro com o conteúdo seguinte:

Instituto de Emprego e Formação Profissional	823.805,97	802.927,23	385.386,54
Câmara Municipal da Amadora	845.731,75	943.518,62	848.427,95
POPH - Programa Operacional do Potencial Humano	606.534,69	983.252,50	219.107,18
Cruz Vermelha Portuguesa	68.737,68	0,00	0,00
Agência Nacional do Prog. "Aprendizagem ao Longo da Vida"	3.600,00	0,00	0,00
Cooptécnica-Gustave Eiffel	12.331,83	276.561,56	36.859,14
Escolas Sofia Mello Breyner	0,00	5.000,00	3.000,00
Escolas Miguel Torga	2.000,00	6.000,00	0,00
Programa Escolhas	17.500,00	0,00	0,00
Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social	115.643,34	246.905,00	136.456,38
Santa Casa da Misericórdia da Amadora	0,00	8.409,09	6.420,00
<b>Total</b>	<b>2.495.885,26</b>	<b>3.272.574,00</b>	<b>1.635.657,19</b>

## 7.

Perguntada como considera legalmente defensável que os subsídios atribuídos à *E.I.P.D.A., E.M.* por outras entidades públicas, que não o Município, não sejam contabilizados para efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 62.º do *R.J.A.E.L.*, a Câmara Municipal da Amadora veio, em síntese, informar o seguinte:

*“Considera-se legalmente “correto” entender que os subsídios atribuídos à E.I.P.D.A., E.M., por outras entidades públicas que não o Município [no caso, conforme referido, reportando-nos aos “subsídios” que traduzem a*



*contrapartida/remuneração da execução daquelas candidaturas a projetos de formação profissional] apesar de classificados contabilisticamente como subsídios à exploração, não sejam contabilizados para efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 62º da Lei n.º 50/2012.*

*Nesta perspetiva, “as vendas e prestações de serviços” e os montantes referentes às “transferências financeiras” (provenientes dos projetos cofinanciados que, apesar de classificadas, tendo em conta o conceito contabilístico estrito, como “subsídios à exploração”, assumem, na ótica de análise que longamente expusemos, uma natureza diversa do benefício/compensação que inequivocamente os “subsídios à exploração” convocam) representam, respetivamente:*

- Exercício de 2010: 76% (€ 2 581 890,06/€ 3 396 998,51) dos Gastos Totais;*
- Exercício de 2011: 72,1% (€ 2 160 633,54/€ 2 998 506,22) dos Gastos Totais;*
- Exercício de 2012: 60,2% (€ 1 272 363,27/€ 2 113 409,58) dos Gastos Totais”.*

### **III. O DIREITO.**

Ao longo das conclusões extraídas em sede de alegações do recurso interposto pelo Município da Amadora e delimitadoras do objeto deste, equacionam-se questões de que importa conhecer e que sumariamos desta forma:

- Da [in]aplicabilidade da Lei n.º 50/2012, de 31.08;
- Da Formação do Contrato-Programa e respetiva subordinação à parte II, do C.C.P.;
- A Lei n.º 50/2012, de 31.08, e a [in]verificação das causas de dissolução da E.I.P.D.A.;



- Da inconstitucionalidade da interpretação conferida às normas contidas nos art.ºs 62.º, 1, e 70, n.º 3, do *R.J.A.E.L.*, por eventual violação do princípio da autonomia local;
- Do reenvio ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para a apreciação do instituto da relação «*in house*» e correspondente contratação direta aí alicerçada e com referência a uma relação contratual estabelecida entre uma entidade pública e uma entidade de capitais mistos maioritariamente participada por aquela;
- Do Visto.

## **1. Considerações preliminares e de enquadramento.**

Atenta a materialidade tida por fixada e não questionada em sede de recurso, é indubitável que a Escola Intercultural das Profissões e do Desporto da Amadora [abreviadamente, *E.I.P.D.A.*], atento o seu modo de constituição, configura uma parceria público-privada institucional, entendimento que, saliente-se, também suscita a adesão do recorrente [vd. alegações, fls. 12].

Trata-se, ainda, de uma empresa local que se assume como suporte da mencionada parceria e cuja constituição, no ano de 1999, foi concretizada sem apelo a qualquer procedimento com natureza concorrencial.

Ou seja, a seleção ou escolha de parceiros privados foi realizada sem que, previamente, tenha sido desenvolvido algum procedimento que assegurasse a observância do princípio da concorrência, e, designadamente, o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

De acordo com a componente documental junta ao processo, o capital social da *E.I.P.D.A.* é detido, em 65%, pelo Município da Amadora, em 25%, pela Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L. e os restantes 10% são titulados pela Associação Empresarial para a Região de Lisboa [*A.E.R.L.I.S.*].



Acresce que o contrato-programa em apreço, **celebrado ao abrigo do R.J.A.E.L.** [Lei n.º 50/2012, de 31.08], foi precedido de adjudicação direta.

Ainda, nesta parte, e porque a convocação do referido *R.J.A.E.L.* na análise presente do presente contrato-programa se revela inevitável, importará reter o teor normativo dos art.ºs 6.º, 20.º, 31.º, 32.º, 34.º, 36.º, 40.º, 47.º, 49.º, 50.º, 62.º e 70.º, donde resulta, claramente, que o setor empresarial local deverá ser integrado por empresas, financeira e economicamente, sustentáveis e sustentadas, devendo a produção decorrente das atividades aí desenvolvidas ser gerada e disponibilizada em ambiente concorrencial, com referência a preços de mercado e não com apelo a apoios públicos [vd., nesta parte, a alusão contida no acórdão recorrido, e, bem assim, a vasta jurisprudência deste Tribunal de Contas já publicitada].

Este o referencial legislativo e, até, fáctico, que enquadrará e informará a ponderação do alegado rumo à decisão da procedência ou não do recurso interposto.

## **2. Da [In]aplicabilidade do R.J.A.E.L. – Lei n.º 50/2012, de 31.08.**

Sobram as definições do conceito “*parceria público-privada*” e são amplamente conhecidas a diversidade especificidade do compromisso contratual que o mesmo encerra.

Prescindiremos, pois, de insistir na correspondente teorização [vd., a propósito, a bem desenvolvida e irrefutável abordagem contida a fls. 12 e 13, das alegações de recurso].

Diremos, no entanto e na pegada da vasta doutrina [vd., a propósito, a Comunicação Interpretativa da Comissão n.º 2008/C91/02, *in J.O.U.E.* de 12.04.2008, também invocada no acórdão recorrido] elaborada sobre tal matéria, que a *P.P.P.I.* substancia a emergência de uma nova empresa, cujo capital pertence, em conjunto, à entidade pública participante [também considerada



# Tribunal de Contas

---

entidade adjudicante] e ao parceiro privado, e a quem se adjudica um contrato público ou de concessão.

**Uma definição que, afinal, se ajusta à parceria público-privada institucionalizada em apreço e concretizada na constituição da *E.I.P.D.A.* .**

Como deixámos dito, a *E.I.P.D.A.* foi constituída em 1999, tempo em que consabidamente, não existia um regime jurídico que, de modo específico, regulasse a constituição das parcerias público-privadas, embora já imperasse, no domínio da contratação pública, normaçoão que impunha a observância dos princípios da igualdade, da transparência e da concorrência no âmbito da formação dos contratos públicos [vd., nesta parte, os art.<sup>os</sup> 9.<sup>o</sup> e 10.<sup>o</sup>, do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 197/99, de 08.06].

Só em 2003, e por força da publicação do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 86/2003, de 26.04, se introduziu uma definição clara do conceito jurídico “*parceria público-privada*”, prevendo-se aí, e de modo expesso, que o lançamento ou preparação de tal contrato deveria efetuar-se “*nos termos do procedimento prévio à contratação aplicável*”.

Posteriormente, e mediante o Decreto-Lei n.<sup>o</sup>141/2006, de 27.06, e Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 111/2012 de 23.05, precisou-se que a escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria observará a disciplina e regime previsto no Código dos Contratos Públicos. Orientação mantida no *R.J.A.E.L.*, conforme se depreende do art.<sup>o</sup> 33.<sup>o</sup>, deste mesmo diploma legal.

Tal como se particulariza no acórdão recorrido, a legislação referida, não alude, de modo expesso, a parcerias constituídas por municípios.

Porém, e como aí também se afirma, para além de tal circunstância não retirar à *E.I.P.D.A.* a sua condição de empresa local alicerçada em contrato configurador de uma parceria público-privada institucional, a lacuna ou omissão detetadas são



# Tribunal de Contas

---

supríveis e integráveis com recurso à analogia, pois, **e escorando-nos no art.º 10.º, n.º 2, do Código Civil**, na situação que nos ocupa *“procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”*.

**Aqui chegados, e repetindo-nos, a E.I.P.D.A. traduz uma parceria público-privada institucional e contratualmente suportada, a que é aplicável a disciplina contida no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05, diploma que, como é sabido, tem por objeto disciplinar a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento das parcerias público-privadas.**

## 2.1.

Mas a clarificação da aplicabilidade ou não do *R.J.A.E.L.* e, nomeadamente, a norma aí contida e dirigida aos pressupostos de dissolução das empresas locais [vd. art.ºs 62.º e 70.º, da Lei n.º 50/2012, de 31.08], impõe análise acrescida.

Desde logo, porque tal matéria se revela central nas alegações do recorrente, o que flui, com clareza, do ponto VI das mesmas.

Aqui, e discordando do aduzido no aresto sob recurso, o recorrente advoga que o processo de formação da empresa local em apreço se mostra temporalmente ultrapassada, sendo que o *R.J.A.E.L.*, porque apenas visa factos novos, não fragiliza ou inquina a validade substancial ou formal dos contratos de sociedade de empresas locais já celebrados à data da sua publicação, abrangendo, quando muito, *“situações já constituídas e no tocante às normas que, diretamente, disponham sobre o respetivo conteúdo”*.

Sendo certo que o recorrente não se revela suficientemente inteligível quando pretende radicar a inaplicabilidade do *R.J.A.E.L.* na norma contida no art.º 12.º, do Código Civil, tal não impede que prossigamos a tarefa de conhecer da questão atrás enunciada e que se reporta à pertinência e fundamento da convocação daquele regime legal na clarificação da questão em causa.



## Tribunal de Contas

---

E, nesse sentido, impõe-se o apelo ao disposto no art.º 12.º, n.º 2, do Código Civil, que, a propósito sob a epígrafe “*Aplicação das leis no tempo. Princípio Geral*”, dispõe:

“(…)

3. *Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos, mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”.*

A norma, ora transcrita, tem suscitado natural controvérsia e sido objeto de vasto exercício interpretativo, sempre no intuito de apreender o seu real sentido.

E, ilustrando o afirmado, entende-se que o n.º 2, do referido art.º 12.º, do Código Civil, estabelece a seguinte disjuntiva:

- **A lei nova** regula a validade de certos factos ou os seus efeitos, e, neste caso, apenas se aplica a factos surgidos após o início da sua vigência, **ou, por outro lado**, define o conteúdo e efeitos de certa relação jurídica com abstração dos factos que a originaram, e, nesta circunstância, aplica-se às relações jurídicas a constituir e às subsistentes à data da sua entrada em vigor;
- À regra contida no n.º 2, do art.º 12.º, do Código Civil, subjaz a ingente necessidade de preservar a unidade e congruência do ordenamento jurídico e, inerentemente, a segurança do comércio jurídico, o qual claudicaria perante um significativo número de situações jurídicas, porventura duradouras, e regidas por lei há muito revogada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vd. Parecer da P.G.R., de 21.12.1977.



## Tribunal de Contas

---

Acolhemos o sentido conferido à norma vertida no n.º 2, do art.º 12.º, do Código Civil, através do exercício interpretativo acima desenvolvido, por ser o que mais se ajusta à literalidade daquela norma.

Logo, o *R.J.A.E.L.* porque se limita a dispor sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que as originaram, aplicar-se-á, forçosamente, às empresas locais já constituídas e, nomeadamente, no plano dos pressupostos que ditam a dissolução ou não daquelas e que se preveem nos art.ºs 62.º e 70.º, daquele mesmo regime legal [vd. Lei n.º 50/2012, de 31.08].

De resto, e como bem sustenta o ilustre Procurador-Geral Adjunto em Parecer junto, mal se compreenderia que se reputasse de nula uma empresa constituída com violação do juízo de viabilidade e racionalidade económica exigido no art.º 32.º, do *R.J.A.E.L.*, e que, em simultâneo, se mantivesse uma empresa local que infringe o mesmo juízo [embora formulado no art.º 62.º, do mesmo diploma legal], apenas porque a respetiva constituição teve lugar em data anterior ao início da vigência da Lei n.º 50/2012, de 31.08.

Enfim, razões sobrantes para afirmar que a inaplicabilidade do *R.J.A.E.L.* à empresa local em apreço, seja no âmbito da adaptação a este novo regime, seja no domínio dos pressupostos que tendem à sua eventual dissolução e/ou fusão, afrontaria, sem equívoco, o citado art.º, 12.º, n.º 2, do Código Civil, e, bem assim, os princípios da unidade e congruência que substanciam o ordenamento jurídico.

Por último, e contrariamente ao “*insinuado*” pelo recorrente, o *R.J.A.E.L.* não terá por escopo o conhecimento da validade substancial ou formal dos contratos constitutivos das empresas locais, mas direciona-se, isso sim, às causas de dissolução obrigatória, e, bem assim, aos pressupostos geradores da respetiva fusão, transformação, integração, internalização e alienação, o que se integra, afinal, na dinâmica de qualquer ente empresarial, cuja existência não tem, necessariamente, de atingir a perpetuidade.



# Tribunal de Contas

---

Para além disso, o *R.J.A.E.L.* [vd. art.º 70.º] impõe que as empresas locais já constituídas à data do início da sua vigência adequem os respetivos estatutos a este mesmo regime legal.

Por último, e precisando, importa sublinhar que a ponderação da validade substancial ou formal de uma empresa [questão que o aresto conhece, conforme desenvolveremos adiante] não é confundível com o conhecimento das várias incidências repercutíveis em tais entes empresariais, aqui se destacando a dissolução, fusão, transformação e alienação.

### **3. Da formação do contrato-programa.**

Como bem se exara no acórdão recorrido, a *C.M.A.*, ao celebrar o contrato-programa em apreço, alegou ter suportado tal ato no art.º 47.º, do *R.J.A.E.L.*, e, bem assim, no art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, do *C.C.P.*, sendo que esta última disposição legal legitimava a contratação direta à *E.I.P.D.A.*, pois a natureza das questões em causa não é coadunável com a lógica inerente ao mercado e à concorrência.

Ainda segundo a *C.M.A.*, trata-se de prestações de serviços de interesse geral e natureza social, inserindo-se, afinal, “*nessa sua imanente ação social*”, e, portanto, sem escopo lucrativo.

Depara-se-nos, assim, matéria indutora de discussão que rodeia, necessariamente, a aplicação ou não da parte II do *C.C.P.*, à formação do contrato-programa «*sub iudice*», sempre com óbvia referência ao preceituado no art.º 5.º, daquele mesmo diploma legal, e, mais especificamente, nos n.ºs 1, 2 e 4, al. f), desta última norma.

#### **Questão que requer abordagem.**

##### **3.1.**

Lidas as alegações [vd. ponto C., fls. 18], logo se constata a convicção, por parte do recorrente, de que a formação do contrato-programa em causa se apoia na norma contida no art.º 47.º, do *R.J.A.E.L.*, não se indiciando qualquer ilegalidade.



**Mais:**

O recorrente considera, ainda, que a formalização direta do presente contrato-programa encontra pleno suporte na norma contida no citado art.º 47.º, do R.J.A.E.L. .

A propósito, Pedro Gonçalves, lembra o seguinte:<sup>2</sup>

*“A celebração do contrato-programa não pressupõe o cumprimento de quaisquer regras da contratação pública. Se se trata de uma empresa local com participação privada, o cumprimento das exigências em matéria de contratação pública impôs-se no âmbito do procedimento de seleção do parceiro privado (...). A celebração do contrato-programa, em momento posterior, está legitimada por aquele procedimento. Mas a definição dos termos do contrato-programa também está limitada por este procedimento, não podendo, por exemplo, prever conteúdos que representem uma modificação substancial das peças do procedimento de seleção do parceiro privado e do modo como nesse procedimento se perspetivou o conteúdo do contrato de sociedade e o objeto social da empresa.”*

Donde se depreenderá [vd., ainda, o aresto recorrido] que a celebração de um contrato-programa com uma empresa local, participada por entidades privadas, não se mostra legalmente legitimada se a seleção dos parceiros privados não tiver observado as exigências ínsitas à contratação pública.

Ora, «*in casu*», não resta demonstrado que a escolha dos parceiros privados [Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L. e A.E.R.L.I.S.], ora participantes no capital da E.I.P.D.A. em percentagens acima quantificadas, tenha sobrevivido a algum procedimento concursal e, nomeadamente, que tenha ocorrido em ambiência concorrencial.

---

<sup>2</sup> In Regime da Atividade Empresarial Local, 2012, pág. 247.



# Tribunal de Contas

---

É certo que a *E.I.P.D.A.* foi constituída no ano de 1999, ou seja, em data bem anterior à vigência do Código dos Contratos Públicos e do regime jurídico da atividade empresarial local, constante da Lei n.º 50/2012, de 31.08.

Porém, e como já afirmámos, aquando da constituição do *E.I.P.D.A.*, a contratação pública, nos planos nacional e comunitário, já era enformada pelos princípios da igualdade e da concorrência que também constavam [e constam!] dos art.ºs 5.º, do *C.P.A.* e 266.º, da Constituição da República Portuguesa.

Aqui chegados, impõe-se concluir, como segue:

- Porque a constituição da *E.I.P.D.A.* não foi antecedida de procedimento revelador do apelo à via concorrencial [vd. princípio da concorrência...], não se mostra legalmente legitimada a aquisição direta [logo, sem apelo a algum procedimento concursal] dos serviços em causa, apesar de integráveis no objeto daquela empresa local;

A convocação dos princípios da igualdade e da concorrência visa apenas aferir da [i]legalidade da aquisição de serviços viabilizada pelo presente contrato-programa, não se pretendendo, naturalmente, e por esta via, questionar as condições de validade substancial ou formal do contrato de sociedade da presente empresa local.

E, neste contexto, impunha-se, até, o cumprimento de tais princípios como forma de otimizar o correspondente resultado financeiro, pois trata-se de serviços e/ou atividades passíveis de prestação por outras entidades privadas.

## 3.2.

Mas, ao longo das alegações sob apreciação, o recorrente, na firme sustentação da legalidade da formação do contrato-programa em causa, advoga, ainda, que o presente contrato-programa, “*sendo um instrumento regulador da atribuição de um*



*subsídio ao desenvolvimento de determinadas tarefas do interesse geral do Município, ainda que [no âmbito dos seus poderes de auto-organização] através de uma entidade dele juridicamente autónoma, o contrato-programa prefigurar-se-á no contexto de uma relação estabelecida entre duas entidades substancialmente inseridas num mesmo núcleo de poderes administrativos”, subtraindo-se, assim, e em seu entender, à lógica do mercado e à principiologia que preside à contratação pública.*

Por outro lado, enfatiza o recorrente, a *E.I.P.D.A.* «*tem por objeto a prestação de serviços de interesse geral e natureza social, e, neste âmbito, as atividades subsidiadas através do contrato-programa inserem-se nessa sua imanente “ação social”*». Trata-se, ainda, segundo o recorrente, de atividades sem escopo lucrativo, e, por tal razão, subtraído à concorrência e ao mercado.

O recorrente introduz, assim, a discussão em redor da questão reportada à aplicação ou não da parte II do Código dos Contratos Públicos à formação do contrato-programa em causa, análise que se estenderá, mui naturalmente, à apreensão do âmbito material das normas contidas nos n.ºs 1, 2 e 4, al. f) do art.º 5.º, daquele mesmo diploma legal – *C.C.P.* .

### 3.3.

**Sob a epígrafe “Contratação excluída”, o art.º 5.º, n.º 1, do C.C.P., dispõe:**

“(…)

1. *A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da previsão relativa das partes do contrato ou do contexto da sua própria formação”.*



# Tribunal de Contas

---

Conforme resulta das alegações produzidas e juntas, o recorrente situa na previsão normativa da regra acima transcrita as atividades levadas a cabo pela *E.I.P.D.A.* e objeto de subordinação por via do contrato-programa em apreço.

Para tanto, o recorrente sublinha a ausência de escopo lucrativo na implementação de tais atividades [de natureza social!] que, adianta, se integram nas atribuições do Município e se materializam, afinal, no apoio à coesão social, ensino, formação profissional, infância, emprego e, bem assim, na prestação de elementares cuidados de saúde e de serviços de proximidade, entre outros de idêntica natureza ou similar.

Embora a matéria [social] em causa reclame abordagem norteada pelo rigor e particular sensibilidade, divergimos do sentido conferido pelo recorrente à norma contida no art.º 5.º, n.º 1, do *C.C.P.*, e respetivo âmbito material de aplicação. Desde logo, porque as atividades desenvolvidas, embora de matriz vincadamente social, podem ser prestadas por instituições privadas.

E, por outro lado, ao referir-se a prestações subtraídas à concorrência de mercado em razão da sua natureza e características, o legislador reporta-se, por exemplo, a contratos de aquisição de bens móveis classificados ou em vias de classificação, que só podem ser celebrados com o respetivo dono e, ainda, a contratos a celebrar pela entidade adjudicante com quem preenche os requisitos exigidos para o efeito [neste caso não ocorre disputa, podendo todos contratar com a entidade adjudicante a prestação do bem ou serviço em causa], **sendo que, em razão da posição relativa das partes e do contexto da sua formação [do contrato]**, o legislador teve em mente os contratos interadministrativos, de cooperação entre entidades públicas e os contratos substitutivos ou conformadores de ato administrativo, a celebrar com o destinatário ou interessado no ato<sup>3</sup>.

Ou seja, o objeto do contrato-programa em causa, pela sua natureza e circunstâncias, posição relativa das partes no contrato e contexto da formação

---

<sup>3</sup> Vd. Concursos e outros procedimentos de Contratação Pública, Mário E. de Oliveira e Rodrigo E. Oliveira.



deste, não é abrangível ao comando normativo contido no art.º 5.º, n.º 1, do C.C.P., e, conseqüentemente, não encontrará aqui a almejada legitimação para se subtrair à disciplina da parte II, do Código dos Contratos Públicos. Definitivamente, a norma contida no art.º 5.º, n.º 1, deste diploma legal, reporta-se a um universo de aplicação onde não cabe o contrato-programa em apreço.

### 3.4.

Segundo o recorrente, o contrato-programa é, ainda, *“suscetível de formalização direta entre o Município e a E.I.P.D.A., ao abrigo do art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P., pois, para além de esta prestar serviços de interesse geral inseridos nas atribuições do Município e por conta deste, este mesmo Município detém, à luz dos estatutos da E.I.P.D.A., o poder de influenciar, em termos irrestritos, as decisões estratégicas da empresa e os aspetos relacionados com o seu funcionamento e gestão”*.

Ponderemos, pois, nesta parte, a argumentação do recorrente.

### 3.5.

Ainda sob a epígrafe *“Contratação excluída”*, o art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), dispõe:

*“(…)*

*2. A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

- a) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e*
- b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior (...).”*



Ou seja, e indo ao encontro da norma contida no transcrito preceito, **a verificação, necessariamente, cumulativa dos pressupostos ali [als. a) e b)] enunciados** dispensa a entidade adjudicante da submissão às regras da Contratação Pública, a que se reporta a Parte II, do *C.C.P.*, e que constam do art.º 16.º e seguintes, deste mesmo diploma legal.

E, adiantamos, ainda, que a matéria reportada aos contratos públicos «*in house*», entroncável, como já afirmámos, na tensão latente entre liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado, é, hoje, objeto de ampla discussão, atento o facto de, em regra, a aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública se mover em ambiência concorrencial e de mercado, sendo que a norma vertida no referido art.º 5.º, n.º 2, do *C.C.P.*, constitui, afinal, uma exceção manifesta ao ordenamento geral contido no *C.C.P.* e demais legislação atinente à contratação pública<sup>4</sup>.

Diremos, até, que as normas contidas no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do *C.C.P.*, constituem uma derrogação excepcional das regras da contratação pública e, nessa medida, devem ser objeto de interpretação restritiva.

### 3.5.1.

De acordo com a literalidade do art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do *C.C.P.*, acima transcrito, a verificação da relação que a doutrina e a melhor jurisprudência vem apelidando de “*relação «in house»*” subordina-se à ocorrência, de modo cumulativo e permanente, dos seguintes requisitos:

- Exercício pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária de **um controlo análogo** ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços;
- Realização, pela entidade adjudicatária, do essencial da sua atividade para a entidade adjudicante que a controla.

---

<sup>4</sup> Vd., ainda, Bernardo Azevedo, in “*A Liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado*”.



## Tribunal de Contas

---

E na densificação e melhor clarificação daquele primeiro requisito, adiantaremos que a relação de “*controllo análogo*” estabelecida entre a Administração adjudicante e uma outra entidade dela distinta no plano formal exige, por parte daquela, o designado poder de “*indirizzo*” [expressão de R. Perin/D. Casalini] ou um poder de direção [vd. R. Ursi] sobre a entidade submetida ao seu poder de controlo que traduza o exercício de uma influência determinante no plano de estratégia e das decisões fundamentais<sup>5</sup>.

Só, assim, se poderá afirmar que a entidade controlada se assume como uma estrutura interna da entidade adjudicante, postando-se, afinal, também na expressão de Columbari, como uma relação apodada de “*delegação inter-orgânica*”.

Dito de outro modo, a entidade adjudicatária assume-se como mero instrumento de concretização da vontade do adjudicante, não tendo autonomia real ou vontade negocial própria.

Efetuada a densificação, ainda que de modo genérico, do conceito jurídico “*controllo análogo*”, impõe-se perspectivá-la à luz das relações de carácter económico e social estabelecidas entre uma entidade adjudicante e uma empresa local, ou, mais vastamente, entre aquela e as sociedades de economia mista [sociedades públicas abertas à participação de privados], situando-nos, assim, no caso concreto.

E, nesta parte, não deixaremos de entender que se nos depara uma relação «*in house*» sempre que a entidade adjudicatária não detém autonomia decisória sobre aspetos relevantes da sua vida e, nomeadamente, os direcionados à estratégia concorrencial a definir, atividade a implementar, endividamentos a contrair, mas, ao invés, a entidade adjudicante impõe, entre o mais, o capital de dotação, providencia pela cobertura dos custos sociais e exerce a supervisão estratégica<sup>6</sup>. Na assunção da relação «*in house*», é apropriado afirmar que as regras da contratação pública

---

<sup>5</sup> Neste sentido, ainda Bernardo Azevedo in Estudos de Contratação Pública.

<sup>6</sup> Vd. Pedro Gonçalves, in Regime Jurídico das Empresas Municipais.



## Tribunal de Contas

---

só não serão aplicáveis aos contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre os Municípios e as empresas locais quando os mesmos configuram uma operação meramente interna, ou, no uso das palavras de Alexandra Leitão<sup>7</sup>, “a necessidade de abertura de um procedimento pré-contratual só é afastada se, apesar de haver um acordo entre dois sujeitos de direito formalmente diferentes, existir, no plano substantivo, uma relação de dependência entre si que elimine completamente a autonomia da vontade de um desses sujeitos”.

À luz da clarificação do conceito “controlo análogo” acima exposta, importará saber se, «*in casu*», ocorre a denominada relação «*in house*», legitimadora, afinal, da não aplicação das regras da contratação pública inscritas na parte II, do C.C.P., à formação dos contratos.

Implementando a necessária análise, lembramos que a *E.I.P.D.A.* é uma empresa local de capitais maioritariamente públicos, sendo estes detidos, em 65%, pelo Município da Amadora, em 25% pela Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L. e 10% pela *A.E.R.L.I.S.* [a *A.E.R.L.I.S.* e a Cooptécnica Gustave Eiffel, C.R.L., são entes coletivos de natureza privada.

**Por outro lado, e nos termos dos Estatutos da *E.I.P.D.A.* [vd. art.ºs 8.º, 9.º, 11.º, 13.º e 26.º], tais associados, públicos e privados, integram a Assembleia-Geral, aí apreciando e decidindo sobre todos os assuntos de interesse para a empresa, aprovam o relatório e contas anuais, têm assento, enquanto membros, no Conselho de Administração, participam na designação do fiscal único, obrigam e vinculam a sociedade [mediante assinatura do representante no Conselho de Administração] e ambos decidem da extinção, eventual reorganização e liquidação da empresa local em causa.**

É, assim, pacífico que os Estatutos da *E.I.P.D.A.* admitem associados de natureza privada que, como se salientou, titulam os poderes acima indicados e que se

---

<sup>7</sup> Vd. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65.



## Tribunal de Contas

---

espraíam pelas áreas da gestão e composição da estrutura dirigente e executiva e, também, pela vertente organizativa daquela entidade empresarial.

E, muito embora as deliberações da Assembleia-Geral [onde se incluem as direcionadas à eleição dos órgãos sociais] sejam tomadas por número de votos que representam a maioria do capital social, os poderes dos sócios privados, ainda que em posição minoritária no tocante ao capital social, **não deixam de exhibir aptidão para influenciar a atividade da E.I.P.D.A., estratégica e gestionariamente**. Ou seja, a sua participação na “vida” da E.I.P.D.A. nunca será neutra ou indiferente, a menos que a relegássemos para o domínio da inutilidade.

E tal circunstância, aliada ao facto de se nos deparar um real contrato celebrado entre entes coletivos distintos e em que a entidade adjudicatária configura um modelo empresarial que reforça a sua autonomia sob as vertentes formal e decisória, já obsta a que a C.M.A. exerça sobre a E.I.P.D.A. um controlo equiparado ao exercido sobre os seus próprios serviços.

A orientação agora seguida identifica-se, afinal, com a vasta jurisprudência deste Tribunal e, porque não dizê-lo, com a posição sustentada pelo T.J.C.E. [vd. acórdão “Stadt Halle”, objeto de discordância por banda do recorrente].

Tais instituições, ainda no afã da salvaguarda do princípio da concorrência, eixo axiológico verdadeiramente condicionante da discricionariedade administrativa na seleção do adjudicatário, vêm sustentando a exclusão do requisito “controlo análogo” no caso de sociedade de economia mista e ainda que a participação do capital público nessas sociedades se revele claramente superior à do capital privado.

Entendimento ora reforçado pelo teor do acórdão do T.J.U.E., de 19.06.2014, que, na sequência do pedido de decisão prejudicial [deduzido por órgão jurisdicional português], e em sede decisória, declara:



(...)

*Quando a entidade adjudicatária de um contrato público é associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao setor público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido, de modo que é aplicável a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços”.*

Identificamo-nos, também, com tal orientação, pois tratando-se de atividades ou serviços suscetíveis de prestação por outras entidades privadas [como no caso em apreço!], a aquisição direta dos mesmos a uma entidade pública com a participação de privados subverte o princípio da concorrência, atenta a vantagem destes sobre eventuais concorrentes.

É certo que, como refere Bernardo Azevedo<sup>8</sup>, a compatibilidade das sociedades de economia mista com os pressupostos que enformam as relações «in house» não é questão fechada. E, daí, ainda segundo o autor, a recusa do definitivo “de profundis” relativamente a tais sociedades.

Porém, e sem conceder [vd. a posição acima assumida!], a compatibilização de tais sociedades com os requisitos enformadores do apelidado «in house providing», **sempre imporá, no domínio da colaboração público-privada**, que a seleção do parceiro privado decorresse de procedimento concursal tramitado na observância dos princípios [concorrência, imparcialidade, igualdade, publicidade] legalmente informadores da contratação pública, que o objeto contratual se apresentasse

---

<sup>8</sup> Vd. Estudos da Contratação Pública.



# Tribunal de Contas

---

rigorosamente definido e a duração contratual pré-estabelecida, que a entidade adjudicante ou entidade pública participante avocasse, definitiva e exclusivamente, a orientação estratégica e gestionária da empresa, e, por último, que a atividade aqui desenvolvida fosse em benefício da mesma entidade adjudicante.

Neste contexto, e, ainda, na pegada do referido autor [Bernardo Azevedo], deparar-se-nos-ia uma sociedade “*refém*” do ente público [entidade adjudicante], e, naturalmente, alheia ao mercado, não subordinada às regras vertidas nas diretivas comunitárias e Código dos Contratos Públicos e, bem assim, aos princípios gerais do Tratado a propósito da contratação pública, e, mais particularmente, da concorrência.

Ora, no caso em apreço, e como salientámos acima, a seleção do parceiro privado [no domínio da sociedade de economia mista] não sobreveio a algum procedimento concursal, não sendo ajustado afirmar que a entidade pública participante detém, por inteiro, o delineamento da estratégia e da gestão da empresa local em questão.

Sem prejuízo de vincarmos o aplauso que merece a atividade de cariz social desenvolvida pela *E.I.P.D.A.*, não deixaremos de concluir que a *C.M.A.* não exerce sobre aquela um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços. E, deste modo, o contrato em apreço não é enquadrável no conceito técnico-jurídico de “*relação «in house»*”, o que legitimaria a presente aquisição direta de prestação de serviços.

Diverge-se, assim, e profundamente, do entendimento expresso pelo recorrente quando afirma que o “*controlo análogo*” não pressupõe a existência de expedientes de controlo da entidade pública sobre outra de si dependente e idênticos aos exercidos sobre os seus próprios serviços, por manifesta ausência de suporte legal [vd. o art.º 5.º, n.º 1, al. a), do *C.C.P.*].

Porque a não aplicação das regras da contratação pública prevista no art.º 5.º, do *C.C.P.*, exige a verificação cumulativa dos pressupostos referidos nas als. a) e b),



do n.º 2, daquela norma, a já sustentada inverificação do pressuposto “*controlo análogo*” torna inútil a abordagem e análise do pressuposto “*destinação essencial da atividade*” [contido na al. b)], porquanto, e em qualquer circunstância, sempre restaria prejudicada a verificação da invocada “*relação «in house»*”.

#### **4. O R.J.A.E.L. e a [in]inverificação de causa da dissolução da E.I.P.D.A. .**

O recorrente, em sede de alegações e atinentes conclusões, insiste em afirmar que a E.I.P.D.A., nos últimos três anos, constituiu-se beneficiária de subsídios à exploração em montante inferior a 50% das suas receitas, pelo que exhibe sustentabilidade financeira e não incorre nas causas que, ao abrigo do art.º 62.º, do R.J.A.E.L., detêm aptidão para provocar a dissolução das empresas locais.

Cumprir apreciar.

#### **4.1.**

É sabido, e o acórdão recorrido confirma-o, que as normas vertidas nos art.ºs 62.º e 70.º, do R.J.A.E.L. assentam, afinal, neste imperativo de matriz pública, a saber:

- O sector empresarial local deve ser constituído por unidades empresariais sustentáveis e sustentadas sob as vertentes económica e financeira, sendo que as já constituídas, às quais o R.J.A.E.L. é aplicável, também devem evoluir nesse sentido.

A C.M.A. providenciou pela alteração dos Estatutos da E.I.P.D.A., adequando-os ao regime legal vertido no R.J.A.E.L., cumprindo, assim, o preceituado no art.º 70.º, n.º 1, do R.J.A.E.L. .

E decidiu, ainda, a manutenção da empresa local em causa, a E.I.P.D.A. .  
Atentemos, pois, na argumentação deduzida pelo recorrente, nesta parte.



## 4.1.1.

Como já afirmámos, perpassa pelo *R.J.A.E.L.* [vd. Lei n.º 50/2012, de 31.08] o inequívoco propósito de, definitivamente, assegurar a estruturação de um sector empresarial local que se afirme como sustentável, económica e financeiramente. E os art.ºs 62.º e 70.º, do referido regime legal, constituem instrumentos particularmente dirigidos à consecução de tal desiderato.

Nesse sentido, o art.º 62.º, do *R.J.A.E.L.*, sob a epígrafe “*Dissolução das empresas locais*”, dispõe:

- 1 (...) *as empresas locais são obrigatoriamente objeto de deliberação de dissolução, no prazo de seis meses, sempre que se verifique uma das seguintes situações:*
  - a) *As vendas e prestações de serviços realizados durante os últimos três anos não cobrem, pelo menos, 50 % dos gastos totais dos respetivos exercícios;*
  - b) *Quando se verificar que, nos últimos três anos, o peso contributivo dos subsídios à exploração é superior a 50 % das suas receitas;*
  - c) *Quando se verificar que, nos últimos três anos, o valor do resultado operacional subtraído ao mesmo o valor correspondente às amortizações e às depreciações é negativo;*
  - d) *Quando se verificar que, nos últimos três anos, o resultado líquido é negativo.*
- 2 *O disposto no número anterior não prejudica a aplicação dos regimes previstos nos artigos 63.º a 65.º, devendo, nesses casos, respeitar-se igualmente o prazo de seis meses”.*

Por outro lado, o art.º 70.º, do mesmo diploma legal, sob a epígrafe “*Normas transitórias*” preceitua:

- 1 - *As entidades de natureza empresarial criadas ou constituídas ao abrigo de legislação anterior, nas quais as entidades públicas participantes exerçam uma influência dominante, (...), ficam obrigadas a adequar os seus*



*estatutos em conformidade com a presente lei, no prazo de seis meses após a sua entrada em vigor.*

*2 - As entidades públicas participantes, uma vez decorrido o prazo previsto no número anterior sem que os estatutos das entidades e sociedades nele referidas tenham sido adequados em conformidade com a presente lei, devem determinar a dissolução das mesmas ou, em alternativa, a alienação integral das participações que nelas detenham.*

*3 - As entidades públicas participantes, no prazo de seis meses após a entrada em vigor da presente lei, devem determinar a dissolução ou, em alternativa, a alienação integral das respetivas participações, quando as entidades e sociedades previstas no n.º 1 incorram nas situações referidas no n.º 1 do artigo 62.º e no artigo 66.º*

*4 - A verificação das situações previstas (...) nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 62.º abrange a gestão das empresas locais (...) nos três anos imediatamente anteriores à entrada em vigor da presente lei.*

*5 - É aplicável, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 61.º a 66.º “*

Sob tal enquadramento normativo, importa, assim, indagar e concluir se, em face de tais normas, a situação económica e financeira da *E.I.P.D.A.*, cumpre ou não os critérios legais de sustentabilidade económica e financeira e, no limite, erradica ou não os pressupostos da respetiva dissolução.

## **4.2.**

O art.º 62.º, n.º 1, al. a), do *R.J.A.E.L.*, preceitua que as empresas locais são obrigatoriamente objeto de dissolução sempre que as vendas e prestações de serviços realizados durante os últimos três anos não cubram, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios.



## Tribunal de Contas

---

Ora, vistas as demonstrações [documentadas, material e informaticamente] dos resultados por natureza referentes aos exercícios económicos dos anos 2010, 2011 e 2012, vertidos, de resto, nos quadros constantes de II. 5. e II. 6. [matéria entendida como definitivamente fixada], logo se constata que o valor das vendas e prestações de serviços, porventura realizados pela *E.I.P.D.A.* naquele período de tempo, não cobrem 50% dos gastos totais ocorridos no âmbito dos mencionados exercícios.

Com efeito, e ainda demonstrando, os montantes globais das vendas e serviços prestados nos anos 2010, 2011 e 2012, totalizaram, respetivamente, € 7.795,87, € 18.071,64 e € 83.795,80, ao passo que, em iguais períodos, só os gastos com o pessoal atingiram os montantes de € 1.530.507,21, € 1.558.215,74 e € 1.117.107,10, ainda respetivamente.

Tais resultados adequam-se, assim, ao esclarecimento adiantado pela *C.M.A.*, ainda em fase administrativa do processo, e onde esta entidade refere que o valor da venda de tais prestações de serviços têm um peso residual no triénio, o que se enquadrava na circunstância de a *E.I.P.D.A.* atuar em áreas de natureza social.

É certo que o recorrente, em sede de alegações, afirma que a *E.I.P.D.A.* presta serviços donde resultam 70% das suas receitas globais.

No entanto, não demonstra, minimamente, a percentagem aventada e, convenhamos, depara-se-nos uma mera afirmação sem qualquer aptidão para fragilizar a demonstração dos resultados por natureza alcançados nos anos 2010, 2011 e 2012, os quais, sublinhe-se, para além de se mostrarem certificados pelo Técnico Oficial de Contas, mereceram, também, a aprovação do Fiscal Único em sede de Relatório e Parecer por si elaborados.

É, pois, de concluir pela verificação do pressuposto fáctico previsto no art.º 62.º, n.º 1, al. a) do *R.J.A.E.L.*, que, só por si, obrigava à tomada de deliberação tendente à dissolução da *E.I.P.D.A.* .



### 4.3.

Mas o recorrente, ao longo das suas alegações e subsequentes conclusões, na apologia da prevalência da substância sobre a forma e em vasta explanação sobre o “*sistema de normalização contabilística e subsídios à exploração*”, entende, a final, que os subsídios atribuídos à *E.I.P.D.A.* por outras entidades públicas que não o Município, porque traduzem “*subsídios*” substanciadores da contrapartida/remuneração da execução de candidaturas a projetos de formação profissional, não devem ser contabilizados para os efeitos da al. b), do n.º 1, do art.º 62.º, do *R.J.A.E.L.* .

Tal alegação do recorrente obriga, de um lado, a que enfrentemos a classificação económica dos apoios públicos de que a *E.I.P.D.A.* foi beneficiária e, do outro, impõe, de novo, uma brevíssima referência à demonstração dos resultados por natureza alcançados pela *E.I.P.D.A.* nos anos 2010, 2011 e 2012.

Ora, consultados, de novo, os quadros demonstrativos dos exercícios económicos da *E.I.P.D.A.* no citado triénio [que, na vertente numérica e da proveniência não se mostram impugnados, e, por consequência, têm-se por fixados!] e integrados nos pontos II.5. e II. 6., do presente acórdão, cedo se constata que os apoios públicos concedidos pela *C.M.A.*, Instituto de Emprego e Formação Profissional e pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social perfazem, só por si, e globalmente, valores que excedem, em muito, 50% das receitas da *E.I.P.D.A.* .

### **Mais:**

Da demonstração dos resultados por natureza referentes aos exercícios económicos dos anos 2010, 2011 e 2012 alcança-se **que os subsídios à exploração totalizaram naqueles anos e, respetivamente, os montantes de € 3.416.982,19, € 2.985.449,93 e € 2.031.455,47.**

**A verdade sobrevinda à crueza dos referidos dados numéricos e contabilísticos e, ainda, resultante dos indicadores vertidos nas citadas**



# Tribunal de Contas

---

**demonstrações [submetidos à matriz “*Rendimentos e Gastos*”], obriga-nos a concluir que o peso contributivo dos subsídios à exploração no triénio [2010 a 2012] em causa é largamente superior a 50% das suas receitas.**

Torneando os citados indicadores económico-financeiros, o recorrente, no apelo à prevalência da substância sobre a forma, sustenta que a qualificação dos subsídios à exploração não há-de ser aferida em obediência a estritos critérios contabilísticos, mas, obviamente, a critérios jurídicos. Daí que, e prosseguindo, os valores ou proveitos percebidos em razão de candidaturas cofinanciados por entidades gestoras não devam integrar o conceito de subsídios à exploração.

A propósito, e como já se afirmou em outro lugar [vd. Ac. n.º 9, de 25.03.2014, 1.ª S/SS], sempre se dirá que a classificação económica da receita e despesa se subordina a critérios próprios e legais, devidamente inscritos na Portaria n.º 1011/2009, de 09.09 [Código de Contas], diploma legal de aplicação obrigatória às entidades sujeitas ao sistema de normalização contabilístico em vigor [contido no Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13.07] e em que se integra a *E.I.P.D.A.* .

Repudiam-se, assim, critérios ou opções de mera oportunidade e sem sustentação legal clara.

Por outro lado, o recorrente não documenta [nomeadamente, através da apresentação de protocolos ou contratos], em parte alguma, a invocada prestação de serviços a outras entidades, e, bem assim, o circunstancialismo que poderá ter rodeado o desenvolvimento de tal atividade.

Acresce, ainda, que as demonstrações dos resultados por natureza respeitantes ao triénio em causa [2010 a 2012] e devidamente certificados por Técnico Oficial de Contas atestam, com indesmentível certeza, os proveitos e receitas classificados como subsídios à exploração, indicando, com igual transparência, o respetivo montante.



# Tribunal de Contas

---

E as correspondentes contas/demonstrações dos resultados não foram objeto de correção.

E, por último, regista-se que a classificação dos proveitos a que se reportam os quadros inseridos em II. 5. e II. 6., deste acórdão, como subsídios à exploração [vd. demonstrações de resultados acima referenciadas] ajusta-se, afinal, ao Código de Contas aprovado pela Portaria n.º 1011/2009, e, mais, particularmente, à Conta “75 *Subsídios à exploração*”, que inclui subsídios do Estado e outros entes públicos e, ainda, subsídios de outras entidades, sendo que, segundo as notas de enquadramento daquela Portaria, esta conta inclui os subsídios relacionados com o rendimento [vd. o estabelecido na *NCRF 22* (norma contabilística e de Relato Financeiro)], aqui se imputando, também, a contabilização e divulgação dos subsídios e apoios do Governo, respetivamente [de acordo com o n.º 4 da *NCRF*, o conceito “*governo*” abrange o Governo e organismos semelhantes, sejam locais, sejam nacionais ou internacionais].

**Aqui chegados, impõe-se concluir que os apoios/subsídios atribuídos à *E.I.P.D.A.* pelo Município e outras entidades públicas não-de manter a classificação de subsídios à exploração [vd. demonstrações de resultados de exercício, devidamente certificadas por Técnico Oficial de Contas] e, conseqüentemente, o correspondente montante será, obrigatoriamente, objeto de ponderação no âmbito da contabilização induzida pelo art.º 62.º, n.º 1, al. b), do *R.J.A.E.L.* .**

#### 4.4.

Apoiados em demonstrações financeiras reveladoras dos resultados operacionais alcançados nos anos 2010 a 2012 e certificados por entidade competente e, bem assim, em fundada classificação técnico-jurídica da receita [a parte correspondente a subsídios à exploração e acima delimitada], é imperioso concluir que as vendas e prestações de serviços, no aludido triénio, não cobriam, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios e o peso contributivo dos subsídios à



## Tribunal de Contas

---

exploração, naquele mesmo período de tempo, revela-se superior a 50% das receitas.

**Logo, a condição económico-financeira da E.I.P.D.A. preenche a previsão normativa das als. a) e b), do n.º 1, do art.º 62.º, do R.J.A.E.L., e, consequentemente, impunha-se a tomada de deliberação no sentido da dissolução daquele ente empresarial, ou, em alternativa, proceder-se-ia à alienação integral da participação da C:M:A., tal como impõem os n.ºs 3 e 4, do art.º 70.º, daquele diploma legal.**

Não se tendo implementado uma outra via, violaram-se as normas contidas nos art.ºs 62.º, n.º 1, als. a) e b) e 70.º, n.ºs 3 e 4, do R.J.A.E.L. .

Acresce que, para além de não ter sido extinta, como, de resto, se impunha, a E.I.P.D.A. surge, agora, como outorgante de um contrato-programa que vigorará no ano 2014, viabilizando-se, assim, o necessário e correspondente financiamento.

Neste contexto, é apropriado convocar, aqui, o art.º 283.º, n.º 1, do C.C.P., onde se preceitua que **“os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em que assente a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo”**. E, ainda, o art.º 280.º, do Código Civil, que fulmina com a nulidade o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, **contrário à lei** ou indeterminável.

**Perante a normação invocada, as deliberações formuladas pela C.M.A. em 27.02.2013 e pela Assembleia Municipal da Amadora, em 14.03.2013, porque radicadas na violação do disposto nos art.ºs 62.º, n.º 1, als. a) e b) e 70.º, n.º 3, do R.J.A.E.L., reputam-se de nulas, nulidade essa que se transmite ao contrato-programa em apreço.**



**E este é, ainda, nulo, porque contrário à lei e outorgado por entidade [E.I.P.D.A.] que só se mantém em atividade graças à violação das normas contidas nos art.ºs 62.º, n.º 1, als. a) e b) e 70, n.º 3, R.J.A.E.L. .**

#### **4.5.**

No domínio das alegações sob “*escrutínio*”, o recorrente, estribando-se no Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03.10, sustenta que a entidade competente em razão da matéria para a análise económica e financeira das empresas locais é a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial.

A propósito, e como bem se assinala no parecer deduzido pelo ilustre Procurador-Geral Adjunto, diremos, tão-só, o seguinte:

- O tribunal de Contas é, nos termos da lei, um Tribunal Supremo de plena jurisdição, não estando, por isso, e no âmbito do exercício das competências a si cometidas, vinculado a pareceres de entidades administrativas aquando da emissão de juízos de legalidade.

#### **5. Da [in]constitucionalidade das normas contidas nos art.ºs 62.º, n.º 1, e 70.º, n.º 3, do R.J.A.E.L. .**

Ao longo das alegações, o recorrente advoga a inconstitucionalidade das normas contidas nos art.ºs 62.º, n.º 1, e 70.º, n.º 3, do R.J.A.E.L., porque interpretadas no sentido de imporem uma decisão vinculada de dissolução e sem margem de apreciação pela administração local, o que, sob a sua ótica, viola o princípio da autonomia das autarquias locais consagrado no art.º 6.º, da Constituição da República Portuguesa.

Entende, ainda, o recorrente que aquela solução legislativa, direcionada à extinção de empresas locais com orçamentos deficitários, colide com o princípio da autonomia local constitucionalmente consagrado, constituindo uma violação material do mesmo.



# Tribunal de Contas

---

Acresce que o Tribunal de Contas, no exercício de funções jurisdicionais, tem o poder-dever de desaplicar, no caso concreto, normas que repute de inconstitucionais<sup>9</sup>. Situamo-nos, pois, no domínio da fiscalização concreta [difusa] da constitucionalidade e que a *C.R.P.* reconhece a todos os tribunais [vd. art.º 204.º, da *C.R.P.*].

Definida a questão sob controvérsia e clarificada a legitimidade deste Tribunal para conhecer da [in]constitucionalidade das referidas normas, procederemos, então, à correspondente apreciação e análise.

## 5.1.

Conforme sustenta o Prof. Gomes Canotilho<sup>10</sup>, o princípio da autonomia das autarquias locais previsto no art.º 6.º, n.º 1 da *C.R.P.*, deve articular-se com o preceituado no art.º 235.º, da *C.R.P.*, donde resultarão três dimensões concretas de um núcleo essencial do poder autárquico, quais sejam, o direito à existência, a garantia de órgãos representativos dotados de competências autárquicas e, ainda, a garantia da prossecução dos interesses próprios das populações respetivas, através de órgãos de governo próprios [a densificação do conceito de "interesses próprios" deverá resultar de lei adequada, conforme se infere do art.º 237.º, n.º 1, da *C.R.P.*].

Decorre da *C.R.P.* que os interesses próprios das populações não podem deixar de ser perspetivados no quadro dos interesses gerais da Nação, legitimando, assim, a Assembleia da República a definir, por lei, as atribuições e modo de organização das autarquias locais e, bem assim, a competência dos respetivos órgãos [vd. art.º 237.º, n.º 1, da *C.R.P.*].

---

<sup>9</sup> Neste sentido, Paulo Nogueira da Costa, in *Tribunal de Contas e a Boa Governação*, Coimbra Editora, 2014, pp.487.

<sup>10</sup> Vd. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina.



# Tribunal de Contas

---

E, como refere Paulo Otero<sup>11</sup>, “o *interesse geral ou nacional constituirá sempre uma cláusula implícita de reserva de poderes a favor do estado integrada em todas as normas descentralizadas*”.

**Ao lado dos interesses próprios das autarquias situa-se, pois, o interesse geral prosseguido pelo Estado.**

Ainda segundo aquele autor [Paulo Otero, *in ob. cit.*, 624], carece de sentido qualquer interpretação que reconduza a atribuição de interesses próprios a determinada pessoa coletiva pública infra-estadual a uma forma de independência em relação ao Estado, criando um feudo de poderes liberto de intervenção decisória por banda do Estado. A autonomia local, lembra o mesmo autor, nunca envolve um espaço totalmente livre da intervenção do Estado.

Por vezes, torna-se necessário harmonizar princípios constitucionais conflitantes, visando, assim, garantir que nenhum destes é, absolutamente, preterido por outro em caso de colisão.

**Deste modo, só estaríamos perante uma inconstitucionalidade por violação do princípio da autonomia das autarquias locais, caso ocorresse uma postergação excessiva e intolerável de tal autonomia, traduzida, de resto, na “invasão” pelo legislador do núcleo essencial do poder autárquico consagrado na C.R.P. .**

**Ora, o princípio da sustentabilidade financeira das empresas locais insere-se numa estratégia nacional de promoção de igual sustentabilidade, pelo que se nos afigura legítima a intervenção do Estado-legislador neste domínio.**

E, no reforço do afirmado, importa adiantar que não resulta da C.R.P. que o sector empresarial local se inscreva num núcleo fundamental de matérias subtraídas à disponibilidade do legislador.

---

<sup>11</sup> Vd. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, pág.622.



# Tribunal de Contas

---

É certo que as normas contidas nos art.ºs 62.º, n.º 1 e 70, n.º 2, do *R.J.A.E.L.*, constituem uma limitação à autonomia das autarquias locais, mas esta [limitação] justifica-se pela ingente necessidade de promover a sustentabilidade financeira do país em geral, o que enforma um interesse com manifesta dimensão supra-local.

**Os critérios consagrados nos citados art.ºs 62.º e 70.º, do *R.J.A.E.L.*, mostram-se adequados, necessários e proporcionais, não invadindo, repete-se, o núcleo essencial do princípio constitucional da autonomia das autarquias locais.**

E, deste modo, as autarquias locais, apesar de não se encontrarem impedidas de implementar uma atividade empresarial local, mostram-se, contudo, vinculadas a princípios de racionalidade e de sustentabilidade financeira, apreensíveis em critérios definidos pelo legislador.

**Assim, e concluindo, as normas constantes dos art.ºs 62.º, n.º 1 e 70.º, n.º 2, do *R.J.A.E.L.*, porque não configuram uma limitação excessiva ao princípio da autonomia das autarquias locais, não poderão ser apodadas de inconstitucionais.**

## **6. Do reenvio prejudicial, com carácter obrigatório, para o Tribunal Judicial da União Europeia.**

Caso se perspetive a rejeição da contratação «*in house*», o recorrente, cautelarmente, e estribado no art.º 267.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [abreviadamente, *T.F.U.E.*], requer o reenvio ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da apreciação da questão prejudicial que sintetiza desta forma:

- *“Deve admitir-se o instituto da relação «in house» e a contratação direta aqui alicerçada sempre que estejamos perante uma relação estabelecida entre uma entidade pública e uma entidade de capitais mistos maioritariamente participada por aquela e em que a entidade participada desempenhe,*



*exclusivamente, e sem escopo lucrativo ou comercial, serviços de natureza social inseridos nas atribuições legais da entidade pública participante e esta, estatutariamente, detenha o poder de, incondicionalmente, influenciar as decisões da entidade participada e impor a esta a estratégia e modelo de gestão por si delineados?”.*

A pretensão do recorrente sugere, desde logo e naturalmente, breve incursão pelo feixe de competências do *T.J.U.E.* para decidir a título prejudicial e, bem assim, a indagação dos pressupostos que suportam o reenvio, seja facultativo, seja obrigatório.

Então, vejamos.

## 6.1.

O art.º 267.º, do *T.F.U.E.*, atribui ao *T.J.U.E.* competência para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados e, ainda, sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Contudo, importa precisar que o reenvio para o *T.J.U.E.* permite a uma jurisdição nacional questionar aquele Tribunal sobre a interpretação ou validade do direito comunitário no âmbito de um litígio sobre o qual esta jurisdição nacional se deva pronunciar, mas não lhe permite questioná-lo sobre a interpretação ou validade do direito nacional<sup>12</sup>.

A propósito, Miguel Almeida [vd. Guia prático do reenvio prejudicial], escreve: “...o juiz nacional não poderá efetuar um reenvio prejudicial que tenha por objeto a interpretação do direito nacional, tal como não pode pedir ao *T.J.C.E.* que julgue da compatibilidade de qualquer preceito de direito interno com o direito comunitário. São tarefas que lhe incumbem em exclusivo, tal como o conhecimento dos factos e a aplicação do direito ao caso concreto.”.

---

<sup>12</sup> Neste sentido, Ac. R.O. 30/2011.



# Tribunal de Contas

---

Ainda segundo aquela norma [vd. art.º 267.º, do *T.F.U.E.*], sempre que uma questão de tal natureza seja presente a um órgão jurisdicional dos Estados-Membros, aquele solicitará ao referido Tribunal pronúncia sobre tal matéria, muito embora a obrigatoriedade de tal pedido exija, por um lado, que a decisão requerida [e a proferir pelo *T.J.U.E.*] seja indispensável ao julgamento em causa, e, por outro, que as decisões do órgão jurisdicional [do Estado-Membro] peticionante sejam irrecorríveis.

Para além do que resta dito, e como escreve Jónatas Machado, o reenvio prejudicial traduz-se, afinal, na circunstância de o Tribunal nacional ou algum órgão arbitral com poderes jurisdicionais, se confrontado com uma questão de direito comunitário, suspender a instância e solicitar ao *T.J.U.E.* pronúncia sobre tais questões [interpretação dos tratados e aferição da validade e melhor interpretação dos atos adotados por órgãos da União].

O reenvio prejudicial torna-se, assim, um importante mecanismo de concretização da cooperação entre as jurisdições nacionais e a jurisdição da União Europeia<sup>13</sup>.

## 6.2.

Lembramos, também, que o reenvio prejudicial tem como sujeito reenviado o Tribunal de Justiça, ou, em certas situações, o Tribunal Geral [vd. 256.º, do *T.F.U.E.*], sendo que o sujeito reenviante deverá ter a natureza de órgão jurisdicional, a qual será aferida à luz de conceito material de jurisdição aceite na União Europeia.

É sabido que o *T.J.U.E.*, no plano da definição de um órgão com carácter jurisdicional, exige que este tenha proveniência legal, revele pertinência, exiba jurisdição com natureza obrigatória, adote processo com natureza contraditória, aplique normas jurídicas e seja independente.

---

<sup>13</sup> Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*, 2010.



# Tribunal de Contas

---

O Tribunal de Contas, porque reúne tais requisitos, assume-se, assim, como um órgão com natureza jurisdicional, e, conseqüentemente, é, também, um sujeito reenviante.

## 6.3.

Em regra, o reenvio prejudicial é facultativo.

Porém, e como acima escrevemos, o *T.F.U.E.* prevê a sua obrigatoriedade quando uma questão, tida por relevante face ao Direito da União Europeia, seja suscitada perante um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam passíveis de recurso judicial previsto no direito interno.

Mas, tal obrigatoriedade cessará sempre que ocorra uma destas circunstâncias, a saber:

- A decisão se mostre irrelevante para a decisão do caso concreto submetido a julgamento;
- O preceito de direito da *U.E.* em causa já tenha sido objeto de interpretação pelo *T.J.U.E.*, e, por fim,
- Que a norma em causa, pela sua clareza, não suscite qualquer dúvida ao Tribunal nacional.

Recentrando-nos na leitura do acórdão sob recurso, é forçoso reconhecer que ao longo do expendido se assume a não subsunção do contrato-programa em apreço ao disposto no art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, do *C.C.P.*, afastando-se, de um lado, a “reclamada” relação «*in house*» entre a *C.M.A.* e a *E.I.P.D.A.*, e, do outro, mas já no plano das conseqüências, declarando-se a prática de ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, nomeadamente, por preterição de um procedimento com natureza concorrencial [vd. n.ºs 20 e 45, do acórdão recorrido].



# Tribunal de Contas

---

## **Pergunta-se:**

E esta circunstância, face aos pressupostos que ditam o reenvio, legitima o reenvio prejudicial obrigatório?

Afigura-se-nos que não.

Na verdade, e em primeiro lugar, a recusa do visto perspectivada [vd., parte decisória] apoia-se, essencialmente, na nulidade do contrato-programa, por manifesta violação do disposto no art.º 62.º, n.º 1, do *R.J.A.E.L.*, sendo que esta, por sua vez, legitima o apelo à norma constante do art.º 44.º, n.º 3, al. a), de *L.O.P.T.C.* .

A violação da norma contida no art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, do *C.C.P.*, não é, pois, essencial ou determinante para a recusa do visto.

A par daquela razão, sublinhamos, ainda, que a questão equacionada pelo recorrente e tida por prejudicial já foi objeto de extensa interpretação [tendente à apreensão do significado e extensão do instituto da relação «*in house*»] por banda do *T.J.U.E.*, e que se verte, designadamente, nos acórdãos, a saber:

- C-107/98, Teckal, de 18.11.99;
  - C-26/03, Stadt Halle, de 11.01.2005;
  - C-458/03, Parking Brixen, de 13.10.2005;
  - C-340/04, Carbotermo, de 11.05.2006;
  - C-295/05, Tragsa, de 19.04.2007.
- e, por último,
- O Acórdão, de 19.06.2014, proferido no processo n.º C-574/2012, com declaração/decisão sumariada em III.3.5.1., a fls.32, do presente acórdão, e cujo teor se dá aqui por inteiramente reproduzido.

Está, ainda, em causa uma norma – art.º 5.º, do *C.C.P.* – do ordenamento jurídico nacional, cujo sentido não levanta, agora, dúvida ao julgador.



# Tribunal de Contas

---

Aqui chegados, e ponderados os pressupostos que ditam a obrigatoriedade ou não do reenvio prejudicial, cedo se conclui o seguinte:

- A norma contida no art.º 5.º, do *C.C.P.*, e que atenta na relação jurídico-contratual apelidada de «*in house*», não se revela determinante e, até, relevante para a decisão a tomar no caso concreto ora submetido a este Tribunal de Contas;
- A matéria – relação contratual «*in house*» – vertida no art.º 5.º, do *C.C.P.*, já foi objeto de apreciação por parte do *T.J.U.E.*, e, designadamente, na parte em que o cocontratante se apresenta como uma empresa de capitais mistos maioritariamente participados pela entidade pública, também sujeito contratual.
- **É de sublinhar que o recorrente peticiona, afinal, pronúncia [do *T.J.U.E.*] relativa à interpretação de uma norma [art.º 5.º, do *C.C.P.*] que integra o ordenamento jurídico-nacional, pretensão que, conforme já aludimos, não é admissível.**
- E, por último, a norma contida no art.º 5.º, do *C.C.P.*, e a questão [relação contratual «*in house*»] que daí emerge não suscitam, agora, particulares dúvidas de interpretação e subsequente apreensão do respetivo sentido, a que não serão alheias as apreciações já efetuadas pelo *T.J.U.E.*, e, bem assim, pelos tribunais portugueses.

Ocorrem, pois, os pressupostos que concorrem para a cessação da obrigatoriedade do reenvio prejudicial para o *T.J.U.E.* .

Assim, e por manifesta inutilidade, não ordenaremos o pretendido reenvio prejudicial para o *T.J.U.E.* da questão atinente à caracterização da relação contratual «*in house*» e a que se reporta o art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, als. a) e b), do *C.C.P.* .



## IV. SUMARIANDO:

- A *E.I.P.D.A.*, sendo uma empresa local, configura, ainda, uma parceria público-privada institucional e contratualmente suportada, sendo-lhe aplicável a disciplina contida no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05 [diploma legal que disciplina, sob várias vertentes, as parcerias público-privadas] e, bem assim, a Lei n.º 50/2012, de 31.08 [aprova o regime jurídico da atividade empresarial local];
- A constituição da *E.I.P.D.A.*, no ano de 1999, não foi antecedida de algum procedimento que, entre o mais, revele a exercitação do princípio da concorrência;
- A facticidade tida por fixada não se enquadra na previsão normativa dos art.ºs 5.º, n.ºs 1 e 2, do *C.C.P.*, e, conseqüentemente, impunha-se, na formação do contrato em apreço, a aplicação das regras da contratação pública contidas na parte II, do *C.C.P.*;
- Mostram-se preenchidos os requisitos que legitimam a forma de deliberação de dissolução da *E.I.P.D.A.* e que se contêm no art.º 62.º, n.º 1, als. a) e b) do *R.J.A.E.L.*, face às demonstrações dos resultados por natureza referentes aos exercícios económicos do triénio de 2010 a 2012;
- As deliberações tomadas pela *C.M.A.* e pela *A.M.A.*, em 27.02.2012 e 14.03.2013, respetivamente, reputam-se de nulas, nulidade que se transmite ao contrato-programa sob análise.

Tal nulidade decorre, também, da violação de lei expressa;

- O Tribunal de Contas, sendo um Tribunal Supremo de plena jurisdição, não se mostra vinculado, no exercício das suas competências, a pareceres de



entidades administrativas, onde se inclui a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial;

- As normas contidas nos art.ºs 62.º, 1 e 70.º, n.º 2, do *R.J.A.E.L.*, não padecem de inconstitucionalidade, pois não induzem alguma limitação excessiva ao princípio da autonomia das autarquias;
- Não se mostram reunidos os pressupostos que legitimam, obrigatória ou facultativamente, o reenvio prejudicial para o *T.J.U.E.* da questão equacionada pelo recorrente.

## V. DAS ILEGALIDADES E O VISTO.

As ilegalidades acima enunciadas [violação do disposto nos art.ºs 5.º, n.ºs 1 e 2, e 20.º, n.º 1, al. b), do *C.C.P.*, e nos art.ºs 62.º, n.º 1, e 70.º, n.º 2, do *R.J.A.E.L.*], para além de enformarem nulidade, são, também, suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.

Logo, e nos termos do art.º 44.º, n.º 3, als. a) e c), da *L.O.P.T.C.*, tais violações fundamentam a recusa do visto.

Inexiste, pois, motivo para alterar ou revogar o sentido da decisão vertida no aresto recorrido.

## VI. DECISÃO

**Pelos fundamentos expostos, acordaram os Juízes, em Plenário da 1ª Secção, o seguinte:**

- **Negar provimento ao recurso, e, em consequência, manter o acórdão recorrido.**



# Tribunal de Contas

---

- Em remeter o presente acórdão à Inspeção-Geral de Finanças, atento o disposto no art.º 67.º, do *R.J.A.E.L.*;

São devidos emolumentos legais.

Registe e notifique.

Lisboa, 01 de Julho de 2014.

**Os Juízes Conselheiros,**

**(Alberto Fernandes Brás – Relator)**

**(João Francisco Aveiro Pereira)**

**(João Manuel M. Ferreira Dias)**

**Voto nos termos da declaração de voto junta**

**Fui presente,**

**(Procurador-Geral Adjunto)**

**(José Vicente de Almeida)**



## DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a favor da decisão de recusa do visto prévio ao contrato-programa entre a Câmara Municipal da Amadora e a EIPDA por violação do n.º 1 do artigo 20.º porque não está abrangido pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º, todos do CCP.-----

Votei vencido no tocante à verificação das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 62.º do RJAEL por considerar, tendo em conta os elementos interpretativos analisados, que os apoios e subsídios públicos aí referidos são apenas os concedidos pelas entidades públicas participantes e que, por isso, têm tratamento específico no diploma; tal é também o entendimento expresso no ponto 10 da IT da DGAL n.º 898/2013, de 12 de agosto, homologado pelo SEAL, em 27 de agosto de 2013 (que porventura requer providência legislativa). Ao invés, a interpretação lata perfilhada no acórdão faz equivaler os apoios e subsídios públicos do RJAEL aos da NCRF 22 (de aplicação obrigatória no registo contabilístico), pelo que não distingue, entre outros, os que requerem contrapartidas e/ou os que são atribuídos em contexto concorrencial, que nalguns sectores integram as regras de funcionamento destes mercados, o que se traduz, na prática, a limitar, pelo menos, a atividade das empresas locais, em especial das mais eficazes, porque tais incentivos integrariam, nesta perspetiva, as causas de dissolução obrigatória destas empresas ainda que autossustentáveis.-----

Lisboa 1 de Julho de 2014

João Ferreira Dias