



Transitado em julgado em 23-11-2017

ACÓRDÃO N.º 25/2017 – 03.NOV-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 10/2017

(Processo de fiscalização prévia n.º 1905/2015)

Relatora: Laura Tavares da Silva

**Em Plenário da 1ª. Secção, acordam os Juízes Conselheiros do
Tribunal de Contas:**

I - RELATÓRIO

Por acórdão do Tribunal de Contas de 26/6/2017 foi **recusado o visto** à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29/6/2015, que **aprovou a proposta de “Transformação Institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV - Águas de Viseu, E.M. e o Projeto de Estatutos”**.

A decisão foi proferida ao abrigo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44º da LOPTC (Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto) e fundamentou-se na nulidade da deliberação, por violação dos art.ºs 32º, n.º 1 do Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local (RJAEL), 4º, n.º 2 da Lei n.º 73/2013 de 3 de Setembro (RFLALEI) e 59º, n.º 2, c) da Lei n.º 75/2013 de 12 de Setembro (Regime Jurídico das Autarquias Locais).

Por não se conformar com a recusa do visto, o Município de Viseu interpôs recurso, pedindo a revogação da decisão recorrida e a consequente emissão de visto prévio daquela deliberação.

Nas suas alegações formulou trinta e três conclusões, que se transcrevem:

(...)

- I. «...O Tribunal de Contas, a propósito de uma suposta integração sistémica do RJAEL no ordenamento jurídico, fez uma leitura do artigo 32.º do RJAEL que resulta em encontrar nele requisitos que não estão incluídos no



- seu teor literal e em suprimir partes de texto que alteram o conteúdo de outros requisitos dele constantes.*
- II. *A leitura correcta do artigo 32.º determina que há dois requisitos materiais de validação da constituição de uma empresa local cuja existência deve ser aferida pelo Tribunal de Contas: a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades; e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial. E é o cumprimento desses requisitos que tem de resultar demonstrado nos estudos técnicos.*
- III. *A identificação dos ganhos de qualidade não é um requisito em si mesmo, mas sim um elemento instrumental à verificação de um verdadeiro requisito: o da viabilidade e sustentabilidade económica e financeira.*
- IV. *O n.º 2 do artigo 32.º indica apenas um conjunto de tópicos que devem ser incluídos nos estudos técnicos a elaborar: a justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local, a demonstração da existência de procura atual ou futura, a avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante, a ponderação do benefício social resultante para o conjunto de cidadãos.*
- V. *Estes quatro tipos de elementos a incluir nos estudos técnicos também não são em si mesmos requisitos materiais de avaliação da constituição de uma empresa local. A sua inclusão nos estudos é um requisito formal imposto ao Município, no sentido de a sua satisfação se realiza pela inclusão (ou não) dessa informação nos estudos técnicos.*
- VI. *Essa informação tem por isso um valor objectivo e absoluto - e não se presta a basear um exercício comparatístico ou relativo. O que o legislador pretendeu foi exigir que os estudos técnicos evidenciem que a empresa local a criar não o é com finalidades ínvias ou até simuladas em relação ao declarado pelo ente público, com o intuito de ser utilizada como expediente para fuga a limitações ou inibições impostas pelas regras de contratação pública, despesa pública, trabalho em funções públicas.*
- VII. *O n.º 2 do artigo 32.º pretende precisamente exigir que se evidencie uma real e efectiva justificação para a criação de uma empresa, expondo e impedindo os casos em que a empresa a constituir é destituída de real valor. Deve por isso demonstrar-se a realidade objectiva que responde a uma necessidade efectiva, e não a uma necessidade fictícia, existe procura actual ou futura, evitando excesso de oferta, não terá um impacto negativo ou desajustado no participante e não é uma mera artificialidade, aportando um benefício social relevante.*
- VIII. *É esta interpretação que harmoniza o artigo 32.º do RJAEL com o princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência, previsto na alínea c) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa para o sector público empresarial e alargado pelo artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo toda actividade da administração pública.*



Tribunal de Contas

- IX. *O Tribunal defende, porém, uma tese contraditória desta, que vê no artigo 32.º a necessidade de satisfazer um duplo juízo, a saber: i) De um lado, uma avaliação sobre se está demonstrado um requisito de a viabilidade económica e financeira da solução a adotar; ii) E de outro lado, uma avaliação, designada pelo Tribunal «dimensão comparatística», que abrange todos os elementos literais indicados no artigo 32.º elevando-os à condição de requisitos autónomos, avaliando-se em cada um deles se o modelo a criar é mais vantajoso do que o modelo existente.*
- X. *Este comando normativo expansionista e maximalista do artigo 32.º do RJAEL só é viável com uma verdadeira reconstrução literal do mesmo, tendo o Tribunal eliminado no n.º 1 o advérbio «através» da oração subordinada, acrescentado o artigo definido «a» à oração subordinada, eliminado uma vírgula que separa a oração principal da oração subordinada e, por fim, eliminado o artigo definido «a» da oração principal.*
- XI. *A leitura do artigo 32.º com essa feição conduz a resultados impraticáveis, visto que não é possível sequer conceber como se poderia realizar, mesmo que se quisesse, uma análise comparatística entre SMAS e Empresa Municipal nesses ditos requisitos - comparando a procura actual ou futura dos SMAS com a procura actual ou futura de uma empresa, por exemplo.*
- XII. *Os elementos referidos no n.º 2 do artigo 32.º são pois elementos de validação do próprio modelo, para avaliar a viabilidade e a sustentabilidade da empresa enquanto tal e do seu impacto na esfera em se insere. São filtros, elementos fundamentais de um projecto cuja ausência invalida a sua existência. São para conferir se o projecto tem razão de ser em si mesmo, despistando projectos que sejam meramente artificiais, abstractos, em que se tenta manipular a empresa para um outro fim menos consentâneo com a lógica de rigor imposta pelo RJAEL.*
- XIII. *O Tribunal de Contas cai em contradição grave ao reconhecer que o objectivo destes estudos é permitir «que a tomada de decisão órgãos deliberativos seja sustentada numa efectiva viabilidade económico-financieira e racionalidade económica» (cfr. ponto 38. do Acórdão), e que «sobre o primeiro requisito - viabilidade económico-financieira da entidade a constituir os estudos apresentados evidenciam-na claramente» (cfr. ponto 51. do Acórdão), sem depois extrair como conclusão do silogismo o cumprimento do artigo 32.º.*
- XIV. *Não só a decisão recorrida deve ser revista por força da aplicação feita do artigo 32.º do RJAEL, como os concretos meios probatórios apresentados pelo ora Recorrente impunham uma decisão diferente quanto aos vários «requisitos» dados pelo Tribunal como não cumpridos, devendo ter considerado estarem respeitadas todas as demais exigências legais constantes do artigo 32.º do RJAEL.*
- XV. *Não existe um tópico «ganhos de qualidade e racionalidade acrescentada», os ganhos de qualidade e a racionalidade acrescida são um elementos distintos e autónomos e afectos a dois requisitos diferentes. A sua apreciação nunca pode ser feita em conjunto, como o Tribunal de Contas a*



Tribunal de Contas

- fez, como se se tratassem de elementos compostos do mesmo requisito. Portanto, o tópico que o Tribunal de Contas considerou incumprido não existe enquanto tal na lei.*
- XVI. *Os ganhos de qualidade servem para demonstrar a própria viabilidade económica e financeira da empresa a constituir. E o Tribunal reconheceu sem reservas estar demonstrada a viabilidade económica e financeira da empresa a constituir.*
- XVII. *Os elementos ganhos de qualidade e racionalidade acrescida estão amplamente demonstrados no processo. Eles perpassam vários documentos, como de resto se evidencia nos pontos 11., 12., 13. e 60. do Acórdão, e foram ainda previstos e devidamente salientados nos Estudos 1, 2 e 3, conforme oportunamente assinalado nas alegações.*
- XVIII. *Não tem razão o Tribunal ao apontar no Acórdão como suposto problema que esses diversos estudos apenas fizeram um exercício qualitativo, entendendo o Tribunal que estaria em falta uma quantificação comparativa do ganho do modelo relativamente aos ganhos em abstracto que se obteriam num cenário de se manterem os SMAS.*
- XIX. *A análise é sobretudo (mas não exclusivamente) qualitativa e nada o impede. A lei não diz que o município deve evidenciar um saldo contabilístico quantificado de ganhos económico-financeiros em relação a outros cenários hipotéticos.*
- XX. *O que o Município fez nos seus estudos foi (z) demonstrar a viabilidade económica e financeira da empresa e (n) demonstrar que a passagem para o modelo de empresa municipal aporta ganhos e racionalidade em relação ao status quo - a realidade que existe. Ou seja, os estudos tornam patente e inequívoco que o projecto é viável e que melhorará objectivamente a situação existente. Isto o Tribunal de Contas reconhece ser verdadeiro. Ou seja, que estão cumpridos os requisitos substanciais do artigo 32.º do RJAEL*
- XXI. *Mas mesmo quanto à quantificação de ganhos entre modelos idealizada pelo Tribunal de Contas (cenação empresa vs. SMAS), ela também foi feita, com recurso a uma metodologia indiciária de obtenção de ganhos, que não é despojada de validade, visto que toma um universo de análise que abarca todo o País, feito com dados do regulador, e extrapola para o cenário de Viseu os ganhos daí advenientes.*
- XXII. *A quantificação proposta pelo Tribunal de Contas no ponto 64. Do Acórdão é na prática impossível de satisfazer e não apenas difícil ou exigente - mesmo sendo apenas um «juízo de prognose, certamente com algum grau de falibilidade».*
- XXIII. *O Tribunal de Contas atribui ao Município um ónus da prova que o artigo 32.º do RJAEL não prevê e que é uma autêntica probatio diabólica, porque segundo o Tribunal de Contas o requisito do artigo 32.º do RJAEL só fica preenchido se for feita a evidenciação de facto negativo, com recurso à quantificação e comparação de cenários hipotéticos («evidenciar que os atuais SMAS de Viseu não conseguiriam, com o atual modelo de gestão*



Tribunal de Contas

atingir os mesmos índices ou atingi-los com outros custos, eventualmente mais elevados»).

- XXIV. *Essa exigência contende com o princípio da proibição da indefesa, que emana do direito constitucional ao acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa), pois ao Recorrente não é possível demonstrar aquele facto negativo através de factos positivos.*
- XXV. *O requisito do artigo 32.º, ao ser exigente por laborar no seio de cenarizações, convida a uma apreciação mais flexível por parte do Tribunal de Contas. Com efeito, «a acrescida dificuldade da prova de factos negativos deverá ter como corolário, por força do princípio constitucional da proporcionalidade, uma menor exigência probatória por parte do aplicador do direito, dando relevo a provas menos relevantes e convincentes que as que seriam exigíveis se tal dificuldade não existisse, aplicando a máxima latina "iis quae difficilioris sunt probationis leviores probationes admittuntur"» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Outubro de 2012, Proc. n.º 414/12).*
- XXVI. *Não há qualquer incumprimento do artigo 32.º do RJAEL decorrente de falta de demonstração da «justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local».*
- XXVII. *Os elementos elencados no n.º 2 do artigo 32.º do RJAEL não são requisitos, nem estão sujeitos a uma análise comparatística. Não é possível fazer um raciocínio de comparação das necessidades satisfeitas pelo SMAS, opostas às necessidades satisfeitas pela empresa local.*
- XXVIII. *O que deve constar (e consta) dos estudos é uma identificação de necessidades a satisfazer pela empresa, de forma objectiva e como pressuposto do estudo, cumprindo assim a sua finalidade de impedir a criação de empresas que não se destinem a satisfazer uma qualquer finalidade real, conforme oportunamente assinalado nas alegações.*
- XXIX. *Não há qualquer incumprimento do artigo 32.º do RJAEL decorrente de não estar demonstrado o impacto nos ganhos financeiros que resultam da operação, seja para a entidade participante (Município de Viseu) seja para empresa a criar, visto que os estudos apresentados pelo ora Recorrente demonstram à saciedade que foram ponderados todos os impactos financeiros e de recursos humanos na entidade participante, conforme oportunamente assinalado nas alegações..*
- XXX. *Também não há qualquer incumprimento do artigo 32.º do RJAEL decorrente de uma ausência de avaliação «comparatística» entre os benefícios sociais gerados entre os dois modelos (SMAS e empresa), bem como a ausência de elementos demonstrativos desse benefício.*
- XXXI. *Os elementos elencados no n.º 2 do artigo 32.º do RJAEL não são requisitos, nem estão sujeitos a uma análise comparatística. Não é possível fazer um raciocínio de comparação dos benefícios sociais proporcionados pelo SMAS, opostos aos benefícios proporcionados pela empresa local.*



Tribunal de Contas

XXXII. *Foi demonstrado nos estudos que o benefício social é conferido pelo compromisso de implementar um modelo de gestão mais eficiente (consumindo menos recursos) e alcançar metas mais ambiciosas em termos de qualidade de serviço (que é determinada pelos indicadores de desempenho da ERSAR), conforme oportunamente assinalado nas alegações.*

XXXIII. *Não existe portanto qualquer das nulidades apontadas pelo Acórdão recorrido à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29 de Junho de 2015, que aprovou a proposta de «Transformação Institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV - Águas de Viseu, E.M. e o Projecto de Estatutos», resultantes da violação do artigo 32.º do RJAEL e da conseqüente violação do artigo 4.º, n.º 2, do Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro («RFALEI»), e do artigo 59.º, n.º 2 alínea c), da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro...»*

(...)

O Ministério Público emitiu Parecer pela **alteração da decisão recorrida, no sentido da concessão de visto** à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu, de 29/6/2015, que aprovou a proposta de transformação institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV, E.M. e o projeto de Estatutos.

No seu douto Parecer, conclui que:

«...Para a criação da empresa municipal, cujo capital é detido na sua totalidade pelo Município, como solução alternativa à extinção dos Serviços Municipalizados de Abastecimento de Águas e Saneamento de Viseu, apenas carece de ser demonstrada a sua viabilidade económico-financeira, nos termos do art.º 18º, n.º 2, do RJAEL.

Tendo sido dado como provada a viabilidade económico-financeira de tal empresa, carece de fundamento legal a exigência de uma análise comparativa dos modelos de gestão empresarial existente e a adotar, cuja escolha traduz o exercício de um poder discricionário, conquanto se mantenha a identidade da atividade desenvolvida..»

O Município de Viseu, notificado para se pronunciar sobre o Parecer do M.º P.º, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 99º, n.º 3 da LOPTC, veio reiterar as arguidas razões de facto e de direito, alegando que:

«...O Município de Viseu sublinha que pelo seu Parecer n.º 50/2017, respeitante ao recurso interposto do Acórdão n.º 6/2017, o Ministério Público vem, tal como o Município de Viseu, pugnar pela alteração da decisão recorrida e pela concessão de visto à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29 de Junho de 2015.

E salvo melhor opinião, o Ministério Público entende que a alteração da decisão recorrida se impõe em virtude de duas razões fundamentais:



Tribunal de Contas

a. Erro na aplicação do Direito, pela decisão recorrida, à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29 de Junho de 2015;

b. O Tribunal ter dado como provada a viabilidade económico-financeira da empresa a constituir.

Termos em que se requer a esse Tribunal o imediato prosseguimento dos ulteriores termos do presente processo e, a final, a concessão do visto à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29 de Junho de 2015...».

II – QUESTÕES A DECIDIR

É pelas conclusões do recurso que se define o objeto da decisão e âmbito do conhecimento do Tribunal.

A matéria de facto não foi impugnada. A discordância do recorrente prende-se, na sua globalidade, com a diferente interpretação do direito aplicado aos factos provados.

Na verdade toda a construção jurídica do recorrente se centra em aspetos fundamentais da interpretação do art.º 32º do RJAEL, como adiante se discutirá.

Assim,

É de direito a questão a decidir, e tem a ver, concretamente, com a interpretação da norma contida no art.º 32º do RJAEL feita pelo acórdão recorrido.

III – FUNDAMENTAÇÃO

Revisitando o histórico que levou à decisão recorrida percebe-se, claramente, toda a diligência do Tribunal na obtenção de informações e esclarecimentos do caso concreto que permitissem uma decisão útil para que o direito cumprisse a sua finalidade.

Perante a dúvida suscitada sobre a fundamentação e legalidade da deliberação da AM de Viseu de 29/6/2015 que autorizou a transformação dos SMAS de Viseu em empresa municipal Águas de Viseu, EM., o Tribunal devolveu, por duas vezes, - 17/12/2015 e 6/4/2017-, o ato sujeito a fiscalização prévia, para que o Município de Viseu demonstrasse como tinha sido dado cumprimento ao disposto nos regimes jurídicos aplicáveis, particularmente o RJAEL.

Em sequência, deu o Tribunal, então, por assente a matéria de facto que se transcreve, e que não foi impugnada:

(...)

«...O Município de Viseu remeteu a este Tribunal para efeitos de fiscalização prévia a deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29.06.2015, que aprovou a proposta de “Transformação Institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV – Águas de Viseu, E.M. e o Projeto de Estatutos”.



A deliberação em apreciação foi complementada com a deliberação tomada na sessão ordinária da Assembleia Municipal de Viseu de 19.12.2016 que aprovou a minuta do contrato de gestão delegada.

Em reunião ordinária da Assembleia Municipal de Viseu (AM Viseu), de 29.06.2015, foi aprovada a proposta de “Transformação Institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV – Águas de Viseu, E.M. e o Projeto de Estatutos”.

Esta deliberação foi tomada na sequência da proposta da Câmara Municipal de Viseu (CM Viseu), constante da deliberação tomada na reunião ordinária de 18.06.2015, a qual teve por base o ofício dos Serviços Municipalizados n.º SMAS.S.07203/2015, de 15-06-2015, que foi acompanhado da deliberação do Conselho de Administração de 12-06-2015, do relatório relativo à “Avaliação de Soluções Organizacionais – Modelos de Gestão”, do “Estudo de Viabilidade e Sustentabilidade Económico-Financeira” e do “Projeto de Estatutos”, anexos à Distribuição n.º EDOC/2015/41891 (documentos que se deram por reproduzidos na ata da Deliberação da CM Viseu).

A referida deliberação do Conselho de Administração dos SMAS de Viseu, de 12-06-2015, cuja minuta consta, de forma manuscrita, na 1ª página do estudo denominado “Avaliação de Soluções Organizacionais – Modelos de Gestão” tem o seguinte teor: “ Tendo presente o relatório relativo à “Avaliação de Soluções Organizacionais – Modelos de Gestão” e o “Estudo de viabilidade e Sustentabilidade Económico-Financeira”, o C.A. delibera a transformação institucional, mediante a adoção do modelo empresarial típico da “Empresa Municipal”, com o seu capital a ser integralmente subscrito e realizado pela Autarquia instituidora, o Município de Viseu, bem como a aprovação do Projeto de Estatutos proposto. Mais delibera enviar à C.M.V. os elementos atrás referidos, para que, sob proposta desta, seja submetida a aprovação da Assembleia Municipal de Viseu, ao abrigo do nº1 do artigo 22º e do nº 5 do artigo 32.º, ambos da Lei 50/2012, de 31 de Agosto”.

A deliberação da Assembleia Municipal de 29.06.2015 teve, assim, por base, três documentos essenciais, de cujo conteúdo se salientam os principais aspetos nos pontos seguintes.

A Avaliação de Soluções Organizacionais – Modelos de Gestão (Março de 2015)”(ESTUDO1) para além de referenciar a legislação em vigor no setor, enumera os vários modelos de gestão possíveis para a atividade em causa, respetivas vantagens e inconvenientes, salientando como vantagens do modelo empresarial, nomeadamente, a agilização de formas de gestão, maior flexibilidade quanto ao estatuto de pessoal, maior facilidade de



subcontratação de serviços e a possibilidade de adoção de estratégias de outsourcing, para além de vantagens de natureza fiscal (possibilidade de recuperação do IVA), embora como contrapartida de passar a ser faturado aos consumidores o IVA sobre o serviço de saneamento, à taxa reduzida de 6% e de passar a ser cobrado IRC sobre os resultados da empresa local.

É igualmente salientada no referido ESTUDO1 “a possibilidade de explorar a participação de capital privado, através de Parceria Público Privada Institucional (PPPI), permanência mínima de 10 anos, sujeito a opções de compra e venda, com influência dominante do parceiro público nos termos do nº 1 do artigo 19º da Lei nº 50/2012, de 31 de Agosto”.

Conclui o estudo em causa que “estamos perante uma solução de gestão que, através da “empresarialização” de tarefas públicas municipais, visa a obtenção de ganhos de eficiência e de economia, os quais tenderão a acentuar-se na medida da sua capacidade para apropriar-se dos benefícios, que resultam da maior flexibilidade das empresas privadas e da sua capacidade financeira”.

O “Estudo de Viabilidade e Sustentabilidade Económico-Financeira” (Março de 2015), (ESTUDO2), apresenta dados financeiros relativos à evolução económico-financeira dos SMAS Viseu bem como uma “avaliação da sustentabilidade económica em termos prospectivos”. Nele se conclui que “suportada num perfil de exploração sustentadamente superavitário nos seis anos de “histórico” analisados, os SMAS de Viseu evidenciam, a 31.Dez.2014, uma situação económico-financeira equilibrada, robusta e sustentada. Tal facto legitima, a priori, e numa perspectiva patrimonial a formulação dum juízo de valor francamente favorável à adopção do modelo Empresa Municipal”.

As projeções efetuadas para a nova Empresa Municipal constantes do ESTUDO2 sustentam a conclusão segundo a qual “(...) num horizonte temporal alargado, v.g., 25 anos, a constituição duma “Empresa Municipal” afigura-se-nos, salvaguardando os aspectos de natureza qualitativa nos domínios institucional, orgânico e funcional, para além de viável, claramente aconselhável, dados os esperados incrementos de eficácia, eficiência e qualidade daí decorrentes em benefício da população servida, em estreito cumprimento da Missão, Valores e Objetivos da Autarquia Instituidora”.

Este ESTUDO2 é omissivo quanto à quantificação económico-financeira dos referidos incrementos de eficácia, eficiência e qualidade comparativamente ao modelo existente de serviços municipalizados, quanto ao impacto financeiro da nova realidade empresarial nas contas do Município de Viseu e ainda quanto à variação dos custos dos serviços prestados aos



Tribunal de Contas

consumidores em consequência das alterações tarifárias e fiscais nele enunciadas.

Nos termos do Projeto de Estatutos igualmente apreciado pelos órgãos Municipais:

- A AdV – Águas de Viseu E.M., é uma pessoa coletiva de direito privado, com natureza municipal, sob a forma de entidade empresarial local de gestão de serviços de interesse geral, dotada de personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*
- É constituída por tempo indeterminado;*
- Tem como objeto social “a satisfação de necessidades básicas no domínio do abastecimento público de água e saneamento de águas residuais urbanas (...).”;*

Tem como órgãos da empresa a Assembleia Geral, o Conselho de Administração (3membros) e o Fiscal Único, com mandato coincidente com o dos titulares do órgãos autárquicos e possibilidade de os membros do Conselho de Administração serem remunerados.

Este Projeto de Estatutos é omissivo relativamente ao tipo de sociedade comercial adotado pela AdV, e, quanto ao capital social, o artigo 22º não especifica o valor e forma de realização do mesmo nem o número de ações que o representa, embora especifique que “encontra-se integralmente subscrito e realizado pela Câmara Municipal de Viseu”.

O artigo 30º do mesmo Projeto de Estatutos regula a celebração de contratos-programa com o Município de Viseu, prevendo o nº 4 que de tais contratos “constará, obrigatoriamente, o montante dos subsídios à exploração e indemnizações compensatórias que a Empresa terá direito a receber como contrapartida das obrigações assumidas”.

No artigo 38º n.º 1 do referido Projeto de Estatutos prevê-se que a “alienação da totalidade ou parte do capital social da AdV é deliberada, sob proposta da Câmara Municipal de Viseu, pela Assembleia Municipal”.

Em consequência de questões efetuadas por este Tribunal no âmbito da instrução do presente processo, veio o Município prestar esclarecimentos e juntar outros documentos complementares.

Quanto ao Projeto de Estatutos esclareceu que por lapso não foi indicada a forma societária da AdV- Águas de Viseu, E.M. mas que o que se pretende é a constituição de uma sociedade anónima unipessoal.

Adiantou igualmente esclarecimentos sobre a forma de realização do capital social e quanto ao seu montante previsível (71,5 milhões de euros) e



Tribunal de Contas

que não pondera a possibilidade de abertura de capital da empresa a entidades privadas.

Todavia, a minuta de Estatutos aprovada pela Assembleia Municipal em 29-06-2015 não sofreu alterações.

Em 30-03-2017 veio o Município juntar a Minuta do Contrato de Gestão Delegada (e respetivos anexos) acompanhada do Parecer da Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos (ERSAR) emitido a 19-11-2016 bem como das atas dos órgãos municipais que sobre aquela minuta se pronunciaram (v.g. Atas das reuniões da Câmara Municipal de Viseu de 06/12/2016 e 22/12/2016 e Ata da sessão ordinária da Assembleia Municipal de Viseu de 19/12/2016).

Dos anexos à Minuta de Contrato de Gestão Delegada presentes à apreciação dos órgãos municipais constam, entre outros, o “Tarifário dos serviços e sua trajetória de evolução temporal”, o “Financiamento pelo Município da prestação de serviços delegados que não são objeto de tarifação”, as “Demonstrações financeiras da Empresa e Plano de Financiamento” e ainda os seguintes estudos – “Estudo Justificativo do Modelo de Gestão dos Serviços de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais no Município de Viseu, datado de outubro de 2016 (ESTUDO 3)” e “Estudo de Viabilidade Económica e Financeira, datado de agosto de 2016” (ESTUDO4).

Os encargos financeiros para o Município decorrentes da prestação de serviços delegados que não são objeto de tarifação foram estimados, no anexo ao contrato de gestão delegada em € 705 000,00 anuais, de 2017 a 2021, não se indicando, no entanto, qual o parâmetro de comparação de custos destes serviços no modelo existente de serviços municipalizados.

Idêntica omissão ocorre na especificação do Tarifário dos Serviços anexo à minuta de contrato de gestão delegada.

Do parecer da ERSAR consta, nomeadamente, o seguinte: “Como ponto prévio cumpre notar que não foi demonstrada a mais-valia decorrente da alteração do modelo de gestão direta, atualmente existente, para um modelo de gestão delegada.” (...) Por outro lado, analisada a minuta de contrato e anexos submetidos à apreciação da ERSAR, considera-se que a mesma não reúne condições para ser objeto de parecer favorável (...)” O referido Parecer incorpora, seguidamente um alargado conjunto de recomendações...»

(...)

O aspeto relevante da discussão é este:



Tribunal de Contas

A conciliação da deliberação de 29/6/2015 da Assembleia Municipal de Viseu que aprovou a proposta de transformação institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Municipal AdV- Águas de Viseu, E.M. e o projeto de Estatutos», com o regime normativo decorrente da Lei n.º 50/2012 (RJAEL).

*

Interpretar a lei é atribuir-lhe um significado, determinar o seu sentido e o alcance com que ela deve valer.

Como se disse é à luz do RJAEL que o recurso deve ser apreciado. Este diploma introduziu exigências reforçadas no que respeita à constituição do sector empresarial local, impondo que sejam unidades empresarias financeira e economicamente sustentáveis e sustentadas e não suportadas por apoios públicos.

A Transformação Institucional dos SMAS de Viseu para Empresa Publica Municipal, admitida legalmente (art.º 64º do RJAEL) e a que são aplicáveis as regras contidas no art.º 32º do RJAEL, deverá subordinar-se a esta filosofia, i.e., deverá mover-se no domínio da viabilidade e sustentabilidade económico-financeira e não suportada por apoios públicos.

Transcreve-se a norma do art.º 32º, 1 e 2, do RJAEL para melhor acompanhamento:

Artigo 32º

Viabilidade económico-financeira e racionalidade económica

1 - A deliberação de constituição das empresas locais ou de aquisição de participações que confirmam uma influência dominante, nos termos da presente lei, deve ser sempre precedida dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial, sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira.

2 - Os estudos previstos no número anterior devem incluir ainda a justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local, a demonstração da existência de procura atual ou futura, a avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante, assim como a ponderação do benefício social resultante para o conjunto de cidadãos.

Ou seja,

O art.º 32º, **impõe**, como exigência substancial do seu cumprimento:

- (i) Demonstração da viabilidade económica da entidade a constituir;
- (ii) Demonstração da sustentabilidade económica e financeira das entidades;



Tribunal de Contas

- (iii) Identificação dos ganhos de qualidade e racionalidade acrescentada decorrente da atividade através de uma entidade empresarial;
- (iv) Justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local;
- (v) Avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante;
- (vi) Ponderação do benefício social resultante para o conjunto dos cidadãos.

É a propósito desta regulação jurídica que surgem as questões fundamentais da divergente interpretação do recorrente, com as quais, com todo o respeito, se não concorda.

Conclui o recorrente:

«...A leitura correcta do artigo 32.º determina que há dois requisitos materiais de validação da constituição de uma empresa local cuja existência deve ser aferida pelo Tribunal de Contas: a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades; e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial. E é o cumprimento desses requisitos que tem de resultar demonstrado nos estudos técnicos...»;

«... A identificação dos ganhos de qualidade não é um requisito em si mesmo, mas sim um elemento instrumental à verificação de um verdadeiro requisito: o da viabilidade e sustentabilidade económica e financeira...»;

«...o nº 2 do artº 32º indica apenas o conjunto dos quatro elementos a incluir nos estudos técnicos e que não são em si mesmos requisitos materiais de avaliação da constituição de empresa local...e que a sua inclusão é apenas requisito formal imposto ao Município no sentido de a sua satisfação se realizar com a inclusão (ou não) dessa informação nos estudos técnicos...»;

«... não existe um “ tópico ganhos de qualidade e racionalidade acrescentada” ... que o Tribunal considerou incumprido...»

Contudo, tal interpretação conflitua com a norma do artigo 32.º do RJAEEL quando determina que os estudos em causa **devem incluir**, necessariamente, a justificação das necessidades que fundamentam a constituição da nova empresa local, apelando à ponderação dos custos e benefícios que daí resultam para a comunidade e dos impactos resultantes da atividade a desenvolver, nomeadamente, no concernente aos recursos humanos e contas das entidades públicas participantes.

Nesse sentido a apreciação jurisdicional do Tribunal de Contas deve levar em consideração o espírito do legislador, o qual visa a proteção de interesses financeiros públicos, tendo como objetivo excluir do circuito económico entidades empresariais que contribuem para finanças públicas desequilibradas, impondo assim a necessidade da sua viabilidade económica e financeira e racionalidade económica, quer no modelo a criar numa perspetiva comparativa, quer na sua própria estrutura e enquadramento social.



Tribunal de Contas

Termos em que, ao contrário do que afirma o recorrente, não estamos perante meros elementos formais ou até instrumentais dos estudos em causa, mas, pelo contrário, perante elementos objetivos essenciais que permitem o conhecimento pormenorizado da atividade a desenvolver pela nova empresa municipal.

Concluiu, também:

Sobre a ausência de quantificação comparativa do ganho entre os modelos que *«...não tem razão o Tribunal ao apontar como suposto problema que os estudos apenas fizeram um exercício qualitativo...a análise é sobretudo qualitativa (mas não exclusivamente) ... a lei não diz que o município deve evidenciar um saldo contabilístico quantificado de ganhos económico-financeiros em relação a outros cenários hipotéticos...»*

Ora, só uma efetiva demonstração quantificada de custos e de benefícios, em termos não só imediatos mas também no longo prazo, de cada uma das opções legalmente possíveis permitirá verificar, em cada situação concreta, qual a que se revela mais apta à prossecução do interesse público municipal de forma mais racional, como exige a lei. E só por este meio se pode concluir que a opção tomada através das competentes deliberações se encontra legalmente fundamentada nos termos exigidos pelo artigo 32º n.ºs 1 e 2.

A *«...racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial...»* -(concl.II) - afere-se, necessariamente, através da comprovada análise comparativa do modelo existente e a adotar.

Neste sentido, veja-se o Acórdão 37/2013 - 20.dez. - 1ª S/SS, nos termos do qual o artigo 32º exige, que qualquer deliberação de constituição de empresa local seja sustentada e precedida *«dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial».*

A presente apreciação resulta, também, da jurisprudência deste Tribunal, já evidenciada nos Acórdãos n.ºs 22/2013 - 06.set. - 1ª S/SS, 32/2013 - 02.dez. - 1ª S/SS 08/2015 - 03.mar. - 1ª S/PL, 16/2016 - 27.set. - 1ª S/PL, entre outros.

E, ainda:

«...Mas mesmo quanto à quantificação de ganhos entre modelos idealizada pelo Tribunal de Contas (censuração empresa vs. SMAS), ela também foi feita, com recurso a uma metodologia indiciária de obtenção de ganhos, que não é despojada de validade, visto que toma um universo de análise que abarca todo o País, feito com dados do regulador, e extrapola para o cenário de Viseu os ganhos daí advenientes...»



Tribunal de Contas

A quantificação de ganhos entre modelos não foi, nem é “*idealizada pelo Tribunal de Contas*”. Nem o Tribunal “construiu” requisitos de forma simulada, como o recorrente parece argumentar na (conc.1) «...*suprimir partes de texto que alteram o conteúdo de outros requisitos deles constantes...*».

O modelo seguido é o legal e decorre das exigências contidas no art.º 32º do RJAEL, como repetidamente se tem dito.

Resulta do art.º 32º do RJAEL que os estudos técnicos que antecedem qualquer deliberação tendente à (fusão, internalização, dissolução, alienação, integração, transformação...) de empresas locais, deverão demonstrar a viabilidade económico-financeira do ente empresarial a criar. Tais estudos técnicos considerarão a justificação das necessidades que, afinal, fundamentam a sua constituição, ponderando os custos e benefícios que daí resultam para a comunidade e os impactos resultantes da atividade a desenvolver.

Como se afirma no acórdão recorrido: «...*Para além da racionalidade económica e financeira do modelo a criar, é essencial que o modelo se assuma como uma vantagem financeiramente demonstrada, em relação ao modelo existente. Por isso a necessidade de funcionar um modelo “comparador” de modo a que a decisão a tomar pelas entidades seja efetivamente uma escolha racional e fundamentada em evidências...a comparabilidade de modelos de gestão deve ser efetuada em função de todos os requisitos exigidos pois só faz sentido efetuar uma escolha se se atender a todas as dimensões que estão em causa...*».

*

A análise e discussão dos ganhos de qualidade pedem uma reflexão sobre decisões e escolhas. Identificar a qualidade permite decidir sobre a eficiência com que certos produtos e resultados são ou não conquistados e é a forma de verificar e definir a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira, na constituição de empresas públicas municipais.

Consta do Parecer da ERSAR (**facto assente nº 28**): “*não foi demonstrada a mais-valia decorrente da alteração do modelo de gestão direta, atualmente existente, para um modelo de gestão delegada...por outro lado, analisada a minuta de contrato anexos submetidos à apreciação da ERSAR, considera-se que a mesma não reúne condições para ser objeto de parecer favorável...*»;

E do facto assente nº 14: «...*Este ESTUDO2 é omissivo quanto à quantificação económico-financeira dos referidos incrementos de eficácia, eficiência e qualidade comparativamente ao modelo existente de serviços municipalizados, quanto ao impacto financeiro da nova realidade empresarial nas contas do Município de Viseu e ainda quanto à variação dos custos dos serviços prestados aos consumidores em consequência das alterações tarifárias e fiscais nele enunciadas...*», o que permite concluir que não foi cumprido o imperativo legal, decorrente do artº 32º.

*

Quanto à interpretação do Ministério Público:

Determina o art.º 18º (RJAEL):

«*Extinção*»



Tribunal de Contas

1- A deliberação de extinção do serviço municipalizado deve ser instruída com a indicação da solução organizacional alternativa, acompanhada dos correspondentes estudos e fundamentação.

2 - No caso de a extinção corresponder à externalização da atividade envolvida, os estudos mencionados no número anterior devem demonstrar a viabilidade económica e financeira da solução a adotar.

3 - A extinção do serviço municipalizado deve ser comunicada à Direção-Geral das Autarquias Locais, no prazo de 15 dias».

Com o respeito devido, parece indefensável como pretende o Ministério Público, que a norma (art.º 18.º) possa servir de base à criação de empresas locais que não apresentem um “valor acrescentado” face à forma organizacional anterior. Essa excecionalidade não tem suporte legal. O que decorre da sistemática do diploma é que todas as empresas a criar (quer resultem ou não da extinção dos SMAS) se devem conformar aos requisitos do art.º 32.º.

É que sem vantagens na modificação da estrutura organizacional não há fundamento para essa alteração.

A “externalização” a que se refere o art.º 18.º n.º 2 abrange, para além da criação de empresas locais, outras soluções como seja, por exemplo, a “concessão do serviço público” em causa, situação que, nos termos da lei, exigiria que o município apresentasse “apenas” um estudo de viabilidade económica e financeira da solução a adotar.

III – CONCLUSÃO

Perscrutando as finalidades do RJAEL, todas construídas a partir da viabilidade económico-financeira do sector empresarial local, se evidencia a necessidade de existir rigor financeiro e racionalidade económica na constituição de empresas públicas municipais.

Trata-se de princípios com concretização normativa, mesmo no plano constitucional (designadamente, o artigo 81.º, al. c) da CRP) e que impõem, por isso, um padrão de comportamento no setor empresarial local.

Por ser assim, o art.º 32º citado, exige, sob pena de nulidade do ato e de responsabilidade financeira dos responsáveis que o não façam, que qualquer deliberação de constituição de empresa local seja sustentada e precedida «*dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial*».



Tribunal de Contas

Os estudos e sua fundamentação rigorosa devem permitir que a tomada de decisão pelos órgãos deliberativos seja sustentada numa efetiva viabilidade económico-financeira e racionalidade económica, razão fundamental para a opção da empresarialização admitida (n.º 2 do art.º 32.º).

Como bem se salienta no Ac. do TdC n.º 37/2013, 1ª S/SS de 2/12 «... O novo Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL) introduziu exigências reforçadas no que respeita à constituição do sector empresarial local, nomeadamente que seja constituído por unidades empresariais financeira e economicamente sustentáveis e sustentadas, com base maioritária nos produtos das suas actividades, gerados e disponibilizados em ambiente concorrencial, mediante preços de mercado, e não mediante apoios públicos (cfr. arts. 6.º, 20.º, n.º 1, 31.º, 32.º, 34.º, 36.º, 40.º, 47.º, 49.º, 50.º, 62.º e 70.º do RJAEL).

E no Ac. do TdC n.º 16/2016-1ª.S/PL de 27/9, «...O art.º 32º visa a proteção de interesses financeiros públicos, tendo como objetivo excluir do circuito económico entidades empresariais que contribuem para finanças públicas desequilibradas ou impedir que entidades públicas adquiram posições sociais em sociedades económica e financeiramente inviáveis que, por essa via, também contribuem para o desequilíbrio das finanças públicas...».

São estas as noções a atribuir à interpretação do diploma, designadamente, ao seu art.º 32º (o aqui chamado RJAEL).

De resto, a intervenção do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia, como resulta do art.º 23º do RJAEL incide, exatamente, na verificação, em concreto, dos elementos apontados no art.º 32º.

Artigo 23.º

Fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas

1 - A constituição ou a participação em empresas locais pelas entidades públicas participantes está sujeita à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao ato.

2 - A fiscalização prevista no número anterior incide sobre a minuta do contrato de constituição da empresa local ou de aquisição de participação social, **bem como sobre os elementos constantes do artigo 32.º**

3 - O processo de visto é instruído nos termos legalmente estabelecidos.

A norma contida no art.º 32º do RJAEL lida e percebida de acordo com a interpretação do destinatário e as exigências da boa-fé, **não pode deixar de ter o sentido expresso na decisão recorrida**, que agora se reafirma, e que se harmoniza com os princípios constitucionais da boa administração, do mérito ou da eficiência para o sector público empresarial (art.º 81º, al. c) da CRP: “Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público”.



Tribunal de Contas

Esta interpretação está conforme à Jurisprudência do Tribunal de Contas (Acórdãos n.ºs 22/2013 - 06.set. - 1ª S/SS, 32/2013 - 02.dez. - 1ª S/SS 08/2015 - 03.mar. - 1ª S/PL, 16/2016 - 27.set. - 1ª S/PL, entre outros).

Por ser este o sentido e o alcance com que a norma deve valer, a deliberação da AM de Viseu em apreço viola, diretamente, a norma e princípios ínsitos ao art.º 32º, em análise, enfermando, assim, de nulidade.

A deliberação da AM de Viseu comporta a possibilidade de realização de despesas não autorizadas por lei, sendo, pois, nula. (vide artigo 59.º, n.º 2, al. c), da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro).

Nos termos do art.º 44º, n.º 3, a) e b) da LOPTC, constituiu fundamento de recusa de visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que implique a nulidade ou violação direta de normas financeiras.

IV – DECISÃO

Pelos fundamentos expostos,
Em Plenário da 1.ª Secção, acorda-se em **negar provimento ao recurso** e, em consequência, **manter a decisão** de recusa de visto.

São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL n.º 66/96 de 31 de maio.

Lisboa, 3 de novembro de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(Laura Tavares da Silva – Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(José Luís Pinto Almeida)

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto



Tribunal de Contas

(José Vicente de Almeida)



DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Adiro ao sentido da decisão vertido no acórdão em apreço e que se traduz na confirmação da recusa do visto à deliberação da Assembleia Municipal de Viseu de 29.06.2015, melhor identificada em I.
2. Contudo, não subscrevo, por inteiro, a fundamentação prévia à citada Decisão, por insuficiente clareza na delimitação das questões a apreciar e suscitadas pela entidade recorrente e contido recurso à materialidade [fixada em sede própria] com aptidão para melhor basear as definidas soluções de direito.

Na verdade, admitida, no acórdão recorrido, a viabilidade económico-financeira da empresa local a constituir, impunha-se, tão-só, a apreciação do requisito reportado à “*racionalidade acrescentada*”, autónoma daquele primeiro, e previsto no art.º 32.º, n.º 1, do RJAEL [Lei n.º 50/2012, de 31.08].

Por outro lado, e ainda na demonstração ou não da verificação do requisito “*racionalidade acrescentada*”, entenderíamos, como ajustado, um mais amplo e concreto confronto da materialidade tida como provada [designadamente, os estudos elaborados pelo Município de Viseu] com as exigências contidas nos n.ºs 1 e 2, do art.º 32.º, ainda do RJAEL, logrando-se, por esta via, uma acrescida sustentação das vantagens sobrevindas à alteração de um modelo de gestão direto para um outro de gestão delegada.

Lisboa, 3 de Novembro de 2017.

O Juiz Conselheiro,



Tribunal de Contas

Alberto Fernandes Brás