

ACÓRDÃO N.º 08/2013 - 01.abr. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1862/2012)

DESCRITORES: Contrato-Programa / Preço de Mercado / Preço Subsidiado / Subsídios / Fiscalização Prévia / Aplicação da Lei no Tempo / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. O contrato-programa relativo à limpeza e higiene pública do município traduz uma efetiva aquisição/prestação de serviços, feita pelo município a uma empresa local, que atento o valor envolvido está sujeito a fiscalização prévia, por força da al. b) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 46.º e do art.º 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e art.º 145.º da Lei 66-B/2012, de 31 de dezembro.
2. A atribuição à empresa local de contrapartidas *“sob a forma de estimativa de subsidiação à política de preços”* deve corresponder à diferença entre o *“desenvolvimento da actividade a preços de mercado”* e os proveitos que a empresa efectivamente retira directamente da actividade desenvolvida, com base nos *“preços subsidiados numa ótica de interesse geral”*.
3. Não tendo sido feita a justificação, exigida pela lei, de que o subsídio corresponda à diferença entre o desenvolvimento da actividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral, não foi dado adequado cumprimento ao disposto no n.º 3 *in fine* do art.º 47.º do Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local (RJAEL).
4. A consagração no contrato-programa de uma parcela autónoma, correspondente a 5%, destinada à remuneração dos capitais investidos, desligada da ponderação entre *“preços de mercado”* e *“preços subsidiados”*, e sem atender à situação global da empresa, segundo critérios de razoabilidade, constitui violação do disposto no n.º 3 do art.º 47.º do RJAEL.

5. A análise da determinação do montante do subsídio, de acordo com os princípios e regras definidos pelo direito comunitário, não se enquadra no exercício dos poderes de fiscalização prévia, exigindo o recurso a metodologias de análise económica e de auditoria, ou seja, no âmbito do exercício dos poderes de fiscalização sucessiva.
6. O facto do subsídio à exploração ter sido fixado ao abrigo de acordo parassocial celebrado antes da entrada em vigor do RJAEL não colhe face ao que se dispõe no n.º 2 do art.º 12.º do Código Civil, in fine: *“quando [a lei] dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”*.
7. A violação do disposto no n.º 3 do art.º 47.º do RJAEL, norma de inquestionável natureza financeira, constitui fundamento de recusa do visto nos termos das als. b) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO N° 8 /2013 – 1.ABR-1ª S/SS

Processo n° 1862/2012

I – OS FACTOS

1. A Câmara Municipal de Braga (doravante designada por CMB ou por Câmara Municipal) remeteu, para fiscalização prévia deste Tribunal, um contrato-programa, subscrito em 7 de dezembro de 2012, pelo Município de Braga e pela AGERE – Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM (doravante designada por AGERE), relativo à limpeza e higiene pública naquele município, no valor de € 3.040.576,56, e para vigorar de 1 de janeiro a 31 de dezembro de 2013.
2. No referido contrato-programa estabelece-se, no que releva para a presente decisão, o seguinte:
 - a) *“Este contrato tem por objeto, estabelecer para o ano de 2013 as condições a que as partes se obrigam para a realização dos objetivos programados no que respeita à exploração da atividade no âmbito da limpeza e higiene pública no Município de Braga e infra-estruturas municipais definidas por este, bem como eventuais intervenções na conservação e reparação de águas pluviais cujo interesse público o justifique, visando desenvolver estas atividades com política de preços dos quais decorrem receitas operacionais inferiores aos custos anuais”¹;*
 - b) São objetivos da AGERE, estabelecidos pela CMB no contrato²:
 - i. *“Proceder à recolha dos resíduos sólidos urbanos da área do Município (...)”;*
 - ii. *“Assegurar a manutenção geral da higiene e limpeza do Município (...)”;*
 - iii. *“Gerir o canil/gatil do Município”;*
 - c) *“Pela prossecução dos objetivos (...) a CMB obriga-se a atribuir, durante o ano de 2013, à AGERE, uma contrapartida global sob a forma de estimativa de subsídio à política de preços, avaliada em € 3.040.576,56 (...)”.*
3. Para melhor se compreender e fundamentar a presente decisão, deve ainda atender-se aos seguintes factos relativos à AGERE³:
 - a) A AGERE é uma empresa municipal de capitais maioritariamente públicos⁴. O capital social é subscrito⁵ em 51% pelo Município de Braga, e em 49% por entidades privadas⁶;

¹ Vide cláusula 1º do contrato.

² Vide cláusula 2º do contrato.

³ Negritos da nossa responsabilidade.

⁴ Vide artigo 2º dos respetivos estatutos, a fls. 110 e ss. do processo.

⁵ Vide artigo 25º dos estatutos, a fls. 110 e ss. do processo.



- b) A AGERE tem por objeto social principal “(...) a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público; a recolha, tratamento e rejeição de efluentes; a recolha e deposição de resíduos sólidos urbanos e a limpeza e higiene públicas”⁷;
- c) No acordo parassocial celebrado entre o Município de Braga e os parceiros privados que participam no capital da AGERE ⁸ dispõe-se na sua cláusula 7^a:
- “1. O município obriga-se a celebrar anualmente com a empresa os contratos-programa que se venham a revelar necessários, com o objetivo de lhe atribuir compensações para fazer face, **nomeadamente, ao défice gerado em consequência da exploração das atividades de higiene e limpeza urbana e canil/gatil municipal, e aos montantes por aquela não recebidos, decorrentes da prática de preços ou tarifas sociais e reduzidas.** (...)”
3. O montante dos subsídios e das indemnizações compensatórias que a Empresa terá direito a receber como contrapartida das obrigações assumidas, **será fixado em função da estimativa dos custos diretos e indiretos anuais, acrescidos de uma percentagem de 5% (cinco por cento), deduzidos da estimativa das receitas respetivas e será, pelo Município, pago mensalmente.**
4. Concluído o encerramento anual de contas da Empresa, deverá esta, nos trinta dias subsequentes, e com base na contabilidade analítica, tratar de apurar o valor real dos custos, acrescidos de 5%, e das receitas, ambos referidos no ponto anterior e de o comunicar ao Município para efeitos de acerto de contas. Nos trinta dias subsequentes, caberá ao município, pagar à empresa, todas e quaisquer importâncias em falta durante o ano em questão, ou à empresa, devolver ao município, quaisquer verbas recebidas a mais a título de indemnização compensatória”.
4. Além do referido nos números anteriores, relevam para a presente decisão os seguintes factos e alegações constantes do processo:
- a) Tendo-se questionado a CMB sobre como foi calculado o valor da transferência financeira a operar ao abrigo do presente contrato-programa, aquela Câmara Municipal informou “(...) que o valor do Contrato-Programa da Agere para 2013, foi calculado com base no encerramento das contas de junho de 2012, extrapoladas para todo o ano de 2012, e sobre estas aplicando previsões de evolução das contas ao longo de 2013” ⁹;
- b) Na demonstração de resultados previsionais verificou-se que o valor do resultado líquido previsto para a AGERE em 2013 será de € 3.437.311,09, nele se incluindo o subsídio à exploração no montante de € 2.943.442,92¹⁰;
- c) Dado que da demonstração referida na alínea anterior se retira o facto de a previsão dos resultados líquidos da AGERE para o ano de 2013 ser positiva, independentemente da atribuição de qualquer subsídio à exploração, questionou-se a CMB sobre as razões por que considera obrigatória aquela

⁶ São elas: “Domingos da Silva Teixeira, SA”, “Bragaparques – Estacionamentos de Braga, SA” e “Alexandre Barbosa Borges, SA”, conforme decorre do acordo parassocial a fls. 150 e ss. do processo.

⁷ Vide artigo 4º dos estatutos, a fls. 110 e ss. do processo.

⁸ A AGERE corporiza pois uma parceria público-privada institucional.

⁹ Vide nº 1 a fl. 21 do processo.

¹⁰ Vide fl. 79 do processo.



Tribunal de Contas

transferência. Ao que esta respondeu¹¹:

“(...) a Agere exerce a atividade em três áreas de negócio distintas (Água, Saneamento; Higiene e Limpeza), no entanto todas as três áreas são autónomas entre si, pelo que todas elas terão de apresentar um resultado próprio positivo e que permita remunerar os capitais nela investidos. Desta forma concluiu-se que, no caso da área de negócios da Higiene e Limpeza, terá que ser paga pela CMB uma indemnização compensatória, caso contrário o resultado desta área de negócios seria negativa. A prová-lo está o facto do valor da indemnização compensatória ser exatamente a diferença entre os rendimentos e os gastos desta área de negócios, acrescida de uma margem de 5%”;

Foi também junto ao processo o seguinte quadro ¹² com os proveitos e custos previsionais dessa área de negócio, para o corrente ano, dele resultando o cálculo de uma compensação financeira de € 3.040.576,56 (o valor do contrato programa, portanto), já incluindo a componente adicional indicada no montante de € 466.794,95:

Tipo Descrição	Ano de 2013				
	RECOLHA RSU	VARREDURA	CANIL	Sanitários	Total Geral
PROVEITOS	6.725.382,18	26.594,74	8.943,20	1.197,37	6.762.117,48
VENDAS + Prestações Serviços	6.448.075,62	0,00	8.260,92	0,00	6.456.336,54
OUTROS PROV. GANHOS OPERACIO	270.692,90	17.915,11	429,63	864,77	289.902,40
SUBSÍDIOS À EXPLORAÇÃO	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Repartição de outros proveitos indirectos	6.613,66	8.679,63	252,65	332,60	15.878,53
CUSTO	-6.014.589,26	-3.078.228,64	-	-147.175,95	-9.335.899,08
DIRECTOS OPERACIONAIS	-4.770.792,93	-1.815.501,47	-	-98.294,64	-6.743.832,27
OUTROS CUSTOS DIRECTOS	-319.309,62	-49.450,12	59.243,23	-2.388,75	-372.494,02
INDIRECTOS	-924.486,71	-1.213.277,05	1.345,52	-46.492,56	-2.219.572,79
Total Geral	710.792,92	-3.051.633,90	35.316,47	-145.978,58	2.573.781,60
Margem 5% sobre custos e Limpeza			86.962,02		466.794,95
Estimativa anual do Contrato-programa para 2013					3.040.576,56

¹¹ Vide nº 2 na fl. 456.

¹² Vide fl. 459 do processo.



- d) Referiu ainda a CMB¹³: *“É opinião desta autarquia (...) que a margem de 5% (...) deve incluir-se na figura de subsídio à exploração, porque tal margem corresponde ao lucro razoável que qualquer empresa deve poder auferir, para poder continuar na atividade mercantil e remunerar os capitais próprios. O artigo 47º da Lei n.º 50/2012 deve ser objeto de uma interpretação em conformidade com o Direito Europeu, sob pena de uma interpretação que lhe atribua num sentido diferente obter resultados ilegais ou “converter” aquela disposição, com a interpretação que lhe seja atribuída, numa norma ilegal, por violação daquela ordem jurídica. Pelo que não é possível interpretar convenientemente/legalmente a Lei n.º 50/12 sem a enquadrar na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia - especialmente a sufragada no Acórdão Altmark – e, em seu seguimento, no seu sentido jurídico-normativo das decisões da Comissão Europeia. Assim, na opinião deste Município, não existe qualquer ilegalidade que possa fundamentar recusa de visto. Pelo contrário entender que uma margem de lucro razoável não engloba o conceito de subsídio à exploração, para efeitos do artigo 47º da Lei n.º 50/2012, é que será violador das normas de direito europeu (...). Caso esse douto Tribunal entenda, apesar do exposto, que a componente da remuneração de 5% (a margem de lucro razoável) não pode ser titulada no contrato-programa em apreço, o Município, por questões de ordem prática, estará na disponibilidade de, por adenda ao contrato-programa, retirar tal valor do total a transferir”;*
- e) No processo, a CMB defendeu a posição de que os contratos programa não se encontram sujeitos a fiscalização prévia, *“(...) [remetendo-os] por mera cautela, resultante, por um lado, do teor da recente redação do artº 47 n.º 4 da LAEL e, por outro, por ter tido recentemente conhecimento do Acórdão 34/2009 (...) desse Tribunal, de 14 de julho, não tendo remetido (...) os contratos programa celebrados com as empresas municipais em anos anteriores”*¹⁴. Nessa matéria afirma que a questão não é doutrinariamente pacífica, e invoca a seguinte posição: *“(...) sobram-nos bastantes dúvidas sobre se os contratos-programa, nos termos em que a LAEL os desenha, se encaixam em qualquer das alíneas do art. 46.º da LOPTC que especificam os atos e contratos a que se refere o art. 5.º n.º 1 alínea c), sujeitos a fiscalização prévia. Em termos práticos, a questão reside em saber se o contrato-programa se reconduz a uma aquisição de serviços ou não. Sobre este ponto, a LAEL (art. 38.º, n.º 3 e 47.º n.º 6) mostra-se incisivamente enfática a distinguir o contrato-programa e as adjudicações de compras públicas (serviços e outras). Por outro lado, e além das indicações legais claras, recorda-se que o sentido do contrato-programa reside sempre em disciplinar a relação entre as entidades públicas participantes e as empresas locais e, quando for o caso, em atribuir uma compensação financeira, um subsídio à exploração (sendo esta uma contrapartida ditada*

¹³ Ofício n.º S/10/NP/2013, de 26 de março de 2013, que remete um parecer subscrito por Licínio Lopes Martins, assistente da Faculdade de Direito de Coimbra e jurisconsulto.

¹⁴ Vide ponto 2. de ofício fls. 18 e ss.



Tribunal de Contas

pelo facto de se assumir que a empresa não desenvolve uma atividade capaz de gerar receitas suficientes para suportar os custos do seu financiamento)¹⁵”.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II-A. Principais questões a dilucidar

5. Como resulta dos factos elencados, pela execução da atividade programada no contrato, com os objetivos que foram fixados pela CMB, esta obriga-se a atribuir à empresa local AGERE uma contrapartida “*sob a forma de estimativa de subsídio à política de preços*” no montante de € 3.040.576,56. Este montante é o que resulta da estimativa da diferença entre proveitos e custos (€ 2.573.781,60) acrescida de um montante equivalente a 5% do valor apurado como custos, para remuneração de capitais investidos (€ 466.794,95).
6. Para além de decidir sobre a sujeição, ou não, do contrato-programa a fiscalização prévia, a questão que no presente processo se suscita é somente a seguinte: pode o contrato-programa estabelecer uma prestação financeira fixada naqueles termos?
7. Tal questão pode, contudo, ser desdobrada noutras:
 - a) Na determinação do montante do subsídio, foi respeitado o critério legalmente fixado de dever corresponder à “*diferença entre o desenvolvimento da atividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral*” e tal diferença foi objetivamente justificada?
 - b) Na determinação do subsídio à exploração, no âmbito de um contrato-programa, pode ser incluída uma componente autónoma de remuneração de capitais investidos, baseada sobre os custos?
 - c) Na determinação do montante do subsídio foram respeitados os princípios e regras definidos a partir do direito comunitário?
8. Dado que o subsídio à exploração foi fixado nos termos de acordo parassocial celebrado antes da entrada em vigor da Lei nº 50/2012, de 31 de agosto, que estabelece o regime jurídico da atividade empresarial local (RJAEL), deverá ainda abordar-se sucintamente a questão da aplicação desta lei no tempo.

II-B. Sobre a sujeição do contrato-programa a fiscalização prévia

9. Veja-se desde já a questão suscitada pela CMB de o presente contrato-programa poder não estar sujeito a fiscalização prévia.

Note-se: o contrato-programa é celebrado por um município: está este pois sujeito à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro deste Tribunal e o contrato está

¹⁵ In Pedro Gonçalves, “*Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*”, 2012, Almedina.



Tribunal de Contas

abrangido pela sua competência material essencial, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 2º e da alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC¹⁶.

O contrato-programa traduz-se substancialmente numa aquisição de serviços que é feita pelo município a uma empresa local: serviços de recolha dos resíduos sólidos urbanos e de manutenção geral da higiene e limpeza do Município e ainda de gestão do seu canil/gatil. Tal prestação de serviços é feita mediante o pagamento de uma contrapartida.

É verdade que o RJAEL, aponta para uma diferença entre contratos-programa e contratos de aquisição de serviços: mas essa distinção tem pressupostos e consequências que relevam na disciplina da atividade empresarial local, mas são irrelevantes no estabelecimento da competência do Tribunal em matéria de fiscalização prévia.

Mas note-se: o próprio RJAEL refere, no nº 1 do seu artigo 47º, a “*prestação de serviços de interesse geral*”.

Não nos iludamos: os contratos-programa traduzem efetivamente uma prestação/aquisição de serviços, ou outras aquisições patrimoniais, como é patente no caso *sub judicio*.

O contrato-programa, face ao valor envolvido na despesa, está pois sujeito a fiscalização prévia, por força da alínea b) do nº 1 e do nº 2 do artigo 46º e do artigo 48º da LOPTC e artigo 145º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de dezembro.

E, se dúvidas ainda restassem, veio dispor o artigo 47º do RJAEL, no seu nº 7: “*Independentemente do cumprimento dos demais requisitos e formalidades previstos na lei, a celebração dos contratos-programa deve ser comunicada à Inspeção-Geral de Finanças e, quando não esteja sujeita a visto prévio¹⁷, ao Tribunal de Contas*”.

O contrato em causa está pois sujeito a fiscalização prévia.

Analise-se pois a matéria.

II-C. Sobre se o montante do subsídio de exploração corresponde à “*diferença entre o desenvolvimento da atividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral*” e sobre se tal diferença foi objetivamente justificada

¹⁶ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

¹⁷ Observação nossa: pode um contrato-programa não estar sujeito a fiscalização, por outros fundamentos. Designadamente, pelo seu valor.



Tribunal de Contas

10. Tem esta questão de ser vista à luz do que se dispõe no RJAEL, que disciplinando a atividade empresarial local, é fundamental para se determinar o regime jurídico aplicável no presente caso.

Deve igualmente ter-se presente o disposto no Decreto-Lei n° 194/2009, de 20 de agosto (regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos)¹⁸, por força do disposto no artigo 69° do RJAEL.

A AGERE é uma empresa local, com capitais detidos minoritariamente por entidades privadas, nos termos do n°1 do artigo 19° e 33° do referido RJAEL.

A AGERE configura pois o que a doutrina tem vindo a qualificar como uma parceria público-privada institucionalizada.

A AGERE é uma empresa local de gestão de serviços de interesse geral, nos termos do artigo 20° e alíneas d) e e) do artigo 45° do RJAEL e do artigo 3° e da alínea c) do n° 1 do artigo 7° do referido Decreto-Lei n° 194/2009.

Nos termos do artigo 47° do mesmo RJAEL:

- a) A prestação de serviços de interesse geral pelas empresas locais depende da prévia celebração de contratos-programa com as entidades públicas participantes;
- b) Os contratos-programa devem definir detalhadamente o fundamento da necessidade do estabelecimento da relação contratual, a finalidade desta, assim como a eficácia e a eficiência que se pretende atingir com a mesma, concretizando um conjunto de indicadores ou referenciais que permitam medir a realização dos objetivos setoriais.

No presente caso, estas normas foram respeitadas. Contudo, o artigo 47° tem outras determinações.

Como se sabe, a prestação de serviços de interesse geral pode não ser economicamente sustentável e ou justificar a condução de uma política de estabelecimento de preços ou de fixação de preços subsidiados.

Por isso, o legislador previu, que a prestação daqueles serviços pudesse dar origem a subsídios à exploração a prever nos contratos-programa.

Nesse sentido vai o presente contrato-programa quando nele se refere que o subsídio constitui uma “*contrapartida global sob a forma de estimativa de subsidiação à política de preços*”.

¹⁸ Alterado pelo Decreto -Lei n.º 92/2010, de 26 de agosto, e 307/2009, de 23 de outubro (regime jurídico da reabilitação urbana).



Nesse sentido foi igualmente o acordo parassocial estabelecido entre a CMB e os seus parceiros privados, quando estabeleceu no nº 1 da sua cláusula 7ª acima transcrita que o *“município obriga-se a celebrar anualmente com a empresa os contratos-programa que se venham a revelar necessários, com o objetivo de lhe atribuir compensações para fazer face, nomeadamente, ao défice gerado em consequência da exploração das atividades de higiene e limpeza urbana e canil/gatil municipal, e aos montantes por aquela não recebidos, decorrentes da prática de preços ou tarifas sociais e reduzidas”*.

11. Seguindo o que se dispõe nos números 3 e 4 do referido artigo 47º, os subsídios à exploração devem ser entendidos como *“transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da atividade de interesse geral”* porque as *“receitas operacionais anuais [são] inferiores aos custos anuais”*, devendo esta situação ser **objetivamente justificada** com base na *“diferença entre o desenvolvimento da atividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral”*.

Nessa linha vai também o POCAL quando refere:

- a) *“[O]s subsídios são os fluxos financeiros não reembolsáveis para as empresas públicas municipais, intermunicipais ou empresas participadas destinadas a influenciar níveis de produção, preços ou remuneração de factores de produção”*¹⁹;
- b) *“Os subsídios são transferências correntes concedidas sem contrapartida a unidades produtivas, como é o caso das empresas públicas municipais, intermunicipais ou empresas participadas, com o objectivo de influenciar níveis de produção, preços ou remunerações dos factores de produção”*²⁰.

Assim, ao abrigo do contrato-programa, podem ser atribuídos subsídios à exploração necessários ao financiamento da atividade, desenvolvida com preços subsidiados.

12. Para determinação dos montantes dos subsídios o legislador estabeleceu pois um critério: devem eles corresponder à diferença entre o *“desenvolvimento da atividade a preços de mercado”* e os proveitos que a empresa efetivamente retira diretamente da atividade desenvolvida, com base nos *“preços subsidiados numa ótica de interesse geral”*.
13. Contudo, o legislador não desenvolveu o conceito de *“preço de mercado”*. Sobre tal conceito pronunciou-se recentemente este Tribunal²¹ tendo concluído que *“a jurisprudência, a prática e a doutrina comunitárias têm reconhecido a dificuldade de aplicação deste parâmetro, mas o certo é que nunca se reportaram a preços fixados com base exclusiva em custos. Ou consideraram que deveria ser o mercado a determinar esse preço ou admitiram que o preço de referência deveria*

¹⁹ Vide POCAL, nº 11, Notas explicativas, 11.2 – Contas de classificação económica – Despesas correntes – Capítulo 05 – Despesas correntes.

²⁰ Vide POCAL, nº 11.3 – Classificação orçamental e patrimonial - Classe 6 “Custos e perdas”.

²¹ Vide Acórdãos nºs 4 e 5 /2013 – 4.mar-1ª S/SS. Trechos assinalados a negro da nossa responsabilidade.



ser orientado para circunstâncias de mercado, através do estudo de comparadores ou de avaliações independentes”.

14. De tudo o que se referiu, deve concluir-se: o montante de um subsídio à exploração deve corresponder à diferença entre os proveitos que se obteriam com o desenvolvimento da atividade a preços de mercado – com as justificações objetivas invocadas no número anterior - e os proveitos que se obtêm com o desenvolvimento da atividade a preços subsidiados.

Note-se: os conceitos fundamentais em que a solução legal se estriba são pois os de “preço de mercado” e de “preço subsidiado”.

Sublinhe-se ainda o seguinte: na determinação do preço de mercado – nos termos referidos no número anterior – terá naturalmente de ter-se em conta a remuneração de todos os fatores de produção, incluindo o capital investido.

15. Perante tal entendimento, deve assinalar-se que, no presente processo, pese embora se tenha defendido que o montante do subsídio corresponde, em parte, à diferença entre custos diretos e indiretos e proveitos, **não foi feita a justificação exigida pela lei de que o subsídio corresponde à “diferença entre o desenvolvimento da atividade a preços de mercado e o preço subsidiado na ótica do interesse geral”.**

Portanto, não foi dado adequado cumprimento ao disposto no nº 3 *in fine* do artigo 47º do RJAEL.

16. Mas não só essa justificação não foi feita, como sobre a diferença entre custos, diretos e indiretos, e os proveitos obtidos, se adicionou uma parcela autónoma de 5 % destinada à remuneração de capitais e que se pretende integrar no subsídio à exploração.

Dessa matéria se tratará a seguir.

II-D. Sobre se pode ser incluída uma componente autónoma de remuneração de capitais investidos, baseada sobre os custos, na determinação do subsídio à exploração, no âmbito de um contrato-programa

17. Como se viu, para além da diferença entre custos diretos e indiretos e proveitos, o montante fixado para o subsídio à exploração inclui ainda uma parcela autónoma correspondente a 5 %, destinado à remuneração dos capitais investidos.

O que está pois também em causa, neste processo, é a determinação de um subsídio que, nos termos do nº 2 da cláusula 7ª do acordo parassocial, “*será fixado em função da estimativa dos custos diretos e indiretos anuais, acrescidos de uma percentagem de 5% (...), deduzidos da estimativa das receitas respetivas*”.



Sublinhe-se desde já que na avaliação dos custos se teve em conta os custos **diretos e indiretos** ²².

Relembre-se ainda que os capitais investidos na empresa terão origem nos respetivos sócios: **público e privados**. Ora, não se clarifica no processo se esta margem de 5 % se destina a remunerar todos os capitais, se só o dos parceiros privados.

Mas de qualquer modo a questão essencial não é essa. É antes a de que um contrato-programa que se estriba no RJAEL não pode fixar subsídios à exploração que ultrapassem a **diferença entre “receitas operacionais anuais” e “custos anuais”**, diretos e indiretos, com a demonstração já referida relacionada com o **“desenvolvimento da atividade a preços de mercado”**.

Como a própria CMB veio argumentar ²³ *“o sentido do contrato-programa reside sempre em disciplinar a relação entre as entidades públicas participantes e as empresas locais e, quando for o caso, em atribuir uma compensação financeira, um subsídio à exploração (sendo esta uma contrapartida ditada pelo facto de se assumir que a empresa não desenvolve uma atividade capaz de gerar receitas suficientes para suportar os custos do seu financiamento)”*.

18. A questão essencial é a de que se fixa uma componente do subsídio à exploração à revelia da solução legal que se estriba, como já se disse, nos conceitos de “preço de mercado” e de “preço subsidiado”, sendo que aquele deve ter em conta, naturalmente, a remuneração de todos fatores de produção.
19. E não se argumente com as disposições do POCAL acima transcritas, quando nelas se prevê que *“os subsídios são os fluxos financeiros [ou transferências correntes] não reembolsáveis para as empresas públicas municipais (...) destinados (...) [à] remuneração de fatores de produção”*. Portanto, segundo essa possível argumentação, a remuneração do capital investido poderá integrar, em componente autónoma, o subsídio à exploração.

Acontece que o POCAL tem um objeto da maior importância, mas circunscrito: estabelece o regime da contabilidade autárquica. Dele não se podem tirar ilações sobre como se deve calcular um subsídio à exploração, ao abrigo de contrato-programa, nos termos do RJAEL.

20. Diga-se ainda, quanto a esta questão, que a celebração de contratos-programa e os correspondentes subsídios à exploração inserem-se na relação entre entidades públicas participantes e empresas locais. A remuneração de capitais investidos deveria inserir-se no domínio da relação entre sócios e ao abrigo dos mecanismos relativos ao equilíbrio de contas e a outros do direito das sociedades comerciais. E, portanto, fora do âmbito de um contrato-programa.

²² Veja-se acima o quadro constante da alínea c) do n.º 4.

²³ Vide acima alínea d) do n.º 4.



21. A solução adotada no acordo parassocial e no presente contrato-programa enferma ainda de outro problema: como já se disse, a solução legal assenta numa ponderação entre preços de mercado e preços subsidiados. Ora, a solução constante do contrato assenta numa percentagem de 5% sobre os custos verificados, ainda que deduzidos os proveitos. Isto é: quanto maiores forem os custos, mantendo-se o nível de proveitos, maior será a remuneração dos capitais. A solução para além de se distanciar da legalmente prevista, parece paradoxal.
22. Ao contrário do que foi alegado pela CMB ²⁴, não está em causa a remuneração dos capitais investidos, que resulta da própria natureza económica e empresarial da atividade e dos regimes jurídicos aplicáveis²⁵. O que está em causa, repete-se, é que essa remuneração seja feita autonomamente, no contrato-programa, desligada da ponderação entre “preços de mercado” e “preços subsidiados”, e sem atender à situação global da empresa, segundo critérios de razoabilidade, como melhor se referirá abaixo. E está igualmente em causa a possibilidade de ocorrer uma dupla remuneração dos capitais: por via da ponderação dos custos, diretos e indiretos, e por via da percentagem complementar atribuída.
23. A consagração no contrato-programa de parcela autónoma correspondente a 5 %, destinada à remuneração dos capitais investidos, constitui pois violação do disposto no n.º 3 do artigo 47.º do RJAEL.
24. No final da instrução do processo veio a CMB afirmar a sua disponibilidade para proceder à alteração do contrato-programa, por adenda, retirando do subsídio à exploração esta parcela. Lamenta-se que, apesar de antes ter sido sugerida tal possibilidade ²⁶, só agora – quando o prazo estabelecido na lei para a presente decisão se está a esgotar - aquela autarquia dê um sinal nesse sentido e invocando “questões de ordem prática”.

II-E. Sobre se foram respeitados os princípios e regras definidos a partir do direito comunitário na determinação do montante do subsídio à exploração

25. No presente processo, ainda outro aspeto deve ser sublinhado: é que a AGERE se for globalmente considerada – como não pode deixar de ser - é uma empresa em que o total dos proveitos é superior ao total dos custos. Como se viu, na demonstração de resultados previsionais para 2013, verifica-se que o valor do resultado líquido previsto para a AGERE será de € 3.437.311,09, neste estando já incluído um subsídio à exploração no montante de € 2.943.442,92. Assim, é claro que retirando do valor apresentado para resultado líquido este valor de subsídio à exploração, mantém-se um resultado positivo.

Ora, um subsídio à exploração conferido por um município a uma empresa – ainda que empresa local - é um auxílio público, segundo a concetualização do direito da concorrência.

²⁴ Designadamente no parecer junto ao processo e acima referido na nota 13.

²⁵ Vide designadamente o disposto no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, que tem de se compaginar com o disposto no RJAEL.

²⁶ Vide decisões tomadas em sessão diária de visto de 26 de fevereiro e de 5 de março de 2013.



Perante aquela situação de a empresa ter, antes da atribuição de um subsídio, um resultado líquido positivo, deve suscitar-se a questão de saber se o concreto montante do subsídio à exploração previsto respeita os princípios e regras a que se subordinam os auxílios públicos.

26. Como se sabe, a questão dos auxílios públicos é objeto de extensa regulação no direito comunitário, originário e derivado, e por essa via no direito nacional, em respeito ao princípio da concorrência que, por sua vez, constitui um princípio nuclear não só do direito da concorrência mas também do direito da contratação pública.

O nº 2 do artigo 106º do Tratado de Funcionamento da União Europeia constitui o fundamento jurídico para a apreciação da admissibilidade dos auxílios públicos concedidos para efeitos da prestação de serviços de interesse económico geral, declarando que as empresas encarregadas de tal prestação ficam submetidas ao disposto no Tratado, designadamente às regras da concorrência.

Face ao caso concreto, note-se que no nº 1 do mesmo artigo, o Tratado prevê que *“[n]o que respeita às empresas públicas (...), os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados”*.

Relembre-se também que o nº 1 do artigo 107º do Tratado estabelece que *“são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”*.

Nessa linha, a Lei nº 19/2012, de 8 de maio, (Lei da Promoção e Defesa da Concorrência), veio igualmente determinar, no seu artigo 65º, que *“[os] auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir, distorcer ou afetar de forma sensível a concorrência no todo ou em parte substancial do mercado nacional”*.

Foi ao abrigo e à luz daquelas disposições do Tratado que se produziram atos derivados de direito comunitário, jurisprudência e doutrina.

27. Por se relacionar com a matéria do processo, relembre-se que o Tribunal de Justiça da União ²⁷ veio afirmar que as compensações de serviço público não constituem auxílios estatais, na aceção do nº 1 do artigo 107º ²⁸, desde que estejam reunidos quatro critérios cumulativos:

²⁷ Vide processos C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* («Altmark»), Colectânea 2003, p. I-7747 e processos apensos C- -34/01, a C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, Colectânea 2003, p. I-14243.

²⁸ Não se lhes aplicando o previsto no artigo 108º do Tratado.



- a) A empresa beneficiária deve ser efetivamente incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e tais obrigações devem estar claramente definidas;
- b) Os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente;
- c) A compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir, total ou parcialmente, os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável;
- d) Quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efetuada no âmbito de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a coletividade, o nível de compensação necessário deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com os meios necessários, teria suportado.

28. Também com impacto na matéria constante do processo, relembre-se a Decisão da Comissão Europeia de 20 de dezembro de 2011 (2011/21/UE) ²⁹, que “*apresenta as condições em que os auxílios estatais a favor de um serviço de interesse económico geral não estão sujeitos à obrigação de notificação prévia prevista no artigo 108º, nº 3, do Tratado se puderem ser considerados compatíveis com o artigo 106º, nº 2, do Tratado*” onde se estatui, nomeadamente, o seguinte:

- a) O montante da compensação não deve exceder o necessário para cobrir os custos líquidos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável³⁰;
- b) Por «lucro razoável» entende-se a taxa média de rentabilidade do capital que seria exigida por uma empresa média que ponderasse a prestação do serviço de interesse económico geral, ao longo da totalidade do período de atribuição, tendo em consideração o nível de risco. Por «taxa de rentabilidade do capital», entende-se a taxa interna de rentabilidade que a empresa obtém sobre o capital investido durante o período de atribuição³¹;
- c) Os Estados-Membros devem assegurar que a compensação concedida pela gestão do serviço de interesse económico geral preenche os requisitos estabelecidos e, nomeadamente, que a empresa não recebe uma compensação superior³².

²⁹ Decisão da Comissão, de 20 de dezembro de 2011, relativa à aplicação do artigo 106º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.

³⁰ Vide artigo 5º nº 1.

³¹ Vide artigo 5º nº 5.

³² Vide artigo 6º.



29. Por ser igualmente relevante para a matéria agora suscitada, deve atender-se ao que se doutrina na Comunicação da Comissão 2012/C8/02, de 11 de janeiro de 2012 ³³.

Nomeadamente o seguinte:

- a) Os parâmetros com base nos quais é calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos, de forma objetiva e transparente, a fim de evitar que inclua uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes ³⁴;
- b) Quando a empresa beneficia de um lucro razoável enquanto parte da sua compensação, o ato de atribuição deve também estabelecer os critérios de cálculo desse lucro ³⁵;
- c) Se o serviço de interesse económico geral for atribuído no âmbito de um processo de concurso, o método de cálculo da compensação deve ser incluído nas informações fornecidas a todas as empresas que pretendam participar nesse processo de concurso ³⁶;
- d) De acordo com o terceiro critério do acórdão Altmark, a compensação não deve ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável. Por conseguinte qualquer mecanismo relativo à seleção do prestador do serviço deve ser concebido de forma a garantir o nível de compensação determinado com base nestes elementos ³⁷.

30. Finalmente deve atender-se ainda ao que se doutrina na Comunicação da Comissão 2012/C8/03 , também de 11 de janeiro de 2012 ³⁸, pese embora o contrato-programa em apreço pareça não se inserir no âmbito do seu objeto de aplicação. Nomeadamente o seguinte:

- a) Sempre que uma empresa seja encarregada da gestão de vários serviços de interesse económico geral, de natureza diferente ou atribuídos por entidades distintas, as contas internas da empresa devem permitir verificar a ausência de uma compensação em excesso no que se refere a cada um dos serviços ³⁹;
- b) Uma vez que a compensação em excesso não é necessária para a gestão do SIEG, constitui um auxílio estatal incompatível ⁴⁰.

31. No presente caso toda esta problemática assume ainda maior relevo na medida em que a AGERE consubstancia uma parceria público-privada institucionalizada, com

³³ Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, publicada no JOUE de 11 de janeiro de 2012.

³⁴ Vide o nº 54.

³⁵ Vide o nº 57.

³⁶ Vide o nº 59.

³⁷ Vide o nº 60.

³⁸ Comunicação da Comissão relativa ao Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2011), publicada no JOUE de 11 de janeiro de 2012.

³⁹ Vide nº 44.

⁴⁰ Vide nº 48.



a participação de capitais privados, suscitando-se assim questões relativas ao princípio da concorrência, mas também ao princípio da igualdade.

32. Do que foi exposto resulta que a questão da dimensão do apoio a atribuir à AGERE pelo desenvolvimento de serviços de interesse geral deve ser objeto de avaliação, numa perspetiva de respeito pela legalidade comunitária e nacional, nesta se incluindo uma ponderação sobre razoabilidade e fundamentação económica, seguindo os critérios legais, jurisprudenciais e doutrinários, em parte acima referidos.

A questão central que se deve suscitar é a seguinte: **a remuneração dos capitais investidos prevista como parcela autónoma no contrato-programa – e que nessa dimensão viola a lei, como acima se defendeu - obedece ao requisito de “lucro razoável” imposto pela legislação, doutrina e jurisprudência, tendo em conta a AGERE na sua dimensão integral?**

Ora, tal ponderação e a resposta a essa pergunta não se podem enquadrar no exercício dos poderes de fiscalização prévia deste Tribunal, porque o âmbito de análise ultrapassa o do instrumento contratual sujeito a fiscalização e ainda, designadamente, por tal ponderação e resposta exigirem a intervenção de metodologias de análise económica e de auditoria.

Todavia, tais avaliações e ponderações podem ser justificadas no âmbito do exercício dos poderes de fiscalização sucessiva deste Tribunal.

II-F. Sobre a aplicação da lei no tempo

33. A tudo o que foi dito poderia argumentar-se com o facto de o valor do subsídio extraordinário ter sido fixado ao abrigo de acordo parassocial celebrado antes da entrada em vigor do RJAEL.

Mas tal argumento não colhe face ao que se dispõe no n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, *in fine*: “quando [a lei] dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”. Ora, o RJAEL abstraiu-se claramente dos factos que, na matéria agora em causa, poderão dar origem à fixação dos subsídios à exploração.

II-G. Sobre a relevância do exposto no exercício das competências de fiscalização prévia

34. Impõe-se concluir.

Face a tudo o que foi referido – mas muito especialmente nos n.ºs 10 a 23 – foi violado o disposto no n.º 3 do artigo 47.º do RJAEL.

Tal disposição tem inegavelmente natureza financeira, na medida em que nela se fixam os critérios de determinação do que pode ser uma comparticipação financeira pública para suporte da atividade de uma empresa local.



Deve observar-se ainda que se a lei tivesse sido respeitada, o subsídio à exploração teria sido de montante inferior.

35. Ora, dispõem as alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC que constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade de atos, contratos e demais instrumentos sujeitos a fiscalização prévia com as leis em vigor que implique violação direta de normas financeiras e ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

III – DECISÃO

36. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato-programa acima identificado.
37. Face ao que acima se expôs, em particular nos n.ºs 25 a 32, mais decidem mandar remeter cópia da presente decisão e do processo ao Juiz Conselheiro, na 2ª Secção deste Tribunal, responsável pela área das autarquias locais.
38. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁴¹.

Lisboa, 1 de abril de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Carlos Morais Antunes)

(António José Mira Crespo)

⁴¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/00, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)