

ACÓRDÃO N.º 32/2013 - 02.dez. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1179/2013)

DESCRITORES: Fusão de Empresas / Actividade Empresarial Local / Subsídios / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A constituição ou a participação em empresas locais por entidades públicas participantes está sujeita à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao ato, e incide sobre todas as questões que sustentam o juízo de viabilidade económico-financeira do processo de criação ou fusão da empresa local.
2. Constitui requisito legal para a admissão de um processo de fusão de empresas locais a demonstração da viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação de ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada comparativamente a outras opções (dissolução, internalização e integração em serviços municipalizados), sob pena de nulidade [cfr. art.º 32.º do Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local (RJAEL)].
3. Na fusão por incorporação das empresas locais em apreço não foi efectuado, previamente à tomada de deliberação pela opção da fusão, nem apresentado em momento posterior, qualquer estudo que fundamentasse de forma racional e economicamente relevante a opção pela fusão pretendida, por comparação com outro modelo de desenvolvimento das actividades em causa, não se cumprindo, nessa medida, o disposto no art.º 32.º do RJAEL.
4. As entidades públicas participantes não podem conceder às empresas locais quaisquer formas de subsídios ao investimento ou em suplemento a participação de capital (cfr. art.º 36.º, n.º 1 do RJAEL).
5. O projecto de fusão em apreço integra uma operação patrimonial e financeira complexa que implica uma completa alteração à estrutura económico-financeira existente e consubstanciam, materialmente, um reforço dos ativos da nova empresa e da sua capacidade operacional, o que não pode deixar de ser considerado um verdadeiro subsídio ao investimento,

independentemente da forma que assume, proibido pelo n.º 1 do art.º 36.º do RAJEL.

6. As violações de lei mencionadas constituem fundamento de recusa do visto nos termos do art.º 44.º, n.º 1, als. a) e b) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Transitou em julgado em 23/12/13

Acórdão N.º32 /2013, de 2 dezembro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1179/2013, 1ª Secção.

Acordam os Juízes, em Subsecção:

I. RELATÓRIO

O Município de Vila Real remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia ao abrigo da Lei n.º 50/2012 de 30 de agosto, o Projeto de fusão por incorporação da “*Merval – Gestão de mercados e de promoção de projetos de desenvolvimento, EEM*” na “*Vila Real Social, EM*”, ambas participadas exclusivamente pelo Município.

Ao Município foram suscitados esclarecimentos sobre o procedimento adotado, face aos requisitos referidos na Lei n.º 50/2012, tendo o mesmo respondido nos termos referidos infra.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos, face a toda a documentação existente no processo:



Tribunal de Contas

1. O Município de Vila Real apresentou a este Tribunal o «Projeto de fusão por incorporação da “*Merval – Gestão de mercados e de promoção de projetos de desenvolvimento, EEM*”, na “*Vila Real Social, EM*”» (documento em anexo).
2. O executivo Municipal de Vila Real procedeu à aquisição de um estudo de análise à consultora *Deloitte*, no sentido de serem avaliadas as várias possibilidades de reestruturação das empresas municipais.
3. De acordo com o estudo referido, “*Revisão do modelo empresarial do município – relatório final*”, e com data de 1 de fevereiro de 2013, a empresa *Merval* encontrava-se na situação prevista na alínea d) do nº 1 do artigo 62º da Lei nº 50/2012 (resultado líquido negativo nos últimos 3 anos), pelo que teria de ser obrigatoriamente objeto de uma deliberação de dissolução (cf. pg. 96).
4. O estudo, para a referida empresa, apresentou diferentes cenários, como a internalização e alternativas de possibilidades de fusão (cf. pg. 99 e ss).
5. O referido estudo caracteriza o setor empresarial local da autarquia, destacando as atividades até aqui prosseguidas pelas empresas abrangidas pela fusão e refere, em síntese o seguinte:
 - a. A *Merval* (incorporada), constituída em 2001, desenvolve as seguintes atividades:
 - aa) Conceção, criação, comercialização, promoção, desenvolvimento e gestão de parques industriais, mercados e feiras;
 - bb) Apoio ao desenvolvimento de empresas;
 - cc) Promoção e apoio ao desenvolvimento de atividades ligadas a artes e ofícios tradicionais;
 - dd) Elaboração de estudos diversos de desenvolvimento de planos de negócios.
 - b. A *Vila Real Social* (incorporante) desenvolve as seguintes atividades:
 - aa) Promoção de habitação social;
 - bb) Gestão social, patrimonial e financeira do património habitacional do Município de Vila Real, e/ou outros equipamentos de utilidade pública;



cc) Gestão do aeródromo municipal, parques de estacionamento subterrâneo e outras zonas de estacionamento público não concessionado

6. O referido estudo identificou um conjunto de “cenários” possíveis no que respeita à situação futura da empresa Merval e Vila Real Social, apresentando como cenário preferencial a *“fusão da Merval com VRS, dando origem a uma empresa local de objeto social misto. Deverá ser desenvolvido um estudo de viabilidade económico-financeiro que suporte esta fusão de acordo com o artigo 32º da Lei n.º 50/2012, no qual deverão ser previstas duas variantes: uma sem a inclusão do projeto ZEN e outra com a sua inclusão»*.
7. A 18 de fevereiro de 2013, a Câmara Municipal de Vila Real, sustentada nas conclusões do referido estudo e nos cenários possíveis aí identificados, deliberou aprovar «o início do projeto de fusão das empresas municipais Vila Real Social e Merval, por incorporação da Merval na Vila Real Social, (...) sustentado em estudo de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica, (...) que contenha um cenário com a inclusão da gestão do Teatro Municipal de Vila Real”. A referida deliberação da Câmara Municipal não fundamenta a opção tomada pela fusão, em detrimento de cenários alternativos indicados.
8. A Assembleia Municipal de Vila Real aprovou a mesma proposta em 28 de fevereiro de 2013.
9. A Câmara Municipal de Vila Real em 22 de julho de 2013 aprovou o projeto de fusão e o estudo de viabilidade económico-financeiro e racionalidade económica que o suporta, elaborado pela consultora *Ernst & Young*, que incidiu sobre o projeto de fusão da empresa Merval e VRS (cf. fls. 20 e ss).



10. O referido estudo evidencia a operação de aumento de capital social da empresa pós-fusão, através, sobretudo, das entradas e saídas de património, bem como empréstimos junto da Caixa Geral de Depósitos que financiaram os mesmos. A empresa recebe novas parcelas de património e cede outras, fogos de habitação social e o aeródromo, que passam para o Município, tal como os referidos empréstimos. As principais conclusões tiradas são:

- Poupanças obtidas pela operação de concentração, em cerca de €47.000, ano;
- Maior sustentabilidade do ponto de vista dos rendimentos, uma vez que deverá eliminar a necessidade dos subsídios à exploração concedidos pelo Município;
- Irá dotar a nova empresa de um grau de autonomia financeira sólido;
- Níveis positivos no grau de rentabilidade de capitais próprios e volume de negócios;
- O reconhecimento dos subsídios ao investimento irá diminuir drasticamente através da utilização das taxas mínimas fiscais.

11. A Assembleia Municipal de Vila Real por deliberação de 30 de julho de 2013 aprovou, por maioria, o mesmo estudo e o projeto de fusão.

12. O Projeto de fusão refere que o capital social da *Vila Real Social* é de €9.000.000, e o da *Merval* de €4.184.914,36, enquanto que o capital social da sociedade resultante da fusão será de €17.800.000,00. De acordo com o Projeto de Fusão em apreciação, tal valor de capital social resulta das seguintes operações:

“Aumento do capital social da nova entidade pelo valor Euro 13.775.246,56, valor de transferência de ativos patrimoniais do Município de Vila Real para a nova entidade (entrada em espécie);

- i. Euro 859.563,88 referentes ao valor patrimonial da Feira do Levante;*



ii. Euros 11.284.462,32 referentes ao valor patrimonial global de 365 Frações do Bairro da Araucária;

iii. Euro 1.574.460,36 referentes ao valor patrimonial global de 56 Frações do Bairro de S. Vicente Paula;

iv. Euro 56.760 referentes ao valor patrimonial global de 7 Casas Térreas do Bairro de S. Vicente Paula;

•Redução do capital social de Euro 5.752.485,94, resultante da diferença entre o valor dos ativos dos Bairros Sociais de Vila Nova e de Parada de Cunhos na importância de Euro 9.322.141,05 e o valor dos empréstimos obtidos junto da CGD para aquisição de fogos/habitação social destes bairros na importância de Euro 3.569.655,11 ambos transferidos para o Município;

•Redução do capital social de Euro 130.628,67 pela transferência de 21 habitações do Bairro Social da Laverqueira para o Município de Vila Real, ao valor contabilístico (Euro 508.348,67), seguida da transferência da totalidade das habitações e terrenos do Bairro da Laverqueira para a Vila Real Social, ao valor patrimonial tributário atualizado pela recente avaliação efetuada (Euro 377.720,00);

•Redução do capital social de Euro 1.641.882,48 pelo valor da transferência dos ativos do aeródromo para a esfera do Município;

•Adicionalmente, também será realizado um aumento de capital, em dinheiro, pelo valor de Euro 39.098,29;

A presente operação de fusão irá somar a totalidade do Capital Realizado a 30-04-2013 da VILA REAL SOCIAL no valor de Euro 9.000.000 e da Merval Euro 4.184.914,36, totalizando Euro 13.184.914,36, para além de incorporar no Capital Realizado da nova VILA REAL SOCIAL, as Reservas Legais (Euro 9.587,14 da Merval e Euro 7.409,68 da VILA REAL SOCIAL, EM) e Resultados



Transitados (- Euro 433.785,49 da Merval e - Euro 1.257.473,45 da VILA REAL SOCIAL, EM).

Assim, como resultado deste projeto de fusão, o capital realizado da nova VILA REAL SOCIAL será de Euro 17.800.000,00.”

13. A operação patrimonial e financeira que suporta a fusão elencada no relatório de viabilidade celebrado pela *Ernst & Young*, além do que está referido em 12, comporta os seguintes factos :

- a) Um diferencial de €6.250.249,47, a favor da VRS (cf. pg. 223);
- b) O Município assume o serviço da dívida dos empréstimos envolvidos, num total estimado de €3.660.995,39 (cf. pg. 224);
- c) Isenção de IMT e IMI sobre todas as transmissões de imóveis decorrentes da fusão (cf. pg. 45);
- d) Assunção do valor da SISA a pagar pela transferência do aeródromo de Vila Real, num total de €117.041,34 (cf. pg. 63);
- e) A empresa continua a gestão dos bairros sociais transmitidos para o Município, sendo remunerada pelo recebimento das respetivas rendas (cf. pg. 35v);
- f) A previsão de subsídios ao investimento para os anos posteriores à fusão («o reconhecimento em rendimentos de subsídios ao investimento é feito considerando o montante das amortizações dos ativos aos quais estes subsídios visam apoiar. Assim tendo em conta que a nova Vila Real Social irá utilizar as taxas mínimas fiscais de amortização, o reconhecimento dos subsídios ao investimento irá diminuir drasticamente» - cf. pg.s 43v e 45).

14. Sobre a omissão dos estudos relativos à comparação da racionalidade da fusão face à opção de internalização, o Município veio alegar, na resposta dada à devolução pelo Tribunal (ofício 014450 de 13.11.11), que esta lei *não prevê a apresentação de um estudo que compare a racionalidade*



acrescentada do desenvolvimento da atividade de forma empresarial, por contraposição à administração direta pelo Município.

15. Sobre as questões suscitadas relativas aos subsídios de investimento o Município vem alegar que a referência a subsídios ao investimento, usada no estudo de viabilidade económica, diz respeito a montantes transferidos para a VRS antes da Lei nº 50/2012, e tem a ver com a taxa de amortização dos ativos associados, concluindo que o “reconhecimento dos subsídios ao investimento irá diminuir drasticamente” se refere a montantes já recebidos, e não a receber.

16. O valor do capital social da nova empresa de acordo com o projeto de fusão passa a ser de €17.800.000,00, ainda que o relatório do ROC, sobre o aumento do capital social, apresente o valor de €17.722.621,67, (cf. pg. 65 e pg. 8 do projeto).

*

III. O DIREITO

Está em causa nestes autos a questão da legalidade do processo de fusão de duas empresas locais, por incorporação, à face do novo Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJEL) tendo em conta o âmbito das competências que nesta matéria foram atribuídas a este Tribunal, nomeadamente a relevância dos estudos prévios, legalidade das alterações ao capital social da nova empresa face às regras aplicáveis à fusão e ainda a respetiva admissibilidade face à proibição de atribuição de subsídios ao investimento consagrada no nº1 do artº 36º do RJEL.

*



(i) Sobre o âmbito das novas competências do Tribunal de Contas no RJAEL

Para uma compreensão ampla sobre a matéria a decidir nestes autos importa, antes de mais, começar por identificar o quadro legislativo em que se enquadra a presente decisão, até porque a mesma releva de uma **nova competência** deste Tribunal de Contas no âmbito da sua área de fiscalização prévia, agora estabelecida expressamente no artigo 23º do RJAEL.

Como se sabe, a fiscalização prévia incide sobre a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, constituindo fundamento de recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que impliquem (i) nulidade, (ii) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras e (iii) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro (cf. artigos 5º e 44º da LOPTC).

O novo quadro jurídico da atividade empresarial local (RJAEL), veio estabelecer, no seu artigo 23º, em 2012, o seguinte:

«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 32º.

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

O referido artigo, concretamente o número 2, faz incidir a análise e apreciação jurisdicional do Tribunal numa dupla dimensão. Por um lado, sobre a minuta do ato jurídico que consubstanciará a empresa local a concretizar. Por outro lado, sobre os elementos constantes do artigo 32º do mesmo diploma.



Estes “elementos” consubstanciam exatamente a fundamentação do juízo de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica que sustentam a opção tomada pelas entidades públicas participantes, de acordo com os princípios e os requisitos estabelecidos para as várias formas de participações empresariais que estão em causa.

Tais «elementos», ou seja a razão objetiva e demonstrada da opção económica e financeira tomada têm que estar devidamente evidenciados, sob pena de nulidade e, é preciso sublinhar o que o legislador referiu, sob pena de responsabilidade financeira de quem delibera sobre esta matéria.

O legislador impôs uma dupla garantia sancionatória relativamente à omissão dos elementos que fundamentam a opção: nulidade do ato e responsabilidade financeira de quem não fundamentou a opção no processo deliberativo. Todo este regime, sublinhe-se, pretende claramente impor aos decisores uma opção na criação, fusão ou outro tipo de transformação do quadro empresarial local, vinculada a razões económico-financeiras objectivas.

Nesse sentido a apreciação jurisdicional do Tribunal de Contas, nesta sede, não pode deixar de levar em consideração exatamente a razão de ser que está no âmago da legislação em causa: a necessidade das empresas locais criadas ou a criar terem viabilidade económica e financeira e racionalidade económica, quer no modelo a criar numa perspectiva comparativa, quer na sua própria estrutura e enquadramento social. Apreciação que resulta também da jurisprudência deste Tribunal, já evidenciada no Acórdão n.º 22/2013 de 6 de setembro, 1ªSS.

Esse juízo terá, por isso, que ser sempre efetuado no momento em que este tribunal for confrontado, como é o caso nestes autos, sobre todas as questões que sustentam o juízo de viabilidade económico-financeira de um processo de criação ou fusão de empresa local.

(ii) Dos requisitos legais do processo de fusão

a) Generalidades

O novo RJAEL, na medida em que está em vigor apenas desde 1 de setembro de 2012, de acordo com o seu artigo 72º, resulta diretamente da necessidade e mesmo vinculação



Tribunal de Contas

normativa decorrente da reforma do sector empresarial local com vista à sua racionalização, em termos financeiros.

Nesse sentido, o artigo 6º do RJAEL estabelece como “*Princípio geral*” que «*a constituição de empresas locais e as participações previstas no n.º 3 do artigo 1.º e no artigo 3.º devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público e, no caso da constituição de empresas locais, também na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver*».

O conjunto normativo que compõe o RJAEL é horizontalmente percorrido por uma «filosofia racionalizadora financeira» que deve vincular todas as opções disponibilizadas à Administração Pública local na criação, extinção, modificação ou apenas na gestão das empresas locais.

Quer com isto dizer-se que a viabilidade económica e financeira das empresas locais bem como a racionalidade económica dos modelos a criar têm que ser, não apenas ponderadas, mas efetivamente conseguidas. Veja-se, neste sentido e objetivamente o que se refere no artigo 32º do RJAEL, no artigo 62º e no artigo 64º n.º 2, que remete para o primeiro artigo citado.

Desde logo, como salienta Pedro Gonçalves, «a LAEL reduz, de uma forma significativa, a liberdade de constituição de empresas locais por parte da Administração Pública local: além das condicionantes em matéria de fundamentação e no capítulo da elaboração de estudos sobre a viabilidade económico-financeira das estruturas a criar e dos controlos do Tribunal de Contas, são dignos de registo as fortes restrições quanto ao objeto social das empresas locais» (cf. *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 24).

De igual modo é claro em todo o diploma e concretamente por via das suas disposições transitórias aplicáveis às empresas já criadas ou a criar, a necessidade de esse rigor financeiro e essa racionalidade económica serem os tópicos essenciais que devem orientar a administração local (e naturalmente para quem tem competência legal para fiscalizar este novo regime).

Importa igualmente referir, relativamente à dimensão de prossecução do serviço público que o sector empresarial local pode ser encarregado de concretizar, que o legislador



previu a possibilidade de tal prossecução ser efetivada por via da internalização das atividades nas entidades públicas participantes, ou através de integração em serviços municipalizados conforme decorre expressamente dos artigos 65º e 64º respetivamente.

O que surge como impressionante é o facto de toda a atividade empresarial local já existente ou a criar, deverá ser sempre viável e sustentada do ponto de vista económico e financeiro. Essa a questão essencial que, insiste-se, deve percorrer toda a análise das questões que se suscitam e condicionam a interpretação do regime.

No que respeita ao quadro normativo da fusão de empresas (em causa nestes autos) expressamente admitido na Lei no seu artigo 64º, e regulado nos artigos 22º e 23º, deve salientar-se que o legislador expressamente referiu que «a fusão de empresas locais depende da prévia demonstração da viabilidade económico-financeira e da racionalidade económica da futura estrutura empresarial, nos termos do artigo 32º».

Ou seja é requisito legal para a admissão de um processo de fusão de empresas locais a demonstração da sua racionalidade económica e financeira acrescentada comparativamente a outras opções (internalização e integração em serviços municipalizados).

b) Dos estudos técnicos que suportam a fundamentação da decisão.

Ao remeter o processo de fusão para o disposto no artigo 32º, não há qualquer dúvida que o que aí é referido e identificado como requisitos prévios à deliberação da constituição de empresas locais é fundamental.

Assim aquele artigo 32º 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» (sublinhado).



A relevância e seriedade que se quer transmitir ao processo de fundamentação de uma opção de empresarialização decorre não só do grau de imposição sancionatória objetiva e subjetiva que impõe, como também do desenvolvimento que o legislador faz sobre a dimensão dos estudos exigidos.

Veja-se, nesse sentido o que o artigo 32º n.º 2 refere «*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 resultantes para o conjunto de cidadãos*».

Estes estudos, insiste-se, são absolutamente relevantes para a tomada de decisão dos órgãos executivo e deliberativo, conforme decorre do n.º 5 do artigo citado e do artigo 22º. São eles e a sua fundamentação que permitem 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.

Sublinhe-se que, no caso de fusão de empresas em alternativa à dissolução (por se verificarem os pressupostos do nº 1 do artigo 62º), a demonstração da racionalidade económica acrescentada da futura estrutura empresarial deve, obrigatoriamente, ter por termos comparativos as restantes opções legais, a saber, a própria dissolução, a internalização das atividades nos serviços do município e a sua integração em serviços municipalizados, nos termos conjugados do nº2 do artigo 62º, do artigo 64º, do artigo 65º e do artigo 32º, todos do RJAEL.

Só a 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 o 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.

Em face deste quadro importa agora atentar na situação em apreciação.



Tribunal de Contas

Como se referiu, o que está em causa, em termos sintéticos, é a fusão por incorporação de duas empresas locais já existentes a *Merval, Gestão de Mercados e de Promoção de Projectos de Desenvolvimento Local, EEM e a Vila Real Social-Habituação EM*, sendo a primeira a sociedade incorporada e a segunda a sociedade incorporante.

Refira-se que o Município de Vila Real detém, na totalidade, as participações sociais nas referidas entidades empresariais locais.

Dos requisitos jurídicos analisados sobre a dimensão legal da admissibilidade da proposta de fusão, há que atentar em primeiro lugar no conteúdo dos estudos que suportam a opção tomada.

Como se referiu estes estudos devem assumir um carácter legitimador essencial da opção que tem que ser tomada, sempre assente em requisitos de viabilidade económico-financeira e de racionalidade acrescentada, para além da ponderação dos restantes parâmetros exigidos pelo nº2 do artigo 32º.

Ora, no caso em apreço, porque está em causa uma fusão, tendo em conta o disposto no nº 2 do artigo 62º e no nº 2 do artigo 64º do RJAEL, importaria fundamentar desde logo o porquê da fusão por oposição à dissolução da empresa, ou à internalização ou mesmo à integração das respetivas atividades.

Tal opção depende da “prévia demonstração da viabilidade económico-financeira e da racionalidade económica acrescentada da futura estrutura empresarial, nos termos do disposto no artigo 32º” (sublinhado).

Insiste-se: o legislador pretende claramente que as empresas locais a criar ou a manter (designadamente por fusão) sejam inequivocamente viáveis, económica e financeiramente. O que pressupõe um estudo sério sobre todas as opções a tomar, quer com base no histórico das empresas e das respetivas atividades quer, sobretudo, em termos de prognose económico-financeira do seu «objeto de negócios» no panorama social onde se inserem.

No caso em apreciação, num primeiro momento, fica por responder, qual a racionalidade económica da fusão agora proposta, se se atentar no objeto social das duas empresas, completamente diversificado entre elas e com atividades com muito pouco em comum. Sublinhe-se que a *Merval* tem um «*core business*» dedicado à gestão de parques



Tribunal de Contas

industriais, mercados e feiras ou à promoção de atividades ligadas a artes e ofícios tradicionais, enquanto a *Vila Real Social* tem como atividade fundamental a promoção e gestão do património habitacional do Município ou outros equipamentos de utilidade pública (como o aeródromo ou parques de estacionamento públicos).

Importa sublinhar que a deliberação de 28 de Fevereiro de 2013 da Assembleia Municipal, que claramente faz a opção pela solução de fusão, não se suporta em qualquer estudo que, de perto ou de longe, responda fundamentadamente às questões a que o artigo 32º manda atender quando se opte por criar ou fundir empresas locais. E tal desrespeito implica a nulidade das deliberações e a eventual responsabilidade financeira dos seus autores.

Acresce que as deliberações subsequentes de aprovação do projeto de fusão ora em apreciação, tomadas com base em estudo posteriormente elaborado, para além de também não ponderarem as outras opções legais possíveis (o que confirma a nulidade das primeiras), continuam a não estar devidamente fundamentadas, nos termos legalmente exigidos.

É certo que o *“estudo de viabilidade”* sublinha abundantemente *«as sinergias resultantes da operação de reestruturação»* (cf. fls. 33 vs. e 34). E, concretamente, refere que a fusão *«é um processo susceptível de gerar poupanças no que respeita a alguns gastos fixos, tais como a contratação ou aquisição de fornecimentos e serviços externos»*. No entanto isso não é concretizado nem quantificado.

Como se referiu os nº 1, 2 e 5 do artigo 32º do RJAEL, dispõem que a necessária deliberação deve ser precedida de estudo que demonstre *“a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação de 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”*.

Ora, no caso essa tal racionalidade, por comparação, não foi demonstrada.

O que o município refere é que *«a concentração da gestão das referidas sociedades numa única empresa, serve unicamente objetivos de aumento da sua eficiência, bem como redução de custos de estrutura e funcionamento através da criação de condições capazes de potenciar economias de escala e de gama»* (cf. resposta ao pedido de esclarecimentos



Tribunal de Contas

do Tribunal). Ora esta afirmação sendo em abstrato verdadeira e aplicável a qualquer modelo, carece no caso de sustentação fáctica. Porque não foi demonstrada.

Mas o Município vai mais longe e, quando questionado sobre os benefícios que a fusão comporta por comparação a outros modelos, refere que *«a Lei nº 50/2012 não prevê a apresentação de qualquer estudo que contemple os benefícios e ganhos decorrentes da gestão por empresa local comparativamente a outras alternativas»*.

Ora a lei, como se referiu, nesta parte, tendo em atenção a remissão efetuada pelo artigo 64º para **todo** o artigo 32º, não quis outra coisa, como acima se demonstrou.

Exige-se por isso que esse modelo comparativo seja efetuado nos estudos de viabilidade prévios à tomada de decisão, só assim, aliás se podendo concluir por uma opção financeira e economicamente sustentada num processo racionalmente elaborado.

O que, no caso, como se referiu, não foi efetuado.

Assim, por um lado, o estudo prévio efetuado pela consultora Deloitte (que efetuou o levantamento relativo ao quadro geral onde se moviam todas as empresas municipais existentes que não se circunscreviam apenas às duas que são agora objeto de fusão) admitia vários cenários para o futuro das empresas, sendo que a deliberação de 18 de fevereiro pronunciou-se por um que *“contenha um cenário com a inclusão da gestão do Teatro Municipal de Vila Real”*.

Como decorre do projeto agora apresentado, esse cenário não está em causa, porque no âmbito das empresas a fundir essa dimensão não está prevista no seu objecto estatutário.

Em síntese, a deliberação de 18 de fevereiro de 2013 da Câmara Municipal de Vila Real que aprovou *“o início do projeto de fusão das empresas municipais Vila Real Social e Merval, por incorporação da Merval na Vila Real Social, (...) sustentado em estudo de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica, (...) que contenha um cenário com a inclusão da gestão do Teatro Municipal de Vila Real”*, para além de incluir este último cenário (relativo à gestão do Teatro Municipal) que não foi incluído na versão do projeto apresentada a este Tribunal, **não fundamenta** a opção tomada pela fusão, em detrimento de cenários alternativos, limitando-se apenas a descrever todos os cenários possíveis.



Por outro lado, o estudo posterior, identificado como «*Estudo de viabilidade económico-financeiro e racionalidade económica*», da responsabilidade da *Ernst Young*, também nada refere sobre essa questão, nomeadamente sobre a comparação financeira entre o modelo de fusão e outros modelos de intervenção. O Estudo em causa faz apenas a análise económico-financeira da opção já tomada.

Em resumo, não foi efetuado previamente à tomada de deliberação pela opção da fusão (nem apresentado em momento posterior) qualquer estudo que fundamentasse de forma racional e economicamente relevante a opção pela fusão agora pretendida, por comparação com outro modelo de desenvolvimento das atividades em causa, não se cumprindo, nessa medida o disposto no artigo 32º do RJAEL.

c) Da legalidade de alteração ao capital social e da proibição dos subsídios ao investimento

No âmbito do princípio da viabilidade económico-financeira das empresas a criar ou a manter, o legislador, para além de exigir a garantia do funcionamento da concorrência (nomeadamente pela disciplina do artigo 36º nº 2), estabelece um regime normativo muito preciso, quer quanto aos subsídios à exploração previstos no artigo 47º, quer quanto a uma clara e inequívoca proibição de atribuição de subsídios ao investimento, por parte das entidades públicas participantes.

Quanto ao regime dos subsídios à exploração eles apenas podem ocorrer no âmbito dos contratos-programa a desenvolver com as entidades públicas participantes e têm um teto limitativo em função das receitas da empresa (cf. os artigos 47º e 62º).

Quanto aos subsídios de investimento, o artigo 36º nº 1 é explícito ao referir que “*as entidades públicas participantes não podem conceder às empresas locais quaisquer formas de subsídios ao investimento ou em suplemento a participações de capital.*”

Este regime inclui a proibição dos aumentos de capital social por parte das entidades públicas participantes.

Neste sentido, Pedro Gonçalves (cf. ob. cit., p. 66) refere que a fórmula que proíbe os subsídios ao investimento, bem como os “suplementos a participações de capital, “*abrange*



as designadas prestações suplementares, bem como a participação daquelas entidades no aumento de capital social, através de novas entradas". E conclui que "A lei afasta a possibilidade de criação de empresas locais determinada pelo propósito de realização de infraestruturas e desenvolvimento de atividades com base em subsídios e em fontes de financiamento internas, das entidades públicas participantes". Trata-se aliás de uma solução congruente com a opção legislativa subjacente ao diploma que pretende ver as empresas locais dotadas de verdadeira autonomia económica e financeira em relação às suas participantes, demonstrando-se assim a razão de ser da sua existência.

No caso em apreço o projeto de fusão das duas empresas integra uma operação patrimonial e financeira complexa, tal como acima referida (vd. pontos 12 e 13 dos factos).

Tal operação, ao retirar da empresa incorporante passivos financeiros vultuosos e os imóveis que lhes estão associados (ainda que a respetiva gestão e arrecadação de rendas se mantenham na empresa), ao transferir para o município o aeródromo e a dívida fiscal que sobre a transmissão do mesmo subsiste, ao injetar na nova empresa um vasto conjunto de imóveis desonerados, bem como uma quantia em dinheiro e uma isenção fiscal não quantificada (IMT e IMI), implica uma completa alteração à estrutura económico-financeira existente, o que compromete qualquer estudo comparativo e prospetivo face à situação existente à data da entrada em vigor do RJAEL.

Para além do mais, as referidas operações consubstanciam, materialmente, um reforço dos ativos da nova empresa e da sua capacidade operacional, o que não pode deixar de ser considerado um verdadeiro subsídio ao investimento, independentemente da forma que assume. E tal é expressamente proibido pelo nº 1 do artigo 36º do RJAEL.

A violação deste preceito legal, que claramente tem natureza financeira, constitui fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44º nº3 alínea b) da LOPTC.

A existência de subsídios ao investimento ou participações sociais diretas estão, como se referiu, expressamente proibidas pelo RJEL.

Assim sendo e por tudo o que vem sendo exposto deve concluir-se que o projeto de fusão agora em apreciação colide com o disposto nos artigos 32º, n.º 1 e nº 2, 36º, nº 1 e 64º nº 2 da RJAEL.



E, nesse sentido, trata-se de violações passíveis de integrar a dimensão de recusa de visto a que se alude no artigo 44º n.º 1 alíneas a) e b) da LOPTC.

IV DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção em recusar o visto ao projeto de fusão por incorporação da *MERVAL-Gestão de Mercados e de Promoção de Projetos de Desenvolvimento E.E.M. na Vila Real Social- Habitação, E.M.* apresentado pelo Município de Vila Real.

São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 2 de dezembro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Brás)



Tribunal de Contas

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente)