



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 11/2018-21.FEV-1ª S/SS

Processo n.º 2951/2017

Relator: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

SUMÁRIO

- 1 A intervenção em sede de procedimento administrativo de uma pessoa que vai ser direta e especificamente abrangida por ato de designação para um cargo proferido nesse âmbito exige a respetiva apreciação em face do princípio da imparcialidade na administração pública, conformado, em primeira linha, pelo artigo 266.º da Constituição.
- 2 Os presidentes de câmara municipal (CM) são qualificados como titulares de cargos políticos, não existindo inerência, nem incompatibilidade legal entre esse cargo político e o de membro do conselho de administração de empresa local.
- 3 No plano legal, a norma supletiva sobre o mandato dos titulares dos órgãos de gestão ou de administração das empresas locais consta do Estatuto do Gestor Público que determina que o mandato seja, em regra, exercido pelo prazo de três anos e, por seu turno, o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais, não exige uma regra de coincidência entre a duração dos mandatos dos titulares dos órgãos sociais e a duração dos mandatos dos órgãos autárquicos.
- 4 As garantias de imparcialidade refletem-se em vários institutos que não se podem confundir entre si, nomeadamente os regimes sobre incompatibilidades e impedimentos, enquanto as primeiras, em princípio, são permanentes, os impedimentos são incidentais e reportam-se, nomeadamente, à existência de interesses pessoais, diretos ou indiretos do agente que determinam que a lei



Tribunal de Contas

estabeleça de forma taxativa que, por não se encontrar assegurada a sua isenção, fica proibido de participar nos processos em que se verificam as causas de impedimento.

- 5 O procedimento administrativo de criação de empresa municipal (EM) em que, simultaneamente, se opta por consagrar uma solução estatutária segundo a qual, em regra, o presidente do conselho de administração da EM será a pessoa titular do cargo de presidente de CM e se procede à concreta designação desse cidadão como presidente do conselho de administração da nova EM compreende uma decisão em que o titular do cargo de presidente da CM tem interesse pessoal, pelo que estava impedido de participar na mesma e devia ter sido substituído no exercício do respetivo cargo de eleito local nas várias etapas relevantes para essa designação, nos termos do disposto pelos artigos 69.º, n.º 1, alínea *a*), 70.º, n.ºs 1, 2 e 5, do Código de Procedimento Administrativo e artigo 4.º, alínea *iv*), do Estatuto dos Eleitos Locais.
- 6 As intervenções em etapas determinantes de procedimento administrativo sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas de pessoa abrangida por impedimento legal constitui uma mácula que atinge a decisão final, o que determina a anulabilidade dos atos praticados, nos termos do disposto pelos artigos 76º, n.º 1, e 163.º, n.º 2, do CPA, e na medida em que a decisão compreenda um potencial efeito no resultado financeiro da atividade do ente administrativo tal vício justifica, por si só, a recusa de visto ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC.
- 7 O Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL) aprovado em 2012 teve como finalidade principal limitar as possibilidades de derrapagem financeira dos municípios em consequência do financiamento de empresas locais financeiramente inviáveis, com previsões e estatuições normativas diferenciadas tendo por referência a distinção tripartida de momentos na diacronia da existência de uma empresa: (1) criação, (2)



Tribunal de Contas

- funcionamento (incluindo o seu financiamento durante a respetiva *vida jurídica*), e (3) dissolução.
- 8 O artigo 173.º da Lei n.º 7-A/2016, de 20 de março, introduziu um novo número 15 ao artigo 62.º do RJAEL por força do qual as empresas locais que exercem, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura não estão sujeitas às causas de *dissolução obrigatória* previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 desse artigo 62.º.
- 9 O impacto social do imperativo legal de *dissolução obrigatória* de determinada entidade apresenta-se inconfundível com a preservação dos limites gerais à criação de novas empresas locais, e eventuais restrições à imperatividade legal de determinadas causas *dissolução obrigatória* para empresas locais de um específico setor não interferem com o programa legal subjacente aos artigos 6.º, 20.º e 32.º e 36.º do RJAEL abrangente desse setor, o qual não pode ser derogado por valorações colidentes com o mesmo defendidas por órgãos de autarquias locais.
- 10 O artigo 62.º, n.º 15, do RJAEL compreende uma estatuição que se aplica apenas ao âmbito da respetiva previsão normativa (causas de *dissolução obrigatória* previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 desse artigo 62.º), pelo que, à luz de uma interpretação metodologicamente vinculada e atenta aos elementos literal, sistemático, lógico, histórico e teleológico das normas dos artigos 6.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 6, 32.º, n.ºs 1, 2 e 3, 36.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, alíneas *c)* e *d)*, do RJAEL estas aplicam-se sem restrições a empresas locais de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura.
- 11 Os requisitos relativos ao procedimento de criação de novas entidades, nomeadamente de comprovação de mais-valia e conveniência económico-financeira de uma nova entidade com gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver, são indissociáveis do princípio geral da racionalidade económica das empresas municipais legalmente



Tribunal de Contas

expresso no artigo 6.º, n.º 1, da RJAEEL, sendo as exigências procedimentais estabelecidas no artigo 32.º, números 1 e 2, do RJAEEL um instrumento nuclear para a avaliação da legalidade da criação do novo ente que, em sede de fiscalização prévia, incumbe ao Tribunal de Contas ao abrigo do artigo 23.º, n.º 2, do referido diploma.

- 12 As normas conjugadas dos artigos 6.º, n.º 1, e 32.º, n.ºs 1 e 2, do RJAEEL determinam a obrigatoriedade de o estudo técnico sobre a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira de uma nova empresa local discriminar concretas e mensuradas vantagens e desvantagens comparativas sobre os modelos de gestão alternativos, nomeadamente, por confronto com a gestão direta a cargo dos serviços do Município e a transferência (parcial ou total) para uma entidade existente no universo empresarial do município cujo objeto social permita a assunção da atividade que se pretende que venha a constituir o objeto da nova empresa.
- 13 A efetiva análise comparativa não pode sustentar-se em valorações genéricas exigindo uma demonstração objetiva com enunciação de parâmetros comparadores, sob pena de nulidade por força do disposto no artigo 32.º, n.º 1, do RJAEEL, preceito que também exige que a prognose futura sobre receitas próprias constante dos estudos técnicos integre projeções com suporte em elementos fundamentados, fidedignos e credíveis.
- 14 A avaliação da autosustentabilidade financeira de uma nova empresa local de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura, em face dos obrigatórios estudos técnicos que devem acompanhar a deliberação sobre a sua criação integra o âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas, sendo nula a deliberação que aprove a criação de uma nova empresa que se apresente à partida dependente de subsídios à exploração, e da celebração dos necessários contratos-programa, para suportar mais de 80% dos gastos com recursos humanos e operacionais previstos



Tribunal de Contas

para os quatros primeiros anos de funcionamento, por força das disposições conjugadas dos artigos 6.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 6, e 23.º, n.º 2, do RJAEL.

15 O preenchimento das nulidades previstas nos artigos 20.º, n.º 6, e 32.º, n.º 1, do RJAEL impõem a recusa do visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC.

16 A criação de uma nova entidade empresarial compreende custos financeiros que implicam, ainda, que a deliberação que preenche a nulidade prevista no artigo 20.º, n.º 6, ou no artigo 32.º, n.º 1, do RJAEL constitua violação da norma financeira prevista no artigo 4.º, n.º 2, do Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, a qual prescreve que são nulas as deliberações de qualquer órgão das autarquias locais que envolvam, determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei, o que também impõe a recusa de visto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.



Tribunal de Contas

Não transitado em julgado

ACÓRDÃO N.º 11/2018-21.FEV-1ª S/SS

Processo n.º 2951/2017

Relator: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

- 1 A Câmara Municipal do Porto (CMP) submeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, a criação da Empresa Municipal de Cultura do Porto, E.M., designada por “Porto Cultura” (EMCP), tendo depois de recebida no Departamento de Controlo Prévio e Concomitante (DECOP) do TdC a documentação remetida pelo município, havido lugar a devoluções para informação complementar e exercício de contraditório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
 - 2.1 O universo empresarial do Município do Porto compreende cinco entidades: Gestão e Obras do Porto, EM (GO Porto), CPH – Domus Social – Empresa de Habitação e Manutenção do Porto, EM (Domus Social, EM), a CPML – Porto Lazer – Empresa de Desporto e Lazer do Município do Porto, E.M. (Porto Lazer), Empresa Municipal de Ambiente do Porto, EM, SA (Porto



Tribunal de Contas

Ambiente) e CMPEA – Empresa de Águas do Município do Porto, E.M. (Águas do Porto, E.M.).

2.2 Em 30 de junho de 2017, foi assinada pelo presidente da CMP a seguinte proposta submetida ao órgão executivo:

«Considerando que:

1. O Município do Porto assegura atualmente a gestão e a programação de vários equipamentos culturais, entre os quais o Teatro Campo Alegre, o Teatro Rivoli e a Galeria Municipal do Porto e respetivo auditório, prestando um serviço público no domínio das atividades culturais e artísticas, nomeadamente no âmbito de espetáculos, festivais e programas públicos.

2. É intenção do Município do Porto integrar e desenvolver, no âmbito cultural e artístico, estruturas e projetos totalmente novos, não existentes atualmente no universo da Câmara Municipal do Porto, tais como o Cinema Batalha, as iniciativas Pláka e o Porto Film Commission.

3. É igualmente intenção do Município do Porto aumentar o volume de atividade cultural dos programas e equipamentos culturais hoje em funcionamento, assim como a qualidade artística dos serviços que prestam.

4. O Município do Porto pretende, igualmente, fomentar e dinamizar atividades de índole comercial conexas com os espaços e equipamentos culturais sob a sua gestão, tais como o Banco de Materiais, a Casa do Infante, a Casa Museu Guerra Junqueiro, a Casa Museu Marta Ortigão Sampaio, a Casa Oficina António Carneiro, o Museu do Vinho do Porto, o Museu Romântico, a Biblioteca Almeida Garrett e outros núcleos museológicos que venha a criar e/ou a gerir.

5. A prestação de um serviço público de qualidade na área artístico-cultural será mais eficiente e eficaz se for realizada através de uma entidade autónoma e independente do Município, que esteja técnica e materialmente vocacionada para o efeito, designadamente através da criação de uma empresa local.

6. A persecução dos objetivos estratégicos definidos pelo Município do Porto na área da cultura apenas é possível através da criação de uma equipa especializada, reforçada e com elevados padrões técnicos designadamente no que se refere:

a) À maior eficácia nos resultados socioculturais e operacionais;

b) À redução da dependência de subcontratação de serviços;

c) Ao aumento significativo da atividade através da gestão de novos projetos e equipamentos de grande impacto cultural;

d) Ao aumento da receita por intermédio de ações de angariação de apoios e patrocínios.

7. A reformulação do atual modelo de gestão dos equipamentos culturais e dos eventos culturais e artísticos tem subjacente que:

a) A responsabilidade pela gestão dos equipamentos e dos eventos culturais e artísticos passe para uma empresa municipal, adotando-se um modelo de gestão delegada;

b) O modelo de gestão passe a estar consolidado num organismo exclusivamente focado na gestão e na programação cultural nas artes performativas e contemporâneas;

c) A empresa municipal seja responsável pela programação a realizar tanto nos equipamentos culturais, como nos vários eventos previstos, em articulação com os restantes intervenientes (associações, empresas, fundações, mecenas, etc.);

d) Todos os gastos subjacentes à gestão corrente dos equipamentos, lojas museu e eventos sejam da responsabilidade da empresa municipal a constituir, onde se incluem,



Tribunal de Contas

nomeadamente, os gastos de programação subjacentes aos eventos, exposições e restantes espetáculos promovidos pela empresa municipal a criar (honorários de artistas, aluguer de equipamento, comunicação, reforço de recursos humanos e logística associada – deslocações, estadas e alimentação);

e) A empresa municipal terá a capacidade e a autonomia de gerir receita própria tais como:

- As várias bilheteiras
- A dinamização de apoios obtidos seja através de mecenato, patrocínios e outro tipo de ajudas de outras instituições culturais e empresas
- Rendimentos resultantes das concessões de lojas e cafetarias (rendas e vendas de produtos).

8. A reformulação da prestação dos serviços públicos no domínio das atividades culturais e artísticas geridas e promovidas pelo Município do Porto não prevê que sejam transferidos para a propriedade da empresa municipal a criar quaisquer bens imóveis (edifícios ou terrenos) relativos aos equipamentos culturais que ficarão sob sua responsabilidade, prevendo-se, no entanto, a transferência da propriedade sobre os bens móveis afetos aos equipamentos culturais acima mencionados e que são indispensáveis ao desenvolvimento da sua atividade, ficando a cargo desta toda a gestão dos mesmos, incluindo os investimentos de substituição necessários inerentes ao seu bom funcionamento.

9. Tal como definido no princípio geral constante do n.º 1, do artigo 6.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, a criação das empresas locais deve ser fundamentada na melhor prossecução do interesse público, assim como na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver.

10. Foi elaborado um estudo de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica relativo à criação de uma empresa municipal que, recebendo a transferência dos eventos e equipamentos com vocação cultural e artística atualmente pertencentes ao Município do Porto, concentre e alargue a prestação dos serviços públicos acima referidos – cf. Anexo I, que faz parte integrante da presente proposta.

11. No referido estudo concluiu-se, nomeadamente, que:

- a) O Município do Porto tem um vasto conjunto de funções tendencialmente em expansão, quer na decorrência de políticas de descentralização, quer em virtude da criação de novas necessidades. A organização funcional dos serviços prestados pelo Município do Porto, chamado a satisfazer permanentemente esse conjunto vasto de interesses públicos, tem uma capacidade de adaptação limitada, porque um reforço de concentração especializada numa determinada área implicará uma capacidade de resposta mais genérica a outros sectores;
- b) É organizativamente conveniente subtrair alguns dos eventos culturais da gestão direta do Município do Porto, face à especificidade técnica destas atividades, acreditando-se que uma organização específica, especial e exclusivamente orientada para produzir aqueles resultados o conseguirá fazer com maior eficiência e eficácia;
- c) A eficiência e a eficácia obtidas com a criação de uma empresa municipal serão ampliadas porque a estrutura organizacional, os processos de trabalho e de comunicação, as competências técnicas e humanas e todos os recursos materiais e tecnológicos da nova entidade serão obtidos e organizados com o objetivo de exercer exclusivamente as atividades delegadas do foro cultural e artístico, concentrando-se aqui todos os esforços;
- d) A criação de uma empresa local vocacionada para os fins acima explicitados permitirá, claramente, através de uma estrutura especializada, obter uma maior amplitude de ferramentas de gestão dos equipamentos e projetos que lhe estão afetos;
- e) Fora do modelo de gestão direta, será igualmente possível utilizar metodologias contratuais diferentes e mais eficientes na interlocução com os vários agentes culturais,



Tribunal de Contas

bem como um maior controlo de gestão e rigor financeiro, nomeadamente no que se refere ao controlo da receita de bilheteira e angariação de mecenias.

12. O estudo técnico levado a cabo por uma entidade independente avalizou a viabilidade económico-financeira e a racionalidade económica da criação de uma nova empresa municipal, tendo identificado ganhos de qualidade e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial – cf. Anexo I.

13. Ademais, o incremento da qualidade do serviço a ser prestado à população repercute-se na prossecução do interesse público, justificando, assim, a criação de uma empresa municipal.

14. O capital social da empresa municipal a constituir, no montante de €650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil euros), será representado por 650.000 (seiscentas e cinquenta mil) ações, com o valor nominal de €1,00 (um euro) cada, e será detido integralmente pelo Município do Porto.

15. O capital social será realizado através de entradas em dinheiro, no montante de €400.000,00 (quatrocentos mil euros), e em espécie, no montante de €250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros), constituídas pelos bens móveis afetos aos equipamentos culturais acima referidos e indispensáveis ao desenvolvimento da atividade da empresa municipal a criar, os quais estão melhor identificados no relatório de avaliação elaborado pelo Revisor Oficial de Contas independente Fernando Júlio Gonçalves Ribeiro, nos termos do disposto no artigo 28.º do Código das Sociedades Comerciais – cf. Anexo II. O diferencial entre o valor da avaliação dos referidos bens móveis (€305.204,75) e o valor das entradas em espécie (€250.000,00), no total de €55.204,75 (cinquenta e cinco mil, duzentos e quatro euros e setenta e cinco cêntimos), será contabilizado como prémio de emissão.

16. Já foi emitido o certificado de admissibilidade de firma para a entidade a constituir, com a denominação “EMCP – Empresa Municipal de Cultura do Porto, E.M.” e com o seguinte objeto social:

a) Assegurar a gestão e programação dos equipamentos culturais Cinema Batalha, Galeria Municipal do Porto e respetivo Auditório, Teatro do Campo Alegre, Teatro Rivoli e Teatro Sá da Bandeira, bem como a prestação de um serviço público no domínio das atividades culturais e artísticas, nomeadamente as que sejam determinadas pelos espaços e equipamentos que estejam sob gestão do Município do Porto;

b) O desenvolvimento de atividades de índole comercial conexas aos espaços e equipamentos culturais sob gestão do Município do Porto, nomeadamente o Banco de Materiais, a Casa do Infante, a Casa Museu Guerra Junqueiro, a Casa Museu Marta Ortigão Sampaio, a Casa Oficina António Carneiro, o Museu do Vinho do Porto, o Museu Romântico e outros núcleos museológicos que o Município do Porto venha a criar e/ou a gerir. (cf. Anexo III)

17. A despesa resultante da criação da empresa municipal encontra-se prevista no orçamento do Município do Porto para 2017, nas rubricas de 03/090702, correspondendo ao compromisso n.º 50233/2017.

18. A constituição de empresas locais está sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao ato, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo 23.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

PROPÕE-SE a aprovação do seguinte:

1. Que, ao abrigo do disposto no n.º 1, alínea ccc), do artigo 33.º, do anexo 1 à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, e dos artigos 19.º, 22.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, a Câmara Municipal:



Tribunal de Contas

- a) Tendo por base os considerandos acima referidos e o estudo efetuado pela BDO CONSULTING, LDA. para o efeito (Anexo I), nos termos do exigido no artigo 32.º da Lei n.º 52/2012, de 31 de agosto, aprove a constituição de uma empresa municipal, que revestirá a forma de uma sociedade anónima unipessoal, de responsabilidade limitada, e que se regerá pelos Estatutos cuja minuta constitui o Anexo IV à presente proposta;
- b) Aprove que o capital social da empresa a criar, no valor de € 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil euros), seja realizado através de entradas em dinheiro, no montante de €400.000,00 (quatrocentos mil euros), e em espécie, no montante de €250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros), constituídas pelos bens móveis identificados no relatório de avaliação elaborado pelo Revisor Oficial de Contas independente Fernando Júlio Gonçalves Ribeiro, nos termos do disposto no artigo 28.º do Código das Sociedades Comerciais (Anexo II);
- c) Aprove que o diferencial entre o valor da avaliação dos referidos bens móveis (€305.204,75) e o valor das entradas em espécie (€250.000,00), no total de €55.204,75 (cinquenta e cinco mil, duzentos e quatro euros e setenta e cinco cêntimos), seja contabilizado como prémio de emissão;
- d) Autorize a transferência de €400.000,00 (quatrocentos mil euros) para efeitos da realização em dinheiro de parte do capital social;
- e) Aprove a nomeação dos membros para os órgãos da empresa municipal a constituir para o primeiro mandato, que serão os seguintes:
- A – Conselho de Administração:
- Presidente: Rui de Carvalho de Araújo Moreira, residente na Avenida da Boavista, n.º 5041, 4100-141 Porto, portador do NIF 123674514
- Vogal: Joaquim Guilherme Blanc Esteves Bento de Melo, residente na Rua de Cedofeita, n.º 376-4.º, 4050 Porto, portador do NIF 242500765
- Vogal: Tiago Morgado Guedes, residente na Rua de Alexandre Braga, n.º 94, 4.º andar, 4000-049 Porto, portador do NIF 223474606
- B – Mesa da Assembleia Geral:
- Presidente: Pedro Manuel Martins dos Santos
- Secretário: José Paulo de Magalhães Correia de Matos
- Secretário: Ana Filomena Alves Real Leite da Silva
- C – Fiscal Único:
- Efetivo: MAZARS e Associados, SROC, SA, inscrita na Ordem dos Revisores Oficiais de Contas sob o n.º 51 MIPC 502107251, representada pelo Dr. José Fernando Abreu Rebouta ROC 1023 NIF 200726974, casado, com domicílio profissional na Rua do Campo Alegre, n.º 830-3.º, sala 14, 4150-171 Porto.
- Suplente: Dra. Patrícia Alexandra Faria Cardoso, casada, ROC 1483, NIF 214123758, com domicílio profissional na Rua do Campo Alegre, 830-3.º, Sala 14, 4150-171 Porto.
- e) Aprove o contrato de sociedade nos termos da minuta que constitui o Anexo IV à presente proposta;
- f) Aprove a delegação na empresa municipal a constituir de todos os poderes e prerrogativas de autoridade administrativa necessárias ao cumprimento do seu objeto social;
- g) Desenvolva todos os atos necessários e suficientes que estiverem ao seu alcance para a realização dos fins aprovados nos pontos anteriores, nomeadamente a submissão a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
2. Que, sendo aprovada, a presente proposta seja, para cumprimento da competência prevista no n.º 1, alínea n), do artigo 25.º, da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, submetida a deliberação da Assembleia Municipal.»



Tribunal de Contas

- 2.3 O estudo de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica relativo à criação de uma empresa municipal (EVEF) referido como anexo I da proposta compreende como primeira página um ofício com o timbre da BDO Consulting, Ld.^a que refere no espaço relativo ao destinatário «Câmara Municipal do Porto – Praça General Humberto Delgado – 4049-001 Porto – 30 de junho de 2017¹», assinado por Paulo Sousa Ferreira (*Client Services Partner*) e Cristina Sousa Dias (*Corporate Finance Manager*), o qual compreende, além do referido ofício, mais 75 páginas (incluindo anexos).
- 2.4 A CMP em reunião pública de 4-7-2017 deliberou sobre o respetivo ponto 10 relativo ao projeto de proposta formulado pelo presidente da CMP tendo a votação sido precedida de uma introdução pelo seu autor que «leu umas notas de enquadramento sobre este passo de sustentabilidade estratégica e operacional que se propõem dar com esta Empresa Municipal» seguida de intervenções do «Senhor Vereador Ricardo Almeida, Senhor Presidente, Senhora Vereadora Carla Sousa, Senhor Vereador Pedro Carvalho, Senhor Vereador Alberto Amorim Pereira, Senhor Vereador Ricardo Valente, Senhor Vereador Manuel Pizarro».
- 2.5 A referida proposta do Presidente da CMP foi votada por todos os membros do executivo municipal presentes na reunião (Rui de Carvalho de Araújo Moreira, Guilhermina Maria da Silva Rego, Cristina Mafalda Nieto Guimarães Pimentel, Manuel Maria Aranha Furtado de Mendonça, Rui Ramos Loza, Maria Isabel Branco Alves Martins, Manuel Francisco Pizarro de Sampaio e Castro, Luís Mendes Alves, Carla Alexandra Magalhães de Sousa, Alberto Fernando de Paiva Amorim Pereira, Manuel Ricardo Dias dos Santos Fonseca de Almeida, Ricardo Miguel Araújo Cardoso Valente e Pedro

¹ Consta em vez do 7 o algarismo 6, tudo indica que em resultado de mera gralha, pois o estudo foi elaborado em junho de 2017 de acordo com o que a informação inserta no canto inferior esquerdo das páginas do estudo propriamente dito.



Tribunal de Contas

Manuel Rodrigues Lopes de Carvalho), sendo referida na ata a existência de 5 votos contra a proposta, tendo a mesma sido aprovada por 8 votos favoráveis, incluindo o do presidente da CMP.

2.6 Em 19-7-2017 realizou-se uma sessão extraordinária da Assembleia Municipal do Porto (AMP), referindo-se na ata que a convocatória para a mesma foi remetida em 11-7-2017, e o primeiro ponto da ordem do dia foi intitulado «constituição da Empresa Municipal de Cultura do Porto, E.M., designada por “Porto Cultura”».

2.7 Sobre esse ponto da ordem dia na ata consta o seguinte:

«Intervenções: Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Luís Artur Ribeiro Pereira (GMI), Senhor Deputado Manuel Loff (CDU), Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhora Deputada Ada Pereira da Silva (BE), Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Francisco Carrapatoso (PF), Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Gustavo Pimenta (PS), Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Gustavo Pimenta (PS), que usou da palavra para defesa da honra, Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Miguel Gomes (Rui Moreira: Porto, O Nosso Partido), Senhor Deputado Artur Ribeiro (CDU), Senhor Presidente da Câmara Municipal, Rui Moreira, Senhor Deputado Francisco Assis (PS), Senhor Deputado Gustavo Pimenta (PS) e Senhor Deputado Luís Artur Ribeiro Pereira (GMI).

«Aprovada, com 23 votos a favor (Rui Moreira: Porto, O Nosso Partido, GMI e PS), 21 contra (Porto Forte, PS, CDU e BE) e 2 abstenções (PS).»

2.8 O objeto social da EMCP encontra-se definido no artigo 3.º dos respetivos Estatutos:

«1. A Porto Cultura tem por objeto social assegurar a gestão e programação dos equipamentos culturais Cinema Batalha, Galeria Municipal do Porto e respetivo



Tribunal de Contas

Auditório, Teatro do Campo Alegre, Teatro Rivoli e Teatro Sá da Bandeira, bem como a prestação de um serviço público no domínio das atividades culturais e artísticas, nomeadamente as que sejam determinadas pelos espaços e equipamentos que estejam sob gestão do Município do Porto.

«2. A Porto Cultura tem ainda como objeto o desenvolvimento de atividades de índole comercial conexas aos espaços e equipamentos culturais sob gestão do Município do Porto, nomeadamente o Banco de Materiais, a Casa do Infante, a Casa Museu Guerra Junqueiro, a Casa Marta Ortigão Sampaio, a Casa Oficina António Carneiro, o Museu do Vinho do Porto, o museu Romântico e outros núcleos museológicos que o município do Porto venha a criar e/ou a gerir.»

- 2.9 A Porto Lazer, que integra o universo empresarial do município do Porto já existente (*supra* § 2.1), tem por objeto social «assegurar a prestação de um serviço público no domínio da atividade física e desportiva, do lazer e de outras atividades de animação da cidade, bem como no domínio da dinamização económica do Porto, nomeadamente as que sejam determinadas pelos espaços e equipamentos que estejam sob a sua gestão».
- 2.10 Integrando os objetivos da Porto Lazer, previstos no artigo 3.º, n.º 2 dos respetivos estatutos, «a) assegurar a programação e gestão geral dos espaços e equipamentos que, a cada momento, lhe estejam afetos; [...] c) participar em coproduções ou na colaboração com outras entidades, públicas ou privadas, que se enquadrem no seu objeto social; d) Assegurar a programação, produção e supervisão de atividades de lazer e de animação de iniciativa municipal que se enquadrem no âmbito das opções culturais definidas pela CMP; [...] f) assegurar a gestão, exploração e manutenção de espaços e equipamentos que, a cada momento, lhe estejam afetos.».
- 2.11 Mencionando-se no artigo 3.º, n.º 3, dos estatutos da Porto Lazer que no âmbito da sua ação de programação e produção de atividades enunciadas acima cabe, nomeadamente, a essa empresa: contribuir para a formação de



Tribunal de Contas

públicos, designadamente dos mais jovens, nos domínios da sensibilização e divulgação das artes do espetáculo; fomentar o intercâmbio cultural e desportivo a nível nacional e internacional; organizar e apoiar ações culturais e desportivas de prestígio.

2.12 O EVEF (*supra* §§ 2.2 e 2.3) destinou-se, de acordo com a *delimitação do respetivo âmbito*, «a apurar a viabilidade e racionalidade económica subjacente à criação da Porto Cultura nomeadamente no que se refere ao seu enquadramento no regime jurídico da atividade empresarial local» (p. 5).

2.13 EVEF sob o capítulo «objetivo da criação da empresa municipal — vantagens face ao atual modelo» enuncia que «o objetivo primordial da transferência de eventos e equipamentos com vocação cultural para uma Empresa Municipal centra-se na convicção de que se obterá uma maior eficácia e eficiência destas atividades por estarem técnica e materialmente concentradas num organismo autónomo e independente.[...] Esta eficiência e eficácia obtidas serão ampliadas porque, tal como demonstrado adiante no presente capítulo, a estrutura organizacional, os processos de trabalho e de comunicação, as competências técnicas e humanas e todos os recursos materiais e tecnológicos da Empresa Municipal são obtidos e organizados com o objetivo de exercer exclusivamente as atividades delegadas do foro cultural, concentrando-se assim todos os esforços apenas nestas atividades. A criação da Porto Cultura permitirá, claramente, através de uma estrutura especializada, obter uma maior amplitude de ferramentas de gestão de equipamentos e projetos que lhe estão afetos. Fora do modelo de gestão direta, será possível utilizar metodologias contratuais diferentes e mais eficientes na interlocução com os vários agentes culturais, bem como um maior controlo de gestão e rigor financeiro, nomeadamente no que se refere ao controlo da receita de bilheteira e angariação de mecenato» (p. 7).



Tribunal de Contas

- 2.14 O capítulo referido no § 2.13 desenvolve-se por mais duas páginas com um conjunto de juízos valorativos de carácter conclusivo «ao nível da estratégia», «ao nível da operação» e «ao nível da gestão de recursos humanos» sobre pressupostas vantagens da empresa municipal relativamente à gestão direta por órgãos e serviços da autarquia, alegadamente derivadas da «especialização organizacional e técnica intrínseca à empresa municipal», sem indicação dos específicos motivos jurídicos, organizacionais ou financeiros determinantes da suposta mais-valia, nem ponderação sobre as vertentes estratégicas, operacionais e de gestão e recursos humanos envolvidas na gestão direta e/ou da respetiva articulação com subcontratação de serviços, nem qualquer referência à intervenção de entidades já existentes no universo empresarial do município, nomeadamente a Porto Lazer totalmente ignorada no EVEF (pp. 8-9).
- 2.15 Segue-se o capítulo designado como de «enquadramento do modelo de gestão de espaços culturais» em que sobre o designado «modelo atual» consta uma única frase: «a gestão de equipamentos e eventos culturais é atualmente garantida pela Direção Municipal da Cultura e Ciência (DMCC) da CMP», sendo todo o capítulo dedicado a considerações sobre «o modelo empresa municipal» que, contudo, se cingem a estritas apreciações valorativas da novidade EMCP, subsistindo o silêncio sobre a Porto Lazer, não existindo também qualquer considerando objetivo sobre empresas com o mesmo objeto social criadas noutros municípios.
- 2.16 Segue-se uma «caracterização dos equipamentos culturais» (pp. 12-21) com algumas alegações sobre «público estimado», por exemplo para o cinema Batalha calculado como sendo de 190 200 espetadores ano, sem qualquer suporte factual para a aludida projeção, nem menção ou remissão para hipotéticos estudos realizados sobre atividades culturais e públicos no município do Porto, ou sequer especulações por via da extrapolação de



Tribunal de Contas

registos sobre públicos registados em espaços equivalentes de outros municípios (e respetivas receitas, nomeadamente, de bilheteira), ou análises que integrem vetores quantitativos e perfis de populações residentes e visitantes, sendo, ainda, omitidos quaisquer elementos objetivos sobre o relevo da gestão dos espaços elencados por uma nova empresa municipal em contraponto à gestão direta, subcontratação, concessão ou gestão por empresa municipal já existente (pp. 12-21).

- 2.17 Omissões que subsistem nos capítulos sobre «características das atividades comerciais em outros equipamentos culturais» (pp. 22-23) e sobre projetos e eventos culturais (pp. 24-31).
- 2.18 Depois da indicação do organograma e quadro de pessoal previsto para a EMCP (pp. 31-32) existe uma página com referência a dados do INE sobre população na área metropolitana do Porto (p. 33), a qual não é cruzada com informações ou estudos sobre públicos, seguindo-se a menção do enquadramento legislativo (pp. 34-36) e uma previsão de gastos (pp. 38-51), que compreendem para o ano N um valor de € 3 600 875 com pessoal, e dos quais € 721 700 relativos à Administração e serviços administrativos (reportando-se à esfera dos administradores, diretor-geral e adjuntos € 317 100, cf. mapas pp. 50 e 63).
- 2.19 Além dos gastos com pessoal referem-se gastos operacionais relativos ao funcionamento dos serviços (v.g. limpeza e higiene dos equipamentos; vigilância e segurança, assistência técnica, conservação dos bens) e de programação dos eventos culturais (v.g. honorários dos artistas, exposições, deslocações/estadas, aluguer de equipamento) que o EVEF também projeta, por cada equipamento e ainda em termos agregados.
- 2.20 No que se refere aos gastos operacionais, o EVEF reconhece o aumento de gastos na gestão de equipamentos e eventos no modelo por empresa:



Tribunal de Contas

«O orçamento global da DMCC totaliza 5,6M€, não incluindo gastos com recursos humanos. Deste valor, cerca de 2,9M€ correspondem a despesa não diretamente relacionada com as atividades de gestão de equipamentos e projetos culturais. Assim, de grosso modo o valor de orçamento da DMCC atribuível aos equipamentos e projetos que transitarão para a Porto Cultura totalizam cerca de 2,7M€. Se comparado o valor orçamental atual da gestão de equipamentos e projetos da DMCC (2,7M€), com a estimativa de gastos a suportar pela Porto Cultura (3M€/ano) constata-se um ligeiro aumento dos gastos a suportar no modelo de gestão delegada (Empresa Municipal), face ao modelo atual (DMCC)».

- 2.21 Os gastos operacionais (custos fixos, gestão de equipamentos e eventos) são apresentados como encargo da EMCP, tal como os encargos com pessoal, os quais ascenderão a um valor total superior a 3,7M€ no ano N, mantendo uma trajetória ascendente até ao ano N+4, período em que se prevê representarem um valor superior a 4M€.
- 2.22 No que se refere à tipologia e quantificação das receitas previstas obter pela EMCP, o EVEF discrimina quatro categorias (bilheteira, aluguer de espaços, proveitos de exploração e concessões; mecenato e apoios) e segundo a projeção o volume de negócios assente nestas receitas próprias representa uma evolução positiva desde o ano N a N+4 de € 841.552 para cerca de 1.4M€, concluindo o EVEF que nesse período «a estratégia definida para a Porto Cultura permitirá um incremento de 70% no total das receitas geradas pela atividade» (pp. 58-60).
- 2.23 Essa evolução não tem suporte em estudos de mercado ou dados empíricos, sendo configurado no EVEF (fls. 67) como fruto do «domínio de ferramentas especializadas para a gestão da área da cultura, como sejam o *fundraising*, mediação de públicos e programação cultural, possibilitando assim o incremento exponencial das receitas próprias», acrescentando-se que «esta meta será possível através da participação de quadros administrativos e



Tribunal de Contas

diretivos com *know-how* especializado, nomeadamente, na angariação de apoios mecenáticos, de patrocínios e na candidatura a programas de financiamento especificamente criados para a área da cultura».

- 2.24 Segundo o EVEF, apesar da alegada expectativa de incremento das receitas próprias da EMCP, o valor anual dos subsídios à exploração mantém a tendência de subida no período N a N+4 constatando-se que as receitas com origem em mecenato e outros apoios (as que advêm, em grande medida, das supostas novas ferramentas especializadas) não são suficientes para cobrir o aumento de gastos com pessoal acima indicado.
- 2.25 Segundo o EVEF no que concerne às receitas com origem no orçamento da autarquia (e que consistem em transferências orçamentais para a EMCP), «o incremento das atuais fontes de receitas e a criação de novas fontes permitirá diminuir progressivamente a dependência do investimento da CMP nos programas culturais», ainda segundo o estudo «espera-se que a atividade da EMCP permita a redução do peso das verbas a transferir pela CMP em cerca de 6 pontos percentuais entre o ano N e N+4» — projeções sem suporte em elementos objetivos que permitam a respetiva verificação exógena.
- 2.26 As transferências com origem no orçamento da autarquia consistem em subsídios à exploração e representam a fonte de receitas preponderante da EMCP, no EVEF consta a projeção de que esta subsidiação cobrirá, no período abrangido sempre mais de 80% dos gastos totais da Porto Cultura, embora se refira uma expectativa de um decréscimo ténue da dependência dessas transferências até ao ano N+4 face ao relativo aumento das receitas próprias da entidade (mapas a fls. 60), sem se sustentar essa ilação em quaisquer elementos empíricos disponibilizados pelo estudos mas, apenas, nos pressupostos destacados em todos os seus passos sobre a maior eficácia e eficiência da futura empresa municipal.



Tribunal de Contas

- 2.27 Os subsídios à exploração ascendem a um valor superior a 6,7M€ no ano N e a 6,9M€ no ano N+4, segundo o EVEF, nos cinco anos iniciais da EMCP prevê-se transferir um total de 34,1M€ a título de subsídios à exploração,
- 2.28 Segundo o EVEF a criação da EMCP gerará um aumento das despesas com pessoal num montante anual superior a 1,5M€: € 3.600.875- € 2.089.835 (cf. quadro a fls. 68 do estudo).
- 2.29 Segundo o EVEF, o total de gastos previstos para a EMCP (operacionais e de pessoal) estima-se que atinjam € 7.357.250,00 no ano N (cf. demonstração de resultados a fls. 63 do estudo), valor suportado em 89% por subsídios à exploração.
- 2.30 Segundo o EVEF, a EMCP vai depender da atribuição de subsídios à exploração que garantem a sua atividade (cf. quadro a fls. 60) e o aumento previsto das receitas próprias da empresa (aumento de bilheteira, do mecenato e de outros apoios) baseia-se em especulações sem referência ou relação com quaisquer estudos ou dados objetivos que, como tal, podem não se verificar.
- 2.31 Na justificação para as receitas próprias da EMCP computadas no EVEF afirma-se que cerca de 55% provirão de proveitos de bilheteira (invocando-se nomeadamente, que a abertura do Cinema Batalha, prevista para o Ano N+2, terá como impacto num aumento de cerca de 30% desta tipologia de receitas) sem suportar essas alegações em elementos objetivos sobre exploração direta da bilheteira pela EMCP ou parceiros, número de espetadores, preço de bilhetes, etc., e quanto à referência de que cerca de 40% das receitas terão origem em mecenato e apoios, trata-se de uma expectativa apenas suportada na aposta, segundo a terminologia do EVEF, numa equipa especializada e focada na potenciação do aumento de *fundraising* e apoios cobertos pela lei de mecenato, sem explicar as alternativas de atividade levada a cabo pela gestão direta da autarquia, subcontratação de serviços ou mesmo de outra empresa municipal como a Porto Lazer.



Tribunal de Contas

- 2.32 Isto é, as projeções previstas no EVEP podem não se concretizar e num hipotético cenário de menor arrecadação de receitas próprias reflexamente, aumentará a dependência da EMCP de subsídios à exploração que nesse caso seria superior a 90%.
- 2.33 O EVEF não compreende qualquer considerando sobre o objeto social da Porto Lazer (*supra* § 2.1), nem sobre a respetiva atividade e efetivos desempenhos, nem a possibilidade de as missões atribuídas à EMCP serem desenvolvidas por aquela empresa municipal potenciando economias de escala (reduzindo custos com administração e secretarias por confronto com a duplicação de empresas), não existindo comparadores sobre a nova empresa *versus* empresa existente (com reforço de meios), nova empresa *versus* gestão direta, nova empresa *versus* gestão direta articulada com outros mecanismos (como contratação de prestações de serviços e/ou concessões).
- 2.34 Quanto às projeções sobre captações em termos de mecenato e meios diretos de financiamento o EVEF não refere quaisquer dados empíricos de outras empresas municipais ou estudos sobre mercado cultural e públicos, na cidade do Porto ou outras cidades portuguesas, nem o quadro operacional e de resultados de outras empresas municipais com objeto social semelhante à EMCP como a EGEAC, empresa do município de Lisboa criada em 1995 (então como EBAHL) que, de acordo com a apresentação que consta do respetivo sítio na rede eletrónica «é responsável pela gestão de alguns dos mais emblemáticos espaços culturais e pela realização das Festas de Lisboa e de outros momentos culturais de referência da cidade», assumindo, nomeadamente, a gestão dos seguintes espaços: o Castelo de S. Jorge (área museológica e o bairro do Castelo), o Teatro Taborda e área envolvente, o Palácio Pancas Palha, o Largo do Chafariz de Dentro (onde veio a criar o espaço museológico dedicado ao Fado), o Convento das Bernardas (compreendendo um museu dedicado às marionetas), o Palácio Marim Olhão,



Tribunal de Contas

os teatros São Luiz e Maria Matos, o cinema São Jorge e o Fórum Lisboa (antigo cinema Roma), Atelier–Museu Júlio Pomar e a Casa Fernando Pessoa, os diferentes núcleos do Museu de Lisboa, o Museu Bordalo Pinheiro e o Museu do Aljube e as 5 Galerias Municipais, atividades desenvolvidas em paralelo com a realização de atividades em espaço público.

- 2.35 O impulso inicial do presente processo de fiscalização prévia foi assumido pelo Diretor Municipal de Finanças e Património, Pedro Martins dos Santos, ao abrigo de despacho de delegação de competência do Presidente da CMP reportado ao «enviar ao Tribunal de Contas os documentos que devam ser submetidos à sua apreciação, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, alínea k), do anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, sem prejuízo do disposto na alínea ww), do n.º 1, do artigo 33.º da mesma Lei».
- 2.36 Tendo o referido responsável ao abrigo de despacho de delegação de competências de 13-11-2017 (ponto da Ordem de Serviço n.º I/365729/17/CMP publicada no *BME* n.º 4257, de 21-11-2017, p. 22), junto documentos na sequência de devoluções do DECOP e do TdC, tendo respondido, ainda, a pedidos de esclarecimento nomeadamente ao determinado por decisão judicial de 15-1-2018.
- 2.37 O Diretor Municipal de Finanças e Património Pedro Martins dos Santos foi designado na proposta apresentada pelo Presidente da CMP, aprovada em reunião da CMP de 4-7-2017 para a apresentação à AMP e aprovada pela deliberação deste órgão de 19-7-2017 como presidente da mesa da Assembleia Geral da EMCP (*supra* §§ 2.2, 2.5, 2.6 e 2.7).
- 2.38 Nos estatutos da Porto Lazer o capítulo do Conselho de Administração é iniciado com um artigo 13.º (em sentido similar com o que sucede com os de outras empresas municipais como a Águas do Porto, Domus Social e GO Porto, que apenas compreendem uma variante de redação do n.º 2), com a epígrafe *Composição e designação*, com o seguinte teor:



Tribunal de Contas

«1. O conselho de administração é o órgão de gestão da empresa, composto por três membros, sendo um deles o seu presidente, podendo um dos demais ser nomeado vice-presidente.

«2. Compete à assembleia geral, designar ou destituir a maioria dos membros do conselho de administração, sem prejuízo dos números seguintes.

«3. O presidente da Câmara Municipal do Porto será o presidente do conselho de administração da empresa e, se assim o entender, designará um vice-presidente, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

«4. O presidente da Câmara Municipal do Porto pode designar num vereador do executivo municipal o exercício do cargo de presidente do conselho de administração.

«5. Pode a Câmara Municipal do Porto, sob proposta do seu presidente, designar uma individualidade de reconhecido mérito, não pertencente ao executivo municipal, para o cargo de presidente do conselho de administração.»

2.39 O artigo 13.º do EMCP tem um teor idêntico ao mesmo preceito da Porto Lazer com duas únicas diferenças: foi eliminado o n.º 4 e alterado o n.º 3 que passou a ter o seguinte teor «o presidente da Câmara Municipal do Porto será o presidente do conselho de administração da empresa, podendo delegar num vereador do executivo municipal o exercício do respetivo cargo», subsistindo a possibilidade de o presidente do conselho de administração ser «uma individualidade de reconhecido mérito» (embora a mesma esteja prevista no que deve ser considerado o n.º 4 do artigo 13.º com um lapso derivado de o mesmo subsistir referido como n.º 5, apesar não haver n.º 4 precedente).

2.40 Como se referiu acima, o texto subscrito pelo presidente da CMP veio a ser a proposta aprovada pela CMP e objeto da deliberação da AMP no qual, além de estar incluído o referido estatuto, foi específica e diretamente designado como presidente do conselho de administração da EMCP Rui de Carvalho de Araújo Moreira (ponto 1.e) da proposta, cf. *supra* § 2.2), que interveio de



Tribunal de Contas

forma ativa na discussão e deliberação dos órgãos executivo e deliberativo (cf. *supra* §§ 2.2, 2.4, 2.5 e 2.7).

- 2.41 O DECOP solicitou que a entidade requerente informasse «se se prevê a celebração de contratos de prestação de serviços entre o Município do Porto e a empresa, esclarecendo, em caso afirmativo, como será a respetiva remuneração calculada a preços de mercado (cf. artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, na sua redação atual)», tendo a resposta sido a seguinte: «não está prevista no Estudo, nem se prevê, a celebração de contratos de prestação de serviços entre o Município do Porto e a EMCP».
- 2.42 O TdC solicitou ao Município do Porto que informe, e se possível demonstre de forma documentada, qual o apoio do mecenato ou de outras contribuições de terceiros previstas para o ano de 2018», tendo sido respondido:
- «Na presente data estão em negociação, para o ano de 2018, um total de 175.000,00 euros de verbas provenientes de mecenato e outros apoios financeiros. Estas verbas destinam-se a apoiar as atividades desenvolvidas na Galeria & Auditório Municipal, no Teatro Municipal do Porto e nos projetos Cultura em Expansão, Fórum do Futuro e Pláka. As várias entidades com as quais estão a ser negociados protocolos incluem, nomeadamente, um grupo empresarial do setor da construção e duas fundações privadas do setor da banca e energia.
- «Refira-se que, para além das entidades supracitadas, a atividade da EMCP visará a constante angariação de apoios de outras empresas privadas, fundações, embaixadas e representações diplomáticas, entre outras entidades».
- 2.43 O valor referido pelo Município como estando em negociação é superior, a concretizar-se, ao valor estimado no ano N para as receitas em mecenato e outros apoios (cf. quadro a fls. 60 do estudo).
- 2.44 Ainda no que se refere às receitas próprias empresa foi colocada a seguinte questão: «Informe qual a data em que se prevê a abertura e exploração do



Tribunal de Contas

Cinema Batalha, e se as projeções das receitas próprias da empresa tiveram em conta essa circunstância», tendo sido respondido:

«No calendário atualizado do processo de requalificação do Cinema Batalha, entregue pela equipa de arquitetos Alexandre Alves Costa e Sérgio Fernandez em dezembro de 2017, prevê-se a abertura ao público do equipamento em finais de 2019 / inícios de 2020. Esta alteração deve-se à inesperada complexidade de resolução de problemas estruturais detetados no edificado, que acrescentará morosidade à intervenção.

«O encaixe de receita gerada pela exploração - quer através de bilhética, quer por via de angariação de apoios - deverá portanto decorrer a partir de 2020 (N+2). A leitura dos cronogramas apresentados em junho de 2017 no EVF deverá ter em consideração esta circunstância.

«Todavia, relativamente aos gastos mencionados nas tabelas apresentadas nas páginas 46 e 49/50 do EVF, deverão ser considerados os valores incluídos em N+1, dado que a plena entrada em funcionamento do equipamento em N+2 pressupõe o início dos trabalhos (de produção, programação, gestão e apetrechamento técnico) no ano anterior.»

2.45 Questionada pelo TdC sobre a racionalidade acrescentada do modelo de gestão por empresa relativamente às outras alternativas (gestão direta ainda que com subcontratações, e/ou através de transferências para a Porto Lazer ou contratação de serviços a essa empresa municipal), foi respondido:

«A racionalidade acrescentada da criação da EMCP é essencialmente justificada nas páginas 66 a 68 do EVEF. Tal como referido no EVEF, a estratégia definida para a atividade da EMCP tem subjacente o domínio de ferramentas especializadas para a gestão na área da cultura, como sejam o fundraising, mediação de públicos e programação cultural, possibilitando assim o incremento exponencial das receitas próprias.

«Por consequência, o incremento das atuais fontes de receitas e a criação de novas fontes permitirá diminuir progressivamente a dependência do investimento do



Tribunal de Contas

Município nos programas culturais. Tal como demonstrado no estudo, espera-se que a atividade da EMCP permita a redução do peso das verbas a transferir pelo Município. Esta poupança é tanto mais significativa quanto, no período em análise, a atividade da EMCP estará em forte expansão, tanto em novos equipamentos e projetos, como em conteúdos programáticos.

«Remetemos a análise do efeito da potenciação das receitas para a resposta ao ponto 1 supra.

«Esta meta será possível através da participação de quadros administrativos e diretivos com know-how especializado nomeadamente, na angariação de apoios mecenáticos, de patrocínios e nas candidaturas a programas de financiamento especificamente destinados à área cultural.

«Recorde-se que, para além do efeito financeiro e tal como referido em anteriores respostas, a especialização organizacional e técnica intrínseca à criação da EMCP permitirá melhorias qualitativas significativas no desenvolvimento das atividades culturais que lhe estarão afetas. Em suma, a EMCP tem como objetivo fazer mais e melhor comparativamente ao atual modelo de gestão. Destas melhorias destacamos:

- O desenvolvimento de novos projetos e equipamentos em áreas culturais (que permitirão potenciar significativamente a fruição e a educação cultural na cidade do Porto) cuja existência futura implica novos níveis de complexidade administrativa e de gestão, o que por sua vez exigirá níveis mais altos de dedicação e especialização técnico-funcional, assim como o domínio de ferramentas de gestão que no universo do Município não podem ser controláveis, como a receita de bilheteira.
- A criação de uma identidade técnica exclusivamente orientada para a gestão de equipamentos e projetos culturais, potencializando assim a maior qualidade, coerência e rigor na definição e execução dos serviços culturais prestados.
- O aumento e diversificação de públicos da cultura através da criação de programas culturais mais estimulantes, resultado de processos de trabalho mais eficazes, esboçados do ponto de vista processual e sustentáveis do ponto de vista técnico.



Tribunal de Contas

- O aumento da autonomia dos recursos tornando o processo de decisão mais expedito, potenciando assim a rápida consolidação de projetos já iniciados e o desenvolvimento mais sólido de todas as iniciativas a serem desenvolvidas.

Reitera-se que a EMCP exercerá, a título principal, como decorre do seu objeto, atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura. Desta forma, o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 62.º da Lei n.º 50/2012, de 31/8 não é aplicável à EMCP, por força do regime de exceção estabelecido no n.º 15 do referido art. 62.º.»

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se na prova documental fornecida pela entidade fiscalizada atentas, nomeadamente, as interpelações do DECOP e do TdC (*supra* §§ 1 e 2), impondo-se destacar que:

- 3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8², e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas³, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto nos artigos 81.º, n.º 1, 82.º, n.º 1, e 85.º, n.º 3, da LOPTC.
- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (*ex vi* artigo 80.º da LOPTC) — complexo normativo

² Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

³ Publicada no *Diário da República, II Série*, de 16-8-2011.



Tribunal de Contas

interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Principais questões jurídicas carecidas de análise em sede de fiscalização prévia

- 4 A apreciação do TdC em sede de fiscalização prévia da constituição da EMCP tem abrigo no disposto no artigo 23.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEL) aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto⁴, conjugado com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC na medida em que estabelece que compete ao TdC «fiscalizar previamente 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, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 2.º»
- 5 As principais questões jurídicas suscitadas reportam-se: (1) ao vício do procedimento que culminou na constituição da EMCP constituído pelo impedimento do titular do cargo de presidente da CMP para intervir nas suas várias etapas e o conseqüente efeito na legalidade da criação da EMCP; (2) nulidades que afetam a deliberação de constituição da EMCP, merecendo análise especificada neste segmento as previstas nos artigos 32.º, n.º 1, e 20.º, n.º 6, do RJAEL.

⁴ Objeto de alterações aprovadas pelas Leis n.º 53/2014, de 25/08, n.º 69/2015, de 16/07, n.º 7-A/2016, de 30/03, n.º 42/2016, de 28/12, n.º 114/2017, de 29/12.



Tribunal de Contas

A primeira fase de criação de empresas municipais e a fiscalização prévia do Tribunal de Contas

- 6 O artigo 19.º, n.º 1, do RJAEL prescreve que «são empresas locais as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma direta ou indireta, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: a) detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; c) qualquer outra forma de controlo de gestão».
- 7 A constituição de uma empresa local engloba duas fases:
- 7.1 A primeira, conformada pelo direito público que compreende o procedimento administrativo tendente à criação da entidade, em que merecem destaque as deliberações da entidade pública participante que autorizam a criação da entidade e os estudos técnicos preparatórios que fundamentam a decisão de criação da empresa local, sobre a qual incide a fiscalização prévia (referida *supra* no § 4);
- 7.2 A segunda fase de outorga do contrato de sociedade, regulada pela lei comercial.
- 8 O artigo 4.º dos Estatutos da EMCP estabelece que o respetivo capital social é integralmente subscrito e realizado pelo Município do Porto, pelo que, parecem encontrar-se verificados todos os requisitos previstos nas alíneas *a)* a *c)*, do n.º 1, do artigo 19.º, do RJAEL, ou seja, o Município do Porto exercerá diretamente uma influência dominante sobre a EMCP.
- 9 O objeto social da EMCP – a gestão e programação de equipamentos culturais – caracteriza-a como uma empresa encarregue da prestação de serviços de interesse geral, conforme previsto na alínea *a)*, do artigo 45.º do RJAEL que permite aos municípios a criação de empresas locais que tenham por objeto uma ou mais das seguintes atividades: «promoção e gestão de equipamentos coletivos e prestação de



Tribunal de Contas

serviços nas áreas da educação, ensino e formação profissional, ação social, cultura, saúde e desporto».

Violação de regras legais relativas a garantias de imparcialidade no procedimento administrativo de constituição da EMCP — o impedimento do Presidente da CMP

10 Em termos gerais, o quadro de competências dos órgãos das autarquias locais encontra-se previsto no regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias desenvolvido na Lei das Autarquias Locais (LAL) aprovada pela Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, e no novo regime jurídico das autarquias locais (RJAL) pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, pois apesar deste último ter revogado uma parte significativa do precedente, aquele continuou a ser a sede de regras sobre constituição, composição e organização dos órgãos das autarquias locais⁵.

11 Plano em que o procedimento adotado no caso *sub judice* não suscita reparos, pois a autorização para a constituição de empresas locais é da competência da assembleia municipal sob proposta da câmara municipal — nos termos do n.º 1, do artigo 22.º da RJAEL e do artigo 25.º, n.º 1, do RJAL —, tendo no caso concreto, depois de solicitação do TdC, sido juntas ao processo certidões das atas das deliberações dos órgãos municipais que decidiram a criação da EMCP, tomadas respetivamente na sessão da CMP de 4 de julho de 2017, e na sessão da AMP de 19 de julho de 2017, ambas por maioria (cf. *supra* §§ 2.3 e 2.7).

⁵ Por força do disposto no artigo 6.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2013. A LAL de 1999 revogou expressamente a anterior legislação sobre a matéria, em particular a anterior LAL aprovada pelo Decreto-Lei n.º 100/84, de 29-3. A LAL de 1999 foi alterada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11-1, Lei n.º 67/2007, de 31-12, Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30-11 e Lei n.º 75/2013, de 12-9 (a qual, por sua vez, foi alterada pelas Leis n.ºs 25/2015, de 30-3, 52/2015, de 9-6, e 69/2015, de 16-7, e Lei n.º 7-A/2016, de 30-3). A Lei n.º 75/2013 estabeleceu também o estatuto das entidades intermunicipais, o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprovou o regime jurídico do associativismo autárquico.



Tribunal de Contas

- 12 Acrescente-se que a minuta entretanto remetida ao TdC para visto prévio constitui uma execução do deliberado que se apresenta conforme o conteúdo da decisão da AMP, apesar de não ter sido especificamente aprovada por esse órgão deliberativo.
- 13 No procedimento administrativo ocorreram em diferentes etapas da criação da EMCP intervenções determinantes do titular do cargo de presidente da CMP, tendo esse eleito local sido designado como presidente do conselho de administração da nova empresa municipal, por via da norma estatutária aprovada no quadro do procedimento de criação dessa entidade e de indicação específica de Rui de Carvalho de Araújo Moreira para esse cargo — cf. *supra* §§ 2.2 a 2.7, 2.38 a 2.40.
- 14 A intervenção em sede de procedimento administrativo de uma pessoa que vai ser direta e especificamente abrangida por um ato de nomeação proferido nesse âmbito exige a apreciação do mesmo em face do princípio da imparcialidade na administração pública, conformado, em primeira linha, pelo artigo 266.º da Constituição, cujos n.ºs 1 e 2 estabelecem que «a administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos» e que «os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé».
- 15 Na apreciação dos requisitos normativos incidentes nos processos decisórios tem sido jurisprudência constante deste tribunal em sede de fiscalização prévia destacar que «o princípio da imparcialidade constitui uma importante forma de garantir preventivamente, a imparcialidade da Administração», como se refere no acórdão n.º 75/2009 - 15.Abr.2009 - 1ª S/SS acrescentando-se que «o valor ou interesse jurídico tutelado como a transparência de procedimentos é um mero risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade, independentemente de ter produzido, em concreto, uma real e efetiva atuação imparcial, ou seja, independentemente de se ter produzido um efetivo dano».



Tribunal de Contas

- 16 Jurisprudência do TdC apresentada em sintonia com a dos tribunais administrativos, no sentido de ocorrer «violação do princípio constitucional da imparcialidade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP), gerador de vício autónomo de violação de lei, sempre que sejam levados a cabo procedimentos que contenham o risco de consubstanciarem atuações parciais» — assim o acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 3-11-2005, Processo n.º 00111/04 e o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 9-10-2008, no processo n.º 0781/08.
- 17 Passando à legislação ordinária aplicável no presente caso, a secção III do capítulo II (*da relação jurídica procedimental*) da parte III (*do procedimento administrativo*) do Código de Procedimento Administrativo (CPA), intitulada *das garantias de imparcialidade*, tem como primeiro preceito o artigo 69.º, com a epígrafe *casos de impedimento*, em cuja alínea *a*) do n.º 1 se prescreve: «salvo o disposto no n.º 2, os titulares de órgãos da Administração Pública e os respetivos agentes, bem como quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos, não podem intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública [...] quando nele tenham interesse, por si, como representantes ou como gestores de negócios de outra pessoa».
- 18 Por seu turno, a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 69.º do CPA ressalva da estatuição transcrita as intervenções que se traduzam em atos de mero expediente, designadamente atos certificativos.
- 19 Impedimento estabelecido no artigo 69.º, n.º 1, alínea *a*), que se apresenta em sintonia com o estabelecido na alínea *iv*) do artigo 6.º do Estatuto dos Eleitos Locais (EEL) aprovado pela Lei n.º 29/87, de 30 de junho⁶, o qual prescreve que os eleitos locais estão vinculados no exercício das suas funções ao cumprimento do princípio de não intervenção «em processo administrativo, ato ou contrato de direito público

⁶ Alterada pelas Leis n.ºs 97/89, de 15-12, 1/91, de 10-1, 11/91, de 17-5, 11/96, de 18-4, 127/97, de 11-12, 50/99, de 24-6, 86/2001, de 10-8, 22/2004, de 17-6, 52-A/2005, de 10 -10, e 53-F/2006, de 29-12.



Tribunal de Contas

ou privado nem participar na apresentação, discussão ou votação de assuntos em que tenha interesse ou intervenção, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa, ou em que tenha interesse ou intervenção em idênticas qualidades o seu cônjuge, parente ou afim em linha reta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum».

20 Cânones também refletidos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014⁷, que regula o vínculo de trabalho em funções públicas compreendendo um regime geral aplicável à administração direta e indireta do Estado⁸, constando da secção II (*garantias de imparcialidade*) do capítulo I (*trabalhador*) do título I (*trabalhador e empregador*) da Parte II (*vínculo de emprego público*) da LTFP a matéria das incompatibilidades e impedimentos, cuja regulação se inicia com o artigo 19.º, com a epígrafe *incompatibilidades e impedimentos*, estabelecendo o n.º 2 que «sem prejuízo de impedimentos previstos na Constituição e noutros diplomas, os trabalhadores com vínculo de emprego público estão sujeitos ao regime de incompatibilidades e impedimentos previsto na presente secção».

21 Passando à análise da problemática dos regimes sobre impedimentos e incompatibilidades dos *eleitos locais em regime de permanência*, a mesma

⁷ Alterada pelas Leis n.ºs 82-B/2014, de 31 de dezembro, 84/2015, de 7 de agosto, e 18/2016, de 20 junho.

⁸ Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º a LTFP «é aplicável à administração direta e indireta do Estado e, com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços da administração regional e da administração autárquica». Por seu turno, o artigo 1.º, n.º 3, determina que a LTFP «é também aplicável, com as adaptações impostas pela observância das correspondentes competências, aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, dos tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes». Depois dos n.ºs 4 e 5 se reportarem, respetivamente, aos órgãos e serviços de apoio à Assembleia da República e aos serviços periféricos externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, o n.º 6 estabelece que a LTFP «é também aplicável, com as necessárias adaptações, a outros trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas que não exerçam funções nas entidades referidas nos números anteriores». O artigo 2.º, com a epígrafe *Exclusão do âmbito de aplicação*, reporta-se a trabalhadores que exercem funções nos Gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares de órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 1.º; em entidades públicas empresariais, entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privados, público e cooperativo e Banco de Portugal; e a militares das Forças Armadas, militares da Guarda Nacional Republicana e pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, cujos regimes constam de lei especial.



Tribunal de Contas

apresenta alguns nódulos problemáticos em larga medida gerados por alguma flutuação terminológica da legislação das autarquias locais sobre categorias relevantes, nomeadamente, analisada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (PGR) nos pareceres n.ºs 125/90, de 10-10-1991⁹, 77/2002, de 13-2-2003¹⁰, e 120/2005, de 8-6-2006¹¹ e n.º 12/2015, de 20-10-2016¹².

22 De qualquer modo, relativamente aos presidentes de câmara municipal as questões apresentam-se significativamente mais claras no plano conceptual do que sucede com outros eleitos locais, sendo pacífico que aqueles são qualificados como titulares de cargos políticos pela alínea f) do n.º 2 do artigo 1.º do regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos aprovado pela Lei n.º 64/93, de 26 de agosto¹³, e exercem obrigatoriamente o cargo em regime de permanência e tempo inteiro, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do EEL.

23 Por outro lado, os presidentes e os vereadores de câmaras municipais, mesmo em regime de tempo inteiro ou meio tempo, não estão sujeitos à regra da exclusividade no exercício de funções aplicável aos outros titulares de cargos políticos (por força do disposto no artigo 6.º, n.º 1, do regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos¹⁴ e do artigo 3.º do EEL), podendo acumular o respetivo cargo com outros cargos ou empregos

⁹ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 20-5-1992.

¹⁰ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 2-10-2003.

¹¹ Publicado no *Diário da República* II Série, de 7-8-2006.

¹² Publicado no *Diário da República* II Série, de 17-5-2017.

¹³ Alterada pelas Leis n.ºs 39-A/94, de 27-12, 28/95, de 18-8, 12/96, de 18-4, 42/96, de 31-8, e 12/98, de 24-2, pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27-3, pela Lei n.º 30/2008 de 10-7, e pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30-11.

¹⁴ Situação clarificada depois da revogação operada pela Lei n.º 12/98, de 24 de fevereiro, do artigo 6.º da Lei n.º 64/93 (na redação da Lei n.º 28/95) passando a ser pacífico que todos os eleitos locais beneficiam do regime de não exclusividade de autarcas expressamente consagrado no n.º 1 do artigo 6.º do regime jurídico de incompatibilidades dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, sendo que os únicos limites a essa regra serão os que possam resultar para o exercício de cargos ou atividades profissionais do que estiver estabelecido em matéria de incompatibilidades e impedimentos em leis reportadas a esses cargos ou atividades.



Tribunal de Contas

públicos sem prejuízo dos regimes de incompatibilidades e impedimentos previstos em outras leis.

- 24 Como foi destacado nos acima referidos pareceres n.º 52/1994, n.º 77/2002, n.º 120/2005 e n.º 12/2015 do Conselho Consultivo da PGR, os *eleitos locais* em geral «gozam hoje de um regime de incompatibilidades bastante generoso e flexível, de tal sorte que a incompatibilidade a ocorrer surge não pelo desempenho da função autárquica com outras atividades, mas, ao invés, do exercício de outro cargo ou atividade profissional com a função autárquica, se do regime que o disciplina resultar uma situação de incompatibilidade que obste à acumulação».
- 25 Relativamente ao exercício simultâneo do cargo de eleito local no executivo municipal e de membro do conselho de administração de empresa do mesmo município existem duas coordenadas legais de carácter negativo: a) não existe qualquer inerência legal; b) os cargos não são incompatíveis.
- 26 Começando pelo primeiro fator referido, a lei não estabelece qualquer inerência entre o cargo de membro (presidente ou vereador) do executivo municipal e de órgão de direção de empresa municipal, o eventual exercício simultâneo dos dois cargos não corresponde a uma representação de um no outro, pelo que, a eventual titularidade conjunta de cargos não afasta o detentor dos deveres inerentes a um e outro cargo.
- 27 Acrescente-se que, no plano legal, a regra supletiva sobre o mandato dos órgãos constante do artigo 15.º do Estatuto do Gestor Público (EGP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março¹⁵, é subsidiariamente aplicável aos titulares dos órgãos de gestão ou de administração das empresas locais por força do disposto no n.º 4 do artigo 30.º do RJAE, determinando que o respetivo mandato seja, em regra, exercido pelo prazo de três anos, e, como destaca PEDRO COSTA GONÇALVES, o RJAE «não exige uma regra de *coincidência* da duração dos

¹⁵ Revisto pela Lei n.º 64-A/2008, de 31-12, pelo Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18-1 e pelo Decreto-Lei n.º 39/2016, de 28-7.



Tribunal de Contas

mandatos dos titulares dos órgãos sociais com a duração dos mandatos dos órgãos autárquicos» (*Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 156).

- 28 Passando ao segundo dos aludidos pontos, a ausência de incompatibilidade, sendo certo que a aplicação subsidiária do EGP opera com ressalva expressa do especialmente disposto no RJAEL, as disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 5 do artigo 30.º do RJAEL implicam que a lei não considera incompatível o exercício simultâneo do cargo de presidente da câmara municipal e de membro de órgãos de gestão ou de administração das respetivas empresas locais (como se destacou na conclusão 21.ª do parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 8/2014, de 25-6-2015¹⁶).
- 29 A temática das incompatibilidades no plano técnico-jurídico não se deve, contudo, confundir com a dos impedimentos, embora as duas matérias se reportem ao problema das garantias de imparcialidade.
- 30 As incompatibilidades assentam em motivos abstratos e genéricos não se reportando a conflitos casuísticos, em que a colisão de deveres funcionais pode determinar impedimentos, em princípio, a incompatibilidade é permanente enquanto o impedimento é incidental.
- 31 Como destaca PEDRO MACHETE, os impedimentos «correspondem a situações em que, devido à existência de interesses pessoais, diretos ou indiretos do agente, a própria lei considera não se encontrar assegurada a isenção ou retidão da sua conduta, pelo que o proíbe de tomar decisões ou de tomar parte em contratos celebrados com a Administração» («Incompatibilidades e impedimentos no novo Estatuto do Gestor Público: a ética de serviço público e as formas jurídico-organizatórias das empresas», *Liberdade e Compromisso - Estudos dedicados ao*

¹⁶ Inserido e acessível na base de dados sita em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>.



Tribunal de Contas

Professor Mário Fernando de Campos Pinto, Volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 306-307).

- 32 Impedimentos que, além de compreenderem potenciais situações de colisão suscetíveis de atingir as garantias de imparcialidade, derivam de um juízo abstrato do legislador, pelo que a sua verificação não envolve qualquer implicação necessária ao nível das condutas dos concretos agentes ou titulares de órgãos, nomeadamente, sobre desvio funcional de caráter culposo, como tem sido destacado em várias oportunidades pela jurisprudência e doutrina — v.g. acórdãos do STA de 20-7-1994, proferido no processo n.º 35345¹⁷, de 22-4-2004, proferido no processo n.º 0248/04, e pareceres do Conselho Consultivo da PGR n.º 45/90, de 9-11-1990¹⁸, n.º 45/90 - complementar, de 13-2-1992¹⁹, n.º 120/2005, de 8-6-2006²⁰.
- 33 Intervenções atingidas por impedimentos que o TdC teve oportunidade de apreciar em processos de fiscalização prévia como uma mácula que atinge todo o procedimento, sendo por si só suscetível de determinar a recusa de visto, na medida em que a decisão em que culmina o procedimento apresenta em termos gerais um potencial efeito no resultado financeiro da atividade do ente administrativo — v.g. acórdãos n.º 17/2015 - 1. DEZ-1.ª S/SS e n.º 14/2015 - 5 NOV-1.ª S/SS.
- 34 A entidade fiscalizada foi confrontada com a circunstância de a proposta deliberativa de criação da EMCP ter sido subscrita pelo presidente da CMP, que a votou na reunião do órgão executivo, na respetiva sessão de 4 de julho de 2017, e que nessa proposta se indicou aquele titular para presidente do conselho de administração da empresa, solicitando-se a sua pronúncia sobre a conformidade dessa atuação em face das garantias de imparcialidade e, em particular, das regras

¹⁷ Publicado na *Revista de Direito Autárquico*, ano 3, n.º 4, pp. 43-56.

¹⁸ Publicado no *BMJ* n.º 416 (1992), pp. 87-96.

¹⁹ Publicado no *BMJ* n.º 416 (1992), pp. 97-111.

²⁰ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 7-8-2006



Tribunal de Contas

sobre impedimentos, tendo aquela entidade alegado, através do representante referido *supra* no § 2.37²¹, o seguinte:

«Como resulta do n.º 3 do artigo 13.º dos estatutos da "EMCP-Empresa Municipal de Cultura do Porto, EM.", o "Presidente da Câmara Municipal do Porto será o presidente do conselho de administração da empresa, podendo delegar num vereador do executivo municipal o exercício do respetivo cargo".

«Tanto o Município como a empresa a constituir regem-se pelas normas de Direito Público, estando ambas as entidades vinculadas aos princípios do Direito Público, máxime, ao Princípio da Imparcialidade.

«A natureza dos interesses subjacentes à norma do artigo 69.º, n.º 1, alínea a) do Código do Procedimento Administrativo e à norma do artigo 4.º, do Estatuto dos Eleitos Locais, designadamente a sua alínea iv) e que determinam o impedimento, não se confunde com o interesse público de representação municipal, nem com o interesse público subjacente à opção estatutariamente prevista, pelo que se entende estarem respeitados o princípio e a garantia da imparcialidade.»

- 35 A referida alegação pelo representante da entidade fiscalizada não atende ao problema de fundo suscitado pela participação do titular do cargo de presidente da CMP no procedimento administrativo objeto de análise que se reporta, sublinhe-se, apenas à intervenção decisiva desse titular de cargo político numa decisão com duas vertentes: (1) consagração de uma solução estatutária que deriva de uma opção discricionária dos órgãos da autarquia no sentido de, em regra, o presidente da EMCP ser a pessoa titular do cargo de presidente de CMP; (2) concreta designação do cidadão Rui de Carvalho de Araújo Moreira como presidente do conselho de administração da EMCP (cf. *supra* §§ 2.2, 2.7, 2.39 e 2.40), lugar que não se confunde com o de presidente da CMP nem constitui uma forma de representação legal do município na empresa (cf. *supra* §§ 25 a 28).

²¹ O Diretor Municipal de Finanças e Património, Pedro Martins dos Santos, ele próprio designado como Presidente da Mesa da Assembleia da EMCP (cf. *supra* §§ 2.2 e 2.37), o que é suscetível de suscitar o respetivo impedimento para intervir no procedimento, matéria que atento o fim, o prazo e a economia do presente processo de fiscalização prévia não será aqui analisada.



Tribunal de Contas

- 36 Isto é, ao contrário do que parece estar subjacente a uma parte da alegação da entidade fiscalizada, a eventual colisão com as garantias de imparcialidade não deriva da cumulação dos dois cargos, questão ao nível de eventual incompatibilidade que já se considerou não se verificar (*supra* §§ 25, 28, 29 e 30), mas da intervenção num procedimento decisório em que, sem ter por base qualquer comando direto da lei, se optou por uma solução segundo a qual o presidente da CMP foi consagrado como o principal candidato à presidência do órgão de topo da nova empresa municipal e, concretamente, foi escolhido como presidente do conselho de administração da EMCP aquele específico titular de cargo político (*supra* §§ 2.2, 2.7, 2.39 e 2.40).
- 37 A alegação da entidade fiscalizada é afetada, nesta sede, por um vício analítico que afeta a respetiva operação hermenêutica, quando se afirma que a «natureza dos interesses subjacentes» às normas sobre impedimentos «não se confunde com o interesse público de representação municipal, nem com o interesse público subjacente à opção estatutariamente prevista».
- 38 Com efeito, a natureza dos interesses da norma sobre impedimentos ao aplicar-se à participação de pessoa titular do cargo de presidente da CMP em decisões que podem envolver efeitos reflexos diretos na sua pessoa não se confunde com a natureza dos interesses públicos relativos às referidas decisões e, acrescentamos nós, nem impediria por si só que essas decisões pudessem vir a ser tomadas, apenas impede, como garante de imparcialidade, que essa pessoa participe no respetivo processo decisório, devendo ser substituída no concreto procedimento administrativo por força do aludido impedimento.
- 39 Questão diferente seria se fosse a lei a determinar que o presidente de empresa municipal deve ser necessariamente o presidente da câmara municipal da autarquia em causa, contudo, como já se destacou, a lei nada dispõe nessa matéria, pelo que as decisões proferidas no sentido de os estatutos da empresa municipal contemplarem essa possibilidade como regra e a concreta decisão de designar um



Tribunal de Contas

determinado eleito local para o referido cargo empresarial (*supra* §§ 2.2, 2.7, 2.39 e 2.40) compreenderam uma livre apreciação em que, por força do disposto nos artigos 69.º, n.º 1, alínea *a*), do CPA e 4.º, alínea *iv*), do EEL, aquela pessoa devia ter sido substituída no exercício do respetivo cargo de eleito local nos termos do disposto pelo artigo 70.º, n.ºs 1, 2 e 5, do CPA.

- 40 Em síntese, os impedimentos derivados do objeto de uma decisão não se confundem com a qualidade da decisão, nomeadamente em face do interesse público, mas são o resultado de uma ponderação normativa (consequentemente genérica e abstrata) sobre a exigência das garantias de imparcialidade se dever repercutir em estatuições legais por força das quais, em face do objeto do ato administrativo, determinadas pessoas não podem participar no exercício de uma função pública no âmbito de um específico procedimento.
- 41 Plano hermenêutico em que ao intérprete e aplicador apenas incumbe verificar se está preenchida uma situação taxativamente estabelecida na lei como suscetível de criar dúvidas sobre a imparcialidade do agente, seja por força da envolvência de um seu interesse pessoal (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 69.º do CPA), no caso a designação como presidente do conselho de administração de uma empresa municipal, ou aspetos mais distantes de um concreto interesse pessoal como a mera intervenção pretérita no procedimento na assunção de outro papel (cf. alíneas *e*) e *f*) do n.º 1 do artigo 69.º do CPA)
- 42 Ou seja, a ilegalidade da intervenção do impedido é independente da bondade substantiva da decisão atingida por essa mácula.
- 43 Como destacam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, constatando-se que alguém participou numa decisão com desrespeito do disposto no artigo 69.º, n.º 1, do CPA essa situação traduz-se «na mera verificação de um pressuposto legal que conduz ao impedimento (e à invalidade do ato praticado pelo impedido)» o que, de acordo com os mesmos autores, implica que «a situação de impedimento origine, em abstrato, uma



Tribunal de Contas

perturbação no exercício da competência» (*Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, Coimbra, 1997, 2.^a edição, p. 245).

- 44 Sendo pacífico que «se não se deu por um impedimento, que existia, a decisão final do procedimento nem por isso deixa de ser inválida» (*idem, ibidem*), o que determina a anulabilidade dos atos praticados nos termos do disposto pelo artigo 76.º, n.º 1, do CPA e do artigo 163.º, n.º 2, do mesmo diploma legal.
- 45 A nomeação como presidente do conselho de administração de empresa municipal envolve necessariamente o interesse pessoal do designado, tendo um inequívoco e necessário impacto na sua vida, no caso passando a ser o dirigente máximo de uma pessoa coletiva com cerca de 140 colaboradores permanentes e pretendido relevo na vida económica e cultural local, aspetos independentes da circunstância de enquanto acumular o novo cargo com o de presidente de câmara municipal não poder auferir remuneração pelo novo cargo (cf. *supra* §§ 26 e 27).
- 46 Tendo o titular do cargo de presidente da CMP uma participação determinante no processo preparatório da constituição da EMCP, incluindo na elaboração dos respetivos estatutos e concreta indicação do mesmo como futuro presidente do respetivo conselho de administração, e, ainda, na discussão e aprovação da proposta em reunião da CMP, bem como no debate e aprovação da mesma pelo órgão deliberativo, a referida ilegalidade contaminou todo o procedimento, o que aliás aconteceria ainda que o referido responsável tivesse tido intervenção apenas numa das aludidas etapas.

Enquadramento do regime sobre criação de empresas locais que conforma o procedimento administrativo de criação da EMCP

- 47 O crescimento exponencial de entidades criadas ao abrigo da empresarialização da atividade pública municipal a partir da primeira Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais aprovada pela Lei n.º 59/98, de 18 de agosto, foi uma das mais impressionantes manifestações nacionais na transição do século da designada



Tribunal de Contas

fuga para o direito privado, determinando que das 34 empresas municipais recenseadas em 1999 se tenha, volvida apenas uma década, passado para cerca de 281 empresas municipais detidas por 144 municípios, crescimento do número de entidades acompanhado por um não menos significativo aumento da endividamento do setor empresarial local (cf. JOÃO BAPTISTA DA COSTA CARVALHO, MARIA JOSÉ DA SILVA FERNANDES, PEDRO JORGE SOBRAL CAMÕES, SUSANA MARGARIDA FAUSTINO JORGE, *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2013*, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, 2014, pp. 281-296).

48 Situação que determinou alterações legislativas, iniciadas ainda durante a referida primeira década de vigência do setor empresarial local (Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro seguida da Lei n.º 55/2011, de 15 de novembro) que vieram a culminar no RJAEL de 2012, podendo considerar-se, em sintonia com PEDRO J. CAMÕES, que «retrospetivamente, é claro que a evolução dos [referidos] regimes legais teve um fio condutor: introduzir sucessivos limites no número, objetos sociais e enquadramento financeiro no regime muito genérico aprovado em 1998» — «A evolução da atividade empresarial local e das participações locais», *A reforma do poder local em debate* (eds. LUÍS DE SOUSA *et al.*), Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 2015, p. 168).

49 Quadro evolutivo em que o RJAEL compreende como «finalidade principal e assumida limitar as possibilidades de derrapagem financeira dos municípios em consequência do financiamento de empresas locais financeiramente inviáveis», como destacam GLÓRIA TEIXEIRA E JOSÉ ANTÓNIO SÁ REIS, considerando esses autores que tal desígnio foi prosseguido através de «algumas inovações relativamente ao regime anterior, para assegurar um maior controlo da despesa pública e um esforço de viabilidade financeira das empresas» («O novo regime jurídico da atividade empresarial local», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano XI, 2014, p. 223).



Tribunal de Contas

- 50 Programa legislativo que compreendeu intervenções distintas tendo por referência uma dimensão tripartida da diacronia da existência de uma empresa: (1) criação; (2) funcionamento (incluindo o seu financiamento durante a respetiva vida jurídica); (3) dissolução.
- 51 A fiscalização prévia da responsabilidade do TdC objeto do presente processo (§§ 4, 6 a 9) reporta-se, exclusivamente, à avaliação da legalidade do procedimento administrativo de criação da EMCP vinculada ao cumprimento de um conjunto de regras especiais imperativas previstas no RJAEL incidentes apenas sobre o momento da constituição da empresa e não confundíveis com as questões de legalidade relativas ao respetivo financiamento superveniente e eventual dissolução.
- 52 Princípio geral que revela um específico ónus da prova da entidade fiscalizada (*supra* § 3.1) no sentido de demonstrar: (a) o cumprimento das exigências procedimentais impostas pelo RJAEL; e (b) a fundamentação de um juízo de prognose futura sustentado sobre autosustentabilidade financeira da nova entidade.

Incumprimento da exigência procedimental de um estudo económico-financeiro como condição de criação de uma nova empresa municipal

- 53 Os requisitos relativos ao procedimento de criação de novas entidades são indissociáveis do princípio geral da racionalidade económica das empresas municipais que se encontra legalmente expresso no artigo 6.º, n.º 1, da RJAEL: «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».
- 54 Isto é, «a constituição de empresas locais» compreende no plano axiológico uma obrigatória demonstração pela entidade criadora da «conveniência de uma gestão



Tribunal de Contas

subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver», o que implica a rejeição legal de uma perspetiva, corrente na fase de euforia com a transição para o direito privado, segundo a qual as vantagens da empresarialização não careciam de prova casuística e derivavam dos benefícios inerentes à flexibilização decorrente da superação dos espartilhos do direito público, ao invés, o RJAEL impõe uma comparação com suporte empírico e rigor técnico entre a criação da nova empresa e o desenvolvimento da atividade com as entidades já existentes (quer ao nível da gestão direta, quer através das empresas já existentes na órbita do município em causa), implicando um reforçado ónus de estudo e prova das vantagens relativas da nova empresa local.

55 A primeira fase do procedimento de constituição de empresas locais visando a salvaguarda da aludida racionalidade encontra-se regulada no RJAEL, sendo nuclear o disposto no artigo 32.º, com a epígrafe *viabilidade económico-financeira e racionalidade económica*, em particular, os respetivos números 1, 2 e 3:

«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.

«3 - A atribuição de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes no capital social exige a celebração de um contrato-programa.»



Tribunal de Contas

- 56 A apreciação do cumprimento na deliberação de criação da empresa municipal do disposto no artigo 32.º do RJAE, de acordo com uma metodologia jurídica sustentada, deve ter por referência a circunstância de a previsão da norma não compreender qualquer regra especial ou exclusão reportada a empresas que desenvolvam atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura.
- 57 Embora no procedimento de criação da EMCP tenha sido invocado de forma expressa a obrigatoriedade de obediência ao disposto no artigo 32.º do RJAE importa, antes do mais, apreciar da sua aplicabilidade no caso presente em face da pronúncia referida *supra* no § 2.36 em que o representante da entidade fiscalizada, confrontado com jurisprudência anterior deste tribunal sobre os corolários do disposto naquele preceito, alegou, nomeadamente, que «o setor cultural tem inerentes condições particulares no exercício da sua atividade cujo enquadramento é claramente diferente de outros setores empresariais».
- 58 Incidindo a apreciação do TdC em sede de fiscalização prévia num juízo de legalidade, importa destacar que especificidades normativas relativas a diferentes setores da atividade empresarial local têm de ser apreciadas apenas na sua dimensão jurídica, sem envolver juízos de outra natureza, nomeadamente, políticos.
- 59 Neste segmento, o artigo 173.º da Lei 7-A/2016, de 20 de março, introduziu um novo número 15 ao artigo 62.º do RJAE estabelecendo que «o disposto nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 não é aplicável às empresas locais que exercem, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura».
- 60 Esse preceito apresenta-se no plano lógico-sistemático articulado com as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 62.º do RJAE onde se prescreve:
«Sem prejuízo do disposto no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais, as empresas locais são obrigatoriamente objeto de deliberação de dissolução, no prazo de seis meses, sempre que se verifique uma das seguintes situações:



Tribunal de Contas

- «a) As vendas e prestações de serviços realizados durante os últimos três anos não cobrem, pelo menos, 50 % dos gastos totais dos respetivos exercícios;
- «b) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o peso contributivo dos subsídios à exploração é superior a 50 % das suas receitas;
- 61 Pelo que o novo n.º 15 do artigo 32.º do RJAEL apenas derroga dois casos de *dissolução obrigatória* (no sentido de a mesma ser imperativamente determinada pela lei, independentemente dos concretos custos sociais dessa *morte jurídica*) mantendo ainda dois casos de *dissolução obrigatória* aplicáveis a empresas locais que exercem, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura:
- «c) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o valor do resultado operacional subtraído ao mesmo o valor correspondente às amortizações e às depreciações é negativo;
- «d) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o resultado líquido é negativo.»
- 62 O referido novo n.º 15 do artigo 32.º do RJAEL já se encontrava previsto na proposta (58/XIII) que deu origem à Lei n.º 7-A/2016 que aprovou o Orçamento de Estado para 2016.
- 63 A norma em causa reporta-se, exclusivamente, ao disposto no RJAEL ao nível de duas causas de *dissolução obrigatória* de empresas locais, matéria analiticamente inconfundível com as relativas à criação e funcionamento das referidas empresas locais.
- 64 Isto é, o fim da causa da *dissolução obrigatória* relativa ao peso contributivo dos subsídios à exploração por confronto com as receitas quanto a empresas locais que exercem, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura, não afasta a aplicação das outras regras previstas no RJAEL quanto a subsídios (nomeadamente subsídios à exploração, cf. artigos 32.º, n.º 3, 36.º, n.º 4, 47.º, n.ºs 1 e 2, e 50.º, n.º 2), em particular o disposto no n.º 1 do artigo 36.º: «as entidades públicas participantes não podem conceder às empresas



Tribunal de Contas

locais quaisquer formas de subsídios ao investimento ou em suplemento a participações de capital».

65 A circunstância de a previsão do artigo 62.º, n.º 15, do RJAEL se referir apenas a dois casos de *dissolução obrigatória* de empresas da *área da cultura* determinou, em sede de discussão parlamentar, uma proposta do Bloco de Esquerda (BE), conexas com o fim da causa de *dissolução obrigatória* prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 62.º do RJAEL, relativa às condições de funcionamento das empresas locais da *área da cultura* com introdução de um novo n.º 5 ao artigo 36.º com o seguinte teor: «o disposto no ponto n.º 1 não é aplicável às empresas locais que exerçam, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços nas áreas do ensino, formação, cultura, ação social e saúde».

66 A proposta do BE de introdução de um novo n.º 5 ao artigo 36.º do RJAEL foi rejeitada, o que confirma que as regras gerais sobre a criação e funcionamento de empresas locais, e exigência de sustentabilidade financeira expressamente referida no artigo 20.º, n.º 1, do RJAEL, continuam a abranger as empresas da *área da cultura*, o que decorre, aliás, da interpretação sistemático-teleológica e histórico-teleológica do regime (vd., ainda, *supra* §§ 48, 49, 50 e 54).

67 Com efeito, o impacto social de um imperativo legal de *dissolução obrigatória* de uma determinada entidade apresenta-se inconfundível com a preservação dos limites gerais à criação de novas entidades, existindo nesta matéria um programa legal subjacente aos artigos 6.º, 20.º e 32.º do RJAEL que não pode ser derogado pelas valorações colidentes com o mesmo defendidas por órgãos de autarquias locais, respeito da legalidade cuja verificação subsiste uma competência do TdC inclusive para empresas locais que exercem, a título principal, as atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura.

68 Confirmando as referidas dimensão teleológica e lógica-analítica da autonomia entre as previsões e estatuições dos artigos 20.º, 32.º e 62.º do RJAEL merece, ainda, ser chamada à colação, ao nível dos elementos sistemático e histórico, a nova



Tribunal de Contas

redação estabelecida pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 88/2017, de 27 de julho, para o artigo 37.º, n.º 1, do regime jurídico da reabilitação urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro²², na qual se prescreve que às empresas do setor empresarial local cujo objeto social é integrado pela gestão de operações de reabilitação urbana é aplicável o RJAEI «com exceção do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º, no artigo 32.º e no n.º 1 do artigo 62.º daquele diploma».

69 Retomando o enquadramento normativo do regime procedimental sobre a criação da EMCP, o referido artigo 32.º do RJAEI tem por finalidade apurar a racionalidade da criação de um ente empresarial, e demonstrar a viabilidade e a sustentabilidade económico-financeira da empresa, sob pena de nulidade das deliberações municipais inerentes.

70 Conjugando o artigo 6.º e o artigo 32.º do RJAEI, torna-se essencial que o estudo técnico se pronuncie expressamente sobre a vantagem da criação de uma nova empresa municipal, discriminando concretas e mensuradas vantagens e desvantagens comparativas sobre os modelos de gestão alternativos através das entidades já existentes, o que exige a utilização de comparadores que comprovem as vantagens económico-financeiras da criação de uma nova empresa por confronto com a gestão direta a cargo dos serviços do Município, no caso concreto, a gestão de equipamentos e de eventos culturais desenvolvida pelo DMCC da CMP (com e sem contratação de prestações de serviços), bem como as vantagens económico-financeiras da criação da nova empresa EMCP em detrimento da transferência (parcial ou total) para uma entidade já existente no universo empresarial do município e cujo objeto social permite a assunção dessa atividade, no caso a Porto Lazer (*supra* §§ 2.9, 2.10, 2.11, 2.14, 2.15, 2.31 e 2.33).

²² Revisto pela Lei n.º 32/2012, de 14-8, pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9-9 e pelo Decreto-Lei n.º 88/2017, de 27-7.



Tribunal de Contas

71 O mesmo estudo técnico deveria ainda fundamentar a viabilidade económico-financeira da Porto Cultura e pronunciar-se sobre as demais exigências legais previstas no artigo 32.º.

72 Passando à valoração jurídica em face da matéria de facto provada importa ter presente que a fiscalização do TdC incide de forma direta sobre os elementos concretos exigidos pelo artigo 32.º do RJAEL por imposição direta do artigo 23.º do mesmo diploma (*supra* § 4), o que exige uma avaliação do conteúdo do EVEF tendo presente que, como destaca PEDRO COSTA GONÇALVES, «a severa exigência de demonstração obrigatória, consagrada nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32.º, evidencia que a Lei não se contenta com um discurso vago e superficial, que se limite a proclamar as vantagens da gestão empresarial, antes reclama uma demonstração objetiva e baseada num trabalho de análise económica e financeira realizado segundo padrões credíveis e também de bom senso» (*op. cit.*, p.171).

73 Importará reiterar nesta sede alguns dos parâmetros fundamentais da jurisprudência do TdC sublinhados no acórdão n.º 6/2017-26.JUN-1.ª S/SS (o qual veio a ser confirmado pelo acórdão n.º 25/2017-03.NOV-1ªS/PL):

«34. No exercício das suas competências, por várias vezes este Tribunal tem vindo a produzir jurisprudência sobre o âmbito do RJAEL, salientando sempre a vinculação normativa decorrente da reforma do sector empresarial local com vista à sua racionalização, em termos financeiros (cf., entre outros, os acórdãos n.º 22/2013, 1ª S/SS, de 6 de setembro, 24/2013, de 30 de setembro 1ª S/SS, acórdão n.º 16 /14.NOV.2013 – 1ª S/PL e mais recentemente o acórdão n.º 4/2017, 1º/S/SS, de 4 de abril).

«35. Nesse sentido afirmaram-se como vinculativas a toda a administração local as normas e os princípios estabelecidos no RJAEL que condicionam todo o processo de decisão no sentido da criação (ou fusão) de empresas locais, nomeadamente a relevância dos requisitos que permitem ajuizar da viabilidade económico-financeira e racionalidade económica das empresas locais, quer no que se refere à sua viabilidade quando estão no “giro”, quer quanto à sua criação “ex novo”.



Tribunal de Contas

«36. Deve recordar-se, que as empresas públicas municipais por via do RJAEI, transitam “inexoravelmente para o Direito privado” (cf. Nazaré da Costa Cabral, Nuno Cunha Rodrigues, *Finanças dos Subsectores*, Coimbra, 2017, p p.268), com todas as consequências que isso comporta para a entidade pública que as suporta em termos financeiros, quer para os cidadãos que usufruem dos seus serviços. Por isso a exigência dos requisitos para a sua criação assumem uma dimensão de responsabilidade acrescida, nomeadamente na densificação dos requisitos exigidos, nomeadamente o que, em termos concretos, está regulado no artigo 32º do RJAEI.»

74 Passando à análise do caso concreto, o EVEF relativo à EMCP foi entregue ao presidente da CMP no dia em que esse eleito local subscreveu a proposta para o executivo (§§ 2.2 e 2.3), apreciado na reunião da CMP que a aprovou decorridos 4 dias sobre a entrega ao presidente (§ 2.4), vindo a AMP a deliberar sobre a matéria volvidos 8 dias sobre a data da convocatória para a reunião com esse objeto (§ 2.6), estudo que não preenchia os requisitos mínimos para permitir uma tomada de decisão do órgão deliberativo «sustentada numa efetiva viabilidade económico-financeira e racionalidade económica, razão fundamental para a opção da empresarialização admitida» (nas palavras do § 38 do acórdão n.º 6/2017-26.JUN-1.ª S/SS).

75 Ressalta em primeira linha a ausência de um parâmetro de comparação de custos entre as alternativas que deviam ser equacionadas, a criação de uma nova empresa, ou o reforço dos meios existentes ao nível dos serviços da autarquia e de empresa já existente no universo da autarquia (cf. §§ 2.9, 2.10, 2.14 a 2.18, 2.31 e 2.33).

76 Exigências que tinham de ser cumpridas, como se destacou nos §§ 43 a 45 do acórdão n.º 6/2017-26.JUN-1.ª S/SS:

«43. Nestes casos importa sublinhar a dimensão comparatística que os estudos a que se alude no artigo 32º devem consubstanciar. Ou seja, para além da racionalidade económica e financeira da instituição/empresa a criar, é essencial que o modelo a criar se assuma como uma vantagem, financeiramente demonstrada, em relação ao modelo existente. Por



Tribunal de Contas

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.

«44. A constituição de uma empresa local deve por isso ter sempre no processo de decisão da Administração a assunção do princípio «da melhor forma para desempenhar uma tarefa» e, nesse sentido impõe-se sempre a «realização de testes sequenciais de necessidade e adequação: o primeiro, com um efeito (in)validante sobre a opção de descentralizar ou não descentralizar, na medida em que a constituição de uma nova entidade pode ser desnecessária ou até mesmo inoportuna, considerando as entidades já existentes ou os resultados garantidos pela prossecução, de forma indireta, através de serviços autónomos mas desprovidos de personalidade jurídica (como os serviços municipalizados); e o segundo sobre a forma de descentralização em si mesma e o tipo de entidades que se pretende constituir» (assim, Juliana Ferraz Coutinho, «As empresas locais e as decisões de organização da entidade pública participante: um esboço de sistema», *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 8, Outubro/Dezembro 2015, p.39).

«45. Deve igualmente afirmar-se que todo este enquadramento tem sido reafirmado na jurisprudência deste Tribunal em situações em que foi chamado a intervir no exercício das suas competências neste domínio, ainda que não em empresas locais a criar «ex novo», conforme se refere nos Acórdão n.º 32/2013, de 2 de dezembro, 1ªS/SS e no Acórdão n.º 7/2014, de 27 de fevereiro, 1ªS/SS: “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 n.º2 do artigo 62º, do artigo 64º, do artigo 65º e do artigo 32º, todos do RJAEL“.»

77 Impõe-se sublinhar, como foi referido no mesmo aresto, que a exigência de uma efetiva análise comparativa implica que a mesma «não pode de todo sustentar-se nessa análise genérica que vale, em abstrato, para qualquer outra situação» (cf. §§ 2.12 a 2.14).



Tribunal de Contas

- 78 Delimitando a matéria objeto de fiscalização prévia, esta não é integrada por um juízo político sobre o reforço do investimento municipal na cultura repercutido na gestão de espaços propriedade do município, cumprindo apenas avaliar se o EVEF empreendeu uma efetiva análise comparativa entre a gestão direta (ainda que recorrendo a pontuais prestações de serviços e/ou reforço de recursos humanos) por contraponto à derivada da criação de uma nova empresa com identificação dos ganhos de qualidade e racionalidade acrescentada decorrentes da atividade através de uma nova entidade empresarial.
- 79 O estudo é omissivo nesse segmento pois não adotou a quaisquer comparadores, que teriam de perspetivar, designadamente, as possibilidades e mais-valias de uma e outra solução através de investimentos similares (não sendo sequer equacionada a evolução da resposta da gestão direta através de um reforço de investimento equivalente ao proposto para a criação de uma nova empresa).
- 80 A entidade fiscalizada confrontada no quadro da instrução do presente processo com a identificação no EVEF dos impactos da criação da EMCP na atividade, estrutura e recursos humanos da Porto Lazer, EM, efeitos financeiros nas relações entre o Município e a Porto Lazer, EM, bem como a eventual ponderação da existência, experiência e potencial da Porto Lazer, apresentou a seguinte alegação: «As disposições estatutárias da Porto Lazer EM preveem, de facto alguns objetivos de programação e produção de iniciativas no âmbito das opções culturais, para além da gestão de infraestruturas desportivas/dinamização desportiva e animação/lazer. Contudo, essas ações, além do seu caráter residual, são exclusivamente no âmbito da animação cultural, ou seja, atividades que ocorrem no espaço público - artes ao vivo, circo, música, feiras, mostras, etc.— que em nada se confundem com os equipamentos e iniciativas constituintes do objeto social da Porto Cultura EM. Aliás, o Tribunal de Contas poderá mesmo verificar, em sede de contrato de prestação de serviços, quais são as atividades e iniciativas prosseguidas pela Porto Lazer EM, assim confirmando a inexistente duplicação de estruturas e atividades entre esta empresa e aquela que se pretende constituir. Em face do



Tribunal de Contas

exposto, são nulos os impactos ou efeitos da criação da EMPC nas relações entre o Município do Porto e a Porto Lazer EM..»

81 A referida alegação não apresenta qualquer justificação para a omissão do estudo (cf. §§ 2.9, 2.10, 2.14 a 2.18, 2.31 e 2.33), em face dos requisitos estabelecidos no artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, do RJAEL, obnubila os campos de sobreposição de objeto social — pois o objeto social e fins da Porto Lazer compreendem, nomeadamente, *assegurar a gestão, exploração e manutenção de espaços e equipamentos que, a cada momento, lhe estejam afetos, contribuir para a formação de públicos nos domínios da sensibilização e divulgação das artes do espetáculo, fomentar o intercâmbio cultural a nível nacional e internacional; organizar e apoiar ações culturais de prestígio (supra §§ 2.9 a 2.11)* —, não aborda, direta ou indiretamente, o cenário de eventual externalização das atividades culturais a cargo do Município para a empresa já em atividade, ignorando, nomeadamente, as implicações de duplicação de estruturas diretivas e administrativas (e o inverso, o potenciar da racionalidade de estruturas pela ampliação da atividade da empresa existente).

82 O EVEF não pode partir de um preconceito no sentido de uma única solução (como, aliás parece suceder, cf. §§ 2.12 a 2.14), no caso a criação de uma nova empresa, pelo que a escusa de avaliar outros cenários em termos comparativos, os quais decorrem da realidade do município e de outros municípios (veja-se o âmbito do objeto social e atividade da EGEAC no município de Lisboa, *supra* § 2.34) constitui uma violação do disposto nos artigos 6.º e 32.º, n.º 2, do RJAEL, que implica a nulidade da deliberação da AMP por força do disposto no artigo 32.º, n.º 1, do RJAEL.

Insustentabilidade económico-financeira da EMCP e conseqüente nulidade da deliberação que determinou a respetiva criação

83 O controlo de legalidade realizado pelo TdC em sede de fiscalização prévia da criação de empresas municipais abrange, atenta a interpretação conjugada dos



Tribunal de Contas

artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOTC com os artigos 20.º e 23.º do RJAE, a autossustentabilidade das empresas e a eventual nulidade da criação de uma empresa economicamente inviável, plano em que se deve atender não só à dimensão administrativa como ainda à obrigatória existência de uma vertente mercantil.

84 O artigo 20.º do RJAE, com a epígrafe *Objeto social*, estabelece um conjunto de condicionantes legais para a criação de empresas pelos municípios:

«1 - As empresas locais têm como objeto exclusivo a exploração de atividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, nos termos do disposto nos artigos 45.º e 48.º, de forma tendencialmente autossustentável, sendo proibida a constituição de empresas locais para a prossecução de atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil.

«2 - A proibição prevista no número anterior abrange a aquisição de participações pelas entidades públicas participantes que confirmam uma influência dominante, nos termos do disposto na presente lei.

«3 - O objeto social das empresas locais pode compreender mais de uma atividade, independentemente da respetiva natureza de interesse geral ou de promoção do desenvolvimento local e regional, sem prejuízo do disposto no n.º 5.

«4 - Não podem ser constituídas empresas locais nem adquiridas participações que confirmam uma influência dominante, nos termos previstos na presente lei, cujo objeto social não se insira nas atribuições dos respetivos municípios, associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, ou áreas metropolitanas.

«5 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 48.º, só as associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e as áreas metropolitanas podem constituir ou adquirir participações que confirmam uma influência dominante, nos termos previstos na presente lei, em empresas locais de promoção do desenvolvimento urbano e rural.

«6 - É nula a deliberação de constituição ou de participação em empresas locais em violação do disposto nos números anteriores.»



Tribunal de Contas

- 85 Contrariando o disposto nesse preceito sobre o imperativo de a empresa a criar se apresentar de «forma tendencialmente autossustentável», segundo os próprios dados constantes do EVEF, a EMCP seria uma entidade financeira e economicamente inviável dependente da atribuição de subsídios à exploração pela autarquia que segundo esse estudo terão sempre de constituir mais de 80% das receitas totais, sendo certo que, ao nível das outras receitas (sempre inferiores a 20%), as projeções do EVEF não têm qualquer suporte empírico (cf. *supra* §§ 2.19 a 2.34).
- 86 Segundo o EVEF, a EMCP vai depender da atribuição de subsídios à exploração que garantem a sua atividade e o aumento previsto das receitas próprias da empresa baseia-se em especulações sem referência ou relação com quaisquer estudos ou dados objetivos, que como tal, podem não se verificar (aumento de bilheteira, do mecenato e de outros apoios), o que constitui, ainda, um dos pontos críticos sobre a racionalidade acrescentada e os efeitos da atividade da empresa nas contas do município.
- 87 De qualquer modo, à luz dos próprios pressupostos do EVEF, a EMCP seria uma empresa carecida de autossustentabilidade que não pretende prestar serviços ao município (§ 2.41), estando, em absoluto, dependente de contratos-programa com o município (e das futuras opções nessa matéria), mesmo para suportar os custos correntes, confirmando o caráter residual da vertente mercantil a qual quanto às receitas próprias envolve expectativas cujas condicionantes e pressupostos são apresentadas de forma difusa e carecida de melhor fundamentação (cf. §§ 2.22, 2.23, 2.31, 2.32, 2.34, 2.42 a 2.44, vd., ainda, sobre a total dependência de subsídios §§ 2.24 a 2.27, e 2.30), revelando-se a EMCP, logo no processo de conceção, como uma nova entidade inviável em termos económico-financeiros.
- 88 O problema da inviabilidade económico-financeira da EMCP poderia ser objeto de um único contra-argumento que acabou por ser expressamente formulado pela entidade fiscalizada na sua alegação (cf. *supra* parte final do § 2.45), no sentido de



Tribunal de Contas

que os artigos 6.º, n.º 1, e 20.º, n.ºs 1 e 6, do RJAEL não se aplicariam à criação da EMCP.

89 A questão da não exigência de tendencial autossustentabilidade e de viabilidade económico-financeira para a criação de novas empresas locais *de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura* por força do disposto no n.º 15, do artigo 62.º, do RJAEL, é incompatível com uma interpretação metodologicamente vinculada, não tendo suporte em nenhum dos elementos (literal, sistemático, lógico, histórico e teleológico) hermenêuticamente relevantes na interpretação das normas dos artigos 6.º, 20.º, 32.º e 62.º do RJAEL, como se demonstrou *supra* nos §§ 48 a 50, 54, 59 a 68.

90 Em face do exposto, a deliberação que aprovou a criação da EMCP apresenta-se, atingida pela mácula da nulidade prevista no artigo 20.º, n.º 6, do RJAEL

Efeitos das ilegalidades identificadas na fiscalização prévia da criação da EMCP

91 A apreciação empreendida permitiu constatar três ilegalidades no procedimento administrativo que culminou na deliberação da AMP, de 19-7-2017, que criou a EMCP:

91.1 Intervenção em múltiplas etapas do referido procedimento do presidente da CMP em violação do disposto nos artigos 69.º, n.º 1, alínea *a*), e 70.º, n.ºs 1, 2 e 5, do CPA, bem como do artigo 4.º, alínea *iv*), do EEL, o que determina a anulabilidade dos atos praticados, nos termos do disposto pelos artigos 76º, n.º 1, e 163.º, n.º 2, do CPA.

91.2 Nulidade por força de insuficiência do estudo sobre viabilidade económico-financeira em violação das disposições conjugadas dos artigos 6.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 2, do RJAEL, na medida que o EVEF não compreende elementos que preencham todas as exigências do disposto nos dois números do último dos aludidos preceitos.



Tribunal de Contas

- 91.3 Nulidade prevista no artigo 20.º, n.º 6, do RJAEL, em conjugação com o disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 6.º, n.º 1, do mesmo diploma, na medida em que a empresa que se pretende criar não é *tendencialmente autossustentável*, sendo inviável nos planos económico-financeiro.
- 92 A ilegalidade referida no § 91.1, por si só, impõe a recusa de visto ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, pois a referida mácula gera a possibilidade de anulação retroativa de todo o procedimento e reporta-se a um conjunto normativo considerado em diferentes ocasiões pela jurisprudência do TdC (*supra* §§ 10 a 46) *suficientemente poderoso* para exigir a recusa de visto, por força de uma dimensão axiológica fundamental: a *transparência da atuação administrativa* e a *confiança que deve merecer quem a representa perante os cidadãos*, em particular quanto a medidas com resultado financeiro.
- 93 As violações das normas referidas nos §§ 91.2 e 91.3, determinam:
- 93.1 A obrigatória recusa do visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC; e
- 93.2 Na medida em que autorizam a realização de despesas relativas à criação de uma nova entidade empresarial implicam, ainda, que a deliberação em causa compreenda a violação da norma financeira prevista no artigo 4.º, n.º 2, do regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, «são nulas as deliberações de qualquer órgão das autarquias locais que envolvam [...] que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei» (no mesmo sentido cf. § 91 do acórdão n.º 6/2017-26.JUN-1.ª S/SS), o que também impõe a recusa de visto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se recusar o visto à minuta do contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos relativo à constituição da Empresa



Tribunal de Contas

Municipal de Cultura do Porto, E.M., designada por “Porto Cultura”, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a*), *b*) e *c*), da LOPTC.

- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 21 de fevereiro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(Alziro Cardoso)

Fui presente

A Procuradora-Geral-Adjunta,
