

645-C 2019

Processo: 1845/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Relatório

- § 1. O presente processo inicia-se com requerimento subscrito pelo Presidente da Câmara Municipal de Penela acompanhado da minuta de contrato a celebrar entre os Municípios de Alvaiázere, Ansião, Castanheira de Pêra, Figueiró dos Vinhos, Góis, Lousã, Pampilhosa da Serra, Pedrógão Grande, Penacova, Penela, Vila Nova de Poiares e a APIN – Empresa Intermunicipal de Ambiente do Pinhal Interior, SA, EIM visando:
- A «confirmação da não sujeição do Contrato de Gestão Delegada a fiscalização prévia do Tribunal de Contas e a devolução do contrato enviado» ou
 - «Caso assim não se entenda e se considere estar o contrato sujeito a fiscalização prévia» que fosse considerada para efeitos de fiscalização prévia a minuta anexa, pedindo que lhe seja concedido visto prévio.
- § 2. Segundo o requerimento inicial e o instrumento remetido o contrato não gera para os municípios delegantes qualquer despesa, nomeadamente, por obrigação de pagamento à empresa delegatária.

II. Fundamentação

- § 3. A fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC) constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, 47.º e 48.º da LOPTC.
- § 4. A primeira questão que importa analisar reporta-se ao preenchimento dos pressupostos processuais relativos ao princípio do pedido, legitimidade e interesse em agir do requerente, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), 5.º, n.º 1, alínea c), e 81.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC (cf. §§ 8 a 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS¹).
- § 5. Sobre este segmento, no Acórdão n.º 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL, § 7, sublinhou-se: «No plano processual, as entidades abrangidas pelo âmbito subjetivo da fiscalização prévia do TdC têm *interesse em agir* relativamente a ações que visam a pronúncia do Tribunal sobre a sujeição de

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>, tal como os outros acórdãos e decisões do TdC citados no texto.

atos ou contratos outorgados ao visto prévio, pois os regimes sobre potenciais responsabilidades financeiras por falta de submissão ao TdC de atos e contratos sujeitos (legalmente) a fiscalização prévia (artigo 65.º, n.º 1, alínea *h*), da LOPTC) e a eficácia de contratos (estabelecido nos n.ºs 1 e 4 do artigo 45.º da LOPTC) implicam que uma entidade subjetivamente abrangida pela fiscalização prévia tem *interesse em agir* ao pretender que o órgão constitucional com reserva de competência na matéria (artigo 214.º, n.º 1, alínea *d*), da Constituição e artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.ºs 1 e 2, e 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC) se pronuncie sobre se determinado ato ou contrato está sujeito ao sistema de fiscalização prévia, na medida em que constitui a única via procedimentalmente fundada para superar a incerteza jurídica sobre a questão (cf. Acórdão n.º 3/2019-1.FEV-1.ªS/SS, §§ 15 a 18)».

§ 6. A segunda questão jurídica que deve ser apreciada reporta-se ao pedido do requerente de não sujeição do instrumento submetido a fiscalização prévia, sendo procedente esse pedido primário não pode haver lugar a decisão de mérito sobre a eventual concessão de visto.

§ 7. A submissão de uma minuta e não de um contrato outorgado derivou de uma opção do requerente suportada na seguinte argumentação:

«Os municípios envolvidos não ignoram que, segundo o disposto na referida alínea *b*) do artigo 46.º da Lei n.º 98/97, o objeto do visto prévio deveria ser o próprio Contrato de Gestão Delegada assinado pelos Municípios e pela APIN, e não a sua minuta.

No entanto, cabe destacar as circunstâncias concretas que envolvem a celebração do Contrato de Gestão Delegada e que/ caso seja entendido que o mesmo está sujeito a visto, justificam (que tal apreciação seja realizada sobre a minuta aprovada nos órgãos municipais competentes e não sobre o seu original, já após assinatura).

Com efeito, no caso em apreço, a assinatura do Contrato de Gestão Delegada supõe a prévia constituição da empresa intermunicipal APIN. Ora, não pode deixar de notar-se que não se afigura racional, nem conveniente avançar para a constituição da APIN antes de ser obtida a validação pelo Tribunal de Contas, no exercício das respetivas competências, sobre o conteúdo da minuta do Contrato de Gestão Delegada em apreço, contrato este que constitui a base e enforma toda a atividade que aquela empresa irá exercer. Não se trata, como na generalidade das situações previstas na alínea *b*) do n.º 1 do mencionado artigo 46.º, de "mais um" contrato de aquisição de serviços ou "mais uma" aquisição patrimonial (está a assumir-se, subsidiariamente, que o Tribunal enquadrará o Contrato de Gestão Delegada naquela alínea). Trata-se, sim, do contrato fundamental que justifica a própria constituição da empresa: sem contrato de gestão delegada a constituição da empresa perde, evidentemente, o seu interesse. Dito por outras palavras: do ponto de vista dos Municípios, só é político-estrategicamente conveniente e oportuno constituir a APIN se for juridicamente viável delegar nesta os serviços integrantes do Sistema Intermunicipal de Ambiente do Pinhal Interior através de um contrato de gestão delegada que tenha o mesmo conteúdo da minuta em apreço. Se os Municípios constituírem efetivamente a APIN e celebrarem com esta o Contrato de Gestão de Delegada em conformidade com a minuta em apreço, mas depois o Tribunal de Contas vier a recusar o visto prévio a este contrato, os Municípios terão de extinguir a APIN - o que não se afigura pertinente ou compatível com o princípio da eficiência no exercício de atividades administrativas e na utilização de recursos públicos.

Neste quadro, requer-se ao Tribunal de Contas que, caso entenda estar o Contrato de Gestão Delegada sujeito a fiscalização prévia e considerando as observações antes tecidas e em nome do princípio da cooperação leal entre o poder jurisdicional e o poder administrativo, se digne aceitar a minuta do Contrato de Gestão Delegada anexa - devidamente aprovada, pelos órgãos municipais competentes - como o objeto da fiscalização prévia.»

§ 8. Tendo presentes os dois pedidos formulados nos presentes autos (*supra* § 1), o Tribunal reitera a análise processual sobre a respetiva articulação desenvolvida no Acórdão n.º 3/2019-1.FEV-

1.ªS/SS, §§ 8 a 18, nomeadamente, o enquadramento dos dois pedidos formulados como principal e subsidiário, e, conseqüentemente, a respetiva relação lógica em que o deferimento do *primário* prejudica o julgamento do *eventual*, pois pretende-se que o Tribunal:

- a. Pedido principal que o Tribunal profira uma decisão no sentido de que o contrato não se encontra sujeito a visto do TdC;
- b. Pedido subsidiário, caso o Tribunal considere que o contrato está sujeito a fiscalização prévia, conceda o visto ao mesmo.

§ 9. Os pressupostos processuais para uma decisão do TdC sobre a suscetibilidade de um ato ser sujeito a fiscalização prévia apresentam-se distintos dos reportados a uma decisão de mérito sobre a concessão de visto, campo em que se deve atender, ainda, aos princípios da cooperação, boa-fé processual e adequação formal estabelecidos nos artigos 7.º, n.º 1, 8.º e 547.º do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

§ 10. Conseqüentemente, o facto de a minuta de um contrato nunca se afigurar suscetível de fiscalização prévia, ainda que o contrato pudesse integrar o âmbito objetivo dessa espécie de controlo — como sucede no caso concreto, atento o disposto no artigo 46.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC configurada como uma norma excecional relativa ao elenco delimitado de hipóteses em que a fiscalização pode incidir sobre a minuta e não sobre o contrato —, não obsta a que o TdC possa proferir uma decisão sobre a sujeição a fiscalização prévia de um eventual contrato objeto de atos de órgãos de autarquias locais e de uma específica minuta.

§ 11. Plano em que importa ter presentes os limites do caso julgado das decisões finais do Tribunal em sede de fiscalização prévia, devidamente explanados em recente jurisprudência do TdC, em particular no Acórdão n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL, §§ 28 a 40.

§ 12. Seguindo essa jurisprudência, a apreciação do pedido principal incide única e exclusivamente no texto da minuta submetida em face do pressuposto assumido pelo requerente de que o contrato em causa não implica qualquer despesa para os municípios envolvidos, pelo que, caso venha a ser outorgado um instrumento distinto (nomeadamente gerador de despesa) ou tendo sido outorgado um contrato com as exatas cláusulas da minuta em virtude de quaisquer factos supervenientes venham a ocorrer despesas, o presente julgamento não os abrange (vd. ainda *infra* §§ 19 a 21).

§ 13. Sendo inequívoco que os municípios são entidades abrangidas no plano subjetivo pela fiscalização prévia do TdC, atentas as normas conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea *c*) e 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC, a reunião dos pressupostos materiais para fiscalização prévia exige o enquadramento nos artigos 46.º, n.º 1, em particular as alíneas *a*) e *b*), da LOPTC — apenas se preenchida a alínea *b*) será necessário avaliar a subsunção nas normas sobre isenção ou dispensa de visto, nos artigos 47.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da LOPTC.

§ 14. No plano sistemático-teleológico, o elenco de atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia centra-se numa divisão entre:

- a. Atos relativos a *instrumentos geradores de dívida pública* (artigo 46.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC);
- b. Atos e contratos relativos a *instrumentos geradores de despesa pública* (artigo 46.º, n.º 1, alíneas *b*) a *e*), da LOPTC).

§ 15. Subjacente a todas as alíneas do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC encontra-se o estabelecimento de um elenco taxativo de instrumentos (atos e contratos) que delimitam o âmbito objetivo da fiscalização prévia (cf. § 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS) conjugado com aspetos particulares reportados ao âmbito subjetivo, o qual estando estabelecido em termos genéricos

no artigo 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC pode sofrer recortes reportados a alguns atos e contratos, como sucede com os *instrumentos geradores de dívida pública*.

§ 16. Afigura-se evidente que o instrumento submetido não preenche a previsão da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, plano em que vamos limitar-nos a relembrar a mais recente jurisprudência do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal sobre a matéria, estabelecida no Acórdão 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL:

«26. A alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC dispõe estarem sujeitos à fiscalização prévia do TdC: «todos os atos de que resulte o aumento da dívida pública fundada dos serviços e fundos do Estado e das regiões autónomas com autonomia administrativa e financeira, e das demais entidades referidas nas alíneas *c*) a *e*) do n.º 1 do artigo 2.º, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados»².

27. A interpretação das tipologias de atos previstas na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC deve articular-se com a componente funcional específica do controlo dos atos em causa, estabelecida no artigo 44.º, n.º 2, da LOPTC, centrada na legalidade dos *instrumentos geradores de dívida pública* à verificação da *observância dos limites e sublimites de endividamento e das respetivas finalidades estabelecidas pela Assembleia da República* (sem prejuízo do controlo também nos planos relevantes enunciados na primeira parte do n.º 1 do artigo 44.º da LOPTC, cf., a título meramente ilustrativo, §§ 27 a 77 do Acórdão n.º 42/2018-20.DEZ-1.ªS/SS).

28. Fiscalização prévia do TdC de atos constituídos por *instrumentos geradores de dívida pública* incidente numa pequena parcela de factos com implicações na dívida pública fundada, na medida em que está excluído o controlo dos atos praticados pela pessoa coletiva pública Estado, por força das disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea *a*), e 46.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC.

[...]

31. O núcleo do específico regime do endividamento das autarquias locais encontra-se estabelecido no regime jurídico das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RJALEI) aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, e no regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RFALEI) aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro.

32. O artigo 49.º do RFALEI, com a epígrafe *Regime de crédito dos municípios*, estabelece no número um que os municípios podem contrair empréstimos e celebrar contratos de locação financeira.

33. Quanto à emissão de obrigações enquanto título de crédito que confere ao seu titular o direito de receber periodicamente juros, o n.º 4 do artigo 49.º do RFALEI prevê que os municípios se podem agrupar no recurso a esse instrumento financeiro que constitui um empréstimo contraído junto dos investidores pelo emitente, mas faz depender essa possibilidade de regulação em diploma próprio.

34. O regime do endividamento estabelecido no RFALEI compreende várias normas reportadas a despesa pública, como a proibição de concessão de empréstimos a entidades públicas ou privadas (cf. artigo 49.º, n.º 7, alínea *b*), do RFALEI), sobre efeitos de moras devedoras, por exemplo a conexão funcional de empréstimos contraídos com acordos de pagamento pré-existentes (cf. artigos 49.º, n.º 9, e 51.º, n.ºs 3 e 5, do RFALEI), ou a contabilização da *dívida total de operações orçamentais do município* para diferentes efeitos, nomeadamente, contração de novos empréstimos (que engloba, além dos empréstimos e dos contratos de locação financeira, “quaisquer outras formas de endividamento, por iniciativa dos municípios, junto de instituições

² A norma transcrita corresponde ao texto em vigor aprovado pelo artigo 76.º da Lei n.º 55-B/04, de 30 de dezembro. A versão originária era a seguinte: «todos os atos de que resulta aumento da dívida pública fundada dos serviços e fundos de Estado com autonomia administrativa e financeira e das demais entidades referidas nas alíneas *b*) a *e*) do n.º 1 do art.º 2.º, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados»

financeiras, bem como todos os restantes débitos a terceiros decorrentes de operações orçamentais” nos termos do artigo 52.º, n.º 2, do RFALEI).

35. De qualquer modo, para a questão prejudicial objeto de análise, o RFALEI releva, exclusivamente, na identificação de instrumentos geradores de dívida pública ao dispor dos municípios e suscetíveis de enquadramento na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.

36. Os *instrumentos geradores de dívida pública* a que, em termos abstratos, isoladamente municípios podem recorrer são os contratos de empréstimo e de locação financeira, em qualquer dos casos, instrumentos financeiros em que a posição de mutuante ou de locador financeiro apenas pode ser assumida por determinadas pessoas jurídicas do sistema financeiro — no n.º 1 do artigo 49.º do RFALEI estabelece-se expressamente que os municípios só podem contrair empréstimos junto de *instituições autorizadas por lei a conceder crédito* e quanto à locação financeira a norma também estabelece que tem de ser realizada *nos termos da lei* (sobre o enquadramento dos locadores financeiros, cf. artigos 4.º, n.º 1, alíneas *b*) e *p*), 6.º, n.º 1, alínea *b*), subalínea *iii*), e 11.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras³).
[...]

41. O controlo de legalidade financeira previsto na norma do artigo 46.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC quanto a municípios isoladamente considerados tem como objeto apenas duas tipologias de *instrumentos geradores de dívida pública*: empréstimos e locações financeiras.»

§ 17. Jurisprudência do Acórdão 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL que implica que os *contratos de gestão delegada* em que autarquias locais intervêm como delegantes não possam ser enquadrados no artigo 46.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC.

§ 18. A eventual sujeição do instrumento submetido a fiscalização prévia apenas poderia ser suscitada enquanto integrado no elenco de atos e contratos relativos a *instrumentos geradores de despesa pública* (artigo 46.º, n.º 1, alíneas *b*) a *e*), da LOPTC), em particular previstos no artigo 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC, norma relativa a *contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* quando reduzidos a escrito por força da lei — sendo o visto dispensado no caso de contratos que fiquem abaixo do limiar fixado pelas leis do orçamento do Estado, até à data sempre estabelecido em 350.000 €, cf. artigo 255.º, n.º 1, da lei do orçamento do Estado para 2019 (LOE 2019), aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro).

§ 19. O conceito de *outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* constante da alínea *b*) do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC é abrangente e pode incluir contratos de gestão de delegada, os quais sendo contratos administrativos podem envolver dimensões sinalagmáticas relativas a obrigações da empresa delegatária e da(s) entidade(s) delegante(s) quanto ao financiamento da prestação dos serviços delegados naquela empresa, através da atribuição de subsídios ou outras transferências financeiras sendo os atos ou contratos fontes dessas obrigações geradoras de despesa suscetíveis de enquadramento na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.

§ 20. Contudo, na medida em que o contrato não seja potencialmente gerador de despesa (como foi reiterado pelos municípios delegantes), no sentido de transferência de verba dos delegantes para a empresa delegatária (ao longo do período estabelecido para a sua vigência), não está preenchido o requisito de uma despesa que atinja o limiar estabelecido nas disposições conjugadas dos artigos 255.º, n.º 1, da LOE 2019 e 48.º, n.º 1, da LOPTC.

³ O contrato de locação financeira é definido no artigo 1.º do regime jurídico do contrato de locação financeira como «o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados».

- § 27. Quadro em que futuros atos ou contratos (conexos ou independentes do contrato de gestão delegada) que venham a determinar obrigações jurídicas dos municípios geradoras de despesa, nomeadamente, relativas a subsídios ou outras transferências financeiras para a empresa delegatária, podem estar sujeitos fiscalização prévia ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.
- § 22. Pelo que, o contrato objeto do instrumento remetido não está sujeito a fiscalização prévia na medida em que não seja gerador de qualquer despesa, conforme alegado pelos municípios delegantes (*supra* §§ 2 e 12).
- § 23. Empreendido o enquadramento do instrumento submetido em face do regime legal sobre fiscalização prévia importa avaliar se pode haver lugar a uma decisão de mérito na presente sede processual — questão distinta da relativa ao âmbito da jurisdição do TdC.
- § 24. A coordenada metodológica central, no plano processual geral, é a seguinte: a procedência do pedido principal obsta à apreciação do pedido subsidiário.
- § 25. Acresce que no universo específico da fiscalização prévia se um requerimento inicial invoca como causa de pedir um instrumento relativo a ato ou contrato insuscetível de ser sujeito a fiscalização prévia à 1.ª Secção do TdC está vedada a apreciação de mérito sobre a respetiva legalidade.
- § 26. Em conclusão, o Tribunal não pode no âmbito do presente processo empreender a apreciação da legalidade de um eventual contrato de gestão delegada que venha a ser celebrado nos termos constantes da minuta.
- § 27. Sem embargo, o contrato de gestão delegada objeto da minuta mesmo não envolvendo pagamentos dos delegantes à empresa delegatária pode compreender dimensões de legalidade, em abstrato, suscetíveis de apreciação por órgãos do TdC em sede distinta da fiscalização prévia.
- § 28. Em sede de fiscalização concomitante e/ou sucessiva as relações subjacentes a instrumentos insuscetíveis de fiscalização prévia podem ser objeto de indagações incidentes nas respetivas implicações jurídicas e financeiras.
- § 29. A LOPTC estabelece uma repartição legal de competências (constitucionais e legais) entre Plenário Geral e Secções do TdC que corresponde uma separação de funções entre órgãos com competências legais próprias em razão da matéria.
- § 30. Divisão legal de competências no quadro de um complexo de órgãos (o Plenário Geral e as várias Secções do TdC) constante, nomeadamente, dos artigos 49.º, n.º 1, e 75.º a 79.º da LOPTC, a qual tem de ser respeitada por todos esses órgãos, nomeadamente, pela 1.ª e pela 2.ª Secções do Tribunal.
- § 31. No caso concreto, o instrumento submetido reporta-se a uma figura que não é subsumível em nenhuma das categorias indicadas no regime legal como suscetíveis de fiscalização concomitante pela 1.ª Secção do TdC (artigos 47.º, n.º 1, alínea *d*), e 49.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC), pelo que a sua eventual apreciação integra competência da 2.ª Secção do TdC, daí a comunicação à área da 2.ª Secção competente em razão da matéria.

III. Decisão

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- O contrato de gestão delegada entre os Municípios de Alvaiázere, Ansião, Castanheira de Pêra, Figueiró dos Vinhos, Góis, Lousã, Pampilhosa da Serra, Pedrógão Grande, Penacova, Penela, Vila Nova de Poiares e a APIN – Empresa Intermunicipal de Ambiente do Pinhal Interior, SA, EIM que obedeça aos estritos termos da minuta remetida ao TdC

e não seja gerador qualquer despesa para os municípios delegantes (conforme alegado por esses municípios) não se encontra sujeito a fiscalização prévia, por força do complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, alínea c), 46.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e do artigo 255.º, n.º 1, da lei do orçamento do Estado para 2019 (LOE 2019), aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

- 2- Consequentemente, não apreciar para efeitos de visto prévio o instrumento submetido, sendo certo que caso o contrato em causa fosse abrangido pelo âmbito objetivo da fiscalização prévia esta teria de incidir no contrato outorgado e não poderia ter por objeto a respetiva minuta (na medida em que no caso não poderia considerar-se preenchida a previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC).
- 3- Devolver ao requerente o original do instrumento submetido.
- 4- Determinar, atenta a fundamentação da presente decisão, a remessa à área IX da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, do relatório final do DECOP e do requerimento inicial da requerente.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Publique-se no sítio eletrónico do Tribunal de Contas no separador relativo a decisões da 1.ª Secção proferidas em sessão diária de visto (remetendo, ainda, a Decisão aos Gabinetes do Presidente do TdC e de Comunicação do TdC com o fim de ser divulgado nos «destaques» do sítio eletrónico do Tribunal).

Lisboa, 15 de julho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Fernando Oliveira Silva)