



ACÓRDÃO N.º 15/09 – 31.MAR -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 13/2008-SRMTC

SUMÁRIO

1. A Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A. (SMD-S.A.), enquanto sociedade anónima de capitais públicos, na qual a Região Autónoma da Madeira detém a maioria do capital social, é uma empresa pública integrada no sector empresarial da Região Autónoma.
2. Os sectores empresariais das Regiões Autónomas regem-se por legislação especial, com respeito pelas bases gerais do estatuto das empresas públicas.

Na ausência dessa legislação especial, como sucede no caso, aplica-se supletivamente o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto (RSEE), em tudo o que não for incompatível com a autonomia constitucional da Região Autónoma e com os poderes dos respectivos órgãos de Governo e decisão, fazendo-se as necessárias adaptações nessa matéria.
3. A SMD - S.A. rege-se pelo disposto no Decreto Legislativo Regional que a criou, pelos estatutos aprovados pelo mesmo diploma, pelas normas do Decreto-Lei n.º 558/99 que não sejam prejudicadas pela prevalência do Decreto Legislativo Regional e dos estatutos e pelas normas de direito privado reguladoras das sociedades anónimas.
4. A SMD-S.A. é uma sociedade comercial, pessoa colectiva de direito privado, dispondo de personalidade jurídica, autonomia patrimonial, autonomia orçamental, autonomia de planeamento e gestão, autonomia creditícia, autonomia organizativa, autonomia para decidir sobre a admissão de pessoal e a sua remuneração, e à qual não são aplicáveis as normas da contabilidade pública.
5. Os contratos de prestação de serviços celebrados entre a Região Autónoma da Madeira e a SMD-S.A. estão sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, tendo em atenção que, para além de se verificarem os demais requisitos fixados na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas para esse efeito, são celebrados entre pessoas colectivas diferentes, sujeitas a um regime jurídico e financeiro diverso, onde avulta a subordinação a diferentes orçamentos e a diferentes regimes orçamentais e contabilísticos.
6. A Região Autónoma da Madeira, ao criar e atribuir a uma sociedade anónima a prossecução de interesses públicos contidos na sua esfera de atribuições, não fica privada nem desonerada de realizar esses fins. Mantém até a responsabilidade de dar



Tribunal de Contas

orientações a essa sociedade sobre a forma de melhor realizar os interesses em causa, de acompanhar e fiscalizar permanentemente essa realização e, em última análise, pode, pela via própria, retirar os poderes transferidos.

Pela devolução de poderes operada a favor da SMD-S.A, a Região Autónoma da Madeira não deixa de ter atribuições na matéria, nomeadamente no que respeita à administração de bens que se insiram nos seus domínios público ou privado de utilidade pública, pelo que os actos por ela eventualmente praticados no âmbito das finalidades abrangidas por essa devolução não são feridos de incompetência absoluta.

7. Não existe uma clara sobreposição entre o que resulta do objecto social e das normas estatutárias da sociedade e os serviços abrangidos nos contratos submetidos à apreciação deste Tribunal.

Antes da aprovação das Resoluções do Conselho do Governo Regional que aprovaram a celebração dos contratos em análise, a SMD-S.A. não possuía qualquer título que a habilitasse a exercer a administração dos bens em causa e a gerir e disponibilizar as correspondentes infra-estruturas, pois isso não decorria automaticamente do seu objecto social.

8. Pelos concretos contratos em análise, incumbindo a sociedade de administrar e conservar infra-estruturas públicas, disponibilizando-as ao público de forma gratuita e ilimitada, a SMD-S.A foi encarregada da gestão de concretos serviços de interesse económico geral.
9. O artigo 19.º, n.º 2, do RSEE determina que, salvo quando a lei dispuser diversamente, os termos em que a gestão dos serviços de interesse económico geral é atribuída e exercida devem constar de *contrato de concessão*.

Face ao disposto nesta norma legal, os contratos de prestação de serviços submetidos à fiscalização prévia deste Tribunal não são meios idóneos para operar a atribuição da gestão dos serviços em causa à SMD-S.A, a qual deveria ter sido feita através de contratos de concessão.

10. O artigo 21.º do RSEE prevê que à gestão de serviços de interesse económico geral possa corresponder a atribuição de indemnizações compensatórias, na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, de acordo com critérios fixados na lei.

Os contratos de prestação de serviços *sub judice* não obedecem também, nem formal nem materialmente, a este regime.

11. Os contratos em apreciação são ilegais por violação do disposto nos artigos 19.º, n.º 2, e 21.º do RSEE, dado o seu objecto não respeitar a forma e o conteúdo fixado nessas normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, nulidade que é



Tribunal de Contas

fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas.

- 12.** As normas em causa protegem ainda a minimização do esforço financeiro público, sendo que a sua violação é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos. O artigo 21.º do RSEE é mesmo qualificável como norma financeira.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, os fundamentos de recusa de visto estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

- 13.** Em processos de contratação pública, antes do acto de adjudicação não é, em princípio, possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa. Isso inviabiliza a atribuição de eficácia retroactiva aos contratos, nos termos do disposto no 128.º, n.º 2, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo, a data anterior à dessa adjudicação.

- 14.** No caso, acresce que não se pode dar a responsabilidade pela gestão e administração dos bens em causa como transferidos senão em 20 de Dezembro de 2007.

Logo, não podem quaisquer contratos que a eles digam respeito retroagir a data anterior, por não se verificarem os pressupostos justificativos de tal retroactividade.

- 15.** Os contratos são, assim, também ilegais por violação do estabelecido nos artigos 127.º e 128.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, aplicável aos contratos administrativos por força do disposto nos artigos 181.º e 185.º, n.º 2, do mesmo Código.

Esta ilegalidade é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos, dada a despesa decorrente dos efeitos retroactivos, pelo que é também fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do já citado artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas.

- 16.** Em consequência, nega-se provimento ao recurso, mantendo a recusa do visto aos contratos.

Lisboa, 31 de Março de 2009

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 15/09 – 31.MAR -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 13/2008-SRMTC

(Processos de fiscalização prévia n.ºs 14, 15, 16 e 17/2008 - Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas)

I. RELATÓRIO

I.1. Pela Decisão n.º 7/FP/2008, a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas recusou o visto aos seguintes contratos de prestação de serviços celebrados, a 20 de Dezembro de 2007, entre a **Região Autónoma da Madeira (RAM)** e a “**Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A**”:

- Contrato de prestação de serviços inerentes à disponibilização de espaços infra-estruturados de acesso público, gratuito e ilimitado, do Restaurante e Jardim da Trincheira, no valor de € 4.560.000,00 (s/IVA) - processo n.º 14/2008;
- Contrato de prestação de serviços inerentes à disponibilização de espaços infra-estruturados de acesso público, gratuito e ilimitado, do Arranjo Urbanístico dos Reis Magos, com o preço de € 2.100.000,00 (s/IVA) - processo n.º 15/2008;
- Contrato de prestação de serviços inerentes à disponibilização de espaços infra-estruturados de acesso público, gratuito e ilimitado, da Piscina das Salinas, no montante de € 12.000.000,00 (s/IVA) - processo n.º 16/2008;
- Contrato de prestação de serviços inerentes à disponibilização de espaços infra-estruturados de acesso público, gratuito e ilimitado, da Praia da Lagoa – Frente Mar do Porto da Cruz, no valor de € 2.760.000,00 (s/IVA) - processo n.º 17/2008.

I.2. A recusa do visto, proferida ao abrigo das alíneas a), b) e c) do n.º 3 do art.º 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, teve por fundamento a incompetência absoluta da RAM para as contratações, a ilegalidade

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



do procedimento utilizado para a sua atribuição (ajuste directo) e a ilegalidade dos efeitos retroactivos atribuídos aos contratos.

I.3. Inconformada com a Decisão, veio dela interpor recurso a Região Autónoma da Madeira, pedindo a revogação da mesma, a concessão de visto aos contratos ou, em alternativa, a declaração de que os mesmos estão isentos de visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 38 a 62 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas. As referidas alegações culminam com as seguintes conclusões:

“

- I. *Na decisão sub judice recusou-se "o visto aos contratos em apreço", por se considerar, em síntese, que a produção de efeitos dos mesmos a 1 de Janeiro de 2007, seria ilegal, e que a ora Recorrente careceria de atribuições para adjudicar os serviços contratados à Sociedade em causa;*
- II. *A referida Sociedade é detida maioritariamente pela ora Recorrente, tendo apenas como accionistas entidades de direito público;*
- III. *O objecto da referida Sociedade decorre de "devolução de poderes" da ora Recorrente, sendo por isso constituído por atribuições da Recorrente que foram entregues à Sociedade para que esta possa colaborar com a ora Recorrente na sua prossecução;*
- IV. *A referida Sociedade não é assim mais do que um "serviço" da ora Recorrente a quem esta recorre para prossecução das suas atribuições, como faria, caso a Sociedade não tivesse sido criada, atribuindo internamente aos seus departamentos governamentais regionais essas missões;*
- V. *Estamos assim no âmbito do que a doutrina e jurisprudência comunitária apelida de "contratação in house", em que não são aplicáveis as regras procedimentais de escolha dos contratantes, tal como não são aplicáveis a adjudicações no interior da administração (v. Directiva 2004/18/CE, cujas normas em 2007 e actualmente são dotadas de efeito directo vertical na nossa ordem jurídica; cfr. art. 5.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo DL 18/2008, de 29 de Janeiro);*
- VI. *Incluem-se no conceito de "organismo de direito público", da referida Directiva, as entidades, seja de que natureza forem - nomeadamente de natureza societária -, que tenham sido criadas ou venham a desempenhar objectivos eminentemente públicos, actuando fora de regras de comércio concorrencial, como se verifica com a Sociedade aqui em causa;*
- VII. *É assim manifesto que os contratos em causa não careciam para a sua formação da sujeição a procedimento concursal, previsto no DL 197/99, por*



estarem fora da concorrência, podendo ser atribuídos directamente pela ora Recorrente à Sociedade;

- VIII. *É ainda manifesto que, face às características das entidades em causa, os contratos em análise não são "geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas" (cfr. art.44.º, n.º 1 LOPTC), ou, como refere, o artigo 46.º LOPTC, não são contratos que "impliquem despesa";*
- IX. *Com efeito, a Sociedade em causa que ser tratada como qualquer outro departamento interno da ora Recorrente, para efeitos de despesa;*
- X. *A "despesa" associada ao contrato só será efectivamente despesa, nos termos da LOPTC, num momento posterior, ou seja quando for paga pela Sociedade na prossecução das suas actividades e não quando as quantias indicadas no contrato são entregues pela ora Recorrente à Sociedade, da mesma forma como não é "despesa" a distribuição de verbas entre os departamentos internos do Governo Regional, mas apenas quando um desses departamentos paga a terceiro um serviço;*
- XI. *Face ao exposto, os contratos em causa não estão sujeitos ou estão isentos de visto, nos termos dos arts. 44.º, n.º 1 e 47.º LOPTC, tendo a sua submissão a este douto Tribunal assentado apenas em questões de transparência financeira e de cautela jurídica;*
- XII. *Refira-se ainda que o artigo 128.º, n.º 2, alínea a) do CPA, permite expressamente que o autor do acto lhe atribua eficácia retroactiva, desde que o acto seja favorável para o interessado, não lese direitos de terceiro e desde que à data a que se pretende fazer remontar a eficácia já existissem os pressupostos normativos da respectiva competência;*
- XIII. *No caso em apreço, os referidos pressupostos já se verificavam claramente em 1 de Janeiro de 2007, pois o Governo Regional tinha, na referida data, competência para praticar o acto de adjudicação, tendo apenas sido formalmente praticado em 20 de Dezembro de 2007, face à função "in house" da Sociedade, e não por qualquer anterior falta de pressupostos para a prática do mesmo;*
- XIV. *Além de que, como acima referido, nem sequer era legalmente necessário levar por diante um procedimento tipificado no DL 197/99, por os contratos poderem legalmente ser adjudicados directamente à Sociedade, dadas as suas características "in house", pelo que não seria necessário legalmente esperar pelo termo desse procedimento para adjudicar e celebrar o contrato;*
- XV. *A retroactividade era assim legalmente possível, face à autorização legal constante do artigo 128.º, n.º 2., alínea a) do CPA e às circunstâncias do caso concreto;*



- XVI. *Note-se ainda que não foi o próprio acto de adjudicação que teve eficácia retroactiva, mas sim o contrato em que se acordou numa produção de efeitos pretéritos, o que é legalmente admissível, pois, além do mais, a prestação em causa poderia ter sido atribuída por acto administrativo, sendo o contrato válido da mesma forma que o referido acto o seria (v art. 185.º/3, a) CPA; cfr. art. 128.º/2, a) do CPA; cfr. ainda, no sentido da possibilidade da produção de efeitos retroactivos de um contrato, o art. 287.º/2 CCP);*
- XVII. *A produção de efeitos retroactivos não viola ainda a natureza do visto, pois, além da natureza "in house" da contratação determinar que o visto fosse mesmo dispensável na presente fase, a retroactividade não determina, por si só, a violação de normas financeiras ou a verificação de qualquer outra das situações previstas no art. 44º, n.º 3 LOPTC;*
- XVIII. *Sublinhe-se ainda que o art. 45.º da LOPTC nunca refere que não possam ser prestados serviços antes da data da celebração do contrato, tratando-se de questão a que o instituto do visto é alheio, sendo que o n.º 1 desta norma, é claro ao referir que os contratos podem produzir todos os seus efeitos antes do visto;*
- XIX. *A mera hipótese - não factualmente comprovada no caso sub judice -, de que possa existir violação do artigo 45.º, n.º 3 LOPTC, não pode fundamentar uma recusa de visto, sob pena de se confundirem institutos tão diversos, como o da fiscalização prévia com o da fiscalização sucessiva e o da efectivação de responsabilidade financeira!*
- XX. *O entendimento da douda decisão recorrida levaria ainda a que qualquer atraso na remessa do processo ao Tribunal de Contas para visto, determinasse automaticamente a recusa de visto - o que não tem qualquer base legal, tratando-se de questões distintas;*
- XXI. *Não está assim em causa a violação de qualquer norma financeira, que não vem provada, nem fundamentada, não sendo aceitável a interpretação feita pelo na decisão recorrida, "por maioria de razão" da norma do artigo 45.º, n.º 3 LOPTC;*
- XXII. *Além de que o artigo 44º, n.º 4 LOPTC permite a concessão do visto, mesmo quando se verifique uma "ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro" - o que não é o caso -, podendo ser emitidas recomendações para suprir a ilegalidade ou a evitar no futuro.*
- XXIII. *É ainda totalmente improcedente a alegada falta de atribuições da ora Recorrente, pois as entidades como a Sociedade aqui em causa, ao assumirem a coadjuvação na prossecução das atribuições de outrem, não sonegam, por impossibilidade lógica, essas atribuições à pessoa colectiva primária, que as mantém ganhando apenas um coadjutor;*



- XXIV. *Os actos de adjudicação não enfermam assim de qualquer nulidade por falta de atribuições (v. art. 133.º/2/a) do CPA), estando apenas em causa uma coadjuvação da Sociedade em causa na prossecução de atribuições da ora Recorrente, conforme se verifica em muitas outras situações no nosso país;*
- XXV. *Face ao exposto, não podemos deixar de concluir que, além da natureza específica da relação "in house" aqui em causa determinar que o controlo financeiro deva ser relegado para momento posterior, não se verifica nem foi demonstrada a verificação in casu de qualquer das situações taxativamente previstas no art. 44.º/3 da LOPTC, para a recusa de visto."*

I.4. A requerimento do Ministério Público, a recorrente foi questionada, designadamente, sobre a existência de algum contrato de concessão de serviço público, nos termos e para os efeitos do disposto no regime jurídico do Sector Empresarial do Estado², e eventuais formas de compensação financeira acordadas no seu âmbito, e sobre qual o fundamento jurídico, concreto e objectivo, que teria justificado a decisão de “compra” da acessibilidade pública dos equipamentos e locais em causa, uma vez que a Sociedade estava estatutariamente obrigada a facultá-lo, ainda que sujeita a eventuais “compensações financeiras” e não a “contrapartidas financeiras”.

A recorrente respondeu, nesta matéria:

“Até à data ainda não foram celebrados quaisquer “contratos de concessão de serviço público” entre a recorrente e as 4 empresas³.

Releve-se o facto de às empresas em causa apenas ser aplicável de forma supletiva o DL n.º 558/99, de 17-12, alterado pelo DL 300/2007, de 23-08, nos termos do disposto no artigo 5.º deste mesmo diploma, por as empresas não fazerem parte do sector empresarial do Estado, mas do sector empresarial da RAM (cfr. DLR n.º 7/2008/A, de 24-03, criando o regime do sector público empresarial da Região Autónoma dos Açores).

Além de que o disposto no artigo 21.º DL 558/99 apenas se aplica a “empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral”, o que não é o objecto das 4 empresas em causa, que são antes um tipo de “empresas encarregadas da promoção do desenvolvimento regional”, não sendo, porém, a Lei n.º 53-F/2006, de 29-12, que consagra um modelo mais próximo, aplicável ao sector empresarial das Regiões Autónomas, nem sequer lei subsidiária ou supletiva destas, como vimos.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

³ Vd. fls. 109 e ss. dos autos de recurso n.º 12/2008- SRMTC, aos quais foi apensado o presente processo. Esta resposta abrangeu outros 3 casos idênticos, relativos a outras Sociedades similares.



Tudo isto criando um vazio legislativo que colocou problemas de enquadramento e que necessita de ser preenchido para se ter um regime claro das relações entre a RAM e o seu sector empresarial.”

(...)

“O fundamento jurídico, concreto e objectivo que justifica a compra dos serviços a que se refere cada um dos 4 contratos em causa reside no objecto social das respectivas 4 empresas, conforme disposto em cada um dos Decreto Legislativo Regional que as constituem, e respectivos Estatutos, razão pela qual se pode configurar uma prestação de serviços.

Nos termos das regras de contabilidade, as prestações de serviço respeitam “aos trabalhos e serviços prestados que sejam próprios dos objectivos e finalidades principais da empresa”, ou seja, às actividades compreendidas no âmbito do seu objecto social e que, regra geral, constituem a generalidade das receitas/proveitos das sociedades comerciais.

Vejam-se os artigos seguintes dos respectivos DLR constitutivos e estatutos:

(...)

- SMD- artigos 2.º, 3.º e 4.º DLR n.º 21/2001/M, de 04-08 e artigo 3.º Estatutos.

Estes normativos assumem-se assim como o fundamento jurídico para os contratos em causa, em conjugação com os artigos 1.º e 2.º DL 197/99, de 08-06. Mesmo embora entendendo-se que não seriam necessários face à natureza “in house” das empresas em causa.

Atendendo à natureza de sociedade comercial das empresas em causa, a remuneração constante dos contratos de prestação de serviços celebrados consubstancia assim, na prática, a “contrapartida financeira” das adjudicatárias, na sequência dos serviços que efectivamente prestam.”

I.5. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto aos contratos, por entender que não assiste qualquer razão à recorrente nos fundamentos em que baseou o recurso, quer no que respeita à questão da retroactividade dos contratos, quer no que respeita à questão da ilegalidade na forma do financiamento da Sociedade de Desenvolvimento Regional.

O referido magistrado considerou que a Região Autónoma da Madeira outorgou em contratos cujo objecto estava subtraído das suas atribuições, uma vez que ela própria havia constituído a Sociedade dirigida à prossecução dessas mesmas atribuições e que a Região deveria ter utilizado “a única forma legalmente prevista” de “financiamento destas entidades”: “a dos chamados contratos-programa”.



I.6. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

I.7. São as seguintes as questões a resolver:

- 1) Se os contratos estão sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas;**
- 2) Se o objecto dos contratos se continha no âmbito das atribuições da Região Autónoma da Madeira;**
- 3) Se a forma e o objecto dos contratos eram legalmente admissíveis;**
- 4) Se a Região os podia ter adjudicado através de um procedimento de ajuste directo;**
- 5) Se podia ter sido atribuída aos contratos retroactividade a 1 de Janeiro de 2007.**

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

São os seguintes os factos enunciados na Decisão recorrida, que não foram contestados pela recorrente, e que são, assim, dados como confirmados:

- “ a) Como procedimento tendente à escolha do particular co-contratante, seguiu-se, no caso vertente, o ajuste directo, fundamentado na alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.*
- b) No âmbito do referido procedimento, a SMD apresentou, em 26 de Outubro de 2006, a pedido da VPGR⁴, uma proposta de preço para executar os serviços inerentes à disponibilização dos espaços infra-estruturados de acesso público, gratuito e ilimitado, do Restaurante e Jardim da Trincheira, do Arranjo Urbanístico dos Reis Magos, da Piscina das Salinas e da Praia da Lagoa - Frente Mar do Porto da Cruz.*
- c) O Conselho do Governo Regional da Madeira, por força das Resoluções n.ºs 1424, 1437, 1438 e 1439/2007, todas de 20 de Dezembro último, adjudicou à mencionada sociedade os serviços em causa, na sequência do que foram, na mesma data (20 de Dezembro de 2007), celebrados os contratos agora sujeitos a fiscalização prévia.*
- d) Os objectos dos contratos consubstanciam, para a SMD, a obrigação de prestar todos os serviços que digam respeito à administração das supra identificadas infra-estruturas, bem como à execução material de todas as reparações ordinárias e extraordinárias indispensáveis para a conservação das mesmas (cfr. a cláusula 2.ª).*

⁴ Vice-Presidência do Governo Regional



Tribunal de Contas

- e) Os contratos têm a duração de 12 anos, renováveis por períodos iguais e sucessivos de 5 anos (vide a cláusula 5.ª).
- f) A produção de efeitos das prestações de serviços reporta-se ao dia 1 de Janeiro de 2007, de acordo com a cláusula 7.ª dos contratos.
- g) As contraprestações remuneratórias pelos serviços executados ou a executar, relativas a cada uma das quatro infra-estruturas, ficaram definidas nos seguintes moldes (vide a cláusula 3.ª):

INFRA-ESTRUTURAS	VALOR DO CONTRATO	ESCALONAMENTO DOS PAGAMENTOS (c/IVA)
<i>Restaurante e Jardim da Trincheira</i>	€ 4.560.000,00 (s/IVA) € 5.244.000,00 (c/IVA)	2007 - € 158.940,00 2008 - € 510.860,00 2009 - € 641.200,00 2010 a 2018 - € 437.000,00
<i>Arranjo Urbanístico dos Reis Magos</i>	€ 2.100.000,00 (s/IVA) € 2.415.000,00 (c/IVA)	2007 - € 73.200,00 2008 - € 235.260,00 2009 - € 295.290,00 2010 a 2018 - € 201.250,00
<i>Piscina das Salinas</i>	€ 12.000.000,00 (s/IVA) € 13.800.000,00 (c/IVA)	2007 - € 418.270,00 2008 - € 1.344.360,00 2009 - € 1.687.370,00 2010 a 2018 - € 1.150.000,00
<i>Praia da Lagoa – Frente Mar do Porto da Cruz</i>	€ 2.760.000,00 (s/IVA) € 3.174.000,00 (c/IVA)	2007 - € 96.220,00 2008 - € 309.200,00 2009 - € 388.080,00 2010 a 2018 - € 264.500,00

”

II.2. DA SOCIEDADE METROPOLITANA DE DESENVOLVIMENTO, S.A.

Importa começar por definir com clareza a natureza e regime jurídico aplicável à adjudicatária dos contratos em apreciação: a “SMD- Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A”., doravante designada SMD-S.A.

- a) Esta sociedade foi criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M, de 4 de Agosto.

De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º daquele diploma, a SMD-S.A. foi constituída como uma **sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos**.

O artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M estabelece que o capital social da Sociedade está dividido em acções detidas pela Região Autónoma



Tribunal de Contas

da Madeira e pelas Câmaras Municipais do Funchal, de Câmara de Lobos, Santa Cruz e Machico.

A Sociedade pode aumentar o seu capital social e podem nele vir a participar, pelo seu aumento, outras entidades, mas, nos termos do n.º 2 do referido artigo, a Região Autónoma da Madeira terá de manter uma participação social de percentagem não inferior a 51%.

Não obstante ter sido designada como uma sociedade anónima de capitais *exclusivamente* públicos, o n.º 3 do artigo 6.º do diploma que a instituiu, e o n.º 2 do artigo 4.º dos Estatutos, prevêem que no capital social da SMD- S.A. possam vir a participar quaisquer entidades de natureza exclusivamente privada, podendo ainda proceder-se à transmissão das acções sob consentimento da sociedade (artigo 5.º dos Estatutos).

De acordo com a informação fornecida pela recorrente, a fls. 109 e seguintes dos autos de recurso n.º 12/2008- SRMTC, a composição do capital social da SMD-S.A., é, ao longo do tempo, a seguinte:

	Capital Social Inicial	Capital Social em 01.01.2007	Capital Social em 30.06.2008 ⁵
RAM	60,0 %	88,3 %	88,3 %
CM Funchal	17,5 %	5,1 %	5,1 %
CM Câmara de Lobos	7,5 %	2,2 %	2,2 %
CM Santa Cruz	7,5 %	2,2 %	2,2 %
CM Machico	7,5 %	2,2 %	2,2 %

A SMD-S.A. é, pois, actualmente, uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, em que a maioria do capital social é detido pela Região Autónoma da Madeira, podendo em última análise vir a ser, por alterações na composição do seu capital social, uma sociedade anónima de capitais mistos, em que a maioria do capital social não pode, no entanto, deixar de ser detido pela Região Autónoma da Madeira.

b) Refere a própria recorrente, a fls. 42 dos autos:

“ (...) a Sociedade foi constituída pelo Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M.

Nos termos dos seus estatutos, aprovados em anexo ao referido diploma legislativo, a Sociedade é detida maioritariamente pela ora Recorrente, detendo apenas como accionistas entidades de direito público. É pois uma sociedade de

⁵ Que corresponde ao actual.



capitais totalmente públicos. É também, por esse facto, entre outros, uma empresa pública, nos termos do artigo 3.º DL 558/99, de 17-12, integrada no sector público empresarial regional da ora recorrente⁶.”

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro⁷, que consagra o regime do sector empresarial do Estado, incluindo as bases gerais das empresas públicas, refere que as Regiões Autónomas dispõem de sectores empresariais próprios, os quais se regem por legislação especial, relativamente à qual o Decreto-Lei em causa tem natureza *supletiva*.

A fls. 111 dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTC, a recorrente invoca um “vazio legislativo” no regime das relações entre a Região Autónoma da Madeira e o seu sector empresarial. Este invocado vazio legislativo reporta-se à circunstância de ainda não ter sido aprovada a legislação especial reguladora do sector empresarial desta Região, ao contrário do que já sucedeu com a Região Autónoma dos Açores, através do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de Março.

Não obstante a efectiva inexistência dessa legislação especial, importa frisar que, nos termos do referido artigo 5.º do RSEE, este diploma tem natureza *supletiva* na regulação do sector em causa.

José de Oliveira Ascensão, in *O Direito, Introdução e Teoria Geral*⁸ define regras *supletivas* como aquelas que correspondem ao regime normal, que o legislador considerou como a forma mais adequada de resolver a situação, e que são automaticamente aplicáveis se as partes nada dispuserem em contrário e, nomeadamente, quando não tenham produzido qualquer manifestação de vontade. São, assim, normas automaticamente aplicáveis no silêncio das partes.

Refere este autor que a lei utiliza este conceito também no sentido de regime supletivo, para significar o regime subsidiariamente aplicável.

E afirma o mesmo autor, a páginas 339 da mesma obra, que “*como é natural, não há lacuna da lei quando a própria lei indica um direito subsidiariamente aplicável*”, no qual se encontre norma susceptível de aplicação ao caso.

A determinação legal de que o RSEE tem natureza *supletiva* na regulação dos sectores empresariais regionais significa, pois, que **não existe vazio legislativo**. Enquanto a legislação especial não for produzida, aplica-se o regime deste diploma, nas normas susceptíveis de aplicação.

Foi, aliás, este o entendimento da própria recorrente, quando classificou a sociedade em causa como “*uma empresa pública, nos termos do artigo 3.º DL 558/99, de 17-12*”, e o da Decisão recorrida⁹ quando considerou que a SMD-S.A. exerce a

⁶ Sublinhado nosso.

⁷ Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, e doravante designado como RSEE.

⁸ Páginas 206 e 207.

⁹ Vd. fls. 69



Tribunal de Contas

sua actividade com base no edifício normativo formado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M e pelos Estatutos aprovados por este mesmo diploma.

É esse, também, o sentido do parecer do Ministério Público, a fls. 124 dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTTC.

Nos termos do artigo 165.º, alínea u), da Constituição, compete à Assembleia da República legislar, ou autorizar o Governo a legislar, sobre as *bases gerais do estatuto das empresas públicas*, o que foi feito precisamente pelo Decreto-Lei n.º 558/99, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007.

O artigo 227.º, n.º1, alínea a) da Constituição, determina que as Regiões Autónomas, sendo pessoas colectivas territoriais, podem legislar, no *âmbito regional*, em *matérias* enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo, *que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*.

Por sua vez, o artigo 37.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira, na redacção da Lei n.º 130/99, de 21 de Agosto, estabelece que compete à Assembleia Legislativa Regional legislar, *com respeito pelos princípios fundamentais das leis gerais da República*, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania.

Assim, a legislação especial do sector empresarial regional, a existir, ainda que pudesse conter especificidades ligadas ao contexto regional, sempre teria de respeitar as bases gerais do estatuto das empresas públicas estabelecidas, por imperativo constitucional, no Decreto-Lei n.º 558/99.¹⁰

Em conclusão, enquanto essa legislação especial não existir, **aplica-se aquele Decreto-Lei, por força da supletividade determinada, em tudo o que não for incompatível com a autonomia constitucional da Região Autónoma e com os poderes dos respectivos órgãos de Governo e decisão**, fazendo-se as necessárias adaptações nessa matéria.

- c) Nos termos do artigo 3.º do RSEE, são empresas públicas, entre outros casos, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado (neste caso, a Região) possa exercer uma influência dominante em virtude de deter a maioria do capital.

Vimos no ponto II.2.a) que é essa a situação.

¹⁰ Como, aliás, sucede com o Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de Março, que estabelece o regime do sector público empresarial da Região Autónoma dos Açores, “*com respeito pelas bases gerais do estatuto das empresas públicas*”, e seguindo muito de perto o regime do Decreto-Lei n.º 558/99.



Estamos, pois, inequivocamente, perante uma entidade que, formalmente, é uma empresa pública, integrada no sector empresarial regional, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea a) e artigo 5.º do RSEE.

- d) O n.º 1 do artigo 7.º do RSEE estabelece que *“Sem prejuízo do disposto na legislação aplicável às empresas públicas regionais, intermunicipais e municipais, as empresas públicas regem-se pelo direito privado, salvo no que estiver disposto no presente diploma e nos diplomas que tenham aprovado os respectivos estatutos”*.

Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M, a SMD-S.A. rege-se pelas disposições do Decreto que a criou, pelos estatutos (anexos ao mesmo Decreto), pelas normas reguladoras das sociedades anónimas e pela demais legislação complementar.

Não tendo ainda sido publicada a legislação enquadradora do sector empresarial da Região Autónoma da Madeira, podemos então concluir que **a SMD-S.A. se rege pelo disposto:**

- **No Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M, que a criou;**
- **Pelos estatutos aprovados pelo mesmo diploma;**
- **Pelas normas do Decreto-Lei n.º 558/99 que não sejam prejudicadas pela prevalência do Decreto Legislativo regional referido e dos estatutos;**
- **Pelas normas de direito privado reguladoras das sociedades anónimas.**

- e) Como já referimos, o Decreto Legislativo Regional que constituiu a SMD- S.A., criou-a como sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

Muitos problemas se suscitam quanto à criação desta empresa.

Desde logo, saber se a mesma poderia ter sido criada por diploma legislativo sob a forma de sociedade anónima ou se, para poder adoptar esta forma, ela deveria ter tido origem contratual¹¹.

Por outro lado, saber se prossegue uma actividade económica de natureza empresarial, que obedeça ao princípio da racionalidade económica, para o desenvolvimento da qual a forma de empresa pública, e em especial a forma societária, seja possível ou adequada¹².

¹¹ Veja-se o Acórdão n.º 126/2001- 26.Jun- 1.ª S/SS

¹² Cfr., designadamente, artigos 980.º do Código Civil, 1.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, 4.º e 8.º do RSEE, autores como Freitas do Amaral e Ferreira de Almeida, que incluem nos elementos essenciais ao conceito de empresa pública, respectivamente, a intervenção no mercado mediante um preço ou o fim lucrativo, ou Sofia Tomé d’Alte quanto à inadequação das formas societárias para a prossecução de tarefas de serviço público.



Saber ainda se, face aos elementos trazidos ao processo sobre as relações concretamente estabelecidas entre a Região Autónoma e a SMD-S.A¹³, a criação da sociedade em causa corresponde a uma forma legítima de empresarialização de uma actividade materialmente administrativa, não obstante eventualmente deficitária, ou é, antes, uma forma de instrumentalização da forma jurídica escolhida para atingir fins não possíveis no quadro do sector público administrativo¹⁴.

Trata-se de questões que, sendo da maior importância no plano jurídico-financeiro, não são, no entanto, suscitadas neste recurso, pelo que não cabe apreciá-las nesta sede.

f) Importa, ainda assim, compreender a real natureza da sociedade em causa.

No RSEE a empresa pública conhece, essencialmente, duas formas distintas: a forma institucional e a forma societária, sendo esta a mais generalizada.

Ao contrário do que é considerado desejável por vários autores, e, por alguns, visto mesmo como indispensável para dar cumprimento à norma constitucional, o RSEE não fixou critérios claros para condicionar a escolha da Administração por uma ou outra forma.

Existem posições doutrinárias muito variadas nesta matéria: umas defendem a existência, outras a inexistência, de um princípio de liberdade de escolha da forma jurídica aplicável, outras advogam uma implícita preferência constitucional por formas jurídico-privadas de organização da intervenção empresarial do Estado¹⁵, outras ainda, com base em princípios constitucionais, princípios de legalidade e de adequação e princípios de correspondência entre a natureza formal e material das funções exercidas, afirmam uma prevalência das formas jurídico-públicas¹⁶, havendo ainda quem considere existir uma associação preferencial ou tendencial, embora não automática nem obrigatória, entre o conjunto de empresas públicas que se distinguem pela prestação continuada de serviços de interesse económico geral e as empresas públicas de base institucional (as entidades públicas empresariais)¹⁷.

Como já referimos, não cabe neste recurso apreciar nem decidir sobre a correcção e legalidade da escolha feita pela forma de empresa pública societária. No entanto,

¹³ Diz-se, a fls. 42: “A Sociedade não é assim mais do que um “serviço” da ora Recorrente a quem esta recorre para prossecução das suas atribuições, como o faria, caso a Sociedade não tivesse sido criada, atribuindo internamente aos seus departamentos governamentais regionais essas missões.”

¹⁴ Vd. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2008, quando, a p. 406, fala em *abuso ou perversão das formas organizativas do direito privado*.

¹⁵ Vd. designadamente, Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra 1998

¹⁶ Vd. Sofia Tomé d’Alte, *A Nova Configuração Do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007.

¹⁷ Vd. Luís D. S. Morais, *As relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000



não tomando, por essa razão, partido naquela querela doutrinária, sempre temos, ainda assim, de aderir ao princípio, decorrente do funcionamento do mecanismo da personalidade colectiva, de que, uma vez escolhida a forma jurídica, há necessidade de respeitá-la: ***princípio do respeito pela forma jurídica escolhida***¹⁸.

Uma das diferenças fundamentais entre as empresas públicas de base institucional (as entidades públicas empresariais: EPE) e as empresas públicas de base societária (sociedades constituídas nos termos da lei comercial) é que as primeiras são pessoas colectivas de direito público, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, do RSEE, enquanto as segundas são pessoas colectivas de direito privado, submetidas à disciplina geral das sociedades, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do mesmo diploma.

Enquanto **pessoa colectiva de direito privado**, a SMD-S.A. é, nos termos do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais, sujeito de direito, a quem é reconhecida personalidade jurídica, funcionando como centro de imputação autónoma de direitos, deveres e situações jurídicas.

A sua capacidade jurídica é definida nos termos do artigo 160.º do Código Civil e do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais, abrangendo tudo aquilo que se considere necessário ou conveniente para permitir a prossecução dos seus fins.

A sociedade dispõe de órgãos sociais que, designadamente, formulam a sua vontade e a representam.

Para além de personalidade jurídica e autonomia patrimonial, própria das pessoas colectivas, a SMD-S.A. dispõe, de acordo com os seus estatutos, de autonomia de planeamento e gestão, de autonomia orçamental, de autonomia creditícia, de autonomia organizativa e de autonomia para decidir sobre a admissão de pessoal e a sua remuneração.

A natureza empresarial e a sujeição da sociedade às normas de direito privado implicam ainda que não lhe sejam aplicáveis as normas da contabilidade pública.

II.3. DA SUJEIÇÃO DOS CONTRATOS A FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

O Governo Regional da Madeira, através da Vice-Presidência, remeteu os quatro contratos de prestação de serviços em causa à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, em 9 de Janeiro de 2008, “*para efeitos de exame e visto*”.

No recurso, vem agora alegar que os referidos contratos “*não estão sujeitos ou estão isentos de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, e 47.º da LOPTC*”, e que “*a sua submissão ao Tribunal de Contas foi efectuada apenas por uma questão de transparência financeira e de cautela jurídica*”.

¹⁸ Cfr. Sofia Tomé d’Alte, *A Nova Configuração Do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007, pág. 387.



Por se tratar de uma questão prévia a todas as outras, apreciamo-la em primeiro lugar.

II.3.1. Dos contratos sujeitos a fiscalização prévia.

Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar previamente os actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º.

Na 2.ª parte da mesma alínea c), determina-se que também estão sujeitos a fiscalização prévia os actos e contratos das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos ou contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da mesma LOPTC, estabelece-se que, de entre os contratos referidos naquela alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, só estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa, quando reduzidos a escrito, e nos termos do artigo 48.º, ou seja, quando de valor igual ou superior a um montante fixado anualmente nas leis do Orçamento.

O valor fixado nos termos do artigo 48.º da LOPTC foi, em 2008, de € 333.610,00¹⁹ e é, em 2009, de € 350.000,00²⁰.

No n.º 2 do referido artigo 46.º da LOPTC refere-se, nomeadamente, que, para efeitos da alínea b) do n.º 1, consideram-se contratos os acordos, protocolos ou outros instrumentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros e patrimoniais.

De entre as finalidades a realizar pela fiscalização prévia do Tribunal de Contas conta-se a verificação do cabimento orçamental. A alínea c) do n.º 1 do citado artigo 5.º da LOPTC refere-o, como também o afirma o n.º 1 do artigo 44.º da mesma lei: *“A fiscalização prévia tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria.”*

Assim, **para apurar se um contrato se encontra sujeito a visto do Tribunal de Contas importa determinar:**

- **Se é outorgado por uma entidade incluída no elenco do n.º 1 do artigo 2.º da LOPTC ou que tenha as características referidas na 2.ª parte da alínea c) do artigo 5.º;**

¹⁹ Cfr. artigo 121.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, e Portaria n.º 30-A/2008, de 10 de Janeiro.

²⁰ Cfr. artigo 159.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.



- Se corresponde a um contrato escrito de obras públicas, de aquisição de bens e serviços ou de outras aquisições patrimoniais;
- Se dele resultam despesas ou responsabilidades financeiras, directas ou indirectas, no sentido de que dele resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais para uma dessas entidades;
- Se o seu valor é igual ou superior ao montante fixado, para o efeito, na lei do Orçamento aplicável.

II.3.2. Da sujeição a visto dos contratos em apreciação.

Para determinar se os contratos em apreciação estão sujeitos a fiscalização prévia deste Tribunal, deve apurar-se, então, em primeiro lugar, se são outorgados por uma das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º da LOPTC.

Os contratos apresentam-se celebrados entre a Região Autónoma da Madeira e a SMD-Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A.

Na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da LOPTC incluem-se as Regiões Autónomas e seus serviços, pelo que os contratos em causa, celebrados pela Região Autónoma da Madeira, estão incluídos no universo de contratos sujeitos a visto.

Os contratos apresentam-se reduzidos a escrito e são caracterizados como contratos de prestação de serviços. Pelo seu tipo, encontram-se também dentro desse universo.

Pelos contratos em apreciação, a Região Autónoma da Madeira compromete-se a pagar à SMD-S.A. os montantes referidos na alínea g) do probatório, em função da respectiva facturação. De acordo com as informações sobre cabimento orçamental²¹, tais montantes serão satisfeitos pela rubrica de classificação económica 02.02.25 (Aquisição de bens e serviços correntes, Aquisição de serviços, Outros serviços) do Orçamento do Governo Regional da Madeira.

São, pois, contratos que titulam gastos a ser suportados por uma das rubricas do Orçamento regional. Dos mesmos resultam, portanto, encargos financeiros para a Região Autónoma, o que os mantém no conjunto dos contratos sujeitos a fiscalização prévia.

Por último, e como se pode ver pelos valores constantes da alínea g) do probatório, dos contratos resulta despesa para a Região Autónoma em montante superior ao valor fixado nas leis orçamentais aplicáveis.

Em conclusão, **estão presentes todos os elementos que determinam a sujeição a visto dos contratos *sub judice*.**

A recorrente veio alegar, no recurso, que o objecto da SMD-S.A. “*decorre de ‘devolução de poderes’ da ora Recorrente, sendo por isso constituído por atribuições da*

²¹ Vd. fls. 31 a 34 do processo de fiscalização prévia n.º 5/2008 da SRMTC



Tribunal de Contas

Recorrente que foram entregues à Sociedade para que esta possa colaborar com a ora Recorrente na sua prossecução.”

Daí retira que a referida sociedade “não é assim mais do que um ‘serviço’ da ora Recorrente a quem esta recorre para prossecução das suas atribuições, como faria, caso a Sociedade não tivesse sido criada, atribuindo internamente aos seus departamentos governamentais regionais essas missões”.

Por isso, considera que é “manifesto que, face às características das entidades em causa, os contratos em análise não são ‘geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas’ (cfr. art. 44.º, n.º 1 LOPTC), ou, como refere o artigo 46.º LOPTC, não são contratos que impliquem despesa”.

E explicitando:

“Com efeito, a Sociedade em causa que ser tratada como qualquer outro departamento interno da ora Recorrente, para efeitos de despesa;

A “despesa” associada ao contrato só será efectivamente despesa, nos termos da LOPTC, num momento posterior, ou seja quando for paga pela Sociedade na prossecução das suas actividades e não quando as quantias indicadas no contrato são entregues pela ora Recorrente à Sociedade, da mesma forma como não é “despesa” a distribuição de verbas entre os departamentos internos do Governo Regional, mas apenas quando um desses departamentos paga a terceiro um serviço;

Face ao exposto, os contratos em causa não estão sujeitos ou estão isentos de visto, nos termos dos arts. 44.º, n.º 1 e 47.º LOPTC, tendo a sua submissão a este douto Tribunal assentado apenas em questões de transparência financeira e de cautela jurídica.”

O raciocínio da recorrente nesta matéria não merece procedência.

Do que referimos acima no ponto II.2 resulta claro que **a RAM e a SMD-S.A. são pessoas jurídicas distintas**, como se referia já na Decisão de 1.ª instância. A RAM é uma pessoa colectiva territorial de direito público, enquanto a SMD-S.A. é uma sociedade comercial de direito privado.

Acresce que **estão sujeitas a um regime jurídico e financeiro diverso, onde avulta a subordinação a diferentes orçamentos e a diferentes regimes orçamentais e contabilísticos.**

Os pagamentos a realizar pela RAM à SMD-S.A. são a contraprestação de contratos celebrados, representam uma despesa do Orçamento regional no momento da sua entrega à SMD-S.A., com registo e cobertura orçamental na rubrica 02.02.25. e com sujeição, nessa fase, às regras orçamentais e de contabilidade pública.

Uma vez realizados, esses pagamentos constituirão receita de um outro orçamento, o da SMD-S.A., que será gerido por uma outra entidade jurídica e financeira.

Quando essas verbas forem usadas pela SMD-S.A. na prossecução das suas actividades, estarão dependentes dos poderes de decisão da Assembleia Geral e do Conselho de Administração desta empresa, nos termos dos artigos 10.º e 12.º dos respectivos



Estatutos, e não terão mais expressão no Orçamento da Região, do qual saíram no momento da sua entrega à Sociedade.

Constituirão, então, despesa da SMD-S.A, como tal sujeita a regras orçamentais e contabilísticas de natureza essencialmente privada, como decorre do regime aplicável²².

Face à clara autonomia jurídica e orçamental e às diferentes regras aplicáveis, não se descortina como se possa tratar a SMD-S.A. como um qualquer outro departamento interno da Região, em termos de despesa.

De resto, uma das principais razões pelas quais a Administração tem optado por criar entidades empresariais para a prossecução de atribuições que originariamente lhe competem, é precisamente a flexibilidade que lhes é conferida pelo diferente regime orçamental e contabilístico a que estão sujeitas no âmbito de uma subjectividade jurídica diversa.

Não merecendo acolhimento a argumentação da recorrente, **há, pois, que concluir pela sujeição a fiscalização prévia dos contratos em causa**, como acima se referiu.

II.4.DO ENQUADRAMENTO DO OBJECTO DOS CONTRATOS NAS ATRIBUIÇÕES DA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA

II.4.1. Do objecto social da SMD-S.A.

Nos termos do artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional que a constituiu e do artigo 3.º dos Estatutos, a SMD, S.A. prossegue “*fins de interesse público*”, tendo por objecto social “*a concepção, promoção, construção e gestão de projectos, acções e empreendimentos que contribuam de forma integrada para o desenvolvimento económico, social, desportivo e cultural dos concelhos de Câmara de Lobos, Funchal, Santa Cruz e Machico*”.

O artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional refere que, para a prossecução dos seus fins, a SMD-S.A. pode proceder à construção e/ou adaptação de infra-estruturas, expropriar imóveis, utilizar e administrar os bens do domínio público da Região Autónoma da Madeira que estejam ou venham a estar afectos ao exercício da sua actividade e proceder à gestão técnica, administrativa e financeira das intervenções operacionais incluídas no Quadro Comunitário de Apoio para as intervenções estruturais comunitárias nos concelhos de Câmara de Lobos, Funchal, Santa Cruz e Machico, mediante a celebração de contratos-programa com a Região Autónoma da Madeira e com o Estado.

O artigo 3.º, n.º 2, dos Estatutos estabelece ainda que:

²² Poderão, enquanto despesas da SMD-S.A., voltar a estar sujeitas a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, por força da parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC.



“Na realização do seu objecto social, a Sociedade, na medida dos meios técnicos e humanos disponíveis e com a colaboração dos órgãos competentes do Governo Regional e das autarquias locais, visa ainda:

a) Contribuir para a realização do desenvolvimento económico regional, em termos de preservação do equilíbrio ecológico e do património cultural e artístico da Região e da promoção das acções no âmbito do ordenamento do território, a par com a melhoria de vida das populações e da criação de emprego;

b) Participação no lançamento e na exploração de pólos de desenvolvimento local e no fomento da cooperação intermunicipal;

c) Divulgar toda a informação relevante para o investimento e o desenvolvimento económico e social dos quatro concelhos.”

II.4.2. Da eventual falta de atribuições ou competência por parte da Região Autónoma da Madeira

- a) A Decisão recorrida concluiu que, ao decidir a adjudicação dos serviços que constituem o objecto dos contratos em apreciação, a Região Autónoma da Madeira praticou actos que se situam fora das suas atribuições.

Esta conclusão assentou nas seguintes asserções:

- Que a SMD-S.A. tem um património próprio, diferente e independente do património dos sócios, que utiliza e administra no âmbito da sua actividade, *“onde se incluem as referenciadas infra-estruturas”* (Restaurante e Jardim da Trincheira, Envolvente da Praia dos Reis Magos, Piscina das Salinas e Praia da Lagoa - Frente Mar do Porto da Cruz).
- Que os serviços que constituem o objecto dos contratos foram excluídos do âmbito de actuação da pessoa colectiva RAM, *“na medida em que os mesmos integram os fins ou interesses que presidiram à criação da referida empresa, nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M. Deste modo, a RAM, não obstante a sua qualidade de accionista, não pode assumir a posição de entidade adjudicante de serviços que são próprios do objecto social da empresa, porquanto isso traduz uma actuação que se prende com a prossecução de fins que deixaram de estar a seu cargo.”*

Em suma, entendeu-se que a lei e os estatutos já haviam determinado, através da fixação do objecto social da SMD-S.A., que os serviços que vieram a constituir o objecto dos contratos ora em apreciação devessem ser por ela realizados.

- Que os contratos exprimem tão só *“a intenção de remunerar a SMD pelos serviços que presta no exercício de parte do seu objecto social, tendo supostamente em atenção a circunstância de a empresa se encontrar subordinada à realização do*



interesse público e, por isso, a sua posição no mercado não ser inteiramente igual à de qualquer outro operador privado (...)”.

A recorrente invoca a este respeito que não concorda que a figura da devolução de poderes implique a saída de atribuições de uma pessoa colectiva para outra, de forma definitiva. Referiu a recorrente:

“ (...) Com a devida vénia, não é a nossa interpretação, nem vemos qualquer Autor que a defenda!

A vencer tal concepção, a pessoa colectiva criadora deixaria de poder exercer sobre a criada qualquer espécie de controle, pois o fundamento do controle exercido (superintendência, tutela ou fiscalização) reside na necessidade de domínio sobre o exercício de atribuições comuns.

Assim é que os Autores falam mesmo em pessoas colectivas “instrumentais”²³, referindo-se a toda a Administração Indirecta, visando este conceito explicar semanticamente que a prossecução de atribuições é feita indirectamente através de uma outra pessoa colectiva de fins específicos, criada pela pessoa colectiva de fins múltiplos, para a coadjuvar na prossecução das suas atribuições.

Aliás, só pessoas colectivas de fins múltiplos, que são apenas as de base territorial e população (Estado, regiões autónomas e autarquias), podem ter atribuições, no sentido de fins ditados pelas necessidades da sua população residente. Todas as restantes pessoas colectivas só podem assumir atribuições de outros, exactamente as dessas pessoas de fins múltiplos.

E ao assumirem a coadjuvação na prossecução dessa atribuições de outrem, não sonegam forçosamente, por impossibilidade lógica, essas atribuições à pessoa colectiva primária. A detentora originária das atribuições mantém as suas atribuições, ganhando apenas um coadjutor.

O Estado criou recentemente, por transformação, a Estradas de Portugal, SA (EP,SA), atribuindo-lhe como objecto a prossecução das suas atribuições em matéria de infra estruturas estradais (cfr. DL 374/2007, de 07-11). Será que o Estado perdeu as suas atribuições na matéria?

É evidente que não!

Se aplicássemos ao exemplo supra a tese da decisão recorrida, então o Estado não poderia celebrar com a EP, SA um contrato de concessão, visando remunerar os serviços por esta prosseguidos...

(...)”

- b) Em primeiro lugar, importa clarificar que, não obstante a SMD-S.A. ser dotada de personalidade jurídica e autonomia patrimonial, nenhum elemento nos**

²³ Sic: “João Caupers, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.ª Edição, págs.89 e ss.”



processos permite concluir que estamos perante infra-estruturas integradas no seu património próprio.

Ao invés, a empresa é sempre referenciada como “gestora” de cada uma das infra-estruturas em causa²⁴, as quais, por sua vez, são designadas como “espaços públicos”²⁵.

De resto, no que respeita às margens costeiras, na orla marítima, estamos inquestionavelmente perante bens do domínio público da Região Autónoma²⁶, os quais são inalienáveis. E quanto a outras infra-estruturas, as mesmos ou integram o domínio público ou, mesmo que se trate de bens do domínio privado, são bens que estão afectos a fins de utilidade pública e, nessa medida, constituem património indisponível²⁷.

Tanto num caso como noutro, os bens são, em princípio, directamente administrados pela entidade que tem a responsabilidade de realizar os fins de utilidade pública a que eles estão adstritos, missão que inclui o dever de conservação e defesa dos bens, de modo a que eles estejam sempre aptos a satisfazerem esses fins.

É, no entanto, possível transferir a administração directa dos bens para outras entidades públicas ou privadas, mantendo-se a titularidade da propriedade pública e os poderes de fiscalização sobre as entidades administradoras desses bens.

No que concerne a infra-estruturas do domínio público, é, aliás, relativamente frequente operar-se esta separação entre a propriedade e a gestão da infra-estrutura. Tal ocorre, designadamente, no âmbito do domínio público rodoviário, ferroviário, portuário e aéreo.

- c) Em segundo lugar, importa caracterizar o mecanismo, designado de *devolução de poderes*, através do qual alguns interesses públicos do Estado ou de outras pessoas colectivas de fins múltiplos, como é o caso das Regiões Autónomas ou das Autarquias Locais, são postos por lei a cargo de outras entidades²⁸.

Trata-se de um sistema em que os fins do Estado (ou, no caso, da Região) são realizados através de outras pessoas colectivas. Os interesses a realizar são da pessoa colectiva de população e território titular das atribuições (no caso, a Região

²⁴ Vd. designadamente a cláusula primeira dos contratos.

²⁵ Vd. designadamente o último considerando dos contratos.

²⁶ Cfr. artigo 84.º, n.º 1, alínea a), da Constituição, artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, e artigo 144.º da Lei n.º 13/91, de 5 de Junho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 130/99, de 21 de Agosto, e Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro.

²⁷ Cfr. artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro.

²⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, p. 713 e ss.



Autónoma) e são “*postos a cargo*” dessas entidades, não sendo interesses próprios delas.

Refere Freitas do Amaral: “*Esses poderes que o Estado entrega a outras entidades ficam a cargo destas, embora continuem a ser, de raiz, poderes do próprio Estado – que este pode, portanto, em qualquer momento, retirar-lhes e chamar de novo a si (...)*”²⁹

Por isso, estas entidades não possuem autonomia de orientação³⁰, estando sujeitas às directivas da pessoa colectiva de fins múltiplos titular das atribuições a realizar.

O conceito de devolução de poderes está normalmente associado à Administração Pública Indirecta, enquanto fenómeno de descentralização institucional.

Há, no entanto, significativa controvérsia acerca de saber se as empresas públicas constituídas sob forma comercial integram ou não a Administração Pública Indirecta. Há autores que as consideram como “pessoas interpostas”, que não são Administração, e Paulo Otero, por exemplo, classifica-as como administração paralela ou administração indirecta privada.

De qualquer modo, tem havido uma significativa evolução e abertura nas formas utilizadas de devolução de poderes, podendo aqui citar-se Marcelo Rebelo de Sousa que, nas suas *Lições de Direito Administrativo*³¹, refere que “**Pode haver, se a lei o permitir, descentralização não territorial – ou devolução de poderes – de qualquer pessoa colectiva pública noutro ente público ou num ente privado**³² – instituição particular que passa a ser de interesse público -, ambos sem base territorial. E nada impede a lei de autorizar que o ente descentralizador detenha poderes de superintendência e de tutela sobre o descentralizado, e mesmo, excepcionalmente, poder de direcção.”

No caso das empresas públicas sob forma societária não existem poderes de tutela ou superintendência, no sentido tradicional. Mas o RSEE consagra aquilo que Luís Morais³³ designa como um “*poder geral de controlo de gestão*”, “*que conjuga os mecanismos normais de direito societário para o exercício da função accionista com um feixe de direitos especiais, de natureza pública, atribuídos ao Estado*”³⁴.

Desse poder fazem parte direitos especiais de fixação de orientações estratégicas (art.º 11.º), incluindo um poder geral de acompanhamento da concretização dessas orientações, que se pode materializar em recomendações para a sua prossecução. A concretização deste poder distingue-se da superintendência, porque não deve

²⁹ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, p. 337.

³⁰ Cfr. Sérvulo Correia, *Devolução de poderes*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra Editora.

³¹ Cfr. p. 234.

³² Sublinhado nosso.

³³ Vd. Luís D. S. Morais, *As relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000

³⁴ No caso, a Região Autónoma.



interferir na esfera da gestão corrente, para a qual as empresas têm autonomia própria. O artigo 13.º fixa ainda deveres especiais de informação.

Para Freitas do Amaral, as pessoas colectivas que recebem devolução de poderes não exercem auto-administração. Exercem, em nome próprio, poderes transferidos, mas no interesse da pessoa colectiva que os transferiu, que continua a ser titular dos fins a realizar e pode traçar as linhas de orientação da actividade a desenvolver pela entidade instrumental³⁵.

Pedro Gonçalves, na sua obra *Entidades Privadas com Poderes Públicos*³⁶, ao referir o carácter *atípico* da delegação de poderes públicos em entidades privadas, conclui, no mesmo sentido: de que ela deve implicar sempre, mesmo quando a lei seja omissa, a sujeição da entidade delegatária a fiscalização administrativa, o poder de impor a revogação da delegação e o poder de aplicar uma revogação sancionatória, em caso de irregular exercício dos poderes públicos.

- d) Considerando que “atribuições” são “os fins ou interesses que a lei incumba as pessoas colectivas de prosseguir”³⁷, fácil é concluir que **a Região Autónoma da Madeira, ao criar e atribuir a uma sociedade anónima a prossecução de interesses públicos contidos na sua esfera de atribuições, não fica privada nem desonerada de realizar esses fins**. Mantém até a responsabilidade de dar orientações a essa sociedade sobre a forma de melhor realizar os interesses em causa, de acompanhar e fiscalizar permanentemente essa realização e, em última análise, pode, pela via própria, retirar os poderes transferidos.

O nosso entendimento é, então, o de que, **pela devolução de poderes operada a favor da SMD-S.A, a RAM não deixa de ter atribuições na matéria, nomeadamente no que respeita à administração de bens que se insiram nos seus domínios público ou privado de utilidade pública**.

Consequentemente, a nosso ver, e ao contrário do que se defendeu na Decisão recorrida, **os actos por ela eventualmente praticados no âmbito das finalidades abrangidas por essa devolução não são feridos de incompetência absoluta**.

- e) Poderíamos apurar se ocorre, no caso, outro qualquer vício de incompetência por a Região ter eventualmente decidido em matéria cujos poderes transferiu para a SMD-S.A.

Pedro Gonçalves, na obra referida, esclarece que, não obstante a delegação de poderes públicos em entidades privadas não afectar a *titularidade* pública dos

³⁵ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, p. 715.

³⁶ Cfr. obra citada, página 1033.

³⁷ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, p. 604



poderes delegados, efectuando-se, através dela, a mera transferência do *exercício* do poder público, a delegação não dá, em princípio, origem a uma situação de “dupla competência”. “*Salvo se a lei dispuser de modo diferente ou se as circunstâncias concretas da delegação reclamarem outra solução, os órgãos da entidade pública delegante estão impedidos de exercer os poderes delegados*”, podendo dizer-se que “*a entidade privada passa a assumir-se como a única instância competente para exercer os poderes delegados*”³⁸.

- f) Mas será que, no caso, essa delegação se havia operado antes da outorga dos contratos *sub judice*?

Ora, também ao invés do que foi afirmado na Decisão recorrida, parece-nos que não existe uma clara sobreposição entre o que resulta do objecto social e das normas estatutárias da sociedade e os serviços abrangidos nos contratos submetidos à apreciação deste Tribunal.

Por um lado, como vimos no ponto II.4.1., o objecto social da sociedade³⁹, e as normas que regulam a sua prossecução, são muito amplos. Definem, no fundo, apenas um quadro de actuação, sem concretizar quais os projectos, acções ou empreendimentos a conceber, promover, construir ou gerir, ou quais as infra-estruturas ou bens a utilizar ou administrar.

Por outro lado, concluímos já que os concretos bens em apreço (Restaurante e Jardim da Trincheira, Envolvente da Praia dos Reis Magos, Piscina das Salinas e Praia da Lagoa - Frente Mar do Porto da Cruz) não pertencem ao património da SMD-S.A.

Ora, a transferência da administração dos mesmos para a SMD-S.A., sendo possível, não pode deixar de ser feita por um acto expresso que os identifique, que defina a utilidade pública a que ficam adstritos, que fixe as intervenções a realizar e as condições da sua disponibilização pública.

É certo que a Região vem afirmando que o objecto dos contratos se enquadra no objecto social da SMD-S.A. Mas, para nós, isso significa tão só que o objecto social da empresa admite que ela desenvolva os serviços que lhe estão a ser adjudicados.

Afirmar que o objecto social da SMD-S.A. prevê ou impõe, por si próprio, que a sociedade assegure esses concretos serviços é bem diferente e, a nosso ver, não se verifica.

³⁸ Cfr. obra citada, página 1035.

³⁹ “*Concepção, promoção, construção e gestão de projectos, acções e empreendimentos que contribuam de forma integrada para o desenvolvimento económico, social, desportivo e cultural dos concelhos de Câmara de Lobos, Funchal, Santa Cruz e Machico*”.



O artigo 4.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M previu a transferência para a SMD-S.A. de posições contratuais em empreendimentos, mas essa transferência carecia de um acto de aprovação do Conselho do Governo Regional.

Ora, como actos que podem ter consubstanciado a transferência da gestão dos espaços públicos em causa apenas foram juntos ao processo as Resoluções n.ºs 1424, 1437, 1438 e 1439/2007, de 20 de Dezembro de 2007, do Conselho do Governo Regional da Madeira, as quais igualmente aprovaram os termos dos contratos de prestação de serviços ora em apreciação, com vista à remuneração da SMD-S.A. por esses serviços.

Afigura-se, assim, que, **antes da aprovação das Resoluções de 20 de Dezembro de 2007, a SMD-S.A. não possuía qualquer título que a habilitasse a exercer a administração dos bens em causa e a gerir e disponibilizar as correspondentes infra-estruturas, pois isso não decorria automaticamente do seu objecto social.**

Consequentemente, entendemos que **não há duplicação de conteúdos entre o objecto social e os contratos, nem foram pela RAM proferidas decisões em matérias que tivessem já sido objecto de devolução de poderes a favor da SMD-S.A.**

II.5. DA LEGALIDADE DA FORMA E OBJECTO DOS CONTRATOS CELEBRADOS

II.5.1. Da caracterização das actividades atribuídas à SMD-S.A. como de interesse económico geral

Independentemente de elas serem de base societária ou institucional, o RSEE estabelece uma divisão fundamental entre empresas públicas concorrenciais e empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral⁴⁰, sujeitando-as a regras distintas.

Para situar a SMD-S.A. num ou noutro caso, importa apurar se ela está, ou não, incumbida da gestão de *serviços de interesse económico geral*.

Os conceitos de interesse geral e de interesse económico geral são de construção comunitária.

A Comissão Europeia entende que cabe aos Estados Membros definir os serviços de interesse geral, em obediência a princípios de neutralidade e proporcionalidade.

⁴⁰ Vd. Luís D. S. Morais, *As relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000, pág. 124 e ss.



Tribunal de Contas

A noção de serviço de interesse geral pode, de alguma forma, ligar-se ao conceito de serviço público, correspondendo a actividades consideradas vitais para os cidadãos e para a sociedade com um todo. No fundo, serviço de interesse geral será aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos⁴¹.

Os serviços de interesse económico geral constituem actividades de interesse geral, com a particularidade de serem económicas, ou seja, susceptíveis de ser objecto de um processo de comercialização⁴².

Por seu turno, o artigo 19.º do RSEE define os serviços de interesse económico geral como as actividades em que devam ser asseguradas a universalidade e a continuidade dos serviços prestados, a coesão económica e social e a protecção dos consumidores.

O artigo 20.º especifica princípios orientadores da prestação destes serviços de interesse económico geral, detalhando, designadamente, as condições de acesso universal e não discriminação e de continuidade e qualidade dos serviços.

Este artigo refere ainda que as empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral devem prosseguir as missões que lhe estejam confiadas no sentido de, se necessário, garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de actividades cuja rendibilidade não se encontra assegurada, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infra-estruturas ou redes de distribuição ou, ainda, devido à necessidade de realizar actividades comprovadamente deficitárias.

Se atentarmos no objecto social da SMD-S.A., tal como consta do Decreto Legislativo n.º 21/2001/M e dos Estatutos por ele aprovados, e como foi referenciado no ponto II.4.1., encontramos uma definição bastante ampla (*“concepção, promoção, construção e gestão de projectos, acções e empreendimentos que contribuam de forma integrada para o desenvolvimento económico, social, desportivo e cultural dos concelhos de Câmara de Lobos, Funchal, Santa Cruz e Machico”*), à qual não estão necessariamente associadas as características referidas nos artigos 19.º e 20.º do RSEE.

Ao percorrermos os objectivos a prosseguir na realização do objecto social, encontramos fins de realização da coesão económica e social, mas sem especificação

⁴¹ Cfr. Rodrigo Gouveia, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, 2001

⁴² Quanto à natureza económica dos serviços em causa nos contratos, tenha-se em atenção o que se refere na Informação n.º 67/08-DCP: *“(…) o regime da dominialidade tem tendência a constituir-se, pelos menos em parte, num instrumento ao serviço da política económica, com a anuência de autores que se debruçam sobre esta matéria. Citando AFONSO QUEIRÓ E JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ, “os bens do domínio público não devem constituir um património inerte nas mãos da Administração Pública, mas sim uma riqueza colectiva a explorar até onde o permitirem os fins que são próprios do regime desse domínio”. Ou ainda, RUI MACHETE, “o Estatuto da dominialidade pública encontra-se, tradicionalmente, vocacionado para a conservação, hoje há-de ser perspectivado em termos que propiciem igualmente a exploração e o aproveitamento económico de todas as potencialidades inerentes aos bens dominiais.”*



de quaisquer compromissos de prestação de serviços aos cidadãos, de forma universal, contínua ou acessível, que prejudiquem a eventual racionalidade económica da actividade da empresa.

No entanto, se atendermos ao concreto objecto dos contratos submetidos à apreciação deste Tribunal, verificamos que, através deles, se pretende que a SMD-S.A. preste “*serviços inerentes à disponibilização dos espaços infra-estruturados, de acesso público, gratuito e ilimitado, do Restaurante e Jardim da Trincheira, do Arranjo Urbanístico dos Reis Magos, da Piscina das Salinas e da Praia da Lagoa - Frente Mar do Porto da Cruz*”, atribuindo-se à sociedade “*a obrigação de prestar todos os serviços que digam respeito à administração das supra identificadas infra-estruturas, bem como à execução material de todas as reparações ordinárias e extraordinárias indispensáveis para a conservação das mesmas*”.

Ou seja, pelos concretos contratos em análise incumbe-se a SMD-S.A. de administrar e conservar infra-estruturas públicas, disponibilizando-as ao público de forma gratuita e ilimitada.

Estes serviços visam facilitar o “*usufruto e gozo generalizado pela população de tais espaços públicos*”⁴³, adequadamente infra-estruturados e conservados, assegurando-o de forma universal, não discriminatória e contínua. É, de resto, da vocação desses espaços para o seu uso público (o que caiba por igual e de forma indiferenciada a todos os interessados) que decorre a sua integração no domínio público ou no domínio de utilidade pública.

O facto de esse acesso ser efectuado de forma inteiramente gratuita realiza o princípio da coesão económica e social e prejudica em absoluto a rendibilidade da actividade.

Por esta via, a SMD-S.A. recebe o encargo de assegurar, de modo universal e contínuo, prestações com interesse para a comunidade, o que a força a operar deficitariamente.

Temos, pois, de considerar, que, por força destes contratos e do disposto nos artigos 19.º e 20.º do RSEE, **a SMD-S.A. ao ser incumbida destas concretas obrigações de serviço público, está a ser encarregada da gestão de concretos serviços de interesse económico geral.**

A fls. 111 dos autos de recurso n.º 12/2008- SRMTC, a recorrente invoca que “*(...) o disposto no artigo 21.º DL 558/99 apenas se aplica a “empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral”, o que não é o objecto das 4 empresas em causa, que são antes um tipo de “empresas encarregadas da promoção do desenvolvimento regional”, não sendo, porém, a Lei n.º 53-F/2006, de 29-12, que consagra um modelo mais próximo, aplicável ao sector empresarial das Regiões Autónomas, nem sequer lei subsidiária ou supletiva destas, como vimos.*”

Consideramos que este argumento não procede nem afasta a conclusão que acabámos de formular.

⁴³ Vd. último considerando de cada um dos contratos.



Vimos já que o Decreto-Lei n. 558/99 é aplicável supletivamente aos sectores empresariais regionais. As Regiões Autónomas são pessoas colectivas territoriais, cujo âmbito se circunscreve ao seu território, pelo que a referida aplicação supletiva há-de obviamente atender a esse universo, não sendo contrário à natureza dos serviços de interesse geral que eles se refiram a sectores específicos da população, desde que respeitem o princípio da não discriminação.

Por outro lado, o interesse económico geral em causa não foi aferido relativamente ao objecto social da SMD-S.A., mas sim aos serviços que constituem o objecto dos contratos. Ora esses serviços devem ser garantidos de forma gratuita e ilimitada, o que preenche o requisito da universalidade próprio dos serviços de interesse económico geral.

Refira-se, aliás, que a aplicabilidade deste conceito no âmbito regional é confirmado pelo regime do sector público empresarial da Região Autónoma dos Açores. Os artigos 29.º, 30.º e 31.º do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A reproduzem integralmente o teor dos artigos 19.º, 20.º e 21.º do RSEE, ajustando apenas o espaço territorial de abrangência à Região e os poderes definidos aos órgãos próprios da Região. Estas alterações não implicaram a redefinição dos interesses em causa, os quais continuaram a considerar-se e denominar-se como interesses económicos gerais.

II.5.2. Da (in)adequação legal do contrato de fornecimento de serviços para a atribuição e remuneração da gestão de serviços de interesse económico geral

a) A Decisão recorrida afirmou, a dado passo:

“ (...) a intenção de remunerar a SMD pelos serviços que presta (...), tendo supostamente em atenção a circunstância de a empresa se encontrar subordinada à realização do interesse público e, por isso, a sua posição no mercado não ser inteiramente igual à de qualquer outro operador privado, não é um problema a resolver segundo pressupostos e critérios que estão claramente desenhados do campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

E também é inequívoco que o contrato de prestação de serviços não é o meio adequado, ou útil, para que a contratante pública se auto-vincule ao pagamento de quantias avultadas por conta dos presentes contratos, cujas despesas oneram ao longo de gerações, parte dos orçamentos regionais futuros, porquanto celebrados com a duração inicial de 12 anos e a possibilidade de sucessivas e ilimitadas renovações automáticas por subseqüentes períodos de 5 anos.”

A este respeito pronunciou-se também o Ministério Público, no seu parecer, a fls. 123 dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTTC, nos seguintes termos:

O legislador apenas quis incluir no conceito jurídico da contratação “in house” “(...) aquelas entidades, de qualquer tipo (v.g. sociedades de direito privado) destinadas, exclusivamente, a prestar serviços, directa e imediatamente,



ao ente público que as criou e controla totalmente (v.g. fornecimento de bens e de serviços em regime de exclusividade)”

Nas Sociedades de Desenvolvimento Regional “(...) estão em causa concessões de atributos de poder, exclusivos do ente público, que as criou e cuja actividade se esgota na prossecução de serviços e na criação de bens destinados, em exclusivo, à usufruição do público em geral (e não apenas dos serviços da entidade que as criou e as controla).”

Adoptou-se uma “(...) forma, incorrecta e ilegítima, de financiamento destas entidades, por via destes contratos quando deveria, antes, ter sido privilegiada a única forma legalmente prevista: a dos chamados “contratos-programa” (...).”

“(...) não vemos razões para nos afastarmos deste regime jurídico dos chamados “contratos-programa” como a única forma, legal e legítima, de proceder ao financiamento destas Sociedades de direito privado, pelo Estado e não pela via da aquisição de serviços, de forma genérica e indiscriminada e, ainda para mais, sem qualquer limite temporal pré-definido (...)”.

Nesta matéria, a recorrente havia invocado, a fls. 111 dos mesmos autos, em resposta à promoção do Ministério Público:

“O fundamento jurídico, concreto e objectivo que justifica a compra dos serviços a que se refere cada um dos 4 contratos em causa reside no objecto social das respectivas 4 empresas, conforme disposto em cada um dos Decreto Legislativo Regional que as constituem, e respectivos Estatutos, razão pela qual se pode configurar uma prestação de serviços.

Nos termos das regras de contabilidade, as prestações de serviços respeitam “aos trabalhos e serviços prestados que sejam próprios dos objectivos e finalidades principais da empresa”, ou seja, às actividades compreendidas no âmbito do seu objecto social e que, regra geral, constituem a generalidade das receitas/proveitos das sociedades comerciais.

Vejam-se os artigos seguintes dos respectivos DLR constitutivos e estatutos:

(...)

..) SMD- artigos 2.º, 3.º e 4.º DLR n.º 21/2001/M, de 04-08 e artigo 3.º Estatutos:

(...)

Estes normativos assumem-se assim como o fundamento jurídico para os contratos em causa, em conjugação com os artigos 1.º e 2.º DL 197/99, de 08-06. Mesmo embora entendendo-se que não seriam necessários face à natureza “in house” das empresas em causa.

Atendendo à natureza de sociedade comercial das empresas em causa, a remuneração constante dos contratos de prestação de serviços celebrados consubstancia assim, na prática, a “contrapartida financeira” das adjudicatárias, na sequência dos serviços que efectivamente prestam.”



Os artigos 2.º, e 3.º e 4.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M e o artigo 3.º dos Estatutos aprovados pelo mesmo Decreto definem o objecto social da SMD-S.A. e os respectivos poderes, nos termos que já acima referimos.

Os artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 197/99 definem o objecto deste diploma, como estabelecendo o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços, e o seu âmbito de aplicação pessoal, onde se incluem as Regiões Autónomas.

Há, então, que determinar se, para tutela da situação em causa, podiam ter sido adoptados contratos de aquisição de serviços.

- b) A este respeito importa invocar a distinção que Pedro Gonçalves estabelece entre *privatização funcional* e *privatização orgânica* de tarefas públicas⁴⁴.

Refere este autor que na situação de *privatização funcional* a entidade privada não assume a responsabilidade de executar uma tarefa administrativa, antes se compromete apenas a produzir um resultado que interessa à Administração, enquanto responsável por uma certa tarefa. Actua como um instrumento que presta serviços ou exerce as suas competências técnicas em benefício da Administração, fazendo-o sem autonomia no plano das relações externas. A Administração é, do ponto de vista dessa entidade, um *cliente* interessado em beneficiar dos serviços que presta. *Ao disponibilizar tais serviços, ela não exerce uma função pública, limitando-se a desenvolver uma actividade privada que produz resultados que contribuem para a execução de uma função pública pela própria Administração.*

Um vez que a contratação de particulares com funções de mera contribuição para a preparação de uma tarefa pública pressupõe que a Administração Pública conserva na sua esfera a direcção da tarefa, não lhe estando associada uma qualquer perda de controlo público, a privatização funcional pode operar-se, e normalmente opera-se, pela contratação de particulares nos termos gerais, ou seja, pela via da aquisição de serviços.

Ao contrário, na hipótese de *privatização orgânica*, a entidade privada (ou de direito privado) *é investida de uma função pública*, assumindo a gestão ou direcção global da tarefa, actuando na posição da Administração nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada.

O autor refere que a privatização orgânica está implicada em todas as situações de criação de entidades formalmente privadas, com influência dominante da Administração Pública, em que estas assumem a responsabilidade de execução de uma tarefa pública. E do que já vimos, afigura-se-nos claro que, **no caso, estamos perante um fenómeno de privatização orgânica.**

⁴⁴ Vd. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2008.



Ora, Pedro Gonçalves defende que, no âmbito da privatização orgânica, e nas relações entre a entidade pública e a entidade por ela criada, não se configura um processo de contratação com terceiros.

Mas, precisamente porque a criação pública de uma entidade de direito privado à qual são atribuídos poderes públicos apresenta problemas específicos, defende o autor que não basta uma influência dominante interna para assegurar o controlo que o interesse público e o princípio democrático reclamam. *“A ausência de um contrato – de concessão, de delegação ou simplesmente de regulação – que discipline as relações entre entidade pública e entidades privadas participadas pode ter efeitos perniciosos e estar mesmo na génese de um défice de controlo e de orientação democrática da actuação das entidades administrativas privadas.”*

Por isso, afirma Pedro Gonçalves, o RSEE define um direito societário administrativo, ao qual estão submetidas as empresas do sector empresarial do Estado (e, como já vimos acima, supletivamente, as do sector empresarial regional), no âmbito do qual se estabelece que **as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral⁴⁵ actuam, em princípio, ao abrigo de um contrato de concessão.** Este contrato define os termos em que a gestão é atribuída e deve ser exercida, sendo uma *“peça essencial do regime jurídico público a que elas ficam sujeitas”*.

Fernanda Maçãs refere também que constitui instrumento caracterizador da figura da gestão delegada a existência de um contrato (de concessão de serviço público, na maioria dos casos) entre entidade delegante e entidade delegada, que define as respectivas relações jurídicas⁴⁶.

E também Eduardo Paz Ferreira menciona que *“os contratos de concessão surgem como instrumento central da regulação das relações inerentes às actividades”* de gestão dos serviços de interesse económico geral, permitindo *“a autonomização dos interesses do Estado como concedente e como accionista de empresas concessionárias por si controladas, bem como a clarificação das relações jurídicas e financeiras com as empresas”*.⁴⁷

- c) As preocupações que vimos referindo encontram solução no RSEE, que, como referimos atrás, é aplicável à situação em análise.

O artigo 19.º, n.º 2, determina que, **salvo quando a lei dispuser diversamente, os termos em que a gestão dos serviços de interesse económico geral é atribuída e exercida devem constar de contrato de concessão.**

⁴⁵ Conceito que, para este autor, deve ser interpretado com o sentido de “serviços públicos”.

⁴⁶ Vd. Fernanda Maçãs, *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2008.

⁴⁷ Vd. Eduardo Paz Ferreira, *Aspectos Gerais do novo regime do Sector Empresarial do Estado*, in *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000.



Tribunal de Contas

Questionada pelo Ministério Público a esse respeito⁴⁸, a recorrente veio informar que “*até à data ainda não foram celebrados quaisquer “contratos de concessão de serviço público” entre a recorrente e as 4 empresas*”.⁴⁹

Como vimos nos pontos anteriores, não foi através do diploma legislativo que a criou, mas sim através das Resoluções n.ºs 1424, 1437, 1438 e 1439/2007, de 20 de Dezembro de 2007, do Conselho do Governo Regional da Madeira, e dos contratos em análise, que a SMD-S.A. foi incumbida de administrar as infra-estruturas em referência e de as disponibilizar ao público de forma gratuita e ilimitada. Vimos também que a gestão que por estes actos se delegou na SMD-S.A. diz respeito a serviços de interesse económico geral.

Ora, face ao disposto no citado artigo 19.º, n.º 2, do RSEE, os contratos de prestação de serviços submetidos à fiscalização prévia deste Tribunal não são meios idóneos para operar a atribuição da gestão dos serviços em causa à SMD-S.A, a qual deveria ter sido feita através de contratos de concessão.

- d) Da circunstância de os serviços de interesse geral, em que se incluem os de interesse económico geral, darem um importante contributo à coesão económica e social⁵⁰, surge a necessidade de sujeitar esses serviços a obrigações específicas que visem garantir o acesso de todos os cidadãos a esses serviços - as denominadas obrigações de serviço público.

Essas obrigações de serviço público conduzem, normalmente, à disponibilização dos bens em condições que não asseguram a sua rendibilidade económica, pelo que quando são asseguradas por entidades privadas, cujo modelo de financiamento é naturalmente baseado nas receitas provenientes da venda dos produtos, impõe-se naturalmente a necessidade de compensações financeiras a suportar pelo erário público.

- e) Na sua promoção, o Ministério Público questionava também a Região sobre o instrumento que titulava as eventuais formas de compensação financeira acordadas entre a RAM e as Sociedades como contrapartida dos serviços públicos estipulados.

A recorrente respondeu que “*atendendo à natureza de sociedade comercial em causa, a remuneração constante dos contratos de prestação de serviços celebrados consubstancia assim, na prática, a “contrapartida financeira” das adjudicatárias, na sequência dos serviços que efectivamente prestam.*”⁵¹

Nesta matéria, determina o artigo 21.º do RSEE:

⁴⁸ Cfr. fls 84 dos autos.

⁴⁹ Cfr. fls 110 dos autos de recurso n.º 12/2008- SRMTC.

⁵⁰ Cfr. Comunicações COM 96/443 e COM 580/2000 e Livros Verde e Branco sobre os serviços de interesse geral, da Comissão Europeia

⁵¹ Cfr. fls. 112 dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTC.



“Artigo 21.º

Contratos com o Estado

1 — Para realização das finalidades previstas no artigo anterior poderá o Estado recorrer à celebração de contratos com as empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, contemplando, designadamente, a atribuição de indemnizações compensatórias na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público.

2 — Estes contratos visarão assegurar a adaptação permanente à evolução das circunstâncias, inclusive técnicas e tecnológicas, e à satisfação das necessidades colectivas, conciliando a eficácia económica dos operadores com a manutenção da coesão social e a luta contra a exclusão.

3 — Os contratos a que se refere o presente artigo, que envolvam a assunção de obrigações ou de compromissos financeiros por parte do Estado ou de outras entidades públicas, deverão prever a respectiva quantificação e validação, cabendo aos serviços competentes do Ministério das Finanças a emissão de parecer prévio à sua celebração, bem como o acompanhamento geral da execução das suas cláusulas financeiras.

4 — O regime das indemnizações compensatórias consta de decreto-lei especial.”

Como refere Luís Morais⁵², uma vez que a regulação das missões associadas à prestação de serviços de interesse económico geral e a atribuição das correspondentes contrapartidas deve ser articulada com a previsão constante do n.º 2 do artigo 19.º do RSEE, **a regulação contratual contemplada no artigo 21.º deve enquadrar-se no contrato de concessão, envolvendo tipicamente, pelo menos, o estabelecimento de regras sobre a atribuição e processamento de quaisquer compromissos financeiros do Estado (no caso, da Região).**

De acordo com este autor, este contrato deve incluir uma tipificação, sujeita a revisão periódica, das missões de serviço público cometidas às empresas (contemplando, se possível, metas precisas, ou, pelo menos, claramente susceptíveis de avaliação económico-financeira, em base concomitante e ex post), uma regulação precisa e financeiramente justificada de um conjunto de transferências financeiras públicas e, numa perspectiva de transparência global, a regulação de mecanismos precisos de controlo de cumprimento das obrigações e de aplicação eficiente das transferências financeiras públicas.

Os contratos de prestação de serviços *sub judice* não obedecem também nem formal nem materialmente a este regime.

Limitam-se a estabelecer um valor anual a pagar pela RAM à SMD.-S.A. a título de contraprestação pelos serviços prestados, durante 12 anos, renováveis por períodos

⁵² Vd. Luís D. S. Morais, *As relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000



iguais e sucessivos de 5 anos, sem que se demonstre que esse valor foi calculado nos termos dos n.ºs 1 e 2 do referido artigo 21.º, tendo em atenção a medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, a eficácia económica da empresa e, nomeadamente, a interacção financeira com outros projectos levados a cabo pela mesma empresa, potencialmente geradores de receita ou financiamentos comunitários obtidos.

Não há também qualquer fixação de mecanismos de revisão das transferências financeiras em função da evolução das circunstâncias, estabelecimento de metas de gestão ou definição de instrumentos de controlo de cumprimento das obrigações e de aplicação eficiente das transferências financeiras públicas.

- f) **A forma e o objecto dos contratos não obedecem, assim, ao disposto na lei aplicável** não sendo os mesmos afinal, como já se referia na Decisão recorrida, “*o meio adequado, ou útil, para que a contratante pública se auto-vincule ao pagamento de quantias avultadas por conta dos presentes contratos, cujas despesas oneram ao longo de gerações, parte dos orçamentos regionais futuros, porquanto celebrados com a duração inicial de 12 anos e a possibilidade de sucessivas e ilimitadas renovações automáticas por subsequentes períodos de 5 anos.*”

II.6. DO PROCEDIMENTO PRÉVIO ADOPTADO

Os contratos em apreciação foram precedidos de um procedimento prévio de ajuste directo, fundamentado na alínea d) do n.º 1 do artigo 86.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

A Decisão recorrida questionou a legalidade desta opção, e a recorrente veio, no recurso, invocar a natureza *in house* da contratação em causa e a sua consequente exclusão das regras de contratação pública, invocando, portanto, um fundamento para a não realização de concurso prévio às adjudicações diferente do apresentado em 1.ª instância.

Concluimos no ponto anterior que os contratos em causa não são juridicamente adequados a tutelar a situação, por não terem a forma nem o conteúdo exigido pelos artigos 19.º, n.º 2, e 21.º do RSEE.

Isso prejudica em absoluto a apreciação das questões relativas à legalidade do procedimento utilizado para a sua celebração à luz da forma adoptada, por termos concluído que essa forma foi ilegal.

A questão do procedimento prévio para escolha do co-contratante relativamente a outro tipo contratual aferir-se-ia por outras normas, pelo que não se justifica abordar a matéria.

Importa, ainda assim, chamar a atenção para que, em termos gerais, as empresas públicas concorrenciais actuam em sectores totalmente sujeitos à concorrência e, nos termos do artigo 8.º do RSEE, em completa paridade com as empresas privadas, estando vedado por aquele preceito qualquer tipo de relacionamento especial entre as



empresas públicas e os entes públicos que as detenham “*susceptíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do território nacional*”, na senda do que dispõe o artigo 86.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

Nos termos do direito comunitário e do artigo 9.º do RSEE, só as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral podem beneficiar de um tratamento especial, e apenas quando as regras da concorrência constituam obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada, o que sempre careceria de concreta demonstração.

II.7. DA RETROACTIVIDADE DOS CONTRATOS

- a) A Decisão recorrida fundamentou ainda a recusa de visto na impossibilidade legal de retroacção da produção de efeitos dos contratos a 1 de Janeiro de 2007.

Os contratos apenas foram celebrados em 20 de Dezembro de 2007, data em que igualmente foram aprovadas, pelo Conselho do Governo Regional da Madeira, as Resoluções n.ºs 1424, 1437, 1438 e 1439/2007, que autorizaram a celebração dos contratos com a SMD-S.A.

A decisão de 1.ª instância considerou que a regra geral de que os actos e contratos produzem os seus efeitos desde a data em que forem praticados ou celebrados (artigos 127.º, 128.º e 181.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)), não conhece excepções no direito aplicável à contratação pública⁵³.

Mais se referia: “(...) *se a lei não dispensa a celebração do contrato escrito para titular as prestações da SMD e a realização das correspondentes despesas, admitir a eficácia retroactiva seria aceitar que situações de facto constituídas em momento anterior aos contratos e criadas à margem dos dispositivos que regem a assunção de despesas e compromissos fossem juridicamente validadas a posteriori, em clara ofensa à própria exigência de contrato escrito e demais requisitos e formalidades procedimentais.*”

Considerou-se ainda, na referida Decisão, que o n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC, ao consentir que, em caso de recusa de visto, os serviços adquiridos *após a celebração do contrato* e até à data da notificação da recusa do visto possam ser pagos após essa notificação, deve ser interpretado no sentido de inviabilizar o pagamento de serviços prestados antes da formalização do contrato, proibindo portanto, implicitamente, a retroactividade desses contratos.

A recorrente veio invocar, a favor da retroactividade, o disposto no artigo 128.º, n.º 2, alínea a) do CPA, que admite a atribuição de eficácia retroactiva quando essa retroactividade seja favorável aos interessados, não lese direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros e desde que à data a que se pretende fazer

⁵³ Naturalmente, o direito vigente à data da celebração dos contratos e da decisão proferida.



remontar a eficácia do acto já existissem os pressupostos justificativos da retroactividade.

Para esse efeito, argumentou a recorrente que, em 1 de Janeiro de 2007, o Governo Regional já tinha competência para praticar o acto, que não há proibição expressa da lei, que não há efeitos sobre terceiros nem sobre a concorrência e que o n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC não tem o sentido que lhe foi atribuído pela Decisão, não obstante, no caso, à concessão do visto.

O Ministério Público promoveu que a recorrente fosse questionada sobre “*qual o evento, concreto e objectivo, que determinou, desencadeou, ou justificou, a atribuição de “efeitos retroactivos”, aos aludidos contratos – em ordem a uma mais adequada fundamentação, factual, da verificação de pressupostos justificativos da necessidade de utilização de tal mecanismo, de carácter manifestamente excepcional (cfr. art. 128º nº 2 al. a) do C.P.A.)*”.

Notificada para tal, a recorrente respondeu da seguinte forma⁵⁴:

“A razão concreta e objectiva que determinou e justificou a atribuição de efeitos retroactivos aos contratos em causa, prende-se exclusivamente com o atraso nos procedimentos adjudicatórios que, embora efectivamente iniciados em finais de 2006, só ficaram concluídos em Dezembro de 2007, embora os seus pressupostos já estivessem completos em Janeiro desse mesmo ano.

Diga-se que o atraso referido ficou em muito a dever-se à dúvida sobre a legal necessidade de existência de um procedimento adjudicatório, face à natureza in house das 4 sociedades em causa, tendo-se apesar de tudo optado por concluir os procedimentos, uma vez que já estavam iniciados, mas assumindo um excesso de forma e a prática de actos desnecessários.”

O Ministério Público concluiu, a final, que “*(...) nada foi demonstrado, de concreto, que permita justificar e fundamentar, de forma séria, objectiva e consistente que, naquela data (01/01/07), já todos os procedimentos adjudicatórios estariam concluídos e que o acto mais relevante e constitutivo de direitos e obrigações recíprocas (a adjudicação), estaria concluído – e que o contrato só haveria de ser assinado quase 12 meses depois, por alguma razão relevante, que também não foi explicada. Ora, tudo isto são matérias suficientemente sérias para que o Tribunal as possa ajuizar apenas com recurso a meras afirmações de princípios, destituídos de qualquer sustentação factual objectiva – pelo que bem andou o Tribunal recorrido (S.R.M.T.C.), em ter decidido da forma que o fez, relativamente a esta matéria (...)*”⁵⁵

- b)** Como já se referia na Decisão recorrida, num processo de contratação pública a adjudicação constitui um acto administrativo que encerra o procedimento de selecção do contratante particular, só ela exprimindo a inequívoca vontade de

⁵⁴ Cfr. fls. 110 dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTTC.

⁵⁵ Cfr. fls. 120 e ss dos autos de recurso n.º 12/2008-SRMTTC.



contratar, vinculando a entidade adjudicante e conferindo ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais.

Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária.

Para além disso, num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao procedimento de contratação.

Acresce que só no acto de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128.º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse acto de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa.

Deste modo, sem prejuízo da necessária apreciação casuística das circunstâncias próprias de cada situação, **em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação.**

- c) No que respeita ao disposto no **n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC**, é certo que a sua letra parece pressupor que os efeitos dos contratos sujeitos a visto só podem produzir-se após a celebração dos contratos.

No entanto, é preciso ter em atenção que esta norma não visa regular directamente essa matéria e pode ter-se reportado tão só à situação correspondente ao regime regra, sem pretender afastar o regime do CPA.

Parece-nos que, nesse sentido, deve ser interpretada no sentido de que **não prejudica as situações excepcionais previstas e consentidas pela lei administrativa**, o que nos reconduz à conclusão tirada na alínea precedente.

- d) Na situação em causa há, ainda, outro aspecto relevante a ter em conta.

Independentemente do tipo de contrato e do tipo de procedimento que deveria ter tido lugar, a verdade é que a atribuição à SMD-S.A. dos poderes de gestão e



administração dos bens em causa envolve a delegação de poderes públicos numa entidade de natureza privada.

Esses poderes incluem a utilização, a administração, a realização de obras necessárias à conservação e a disponibilização dos bens e, conseqüentemente, a prática de actos, com eficácia externa, podendo até, eventualmente, implicar a prática de actos de autoridade, consentidos pelos artigos 3.º, 4.º e 5.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M.

Como vimos no ponto II.4.2. deste Acórdão, apenas com as Resoluções n.ºs 1424, 1437, 1438 e 1439/2007, de 20 de Dezembro de 2007, o Conselho do Governo Regional da Madeira decidiu a transferência para a SMD-S.A. da gestão dos espaços públicos em causa. Antes delas, a sociedade não possuía qualquer título que a habilitasse a exercer a administração dos referidos bens e a gerir e disponibilizar as correspondentes infra-estruturas, pois isso não decorria automaticamente do seu objecto social.

A natureza pública e a não presunção da competência, a eficácia externa dos poderes públicos envolvidos e a imprescindível segurança jurídica inerente à actividade em causa implicam a irretroactividade dos actos de delegação, por não verificação dos requisitos fixados no artigo 128.º, n.º 2, alínea a).

Não se podendo dar a responsabilidade pela gestão e administração dos bens, e os correspondentes poderes, como transferidos senão em 20 de Dezembro de 2007, não se vê como podem quaisquer contratos que a eles digam respeito retroagir a data anterior, uma vez que, obviamente, não se verificavam os pressupostos justificativos de tal retroactividade.

II.8.DOS FUNDAMENTOS DE RECUSA DE VISTO

Em face do que se analisou nos pontos antecedentes, os contratos em apreciação são ilegais por violação do disposto nos artigos 19.º, n.º 2, e 21.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, dado o seu objecto não respeitar a forma e o conteúdo fixado nessas normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, o que, como concluímos, sucede nos casos em apreço.

Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do referido artigo 185.º do Código do Procedimento Administrativo, são aplicáveis aos contratos administrativos⁵⁶ as causas de nulidade

⁵⁶Os referidos contratos são contratos administrativos, nos termos do artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo, além do mais por serem contratos de prestação de serviços para fins de utilidade pública.



Tribunal de Contas

fixadas no Código Civil para os negócios jurídicos bem como as causas de invalidade fixadas na lei para os actos administrativos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

As normas em causa protegem ainda a minimização do esforço financeiro público, sendo que a sua violação é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos. O artigo 21.º do RSEE é mesmo qualificável como norma financeira.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, os fundamentos de recusa de visto estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Os contratos são ainda ilegais por violação do estabelecido nos artigos 127.º e 128.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, aplicável aos contratos administrativos por força do disposto nos artigos 181.º e 185.º, n.º 2, do mesmo Código, dado que a retroactividade fixada não é legalmente possível face àqueles preceitos legais.

Esta ilegalidade é susceptível de alterar significativamente o resultado financeiro dos contratos, dada a despesa decorrente dos efeitos retroactivos, pelo que é também fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do já citado artigo 44.º da LOPTC.

Estão, assim, configurados motivos para a recusa de visto aos contratos, nos termos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, embora com fundamentos não inteiramente coincidentes com os da Decisão recorrida.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto aos contratos em questão.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31/5.

Lisboa, 31 de Março de 2009



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

(Helena Ferreira Lopes)

(António Santos Soares)

O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)