



Tribunal de Contas

Acórdão n.º 08/2015-3.MAR-1.S/PL

Recurso n.º RO n.º 29/2014-SRATC

Processo n.º 012/2014

Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Madalena do Pico interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, da Decisão n.º 8 de 2014, que recusou o visto à minuta do contrato de aquisição, a título gratuito, de 50 000 ações representativas da totalidade do capital social da Madalenagir, SA, a celebrar entre o Município da Madalena do Pico e a Madalena Progresso, E.E.M. com base na alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.
2. O Município, nas suas alegações, apresentou as seguintes conclusões:
 - I. Vem o presente recurso da DECISÃO 08/2014-SRATC, de 23/10/2014, que, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 12/2014-SRATC, recusou o visto à minuta do contrato de compra e venda da aquisição, pelo Município, a título gratuito, de 50 000 acções da empresa Madalenagir, SA.
 - II. A empresa Madalenagir, SA, é uma empresa que observa, nos últimos 3 anos económicos, todos os critérios de viabilidade fixados no n.º 1 do art. 62º da Lei n.º 50/2012, de 31/8, em especial o da sua alínea b); e o Município pretende adquirir uma participação social que reflecte já a mais-valia intrínseca à



existência de uma entidade empresarial que é detentora de activos e do desenvolvimento da exploração dos mesmos, o que só por si é um valor acrescentado.

- III.** A decisão recorrida enferma de erro de julgamento quanto aos pressupostos, de facto e de direito, quando considera que a previsão de atribuição de subsídios à *exploração* da Madalenagir, SA, é, em si mesma, factor de infirmação dos critérios legais de viabilidade da Madalenagir, SA, aferidos à luz do cit. art. 62º da lei nº 50/2012, de 31/8.
- IV.** A decisão recorrida consubstancia igualmente um erro de julgamento, e violando o art. 62º/nº 1, alínea b) da Lei nº 50/2012, de 31/8, quando considera que a receita prevista da unidade Madalenagir, SA, não é segura em função de o estudo técnico apresentado prever a atribuição de subsídios à exploração *de montante muito elevado*, quando, factualmente, o que o estudo prevê é exactamente o contrário, ou seja que o peso contributivo dos subsídios à exploração nunca será superior a 50% das receitas, antes representando apenas e só 32%.
- V.** Ao qualificar como “muito elevada” uma percentagem de subsídios à exploração sempre inferior à percentagem de 50% estabelecida na citada alínea b) do nº 1 do art. 62º da Lei nº 50/2012, de 31/8, daí extraindo mais um fundamento para recusar o Visto requerido, com base em pretensa nulidade, não só a decisão recorrida viola aquele concreto preceito normativo, que não configura qualquer percentagem igual ou inferior a 50% como sendo “muito elevada” (ou, sequer, “elevada”),
- VI.** como ainda a decisão recorrida comina uma *sanção de nulidade* não legalmente prevista, e, também, em si mesma, inconstitucional, porque castradora do princípio da separação dos poderes, constante dos artigos 110º e 111.º da CRP, e do princípio da legalidade da atuação dos tribunais, constante dos artigos 203º e 205º da CRP (violando ainda o art. 8º/nº 1 da LOPTC), inconstitucionalidade que, para os devidos efeitos, desde já se invoca.



Tribunal de Contas

- VII.** O art. 62º/nº 1, alínea b), da Lei nº 50/2012, de 31/8, é inconstitucional, por violação dos arts. 110º, 111º, 203º e 205º da CRP, v.g. do *princípio da separação dos poderes*, quando interpretado no sentido de conferir ao Tribunal de Contas a possibilidade de cominar a uma deliberação autárquica uma nulidade com base na pretendida aquisição de uma participação social de uma unidade económica empresarial cuja receita, a título de subsídios à exploração, seja de montante igual ou inferior à percentagem de 50% definida nos termos do art. 62º/nº 1, alínea b), da Lei nº 50/2012.
- VIII.** O art. 62º/nº 1, alínea b), da Lei nº 50/2012, de 31/8, é, igualmente, inconstitucional quando, com os mesmos poderes e efeitos *sancionatórios* mencionados na conclusão precedente, seja a referida disposição legal interpretada no sentido de que qualquer percentagem de subsídio à exploração igual ou inferior a 50% das receitas possa ser considerada como sendo *de montante muito elevado*, como o fez a decisão recorrida.
- IX.** A “plenitude do mercado real” foi definida como ponto de abordagem metodológica adoptado pelo próprio estudo, tendo presente a necessidade de um mínimo de potenciais clientes, para dar corpo aos pressupostos de viabilidade da unidade empresarial apresentados no próprio estudo, que assim não teve de identificar as demais *entidades económicas* existentes no Município da Madalena com capacidade para também aderirem ao *projeto*, nem abordar as realidades de ilha, no seu todo, incluindo também a clientela potencialmente existente nos Municípios vizinhos, das Lajes do Pico e de São Roque do Pico.
- X.** A decisão recorrida é nula (*ex vi* do art. 615º/nº 1, alínea b), do CPC) e enferma de erro de julgamento, por manifestamente mal fundamentada, obscura e mesmo ambígua, porquanto, num universo de 14 entidades que, no mercado, manifestaram ao Município, por *declarações de intenção*, a pretensão de utilização onerosa efectiva do equipamento da unidade empresarial Madalenagir, SA, *bastou-se* a mesma decisão recorrida com a apreciação (e, ainda assim, sem conceder, meramente *sumária* e



Tribunal de Contas

com meras afirmações conclusivas) de informação relativa a apenas 3 dessas entidades;

- XI.** Informação aquela que, pelo facto de não se tratar de informação financeira de natureza prospectiva, não permite à SRATC tirar as conclusões que tirou dessa mesma informação; e, além do mais,
- XII.** sem cuidar a SRATC de demonstrar, com princípios de probabilidade, tecnicamente sustentados, que tanto aquelas 3 entidades, como as demais 11 que subscreverem as *declarações de intenção*, tinham ou não tinham efectivamente capacidade para assumir o compromisso por si manifestado nas referidas *declarações de intenção*.
- XIII.** A decisão recorrida apenas relativamente a 1 dessas entidades (a Sociedade Filarmónica Lira Madalense), a cuja *prestação de contas* teve acesso, concluiu que a mesma recebia verbas do próprio Município, aspecto que, no entanto, também não tem qualquer relevância para a demonstração da viabilidade económica da empresa Madalenagir, SA.
- XIV.** Não existe, em qualquer caso, o enquadramento legal para a *inversão do ónus da prova* a que é remetido o Município na decisão recorrida, quando nesta se pretende que o Município, para demonstrar a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira da unidade empresarial Madalenagir, SA, deva também ter de demonstrar igual viabilidade e sustentabilidade económica e financeira de toda e cada uma das entidades ou dos agentes económicos que, através de *declarações de intenção* recolhidas no mercado local, manifestaram ao Município a sua vontade de utilizar e pagar pela utilização dos equipamentos da referida unidade empresarial, nos precisos termos e condições que a tornam sustentável e foram definidos no próprio estudo.
- XV.** O Município não está legalmente vinculado, nem isso pode ter uma consequência “penalizadora”, quer para o efeito da sustentação técnica da viabilidade económica e financeira da unidade empresarial, quer para o efeito da concessão do Visto requerido, a ter de obter as *prestações de contas* das entidades privadas que subscreveram as *declarações de intenção* de



Tribunal de Contas

utilização do Auditório da Madalenagir, SA., e sobre as quais, além do mais, o Município não tem possibilidade legal de exigir ou *forçar a entrega* das suas *prestações de contas*.

- XVI.** Não existe uma relação de *causa e efeito*, nem é legalmente exigível, entre a não consideração nos estudos técnicos previstos no art. 32º da Lei nº 50/2012, de 31/8, das *prestações de contas* de entidades privadas que *declaram a intenção* de utilização onerosa de um equipamento empresarial, aderindo livremente no mercado aos termos e condições de utilização desse mesmo equipamento definidos nos próprios estudos técnicos referidos, e as alegadas inviabilidade e não sustentabilidade técnica-económica-financeira da unidade empresarial em causa.
- XVII.** A decisão recorrida é nula e enferma de erro de julgamento, violando o art. 32º/nºs 1, 2 e 3, da Lei nº 50/2012, de 31/8, porquanto o estudo técnico-económico em que se fundamenta a deliberação da assembleia municipal do dia 20/2/2014 obedeceu a todos os pressupostos e requisitos legais daquele normativo legal, não tendo de especialmente se alicerçar no conhecimento das *prestações de contas* das entidades que, do lado da *procura*, manifestaram a intenção de vir a utilizar onerosamente determinado equipamento da unidade empresarial.
- XVIII.** Assim, a decisão recorrida, ao não conceder o *Visto* requerido, e ao cominar uma nulidade inexistente, consubstancia, desse modo, também um *erro de julgamento*, na medida em que o estudo técnico sancionado pelos competentes órgãos do Município “apenas” tinha, como o fez, à luz do art. 32º/nºs 1 e 2 da Lei nº 50/2012, de 31/8, de, para o que ora releva, levar em consideração a existência, demonstrada e efectiva, de potenciais interessados na utilização dos equipamentos da unidade (e nos precisos termos e ao preço de utilização definidos pelo próprio estudo para que a unidade fosse e seja viável).
- XIX.** Ao estabelecer esta verdadeira *sanção* de nulidade da deliberação municipal que aprovou o estudo, a SRATC substituiu-se também ao legislador, criando, *ex novo*, uma previsão de nulidade, com conseqüente recusa de *Visto* à minuta contratual, que o art. 32º da



Tribunal de Contas

Lei nº 50/2012, de 31/8, não alberga, o que resulta em inconstitucionalidade face ao princípio da separação dos poderes, constante dos artigos 110º e 111.º da CRP, e ao princípio da legalidade da atuação dos tribunais, constante dos artigos 203º e 205º da CRP, inconstitucionalidade que, para os devidos efeitos, desde já se invoca – sendo assim, neste sentido, a decisão recorrida uma vez mais igualmente ilegal por violação directa do artigo 8º/nº 1 da LOPTC.

- XX.** O art. 32º/nº 2 da Lei nº 50/2012, de 31/8, é inconstitucional, por violação dos arts. 110º, 111º, 203º e 205º da CRP, v.g. do *princípio da separação dos poderes*, quando interpretado no sentido de conferir ao Tribunal de Contas a possibilidade de cominar com a nulidade uma deliberação municipal que não demonstre a viabilidade económica e financeira dos próprios potenciais agentes económicos privados ou entidades que, no mercado, manifestem a intenção de vir a *procurar* o que a empresa tem para *oferecer* e nos precisos termos e/ou condições em que a empresa *oferece*.
- XXI.** No caso concreto do Auditório da Madalena, propriedade da Madalenagir, a decisão de investimento foi determinada por estudo, que teve em atenção as reais capacidades de rentabilização daquele investimento, tendo presentes as necessidades da população e a preocupação da sua exploração ser realizada por uma entidade com preocupações empresariais.
- XXII.** Nenhum estudo de viabilidade económico-financeira é capaz de assegurar que é “*segura* a cobrança da receita prevista”, dado que a actividade económica, de uma forma generalizada, tem subjacente o *risco* das cobranças inerente à sua existência.
- XXIII.** O Estudo sob o Doc. 9, junto, apresenta, em todos os exercícios económicos em análise, Resultados Antes de Impostos (RAI) positivos, o que significa que qualquer variação negativa do valor dos rendimentos ou qualquer variação positiva dos gastos, até ao montante daquele RAI, se traduzirá num RAI nulo.



- XXIV.** As prestações de serviço (das Instalações - 180 dias/ano) têm um valor próximo, embora ligeiramente inferior) ao RAI, pelo que se, em mera hipótese, sem conceder, a totalidade das mesmas não existisse, o RAI seria, ainda assim, apenas e só *ligeiramente negativo*, deste modo se acentuando que não fazem sentido nem tem razão técnica de ser a análise da SRATC sobre o Estudo em causa.
- XXV.** A decisão recorrida enferma igualmente de erro de julgamento quando sustenta que as entidades e/ou agentes económicos que manifestaram *declarações de intenção* de utilização onerosa dos equipamentos a oferecer pela unidade não terão capacidade de efectivar essa mesma utilização onerosa *no futuro* pelo facto da sua (porém não demonstrada cabalmente na mesma decisão recorrida) aparente (i) escassez de receitas *presente* e (ii) de se tratar de entidades *maioritariamente sem fins lucrativos, de cariz social e recreativo*, quando nem sequer a decisão recorrida analisa prospectivamente qual será a actividade e geração ou não de receitas dessas entidades nos próximos anos, no horizonte temporal do estudo apresentado.
- XXVI.** Se a Madalenagir, SA, fosse dissolvida, sem mais, fora dos pressupostos legais do art. 62º da Lei nº 50/2012, e, por conseguinte, liquidada, com a obrigatoriedade, consequente, do Município da Madalena assumir, não só o Auditório da Madalenagir, mas, também, a dívida bancária associada, nesse momento os efeitos seriam claramente *desastrosos* para o Município e população da Madalena, pelo facto de, designadamente, ver então agravada a taxa de juro do empréstimo em causa.

3. O Ministério Público emitiu parecer onde apresenta as seguintes conclusões:

- 1ª.** A aquisição pelo Município da Madalena, de participações sociais detidas pela empresa Madalena Progresso, E.E.M, em processo de liquidação, somente poderá ser efetuada após liquidação do passivo desta empresa;



Tribunal de Contas

2ª. A transmissão para o Município da Madalena da participação social detida pela empresa Madalena progresso, EEM na sociedade Madalenagir SA, se operada por força da lei no âmbito de processo de dissolução e liquidação daquela não carece de ser precedida do estudo de viabilidade económico-financeira, a que alude o artigo 32º do RJAEL;

3ª. A matéria de facto da douda sentença não contém qualquer facto relativo à liquidação do património da Madalena progresso e do pagamento a eventuais credores;

4ª Caso se demonstre que a transmissão da participação social, a favor do Município se tornou inexorável face à conclusão do processo de dissolução e liquidação da empresa madalena progresso, EEN, inexistirá fundamento para a recusa de visto

4. Face às conclusões apresentadas, determinou-se que, ao abrigo do artigo 99º n.º 5 da LOPTC fosse demonstrada a situação de liquidação da empresa Madalena Progresso EEM, tendo o Município vindo juntar proposta de balanço da partilha da empresa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

5. A matéria de facto em causa dada como assente e que consta da decisão recorrida é a seguinte:
6. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, a minuta do contrato de aquisição, a título gratuito, de 50.000 ações representativas da totalidade do capital social da Madalenagir, S.A., a celebrar entre o Município da Madalena e a Madalena Progresso, E.E.M.
7. A Madalena Progresso, E.E.M. (doravante, Madalena Progresso), é uma empresa local em liquidação, cujo capital é detido, na íntegra, pelo Município da Madalena.
8. A Madalenagir, S.A. foi constituída em 01-03-2007, na sequência de um procedimento concursal promovido pela Madalena Progresso para a seleção de



Tribunal de Contas

parceiros privados, tendo em vista a criação de uma empresa de capitais maioritariamente privados, «com o objetivo de obter os financiamentos necessários de forma a levar a cabo um conjunto de investimentos de interesse municipal»¹, sendo detida, em 49%, pela Madalena Progresso, e, em 51%, pela Somague Ediçor, Engenharia, S.A., Irmãos Cavaco, S.A., Marques, S.A. e Engenheiro Luís Gomes, S.A.

9. Em 13-11-2007, a Madalenagir, S.A., celebrou com o Banif, S.A., um contrato de abertura de crédito até ao montante de 7 584 000,00 euros, pelo prazo de 20 anos, para o financiamento de diversos projetos de investimento no concelho da Madalena².
10. Em 19-02-2010, a Madalena Progresso adquiriu a participação dos sócios privados no capital da Madalenagir, S.A., passando a deter 100% do capital da sociedade.
11. De entre os empreendimentos entretanto levados a cabo pela Madalenagir, S.A., conta-se a construção do Auditório da Madalena do Pico, cujo contrato de empreitada foi celebrado em 08-11-2011, pelo preço de 2 771 567,31 euros e com o prazo de execução de 18 meses.
12. Em 11-02-2013, o Conselho de Administração da Madalena Progresso deliberou propor à Câmara Municipal da Madalena a alienação, ao Município, da participação social detida na Madalenagir, S.A.
13. Em 24-04-2013, a Assembleia Municipal da Madalena deliberou, sob proposta da Câmara Municipal, autorizar a aquisição da participação que a Madalena Progresso detém na Madalenagir, S.A.
14. Em 02-07-2013 foi recusado o visto à minuta do contrato de aquisição, a título gratuito, de 50.000 ações representativas da totalidade do capital social da Madalenagir, S.A., a celebrar entre o Município da Madalena e a Madalena Progresso, com fundamento na falta dos necessários estudos técnicos que demonstrassem a

¹ Aditamento ao contrato-programa celebrado entre o Município da Madalena e a Madalena Progresso em 04-10-2006.

² Em 30-11-2013, a posição da dívida contraída pela Madalenagir, S.A. junto do Banif, S.A. era de 4 938 875,00 euros.



Tribunal de Contas

viabilidade e sustentabilidade económica e financeira da unidade e a racionalidade acrescentada da operação³.

15. Em 03-02-2014, o Conselho de Administração da Madalena Progresso deliberou novamente aprovar a alienação, a título gratuito, das ações que aquela empresa detém na Madalenagir, S.A., ao Município da Madalena.
16. Em reunião de 17-02-2014, a Câmara Municipal da Madalena deliberou aprovar o estudo de viabilidade económico-financeira da Madalenagir, S.A. e submetê-lo à aprovação da Assembleia Municipal.
17. Por deliberação de 20-02-2014, a Assembleia Municipal da Madalena, aprovou o designado estudo económico-financeiro – 2014/2028 da Madalenagir, S.A., e a minuta do contrato de compra e venda da aquisição, a título gratuito, de 50.000 ações da Madalenagir, S.A.
18. O anexo XI do estudo de viabilidade económico-financeira da Madalenagir, S.A., reflete, para os anos de 2014 a 2021, «a cobertura de custos através de receitas correntes derivadas da atividade operacional da Empresa»⁴, como segue:

³ Decisão n.º 06/2013 – SRATC.

⁴ Pág. 22 do *estudo*.



Tribunal de Contas

Conta de Exploração Provisional		euros						
Rendimentos de Exploração	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Vendas -20 lotes	504.000,00	336.000,00						
Prestações de Serviços	30.485,00	563.296,16	568.929,12	574.618,41	580.364,60	586.168,24	592.029,93	597.950,22
Proveitos Suplementares								
Subsídios ao investimento/exploração	79.398,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Prorural- intangível ano de 2014.-intangível	79.398,00							
Subsídios à exploração de actividades int. geral	40.000,00	265.736,05	268.393,41	271.077,34	273.788,12	276.526,00	279.291,26	282.084,17
Contrato de Gestão com CMM-CFA	40.000,00	40.804,00	41.212,04	41.624,16	42.040,40	42.460,81	42.885,41	43.314,27
Contrato de Gestão	0,00	224.932,05	227.181,37	229.453,18	231.747,72	234.065,19	236.405,85	238.769,90
Trabalhos para a própria empresa	84.690,06							
Proveitos e Ganhos Extraordinários- prorural- tangível	0	1.668,12	1.668,12	1.668,12	1.668,12	1.668,12	1.668,12	398,25
Total Rendimentos	738.573,06	1.166.700,33	838.990,65	847.363,88	855.820,84	864.362,36	872.989,31	880.432,65
Gastos de Exploração								
Custo das Mercadorias Vendidas	413.869,80	187.693,20						
loeamenb	281.539,80	187.693,20						
prorural	132.330,00							
Fornecimentos e Serviços Externos	132.635,00	183.888,33	185.727,21	187.584,48	189.460,33	191.354,93	193.268,48	195.201,16
Impostos	3.950,40	8.022,22	7.884,42	7.745,52	7.605,51	7.464,37	7.322,11	6.321,19
Gastos com Pessoal	23.192,68	54.771,77	55.247,15	55.727,29	56.212,23	56.702,02	57.196,70	57.696,34
Outros Gastos e Perdas Operacionais								
Amortizações	72.172,93	226.666,07	226.666,07	226.666,07	226.138,41	226.138,41	223.013,41	220.896,96
Gsstos e Perdas Financeiras	57.546,99	54.126,86	50.679,32	47.204,17	43.701,17	40.170,11	36.610,76	33.022,89
Gastos e Perdas extraordinarias								
Total de gastos	703.367,79	715.168,44	526.204,18	524.927,53	523.117,65	521.829,84	517.411,46	513.138,53
Resultados Antes Impostos	35.205,27	451.531,89	312.786,48	322.436,35	332.703,19	342.532,52	355.577,85	367.294,12
Imposto- irc 20%	7.041,05	90.306,38	62.557,30	64.487,27	66.540,64	68.506,50	71.115,57	73.458,82
Resultados Líquidos	28.164,22	361.225,51	250.229,18	257.949,08	266.162,55	274.026,02	284.462,28	293.835,30

19. No mesmo documento considerou-se, para os anos de 2015 a 2019, no mapa de rendimentos, «a cedência em regime de prestação de serviços da utilização do espaço do Auditório para eventos diversos a associações e organizações locais durante 180 dias por ano, no montante de 2.100,00 euros/dia»⁵, como segue:

⁵ Pág. 20 do estudo.



Tribunal de Contas

21. Do estudo constam, em anexo, *declarações de intenção de utilização onerosa das instalações do Auditório da Madalena*, nas quais 12 entidades⁶ manifestam o «firme interesse» na utilização do espaço do Auditório Municipal da Madalena, durante 20 dias por ano, pelo «Valor máximo do aluguer diário de 2.100 euros», durante um prazo mínimo de 10 anos, enquanto duas outras assumem igual *interesse*, mas pelos períodos de 30 dias e de 10 dias por ano, respetivamente⁷.
22. Em sede de instrução do processo de fiscalização prévia solicitou-se ao Município da Madalena que esclarecesse em que medida o estudo apresentado reflete as exigências constantes do artigo 32.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, porquanto, designadamente, inclui no mapa de rendimentos receitas derivadas da «cessão da exploração das instalações - 180 dias/ano», cuja previsão assenta em declarações de intenções de valor indeterminado⁸.
23. Em resposta, o Presidente da Câmara Municipal da Madalena referiu o seguinte⁹:

⁶ A saber:

- Academia de Música da Ilha do Pico;
- Casa do Povo da Criação Velha;
- Círculo dos Amigos da Ilha do Pico;
- Irmandade de Santo António do Monte;
- Night Mist, Produções Musicais e Animação;
- “NOVA DINASTIA” – Agrupamento Musical;
- HD, Produções Musicais;
- Grupo Musical Ronda das Nove;
- SOMa3 – Grupo Musical e de Animação;
- Casa do Povo da Madalena;
- Rádio Pico-Cooperativa Radiodifusão do Pico;
- Centro Social da Terra do Pão.

⁷ ADLIP – Associação de Desenvolvimento Local da Ilha do Pico e Sociedade Filarmónica Lira Madalense.

⁸ Ofício n.º 147-UAT I/FP, de 01-04-2014.

⁹ Ofício n.º 3305/2014, de 27-05-2014.



1.3- No que diz respeito às *declarações de intenções* para a cessão de exploração das instalações do futuro auditório, manifestado por escrito por várias entidades e interessados locais, as mesmas contemplam o número de dias em que cada entidade pretende utilizar o espaço para as suas atividades, o valor que estão dispostos a pagar e o prazo mínimo de utilização *de 10 anos*. Como se compreenderá, nenhuma entidade ou interessado formaliza um *contrato de promessa de aluguer* sem que as instalações estejam concluídas e prontas a funcionar, bem como a Madalenagir EM S.A., não pretendia nem pretende, nesta fase, formalizar contratos promessa de cessão de exploração sem que tenha a perfeita certeza do prazo de conclusão da empreitada, por forma a minorar riscos de incumprimento contratual com os futuros utilizadores do espaço, que pudessem levar a um acréscimo de custos com eventuais pedidos de indemnização.

Assim, com o devido respeito, não se pode aceitar a qualificação subjectiva que o Tribunal faz de que as declarações obtidas junto do mercado potencial consubstanciem “meras declarações.” Note-se que o número 2 do artigo 32º da *lei das empresas locais*, especialmente exige a demonstração da existência da procura atual ou futura. As pessoas e entidades no mercado consultados existem *realmente*, não foram *imaginadas* nem pela autarquia nem pela empresa local; têm *um nome* e estão identificadas. O município e a empresa não deixariam de responsabilizar, caso viesse a ser necessário, essas mesmas pessoas e entidades pela *boa promessa* que em boa fé já conferiram e manifestaram à credibilidade da execução dos negócios que se perspetivam.

(...)

É assim evidente que qualquer estudo de mercado, como é por demais sabido, é efetuado com base em avaliações *anónimas* que identificam um determinado perfil e tendência do potencial consumidor. Na avaliação realizada pela Madalenagir EM S.A., ao contrário, indo-se muito mais além do que as exigências básicas de consulta do mercado, é perfeitamente identificado não só o *público ou consumidor Alvo*, como até os próprios potenciais investidores, que se comprometeram literalmente no processo e neste se envolveram já. Ou seja o *Mercado real* na sua verdadeira dimensão e não se tratando apenas de uma *simples amostra*, representativa do universo em causa, mas da própria identificação da plenitude do universo do *mercado alvo*.



Tribunal de Contas

24. Em face da resposta obtida, foi solicitado o envio dos documentos de prestação de contas das entidades que subscreveram as *declarações de intenção de utilização onerosa das instalações do Auditório da Madalena*, tendo o Presidente da Câmara Municipal da Madalena procedido à remessa da documentação relativa a, apenas, quatro daquelas entidades¹⁰ e referido que «as restantes entidades não nos remeteram, até à data, os documentos em apreço, o que desconhecemos se o farão ou não, o que, à medida que (e se) forem disponibilizados por essas entidades, imediatamente serão remetidos. Seja como for, não tendo o Município outros meios para colher essa informação, nem se vislumbrando como, face às leis conhecidas, o possa fazer, e no sentido de, de modo nenhum, poder o Município ser “penalizado” na apreciação em curso no âmbito do presente processo quanto a factos de terceiros que não pode controlar, apela-se respeitosamente ao venerando Tribunal que, na medida do que também lhe for legalmente legitimado, possa diligenciar diretamente junto dessas entidades pela obtenção dos elementos pretendidos»¹¹.

25. Da documentação disponibilizada destacam-se os seguintes dados, por entidade:

a) ADLIP – Associação de Desenvolvimento Local da Ilha do Pico:

- Resultado líquido do período
- 2012: 29.539,01 euros
- 2013: 326.166,71 euros

b) Academia de Música da Ilha do Pico:

- Não obteve receitas em 2013
- Saldo (situação a 17-12-2013): 3.152,24 euros

c) Casa do Povo da Criação Velha:

- Resultado líquido do período
- 2012: 1.365,94 euros
- 2013: 50.955,77 euros

d) Sociedade Filarmónica Lira Madalense:

- Prestação de serviços, no montante de 16.950,00 euros, incluindo 4.400,00 euros provenientes da Madalenagir, S.A. e 1.700,00 euros provenientes da Madalena Progresso
- Subsídios, no montante de 8.705,20 euros, dos quais 5.000,00 euros provêm do Município da Madalena

¹⁰ Concretamente, ADLIP – Associação de Desenvolvimento Local da Ilha do Pico, Casa do Povo da Criação Velha, Sociedade Filarmónica Lira Madalense e Academia de Música da Ilha do Pico.

¹¹ Ofício n.º 5146/2014, de 06-10-2014.



- Outros recebimentos, no montante de 14.956,02 euros, dos quais 3.500,00 euros provêm do Município da Madalena
- Saldo (2013): 2.799,00 euros

Enquadramento jurídico

Questão prévia da liquidação da empresa suscitada pelo Ministério Público.

26. O Ministério Público, nas suas alegações veio suscitar a questão da eventualidade de estar concluído o processo de liquidação da empresa Madalena Progresso EEM e, por via disso, inexistir fundamento de recusa de visto face à eventual transmissão operada por lei, nessa circunstância, do património da empresa para o Município.
27. Solicitado ao Município que fosse demonstrada a situação do processo de liquidação em curso, foi junto apenas a proposta de balanço da partilha da empresa.
28. Da documentação junta conclui-se que o processo de liquidação não está findo. Daí que a questão suscitada pelo Ministério Público se encontra prejudicada.

Do erro de julgamento sobre o «conteúdo» do estudo económico e financeiro.

29. Das conclusões apresentadas pelo recorrente está essencialmente em causa o juízo de viabilidade económico financeira que sustenta o estudo económico e financeiro, suporte da tomada de posição para a aquisição pelo Município da Madalena do Pico, da participação que a empresa Madalena Progresso EEM detém (da totalidade do capital social) da empresa Madalenagir SA, efetuado na decisão de primeira instância, traduzido depois, na invocação de um juízo de



Tribunal de Contas

inconstitucionalidade decorrente da interpretação efetuada pelo Tribunal a propósito do artigo 32º do RJAEL.

- 30.** Estabelece o artigo 32º citado, no seu número 1 que, sob pena de nulidade do ato e de responsabilidade financeira dos responsáveis que o não façam, que qualquer deliberação de constituição ou de aquisição de participação de empresa local tem que ser sustentada e precedida *«dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial»*.
- 31.** A relevância e seriedade que se quer transmitir ao processo de fundamentação de uma opção de empresarialização, seja por via de constituição de empresas seja por via de aquisição de participações que confirmam uma influência dominante, decorre não só do grau de imposição sancionatória objetiva e subjetiva que impõe, como também do desenvolvimento que o legislador faz sobre a dimensão dos estudos exigidos. Assim, nesse sentido o artigo 32º n.º 2 refere *«os estudos previstos no número anterior devem incluir ainda a justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local, a demonstração da existência de procura atual ou futura, a avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante, assim como a ponderação do benefício social resultantes para o conjunto de cidadãos»*.
- 32.** Estes estudos são absolutamente relevantes para a tomada de decisão dos órgãos executivo e deliberativo, conforme decorre do n.º 5 do artigo citado e do artigo 22º. São eles e a sua fundamentação que permitem que a tomada de decisão pelos órgãos deliberativos seja sustentada numa efetiva viabilidade económico-financeira e racionalidade económica, razão fundamental para a



Tribunal de Contas

opção que deve ser tomada, tanto por via da empresarialização, da aquisição de participação ou por outra qualquer solução.

- 33.** Só a efetiva demonstração quantificada de custos e de benefícios, em termos não só imediatos mas também no longo prazo, de cada uma das opções legalmente possíveis permitirá verificar, em cada situação concreta, qual a que se revela mais apta à prossecução do interesse público municipal de forma mais racional, como exige a lei. E só por este meio se pode concluir que a opção tomada através das competentes deliberações se encontra legalmente fundamentada nos termos exigidos pelo artigo 32º n.ºs 1 e 2.
- 34.** Os estudos de viabilidade não são, por isso, apenas um «requisito formal» no processo de deliberação, mas antes a razão substantiva que sustenta a sua fundamentação. Por isso, tanto os seus fundamentos como as suas conclusões têm que ser credíveis e financeiramente sustentados.
- 35.** Na situação em apreciação no presente processo, está em causa em termos sintéticos, a viabilidade da aquisição pelo Município da Madalena do Pico do capital social de uma empresa (Madalenaagir S.A.) através da aquisição do capital social de uma outra empresa (Madalena Progresso EEM, já em liquidação).
- 36.** Estamos em presença do que se poderia chamar uma situação de empresas «matrioskas», na medida em que a Madelanagir, S.A, é atualmente totalmente detida pela Madalena Progresso EEM que, por sua vez é uma empresa local detida na íntegra pelo Município da Madalena.
- 37.** Para uma total compreensão do que está em causa vale a pena referir que o RJAEL veio, introduzir um conjunto de regras aplicadas ao setor empresarial local e às participações das autarquias nesse domínio inequivocamente inibidoras de uma expansão alargada de tais situações. Na sua essência, veio



Tribunal de Contas

comprimir a utilização do instrumento da empresa local como forma de gestão e organização administrativa, nomeadamente no domínio autárquico.

38. Nesse sentido, como se refere no Acórdão deste Tribunal n.º 39/4.NOV.204- 1ª S/SS, foi intenção do legislador proibir a *«existência de consecutivos “círculos concêntricos” de sociedades e de participações, cada vez mais distantes dos municípios que se vieram a constituir ao abrigo de regimes anteriores, que permitiam a constituição de sociedades e aquisições de participações em cascata, dando origem a sectores empresariais de segunda e terceira linha»*.
39. É por isso que, numa inequívoca imposição legal, o legislador pretendeu que as empresas locais a criar ou a manter sejam viáveis, económica e financeiramente. Razão que se aplica à aquisição de participações por parte dos Municípios.
40. O que pressupõe uma tomada de posição racionalmente sustentada, nomeadamente no domínio económico e financeiro de todo o leque de empresas existentes e a criar que, por isso mesmo, deve ser suportado sempre num estudo sério que sustente a opção a tomar, quer com base no histórico das empresas e das respetivas atividades quer, sobretudo, em termos de prognose económico-financeira do seu «objeto de negócios» no panorama social onde se inserem.
41. Na decisão objeto de contestação, de uma forma muito precisa, diz-se que o estudo de viabilidade económico-financeira que precedeu a deliberação da Assembleia Municipal que autorizou a aquisição não demonstra de forma credível a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira da unidade.
42. Como já se referiu a sustentação e viabilidade económica e financeira da operação de aquisição tem que ser demonstrada e é exatamente no estudo que a precede que se evidencia essa viabilidade. Por isso, e em primeiro lugar, o



Tribunal de Contas

referido estudo tem que ser efetuado e analisado com essa perspetiva. Como já se referiu em variadíssima e uniforme jurisprudência deste tribunal (por todos os Acórdãos n.º 32/2013-02.DEZ-1ªS/SS e Acórdão n.º 37/2013-20.DEZ-1ª S/SS) o estudo em causa tem que levar em conta o histórico das empresas e das respetivas atividades e ser sustentado numa prognose económico-financeira sobre o objeto de negócios das empresas onde se inserem.

- 43.** No caso em apreço, o estudo em causa demonstra, de forma clara, que o objeto de negócio da empresa é essencialmente constituído pela exploração de um auditório (Auditório Municipal) e de um Centro de Formação Artística, sendo com base na análise económica e financeira da exploração do auditório municipal, fundamentalmente, e do referido Centro que todo o estudo se desenvolve e sustenta as suas conclusões.
- 44.** Dos mapas e anexos que constam do referido estudo, no que respeita aos «rendimentos» previstos ressalta desde logo que no período compreendido entre 2015 e 2028 surgem essencialmente quatro blocos significativos de receitas: (i) vendas de bilhetes para o auditório; (ii) cessão de exploração das instalações a associações e instituições; (iii) contrato programa anual a celebrar com o município da Madalena para compensação entre o custo real e as receitas efetivas do Centro de Formação Artística; e (iv) subsídio à exploração – cf. páginas 21 do relatório.
- 45.** Em relação ao total dos rendimentos previstos para os anos 2016-2018 (exclui-se da prognose o ano de 2015, nesta análise, por via da receita proveniente da venda de lojas comerciais que só estão sinalizadas para este ano), a percentagem média das vendas de bilhetes ronda os 16 % dos valores totais em causa, a percentagem da cessão de exploração às associações envolve cerca de 46 %, a percentagem do contrato programa anual cerca de 5 % e os montantes do subsídio à exploração envolvem cerca de 27%, sendo os restantes 6% divididos por outros.



Tribunal de Contas

46. É efetivamente no montante previsional referente ao valor da cessão da exploração às associações (em média cerca de 46% do rendimento previsto, sempre na ordem dos € 390 000,00/ano) que é questionada pela primeira instância a viabilidade do estudo.
47. Nomeadamente quando a primeira instância questionou a capacidade financeira e operacional das entidades a quem, supostamente, seriam cedidas não gratuitamente, as referidas instalações. Questionamento que foi efetuado após a junção (pedida em devido tempo pelo Tribunal) da informação sobre a natureza das referidas instituições e a sua estrutura financeira.
48. Recorde-se que com base naquela percentagem e face à previsão apresentada do número de entidades a quem seriam cedidas as instalações (14), cada uma teria que suportar por dia cerca de € 2 100,00 (assim página 21 do relatório).
49. Como o tribunal constatou, trata-se de instituições em fins lucrativos de cariz social e recreativo de pequena dimensão, sendo que apenas algumas apresentaram informação detalhada sobre a sua situação financeira – cf. Academia de Música da Ilha do Pico, casa do Povo da Criação Velha e Sociedade Filarmónica Lira Madalenense.
50. Tendo em conta o que foi referido sobre a credibilidade de um estudo económico-financeiro que suporte a opção de viabilidade de uma empresa local, ainda que se esteja no domínio de um juízo de prognose, é certo que este juízo não pode deixar de ser sustentado em premissas sustentadas e razoáveis.
51. Um juízo de prognose implica, sempre a apreciação de um conjunto de elementos fácticos (racionalmente demonstrados e que sustentam o juízo a formular) cujo conhecimento é imprescindível para sustentar a decisão que se toma.



Tribunal de Contas

52. E os factos que podem sustentar esse juízo são, no caso, absolutamente debéis na sua configuração, como se refere na decisão de primeira instância. A fragilidade institucional - de um ponto de vista financeiro, apenas - das instituições que são elencadas como passíveis cessionários do auditório é um facto. E, por isso, construir toda uma projecção financeira que comporta um valor na ordem dos 46% de rendimentos com base nessa premissa não é razoável nem pode constituir uma previsão económica e financeiramente fundada.
53. Sobretudo quando se sabe que, legalmente, a viabilidade económica e financeira das empresas tem que ser sustentada, nomeadamente em vendas e prestações de serviços que cubram pelo menos, 50% dos gastos totais dos respetivos exercícios e o peso contributivo dos subsídios à exploração não possa ser superior a 50% das receitas.
54. É certo que existem outros índices, que não apenas a viabilidade económica e financeira que devem consubstanciar os estudos técnicos a que se alude no artigo 32º do RJAEL. Nomeadamente toda a dimensão relativa aos benefícios sociais que possam resultar para o conjunto dos cidadãos pela opção tomada. Mas no caso em apreciação, o estudo efetuado não faz sequer uma ponderação em termos de opção sobre as vantagens que a aquisição consubstancia em comparação com outras opções.
55. Não se verifica, por isso, qualquer erro de julgamento efetuado na primeira instância relativo ao conteúdo do relatório que sustenta a opção de aquisição das ações.

Da inconstitucionalidade decorrente da interpretação efetuada pelo Tribunal a propósito do artigo 32º do RJAEL.



Tribunal de Contas

- 56.** O recorrente invoca a inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Tribunal ao artigo 62º n. 1 alínea b) da Lei n.º 50/2012, por violação do princípio da separação de poderes, quando interpretado no sentido de conferir ao Tribunal de Contas a possibilidade de cominar a uma deliberação autárquica uma nulidade com base na pretendida aquisição de uma participação social de uma unidade económica empresarial cuja receita, a título de subsídios à exploração, seja de montante igual ou inferior à percentagem de 50% definida nos termos do artigo 62º n.º 1 alínea b) da lei n.º 50/2012.
- 57.** Para além disso o recorrente suscita uma pretensa inconstitucionalidade na interpretação efetuada pelo Tribunal relativamente ao artigo 32º n.º 2 do RJAEL, ao decidir da verificação da nulidade da deliberação tomada (deliberação da Câmara que aprovou o estudo), por não estar verificada a viabilidade económica e financeira da aquisição, também com base no princípio da separação de poderes.
- 58.** O Tribunal de Contas fiscaliza nos termos da Constituição da República Portuguesa, nomeadamente no seu artigo 214º e da Lei da Organização e processo do Tribunal de Contas, lei n.º 98/97 de 26 de agosto (LOPTC) a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras.
- 59.** Estão sujeitas à sua jurisdição e aos seus poderes de controlo financeiro desde logo, segundo o artigo 2º da LOPTC, (i) o Estado e os seus serviços, (ii) as regiões Autónomas e seus serviços, (iii) as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas, (iv) os institutos públicos e (v) as instituições de segurança social. Mas também, para além de outras entidades, elencadas nas várias alíneas do nº 2 do artigo 2º citado, as empresas municipais, intermunicipais e regionais.



Tribunal de Contas

- 60.** Sobre a competência material essencial atribuída ao Tribunal de Contas, o artigo 5º da LOPTC é exaustivo e taxativo, no seu número 1, sobre o âmbito e delimitação de tais competências tanto no domínio da fiscalização prévia, como nos restantes âmbitos de atuação. Importa, porque ao caso diz respeito, referir que ao Tribunal compete exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei, segundo a alínea i) do n.º 1 do artigo 5.
- 61.** No âmbito da função de fiscalização prévia, a competência do Tribunal decorre da exigência finalística de verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidade financeira diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria, conforme dispõe o artigo 44º n.º 1 da LOPTC.
- 62.** Como se referiu, a Lei pode atribuir ao Tribunal outras competências que entender como pertinentes no âmbito da sua função constitucional de órgão de soberania de fiscalização da legalidade da despesa pública.
- 63.** Ora é nesta dimensão que a Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprovou o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais (RJAEL) veio estabelecer um conjunto de novas competências a este Tribunal de Contas, nomeadamente no âmbito da sua área de fiscalização prévia.
- 64.** Assim e desde logo veio estabelecer no artigo 23º do RJAEL que «a constituição ou a participação em empresas locais pelas entidades públicas participantes está sujeita à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao ato». É no âmbito desta nova competência do Tribunal, atribuída pela lei e no âmbito das competências constitucionalmente fixadas no artigo 214º n.º 1 alínea d) da Constituição da República Portuguesa que cabe ao Tribunal efetuar a sua apreciação jurisdicional sobre as matérias em acusa.



Tribunal de Contas

65. Como já se referiu o artigo 32º n.º 1 do RJAEL exige, «*sob pena de nulidade do ato e de responsabilidade financeira*» dos responsáveis que o não façam, que qualquer deliberação de constituição de empresa local seja sustentada e precedida «*dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial*».
66. Por sua vez o n.º 7 do mesmo artigo estende a aplicação da cominação referida no número 1 «*a todos os atos ou contratos, de natureza instrumental, acessória ou conexas à constituição de empresas locais ou de aquisição de participações sociais, dos quais decorram efeitos de natureza económica e financeira*».
67. É a lei que estabelece a nulidade do ato ou da deliberação que proceder contrariamente ao disposto no artigo. Esta nulidade envolve quer a inexistência de estudos quer a sua falta de fundamentação. O que está em causa é a severa exigência de demonstração obrigatória dos estudos em causa que «*não se contenta com um discurso vago e superficial, que se limite a proclamara as vantagens da gestão empresarial, antes reclama uma demonstração objetiva e baseada num trabalho de análise económica e financeira realizado segundo padrões credíveis e também de bom senso*» (cf. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, p. 171).
68. Por isso, ainda que os estudos existam, mas não sejam credíveis ou sustentados, estamos perante um ato que quando neles se sustente é nulo, para os efeitos referido no artigo 32º citado. E que o Tribunal de Contas, no exercício dos seus poderes legais estabelecidos na Constituição e na lei deve conhecer, quando exerce a sua jurisdição, na medida exata em que esses poderes lhe foram atribuídos.



Tribunal de Contas

69. De igual forma a verificação de critérios referentes à dissolução de empresas locais, sempre que se verifiquem as situações a que se alude no artigo 62º n.º 1 alíneas a) e b) do RJAEL, decorrem apenas e só do que foi decidido pelo legislador e é sobre eles que o Tribunal tem que efetuar (quando deve fazê-lo) o seu juízo de viabilidade a que se refere o artigo 54º n.º 1 do RJAEL, também e exatamente na medida em que esses poderes lhe foram atribuídos.
70. No procedimento jurisdicional efetuado na decisão de primeira instância, de acordo com as competências da Lei, não há nem é visível qualquer «*intromissão no núcleo essencial das funções pertencentes a outro órgão*» de soberania (na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *CRP, anotada*, II Vol. p. 46) que permita vislumbrar uma colisão constitucional no domínio da separação de poderes.
71. A interpretação efetuada pelo SRAT, declarando nula a deliberação sustentada em estudo de viabilidade insuficientemente fundamentado e sustentado, não colide a qualquer título com qualquer norma constitucional, *maxime* com o princípio da separação de poderes, tendo em conta os poderes que quer na Constituição quer nas leis estão atribuídos a este Tribunal, nos termos identificados.
72. Assim também nesta parte não procede a argumentação do recorrente.

III – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Plenário, em recusar provimento ao recurso interposto pelo Município da Madalena do Pico e, em consequência, decide-se manter a decisão proferida em primeira instância.

São devidos emolumentos pelo recorrente, nos termos do artigo 16º n.º 1 do Regulamento dos Emolumentos do Tribunal de Contas.



Tribunal de Contas

Lisboa, 3 de março de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(José Mouraz Lopes, relator)

(João Figueiredo)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente Almeida)