

ACÓRDÃO N.º 16/2013 - 14.nov.2013 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 08/2013

(Processos n.º 14, 15 e 16/2013)

DESCRITORES: Actividade Empresarial Local / Empresa Pública Municipal / Sociedade Comercial / Sociedade Anónima / Participação Social / Nulidade / Omissão de Pronúncia / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Nos termos do art.º 68.º e do n.º 1 do art.º 38.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), as empresas locais não podem constituir nem adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais.
2. A aquisição por parte de uma empresa local das participações sociais correspondentes a 51% do capital de uma sociedade anónima, em que já detém uma participação de 49% é nula, de acordo com o disposto no n.º 2 do art.º 38.º do RJAEL.
3. A alegação de omissão de pronúncia na petição de recurso em nada releva para a decisão a tomar no processo face à violação do n.º 1 do art.º 38.º do RJAEL e, conseqüentemente, no exercício das competências de fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
4. A violação de lei mencionada constitui fundamento de recusa de visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO N.º 16 /14.NOV.2013 – 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 8/2013

(Processos n.ºs 14, 15 e 16/2013)

I – RELATÓRIO

1. A EML - Empresa Municipal de Urbanização, Requalificação Urbana e Ambiental e Habitação Social de Lagoa, E.M (doravante designada por EML), notificada da Decisão n.º 4/2013, de 10 de abril de 2013, da Secção Regional dos Açores deste Tribunal, que recusou o visto às minutas dos contratos de aquisição de participações no capital social da Portas da Lagoa, S.A, da mesma veio interpor recurso.
2. Com a celebração dos contratos pretendia a EML proceder à aquisição das seguintes ações do capital da referida sociedade anónima:
 - a) 12 750 ações, detidas pela Irmãos Cavaco, S.A., pelo valor de € 637,50 (Proc.º n.º 014/2013);
 - b) 12 750 ações, detidas pela Marques, S.A., pelo valor de € 637,50 (Proc.º n.º 015/2013);
 - c) 12 750 ações, detidas pela Somague - Ediçor Engenharia, S.A., pelo valor de € 637,50 (Proc.º n.º 016/2013).
3. A decisão recorrida procedeu à recusa de visto, com base na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC ¹, nela se referindo:

“Sendo o capital da EML, E.M., detido, na íntegra, pelo Município de Lagoa ², aquela reveste a natureza de empresa local, na aceção do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: 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, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

² Para a caracterização da EML, EM, pode consultar-se o ponto 14.1. do Relatório n.º 23/2007 – FS/SRATC, de 13-11-2007 (Auditoria às participações sociais das Autarquias Locais), disponível em www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2007/audit-sratc-rel023-2007-fs.pdf, e, mais desenvolvidamente, incluindo a caracterização da Portas da Lagoa, S.A., os pontos 8.1. e 8.2. do Relatório n.º 17/2012-FS/SRATC, de 18-12-2012 (Auditoria à dívida pública e encargos plurianuais do Município de Lagoa), disponível em www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/sratc/audit-sratc-rel017-2012-fs.pdf.



A EML, E.M., pretende adquirir participações no capital social da Portas da Lagoa, SA, tendo submetido a fiscalização prévia as minutas dos contratos de aquisição das ações.

Ora, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, as empresas locais não podem adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais.

Em consequência, está vedada à EML, E.M., a possibilidade de adquirir quaisquer participações na Portas da Lagoa, S.A.

*Os atos praticados e os contratos celebrados em violação daquela norma são nulos (n.º 2 do citado artigo 38.º da Lei n.º 50/2012)”.
4. A EML recorre da referida decisão em petição que apresenta as seguintes conclusões:*

“I. O Tribunal a quo não se pronunciou sobre os argumentos supra referidos nos artigos 1.º a 10.º do corpo das presentes alegações;

II. Ainda que para eventual refutação, o Tribunal está obrigado a ponderar todos os factos alegados em sede de audiência prévia pela ora recorrente, sob pena de nulidade, por omissão de pronúncia, nos termos do artigo do artigo 668.º, n.º1, alínea d) e n.º 4, do CPC, aplicado subsidiariamente;

III. Na verdade, tal vício verifica-se quando o Tribunal não conhece de questão de que deveria conhecer, por ela ser relevante para a decisão da causa, sendo nula "a sentença quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões de que devesse apreciar";

IV. Ora, os factos acima invocados não só não ofendem o princípio da legalidade como salvaguardam o princípio constitucional da prossecução do interesse público, sendo, assim, relevantes para a boa decisão da causa;

V. Deste modo, a decisão de que ora se recorre é nula por omissão de pronúncia, que aqui se expressamente se invoca, para todos os legais efeitos. Sem prescindir, ainda se dirá que:

VI. O Tribunal recorrido fez uma interpretação meramente literal da lei, descontextualizada de toda a factualidade, ignorando os demais elementos interpretativos da Lei e que só considerados no seu conjunto obedecem ao disposto no artigo 9.º do Código Civil.

VII. Sucede que, a Assembleia Municipal da Lagoa Açores, deliberou autorizar a aquisição pela EML – Empresa Municipal da Lagoa, EM de todas as ações detidas pelos accionistas privados na Portas da Lagoa, SA ao preço unitário de cinco cêntimos de euro, o que perfaz um total de dispêndio de dois mil quinhentos e cinquenta euros.

Esta decisão teve por base, nomeadamente, o seguinte:

VIII. A EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM, é garante de um financiamento concedido pelo BANIF – Banco BANIF e Comercial dos



Açores, S.A. à Portas da Lagoa, SA, no valor de €15.850.000 (quinze milhões oitocentos e cinquenta mil euros), por via da consignação da totalidade dos fluxos financeiros provenientes da EML ao abrigo do contrato programa entre o Município da Lagoa e a EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM, bem como do contrato de cessão de exploração entre a Portas da Lagoa, SA e a EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM, conforme cláusula 8ª do contrato de financiamento (...);

- IX. O contrato financiamento antes referido celebrado entre a Portas da Lagoa, SA e o BANIF - Banco BANIF e Comercial dos Açores, SA foi do conhecimento da Câmara Municipal da Lagoa, SA, que se comprometeu a empenhar-se no necessário para a beneficiária do mesmo cumprir pontualmente as suas obrigações;*
- X. A taxa de juro contratualizada no financiamento contraído junto do BANIF - Banco BANIF e Comercial dos Açores, S.A. é a taxa Euribor a seis meses acrescida de um spread de 1,5%, conforme cláusula quarta do referido contrato de financiamento;*
- XI. As taxas de juro praticadas no momento são substancialmente superiores às contratualizadas, sendo o spread normal de mercado hoje cerca de 5%;*
- XII. Uma modificação substancial do contrato por desacordo entre os accionistas, renegociação dos prazos, alterações de garantias ou outro facto substancial, poderá permitir ao BANIF - Banco Banif e Comercial dos Açores, S.A. alterações ao contrato sendo normalmente uma delas a imediata alteração dos spreads acordados, face à actual conjuntura financeira;*
- XIII. O aumento do spread para o hoje normal de mercado iria mesmo trazer no serviço da dívida um aumento nos 30 anos do empréstimo e um aumento dos ex-fluxos de cerca de 11,66 milhões de euros, com um aumento da prestação semestral em cerca de cento e noventa e cinco mil euros;*
- XIV. Realça-se mesmo que a alínea c) do número 4 do artigo 68.º da Lei 50/2012 indica que caso a participação seja adquirida pela EML - Empresa Municipal da Lagoa ou pelo Município, não se podem verificar alterações nos contratos existentes, designadamente nos contratos de financiamento;*
- XV. Assim, após cuidada análise, entendeu a Câmara Municipal da Lagoa - Açores que o meio mais adequado para se defender o erário público e o princípio da salvaguarda do interesse público e imparcialidade de procedimento - que devem nortear toda a actividade administrativa -, face ao quadro financeiro já referido, seria a aquisição pela EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM das participações dos privados, pelo preço unitário de cinco cêntimos por acção;*
- XVI. Subsequentemente à aquisição das acções pela EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM, será efectuada a aquisição das acções detidas pela EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM e representativas da totalidade do*



capital social da Portas da Lagoa S.A., pelo Município, com a dissolução administrativa da Portas da Lagoa, S.A. e sua internalização no Município da Lagoa Açores;

XVII. Portanto, em rigor, a Sociedade Portas da Lagoa será efectivamente extinta e os respectivos serviços e encargos serão internalizados na Câmara Municipal de Lagoa, prosseguindo-se, assim, a real intenção e imposição do legislador que é a de fazer cessar a participação da empresa municipal na mesma e a integração do respectivo objecto na CML;

XVIII. Mais, nunca é demais realçar que, de acordo com a alínea c), do n.º4, do artigo 68.º da Lei n.º 50/2012, caso a participação seja adquirida pela EML - Empresa Municipal de Lagoa ou pelo Município, não se podem verificar alterações nos contratos existentes, designada mente nos contratos de financiamento;

XIX. Portanto, e atento que o já referido contrato de financiamento tem indexado um spread invejável e impraticável no mercado actualmente (1,5% face aos 5%), esta operação de aquisição da totalidade das participações sociais dos accionistas privados solventes da Sociedade Portas da Lagoa não só é legalmente admissível - por cumprir com o estatuído na Lei n.º 50/2012, dado que a EML está em processo de dissolução e a sua actividade irá ser internalizada na CML, respeitando-se, assim, o espírito da lei em geral e da ratio da norma em particular -, como, também, salvaguarda o princípio da prossecução do interesse público - que deve nortear toda a actividade administrativa -, pois, de forma directa e objectiva, só por esta via se impede um aumento, desnecessário, evitável e considerável, do serviço da referida dívida;

XX. Assim, e por recurso à interpretação extensiva da lei e com os fundamentos já acima invocados, requer-se que seja revogada a decisão recorrida e, conseqüentemente, seja substituída por outra que conceda os solicitados vistos prévios para, nos termos do n.º1 do artigo 54.º da Lei 50/2012, a EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM, proceder à aquisição de 51.000 acções da sociedade Portas da Lagoa, SA, ao valor de aquisição unitário de 5 cêntimos de euro, sendo certo que, subseqüentemente será efectuada a aquisição das acções detidas pela EML - Empresa Municipal da Lagoa, EM e representativas da totalidade do capital social da Portas da Lagoa SA, pelo Município de Lagoa, com a dissolução administrativa da Portas da Lagoa, SA e sua internalização no Município da Lagoa Açores. Termos em que, e nos melhores de direito, requer-se que seja revogada a decisão recorrida, e, em consequência, que seja substituída por outra que conceda os solicitados vistos prévios”.

5. O Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e de confirmação da decisão recorrida. Nele se diz nomeadamente:



“Da matéria de facto dada como provada com relevância para a apreciação e decisão do Tribunal, não resulta que a EML exerça na Portas da Lagoa, SA uma posição (ou influência) dominante nos termos equivalentes ao disposto no n.º 1 do artigo 19º, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, pois a sua participação é apenas de 49% do capital social da empresa. Consequentemente, não detendo a Empresa Municipal da Lagoa, EM a maioria do capital social nas Portas da Lagoa, SA, nem a maioria dos direitos de voto, não pode esta ser considerada uma empresa local, nos termos e para os efeitos do regime transitório a que alude o artigo 68º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto. Não se compreende, assim, a invocação pelo recorrente da alínea c) do n.º 4 deste preceito legal, até porque não é a entidade pública participante, isto é o município da Lagoa que figura como adquirente das participações sociais. A douta decisão recorrida, fez pois correta interpretação da lei, ao fundamentar a recusa do visto nos artigos 38º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto e 44º n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto”.

6. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.A- Questões prévias e a dilucidar

7. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.

Passe-se pois às questões de direito.

8. Analisada a petição de recurso, e seguindo a sua sistematização, a presente decisão deve dilucidar as seguintes questões:

- a) A de saber se o Tribunal *a quo* não se tendo pronunciado sobre alguns dos argumentos retomados nas alegações do recurso terá ou não ocorrido em omissão de pronúncia, com as consequências legalmente fixadas e referidas na petição;
- b) A de saber se a EML pode ou não proceder à aquisição das participações sociais detidas por entidades privadas no capital da Portas da Lagoa.

9. Para melhor compreensão da primeira questão agora indicada, deve referir-se que ela se apoia na primeira conclusão da petição de recurso - vide acima o nº 4 - e, tendo em conta a sua redacção, deve adiantar-se que o que está em causa na alegada omissão



Tribunal de Contas

de pronúncia é a matéria constante das conclusões VIII a XIV e XIX também acima transcritas no nº 4.

A matéria prende-se com a existência de um contrato de empréstimo, celebrado pela Portas da Lagoa com uma instituição bancária, com o envolvimento da EML e da Câmara Municipal – concretizado através de garantias prestadas e circuitos contratuais e financeiros – em condições muito mais favoráveis que as actualmente praticadas nos mercados financeiros e que devem ser mantidas *a outrance*, para melhor salvaguarda dos interesses financeiros públicos, conforme é invocado pela EML.

Dado que a ponderação de tais aspectos deve ser feita no quadro da avaliação da operação que se pretende realizar – a aquisição de participações sociais – é esta que deve ser feita em primeiro lugar e, portanto, devemos começar por dilucidar a segunda questão indicada no número anterior.

10. Para melhor compreensão do que está em causa e do sentido da presente decisão importa referir os seguintes dados retirados da decisão recorrida ou de relatórios de auditoria para os quais aquela expressa e diretamente remete ³ :

- a) A EML é uma empresa municipal cujo capital social é integralmente detido pelo Município de Lagoa;
- b) A Portas da Lagoa é uma sociedade anónima cujo capital social é detido em 49% pela EML e em 51% por entidades privadas, já acima referidas e a quem se pretende agora adquirir as respetivas participações sociais;
- c) *“A Portas da Lagoa, S.A., foi constituída em 16-04-2007, na sequência de um procedimento concursal promovido pela EML, E.M., para a seleção dos parceiros privados, tendo em vista a criação de uma empresa de capitais maioritariamente privados para o desenvolvimento, implementação, construção, gestão e exploração do Tecnoparque da Lagoa e das áreas de desenvolvimento urbano e de construção prioritárias no concelho ⁴;*
- d) *“[O projeto Tecnoparque da Lagoa] concretizou-se através de duas empreitadas: construção das infraestruturas do loteamento Tecnoparque da Lagoa (...); Parque Tecnológico de São Miguel – Construção das Caves dos lotes (...);”*

³ Acima indicados na nota 2.

⁴ Do seu vasto objeto social constam as seguintes atividades: construção, gestão e exploração de áreas, equipamentos e infraestruturas de desenvolvimento urbano e de construção prioritária no Concelho da Lagoa, no âmbito das quais poderá promover a compra e venda e arrendamento de bens imobiliários, exploração de estabelecimentos hoteleiros com e sem restaurante, exploração de parques de campismo e de outros locais de alojamento de curta duração, gestão de atividades culturais e recreativas, gestão de salas de espetáculos e atividades conexas, gestão de parques de diversão e outras atividades de espetáculos e de gestão de instalações desportivas.



- e) “[D]esde a respetiva constituição que a empresa tem vindo a desenvolver atividades de natureza exclusivamente administrativa, relacionadas com a gestão dos processos de empreitada acima descritos e com a obtenção do financiamento para a respetiva execução, não gerando qualquer rendimento”;
- f) “Nos termos (...) do RJSEL, o cumprimento da regra do equilíbrio de contas requeria a transferência, em 2012, (...) de uma verba no montante de € 18 834,18, destinada à cobertura do referido prejuízo (...)” relacionado com o pagamento de senhas de presença aos membros dos órgãos sociais. “Em 05-09-2012 a parte pública efetuou a transferência do referido montante para a Portas da Lagoa, S.A.. Não existem evidências de que os acionistas privados tenham adotado idêntico procedimento, no sentido de realizarem as transferências financeiras necessárias à cobertura do mencionado prejuízo, na proporção das respetivas participações sociais”;
- g) “Perante a comprovada ausência de sustentabilidade económica e financeira da Portas da Lagoa, S.A., **integram a dívida municipal consolidada as importâncias relativas a:**
- *Empréstimos bancários;*
 - *Dívidas de natureza não financeira, a liquidar até ao final de 2012, deduzidas dos ativos com idêntica maturidade e dos meios financeiros líquidos”;*
- h) “No que concerne a empréstimos bancários está em causa uma única operação – o financiamento de longo prazo contraído pela empresa, até ao montante de € 15 850 000,00, destinado a financiar a realização dos projetos para que foi criada. **Os encargos com o serviço da dívida são suportados pelo Município da Lagoa.** Com efeito, no âmbito do contrato de empréstimo, a Portas da Lagoa, S.A., consignou ao cumprimento do serviço da dívida o valor das rendas devidas pela EML, E.M., a título de retribuição pela cedência da exploração do Tecnoparque, pelo prazo de 26 anos a contar da data da respetiva entrega. O valor das rendas será, por seu turno, previamente disponibilizado à EML, E.M., pelo Município da Lagoa, ao abrigo do contrato-programa celebrado a 09-06-2008, **no montante estimado de € 33 115 916,00 para o período 2012-2037.** Para garantia do empréstimo, a Câmara Municipal da Lagoa apresentou ao banco financiador (BANIF) uma carta de conforto, manifestando a sua concordância com as condições da operação e comprometendo-se a tudo fazer para que a EML, E.M., disponha sempre dos meios financeiros que lhe permitam, com pontualidade, fazer face às obrigações assumidas perante a Portas da Lagoa, S.A., a fim de que esta possa, por sua vez, cumprir perante o banco as obrigações emergentes do referido contrato de financiamento. (...) “[A] **posição da dívida (...) [em 31 de maio de 2012] ascendia a € 12 349 000,00**”.



11. Três trechos da petição de recurso são particularmente importantes para se perceber as posições da EML. Os seguintes:

- a) *“Ora, é um facto que o nº 2 do artigo 68º da Lei nº 50/2012 exige que as sociedades consideradas como empresas locais, para os efeitos da referida lei, sejam dissolvidas ou a participação nelas detidas alienadas. Neste sentido, e colocando por hipótese que a Portas da Lagoa S.A. é, nos termos legais atrás referidos, considerada uma empresa local, foi tomado o primeiro e natural passo – foram contactados os acionistas privados solventes, para procederem à compra das acções detidas pela EML (...) na Portas da Lagoa⁵”*;
- b) *“Assim, e por recurso à interpretação extensiva da lei (...) requer-se que seja revogada a decisão recorrida e, conseqüentemente, seja substituída por outra que conceda os solicitados vistos prévios para, nos termos do nº 1 do artigo 54º da Lei nº 50/2012, a EML (...) proceder à aquisição de 51.000 acções da Portas da Lagoa (...) sendo certo que subsequentemente será efectuada a aquisição das acções detidas pela EML (...) e representativas da totalidade do capital social das Portas da Lagoa S.A. pelo Município da Lagoa, com a dissolução administrativa da Portas da Lagoa S.A. e sua internalização no Município da Lagoa”⁶*;
- c) *“[A] EML está em processo de dissolução e a sua actividade irá ser internalizada na [Câmara Municipal]”⁷*.

Enunciadas as questões fundamentais a dilucidar e explicitados estes dados, deve prosseguir-se na fundamentação da decisão.

II.B- Aspetos mais relevantes do regime jurídico aplicável e sua aplicação ao caso

12. Trata o presente processo da aquisição, por uma empresa municipal, de participações sociais de uma sociedade anónima, com capitais minoritariamente públicos.

Importa revisitar os preceitos, mais diretamente aplicáveis ao caso concreto, da Lei nº 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL) e descortinar a *ratio legis* das soluções adotadas pelo legislador.

E *pari e passu*, sempre que se justifique, fazer a avaliação do caso concreto.

⁵ Vide nº 24 da petição de recurso.

⁶ Vide nº 34 da petição de recurso.

⁷ Vide nº 10 da petição de recurso.



- 13.** Estabelece o RJAEL no seu artigo 2º que “[a] atividade empresarial local é desenvolvida pelos municípios (...) através dos serviços municipalizados (...) e das empresas locais”.

E o nº 1 do artigo 19º prevê que “[s]ão empresas locais as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma direta ou indireta, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; c) Qualquer outra forma de controlo de gestão”.

Destas disposições retiramos já duas conclusões: confirma-se que a EML é uma empresa local: o seu capital é detido exclusivamente pelo Município da Lagoa, entidade pública participante, nos termos do artigo 5º. E a Portas da Lagoa não é uma empresa local: o seu capital é maioritariamente privado e, da matéria de facto e da petição de recurso, não resulta que se verificam os outros requisitos legalmente admitidos para que pudesse sê-lo: isto é, não está demonstrada a existência de influência dominante indireta do município sobre a sociedade.

Ora, tais conclusões contrariam desde já expressamente “ [a] hipótese [de] que a Portas da Lagoa S.A. é, nos termos legais (...), considerada uma empresa local” levantada pela EML e acima referida na alínea a) do nº 11.

- 14.** Relembre-se que o artigo 3º do RJAEL estabelece que “[s]ão participações locais todas as participações sociais detidas pelos municípios (...) em entidades constituídas ao abrigo da lei comercial que não assumam a natureza de empresas locais”.

Desta definição legal resulta uma conclusão importante: o atual quadro legal admite que os municípios detenham participações sociais em sociedades que não assumam a natureza de empresas locais.

Tal intenção é confirmada no artigo 51º ao prever que “[o]s municípios (...) podem adquirir participações em sociedades comerciais de responsabilidade limitada, nos termos da presente lei”.

Mas o regime não admite que as empresas locais detenham tais participações.

- 15.** Tal intenção legislativa confirma-se efetivamente no artigo 38º que dispõe assim:



“1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 68.º, as empresas locais não podem constituir nem adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais, nem criar ou participar em associações, fundações ou cooperativas.

2 - Os atos praticados e os contratos celebrados em violação do disposto no número anterior são nulos.”

É pois intenção do legislador que o setor empresarial local ou a atividade empresarial local se restrinja ao universo das empresas locais e das participações detidas diretamente pelos municípios, entre outras entidades públicas participantes, proibindo a existência de consecutivos “círculos concêntricos” de sociedades e de participações, cada vez mais “distantes” dos municípios – sobretudo no plano jurídico, mas não no financeiro, note-se - que se vieram a constituir ao abrigo de regimes anteriores, que permitiam a constituição de sociedades e aquisição de participações “em cascata”, dando origem a setores empresariais de segunda e terceira linha.

16. Visando a existência de atividade empresarial local economicamente sustentada, deve atender-se particularmente ao artigo 32º. E igualmente, na mesma linha, note-se que o nº 2 do artigo 53º exige que a *“aquisição de participações locais deve ser antecedida pelo cumprimento dos procedimentos previstos na lei, aplicando-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 32.º”*. E, por força deste, deve ser assegurada *“a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial, sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira”*.

Aliás, esta exigência constante do nº 2 do artigo 53º limita-se a reafirmar o que já o próprio artigo 32º diz no seu nº 1 quando, *in initio*, se refere às deliberações de constituição das empresas locais ou de aquisição de participações.

E numa orientação de não permitir que se confunda o que é próprio das empresas locais do que deve ser próprio de empresas participadas, o nº 3 do mesmo artigo 53º estabelece que *“[n]ão é permitida a celebração de contratos-programa entre as entidades públicas participantes e as sociedades comerciais participadas”*, reservando tal instrumento contratual para disciplinar relações entre aquelas entidades e as empresas locais.

17. Aquela preocupação de sustentabilidade e racionalidade económica e financeira no setor empresarial local suporta claramente o que se dispõe no artigo 62º que, sem prejuízo das soluções constantes na lei comercial e das hipóteses de transformação, integração, fusão e internalização (vide o nº 2), determina no seu nº 1 que *“as*



Tribunal de Contas

empresas locais são obrigatoriamente objeto de deliberação de dissolução, no prazo de seis meses, sempre que se verifique uma das (...) situações” nele previstas.

18. O mesmo tipo de preocupações sustenta o disposto no artigo 66º quando, relativamente a participações sociais, prescreve que estas *”são objeto de alienação obrigatória sempre que as sociedades comerciais participadas incorram em alguma das situações tipificadas no n.º 1 do artigo 62.º”*.

19. Uma nota importante deve agora ser feita: todas disposições legais agora invocadas traçam muitos dos aspetos do quadro pretendido pelo legislador para o desenvolvimento da atividade empresarial local no futuro.

Mas o legislador não ignora que não se parte do “zero”: daí que se determine desde logo a conformação da situação atual a este quadro jurídico.

Daí que o diploma tenha um capítulo com disposições complementares, transitórias e finais.

Dada a matéria do presente processo e face ao que é invocado na petição de recurso, impõe-se uma especial atenção e análise ao que se diz em tais disposições, o que não está isento de dificuldades, e sempre nas dimensões que são relevantes para a presente decisão.

20. Com esse objetivo de disciplinar o setor empresarial pré-existente relevam os artigos 68º e 70º.

21. Começamos pelo artigo 70º. Estabelece o seu nº 1 que *“[a]s entidades de natureza empresarial criadas ou constituídas ao abrigo de legislação anterior, nas quais as entidades públicas participantes exerçam uma influência dominante, assim como as sociedades comerciais participadas já existentes, ficam obrigadas a adequar os seus estatutos em conformidade com a presente lei, no prazo de seis meses após a sua entrada em vigor”*.

Ora neste preceito, quando o legislador se refere às *“entidades de natureza empresarial criadas ou constituídas ao abrigo de legislação anterior, nas quais as entidades públicas participantes exerçam uma influência dominante”*, recupera a noção constante do nº 1 do artigo 19º e remete para as pessoas coletivas de direito público criadas ao abrigo do RJSEL ⁸: entidades empresariais locais e as empresas

⁸ Regime Jurídico do Setor Empresarial Local: Lei nº 53-F/2006, de 29 de dezembro, alterada pelas Leis nºs 67-A/2007, de 31 de dezembro, 64-A/2008, de 31 de dezembro e 55/2011, de 15 de novembro.



municipais (e intermunicipais e metropolitanas) constituídas nos termos da lei comercial.

Mas – atendendo à matéria do presente processo - quando no mesmo preceito inclui, logo a seguir, na previsão, as “*sociedades comerciais participadas*” estando certamente a referir-se a outras sociedades sujeitas a uma influência dominante pública – designadamente as sociedades unipessoais – inclui igualmente aquelas em que a participação pública não é dominante?

Face à estatuição da norma, a resposta a tal pergunta é a de que não pode incluir: de facto, prevendo-se que deve ser feita a adaptação dos estatutos, não se está a ver fundamento juridicamente admissível para, à revelia da lei comercial, o determinar a sociedades em que, nomeadamente, a maioria do capital pertence a entidades privadas e, portanto, em regra, não há influência dominante pública.

Tal resposta resulta igualmente da interpretação a fazer a outras disposições constantes do mesmo artigo. É que se no n.º 1 se determina a adaptação de estatutos, o n.º 2 fixa a sanção a aplicar no caso de tal adaptação não ser feita: “[a]s entidades públicas participantes (...) devem determinar a dissolução das mesmas ou, em alternativa, a alienação integral das participações que nelas detenham”. E no n.º 3 prevê-se que no caso de “as entidades e sociedades previstas no n.º 1 incorram nas situações referidas no n.º 1 do artigo 62.º e no artigo 66.º” as entidades públicas participantes “devem determinar a dissolução ou, em alternativa, a alienação integral das respetivas participações”.

Ora, tais estatuições normativas só são admissíveis para os casos de sociedades em que haja a influência dominante pública, nomeadamente através de participação maioritária de capitais públicos.

E o mesmo se diga face ao estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo.

22. Analisado o que de mais relevante tem este artigo, podemos retirar as seguintes conclusões:

- a) No artigo disciplina-se o setor empresarial pré-existente que, usando terminologia já antes usada, poderemos considerar de primeira linha: aquele em que as entidades públicas participantes – os municípios, designadamente - detêm diretamente influência dominante;
- b) O RJAEL ao visar a conformação do pré-existente setor empresarial local ao seu regime, estabelece como objeto de tal regime de conformação as entidades empresariais locais, as empresas municipais constituídas nos termos da lei comercial e outras sociedades comerciais em que haja a



- influência dominante pública, nomeadamente através de participação maioritária de capitais públicos;
- c) E manda fazer tal conformação determinando às entidades públicas participantes:
- i. A adaptação dos estatutos daquelas entidades ao novo regime;
 - ii. No caso de tal adaptação não ser feita, procedendo-se à sua dissolução ou alienação integral das participações;
 - iii. A sua dissolução ou alienação sempre que se incorram nas situações referidas no n.º 1 do artigo 62.º e no artigo 66.º;
- d) Neste artigo não se estabelecem pois injunções quanto a outras sociedades comerciais em que não haja a influência dominante pública, nomeadamente as que tenham participação maioritária de capitais privados.

Mas devemos continuar a nossa indagação: agora no artigo 68º.

23. Tratando o presente processo de uma sociedade comercial – a Portas da Lagoa – participada por uma empresa local – a EML - impõe-se efetivamente abordar o disposto no artigo 68º. E a propósito relembrar o artigo 38º já acima invocado quando diz que *”sem prejuízo do disposto no artigo 68º, as empresas locais não podem constituir nem adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais”*.

Se nos termos desta disposição as empresas locais **não podem** constituir nem adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais, aquele inciso inicial parece admitir que, complementar e transitoriamente, o **podem** fazer nos termos do artigo 68º.

Traduzindo esta interrogação para a matéria do presente processo, poderá dizer-se: se à luz do artigo 38º, a EML não pode adquirir participações no capital da Portas da Lagoa, poderá fazê-lo à luz do regime complementar e transitório do artigo 68º?

24. Esta é a questão central do presente processo.

Vejamos.

O artigo 68º concentra as disposições do RJAEL relativas à disciplina a introduzir naquilo que acima – no nº 15 - se chamou de setores empresariais de “segunda e terceira linha”

25. Em primeiro lugar, o nº 1 qualifica as sociedades comerciais em que empresas locais exerçam influência dominante (por lapso diz o texto legal: posição dominante) também como empresas locais, até à sua liquidação ou alienação de participações.



Face ao que se dispõe a seguir bem poderemos dizer que estamos perante empresas locais transitórias.

Note-se: é uma disposição relativa às sociedades sujeitas a uma influência dominante pública.

- 26.** Depois atente-se ao que dispõe o nº 2: *“as sociedades comerciais previstas no número anterior devem ser dissolvidas, ou, em alternativa, as respetivas participações podem ser objeto de alienação integral”*. Vê-se bem agora a transitoriedade destas empresas locais.

Note-se: é também uma disposição relativa às sociedades sujeitas a uma influência dominante pública.

- 27.** Dispõe o nº 3: *“as empresas locais devem alienar integralmente as participações por elas detidas nas demais sociedades comerciais”*.

Com esta disposição o legislador enfrenta a questão das sociedades com participação pública não dominante, designadamente com capitais públicos minoritários e a injunção é, teoricamente, simples e clara: alienação das participações! Note-se que neste caso, compreensivelmente, a lei não formula qualquer comando de dissolução das sociedades. E assim se confirmam as observações acima feitas aos nºs 1, 2, 3 e 5 do artigo 70º.

- 28.** E dispõe o nº 4: *“[q]uando a participação social seja adquirida pela entidade pública na empresa local titular da mesma, a aquisição: a) Pode ser realizada a título oneroso ou gratuito; b) Não dá lugar ao exercício de direitos de preferência por terceiros; c) Não prejudica a posição da sociedade participada em contratos, licenças e outros atos administrativos”*.

Com esta disposição normativa, o legislador visa:

- a) Admitir que a entidade pública participante – apesar de o texto o não dizer, face ao disposto noutras normas, deveremos acrescentar o qualificativo “participante” – da empresa local, um município designadamente, proceda à aquisição das participações sociais que esta tem noutras sociedades comerciais: veja-se a epígrafe do artigo;
- b) Poderá adquirir quer participações maioritárias, quer minoritárias: o texto legal não impede tal entendimento;
- c) No caso de o fazer, e para que não surjam certos obstáculos inesperados, a lei fixa as faculdades e injunções constantes das alíneas do preceito: pode ser onerosa ou gratuita, não há lugar ao exercício de direitos de preferência por



terceiros e não prejudica as posições antes assumidas em contratos, licenças e outros atos administrativos.

29. Analisado o que mais relevante tem este artigo 68º, e lembrando que ele se destina a disciplinar o setor empresarial de “segunda e terceira linhas”, podemos retirar as seguintes conclusões:

- a) As sociedades comerciais constituídas ou participadas com influência dominante de empresas locais devem ser objeto de dissolução ou de alienação;
- b) As participações minoritárias de empresas locais no capital de outras sociedades - em que portanto não exista aquela influência dominante - devem ser alienadas;
- c) A entidade pública participante da empresa local pode proceder à aquisição das participações sociais que esta tem noutras sociedades comerciais, quer maioritárias, quer minoritárias.

30. Para além das conclusões tiradas no número anterior, mais uma pode apurar-se: perante o que foi dito teremos de concluir que o inciso inicial do artigo 38º - *“sem prejuízo do disposto no artigo 68º”* – não tem qualquer utilidade, porque este artigo 68º não admite nunca que as empresas locais, mesmo complementar ou transitoriamente, possam adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais⁹.

31. Note-se que o regime que agora acabou de ser explicitado e que nos parece inquestionável, não está, na sua concreta aplicação - e pelo que este Tribunal conhece da realidade do setor empresarial local - isento de muitas dificuldades.

Tendo em conta essa preocupação, lembre-se que é intenção do legislador, com o disposto nos artigos 68º e 70º, que o setor ou atividade empresarial local pré-existente se conforme ao disposto no RJAEI.

Assim, na aquisição das participações sociais admitida no nº 4 do artigo 68º deverá obedecer-se aos comandos constantes, nomeadamente, dos artigos 51º a 55º, e em particular do artigo 53º e, neste, do seu nº 2 que como acima vimos prevê que *“deve ser antecedida pelo cumprimento dos procedimentos previstos na lei, aplicando-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 32.º”* e, portanto, deve ser

⁹ Os trabalhos preparatórios do RJAEI que não foram publicitados talvez pudessem esclarecer a incoerência da redação do texto legal aprovado. Como mera hipótese, encara-se a possibilidade de em versões anteriores os autores do projeto terem admitido no artigo 68º tal possibilidade e, tendo-a afastado depois, se terem esquecido de alterar a redação do nº 1 do artigo 38º.



assegurada “a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira (...) e a racionalidade acrescentada (...), sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira”.

Não acolher este entendimento seria permitir uma mera dilação temporal, face ao que se dispõe no já referido artigo 66º que impõe “alienação obrigatória sempre que as sociedades comerciais participadas incorram em alguma das situações tipificadas no n.º 1 do artigo 62.º”.

Note-se que para além desta exigência, nas aquisições de participações sociais, associadas com a existência de passivos e obrigações financeiras, outras exigências se devem observar, relacionadas com a gestão financeira das autarquias, nomeadamente as relacionadas com o respeito dos limites do endividamento.

Impõe-se fazer estas observações porque se se enfrentarem obstáculos desta natureza, a única solução, *de jure condito*, para as participações minoritárias de capitais públicos em sociedades comerciais terá de encontrar-se exclusivamente no âmbito da lei comercial, podendo envolver complexas negociações com os parceiros privados envolvidos e, designadamente, entidades financeiras associadas contratualmente a financiamentos e, em última análise, passar por soluções de arrastamento no tempo, sem fim à vista, com complexas soluções resultantes também, por exemplo, da injunção constante do nº 3 do artigo 53º já antes referido.

Ora, se é intenção visível do legislador conseguir que a atividade empresarial local – a nova, mas também a pré-existente – se subordine ao RJAEL, admite-se que outras soluções pudessem ser ponderadas, mas só *de jure condendo*.

Todas estas reflexões se nos suscitam, perante o caso concreto, e perante muitos outros que a este Tribunal compete apreciar e decidir.

32. Voltemos ao caso concreto, na sequência do que foi dito e para concluir.

Pretende pois a EML – uma empresa local - proceder à aquisição das participações sociais correspondentes a 51% do capital de uma sociedade anónima – a Portas da Lagoa – em que já detém uma participação de 49%, depois de ter tentado alienar esta última.

Pelo que vimos – nos termos do artigo 68º e do nº1 do artigo 38º do RJAEL - não pode.

Nos termos do nº 2 do artigo 38º tal aquisição é nula.



33. Todos os demais argumentos produzidos na petição de recurso e igualmente outros que se podem retirar do processo – nomeadamente os relacionados com a contração de um empréstimo pela Portas da Lagoa e o que se pretende decidir quanto às empresas: a dissolução e internalização – cedem perante aquela violação e sanção.

II.C- A alegação de omissão de pronúncia pelo Tribunal recorrido

34. É alegado na petição de recurso que o Tribunal *a quo* não se pronunciou sobre alguns dos argumentos apresentados na instrução do processo e que terá assim ocorrido omissão de pronúncia, com as consequências legalmente fixadas e referidas na petição.
35. Como se disse – e se vê na petição e acima se reproduziu - a matéria prende-se com a existência de um contrato de empréstimo, celebrado pela Portas da Lagoa com uma instituição bancária, com o envolvimento da EML e da Câmara Municipal – concretizado através de garantias prestadas e circuitos contratuais e financeiros – em condições muito mais favoráveis que as atualmente praticadas nos mercados financeiros e que, no entender da EML, devem ser mantidas.

Tal facto é efetivamente da maior relevância para a conceção da solução a adotar para a Portas da Lagoa, para a EML e até para a gestão financeira da autarquia.

36. Mas também efetivamente em nada releva para a decisão a tomar no processo face ao vício que foi encontrado: violação de lei, concretizada em violação do nº1 do artigo 38º do RJAEL e na sanção legalmente prevista - a nulidade - e, reflexamente, no exercício das competências de fiscalização prévia fixadas pela LOPTC que em tais situações vincula o Tribunal a recusar o visto.

Em rigor só pode admitir-se que há omissão de pronúncia quando para a decisão a tomar tal pronúncia seja necessária. O Tribunal pode desprezar matéria apresentada que seja inútil. É o caso: como acima se referiu no nº 33.

II.D – Conclusão

37. Perante tudo o que foi dito, concorda-se com o decidido pelo Tribunal recorrido, reafirmando-se que ocorreu violação do nº1 do artigo 38º do RJAEL e que a tal violação corresponde a sanção da nulidade. Assim, com base na alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, considera-se que se deve manter a recusa de visto aos contratos.



III – DECISÃO

38. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em manter a recusa de visto aos contratos.

39. Mais decidem fixar emolumentos nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas ¹⁰.

Lisboa, 14 de novembro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

O Procurador-Geral-Adjunto,

(José Vicente)

¹⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.