



ACÓRDÃO N.º 14/2013 - 13/05/2013 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO N.º 114/2013

I. RELATÓRIO

O **Município de Guimarães** remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um Acordo de Colaboração celebrado em 05.07.2012 com a Cooperativa “*Tempo Livre Físical – Centro Comunitário de Desporto e Tempos Livres, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada*”, [abreviadamente, *C.I.P.R.L.*] e pelo valor de € 469.476,51.

II. DOS FACTOS

Para além da materialidade referida em I., consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos:

1.

No ano de 1999 foi constituída a Cooperativa “*Tempo Livre Físical – Centro Comunitário de Desporto e Tempos Livres, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada*”, *C.I.P.R.L.*, na modalidade “*régie Cooperativa*” [cooperativa de interesse público], visando, estatutária e essencialmente, o fomento da atividade desportiva na comunidade em geral e a gestão de instalações desportivas disponíveis;

2.



Tribunal de Contas

Estatuariamente, o capital social da Cooperativa em causa, foi subscrito pelo modo seguinte:

- Câmara Municipal de Guimarães, enquanto parte pública, é titular de 12.000 títulos de Capital, o que corresponde a € 60.000,00 e, percentualmente, a 89,26% do Capital Social total objeto de subscrição];
- O restante Capital Social, que perfaz 1.450 títulos e corresponde a € 7.250,00, mostra-se subscrito por pessoas singulares e coletivas, a saber:



Cooperantes

<u>Câmara Municipal de Guimarães</u>	12.000 títulos
<u>Associação de Futebol Popular de Guimarães</u>	100 títulos
Luciano da Veiga Baltar	100 títulos
António Magalhães da Silva	50 títulos
Clube de Ténis de Guimarães	50 títulos
Moreirense Futebol Clube	50 títulos
Grupo Desportivo “Os Unidos do Cano”	40 títulos
Alexandre Assis Fernandes Gonçalves	30 títulos
<u>Grupo Desportivo “Os Amigos de Urgeses”</u>	30 títulos
José Freitas Castro Lobo	30 títulos
A & A, Lda	20 títulos
Abel Joaquim Matos Freitas	20 títulos
António Araújo	20 títulos
António Rodrigo Miranda Lourenço	20 títulos
<u>ARCOV – Ass. Recr., Cultural e Desportiva de Covas</u>	20 títulos
Armindo José da Costa e Silva	20 títulos
Ass. Pais, Enc. Educação e Amigos das Escolas Serzedelo	20 títulos
Associação Cultural e Recreativa de Lordelo	20 títulos
<u>Associação de Ciclismo do Minho</u>	20 títulos
Associação de Moradores da Emboladoura	20 títulos
Associação Human. Bombeiros Vol. de Guimarães	20 títulos
Associação Juvenil Fórum de Airão S. João	20 títulos
Ass. Juvenil, Cultural e Recreativa da Costa – JUNI	20 títulos
Basket Clube de Guimarães	20 títulos
Casa do Povo de Fermentões	20 títulos
Centro de Actividades Recreativas Taipense	20 títulos
Centro Equestre Loureiro Velho	20 títulos
<u>Centro Recreativo e Cultural de Briteiros</u>	20 títulos
Centro Social e Recreativo de Campelos	20 títulos
<u>Centro Social, Cult., Despor. Recreativo de Guardizela</u>	20 títulos
Clube Escola Francisco de Holanda	20 títulos
Clube Industrial de Pevidém	20 títulos



Tribunal de Contas

Conselho Municipal de Juventude	20 títulos
Desportivo Francisco de Holanda	20 títulos
<u>Ecoturismo Montanha Viva</u>	20 títulos
Fernando Freitas Carneiro	20 títulos
Grupo Desportivo de Pevidém	20 títulos
Grupo Desportivo de Serzedelo	20 títulos
Grupo Desportivo Oliveira do Castelo	20 títulos
Grupo Desportivo, Recreativo e Cultural Madre-Deus	20 títulos
Grupo Recreativo e Cultural de Aldão	20 títulos
João Pereira Araújo	20 títulos
JUNI - Jovens Unidos Nobre Ideal	20 títulos
<u>Junta de Freguesia de Lordelo</u>	20 títulos
Junta de Freguesia de Polvoreira	20 títulos
Luís Mário Novais Oliveira	20 títulos
MORAVIA - Associação Juvenil de Moreira de Cónegos	20 títulos
<u>Motor Clube de Guimarães</u>	20 títulos
SARC - Salgueiral	20 títulos
União Cultural, Desportiva e Recreativa de Guardizela	20 títulos
Alberto Teixeira de Oliveira	10 títulos
Amadeu Artur Matos Portilha	10 títulos
Fernando Borges	10 títulos
Fernando Jorge Dantas Teixeira	10 títulos
Francisco Eduardo Rodrigues Oliveira	10 títulos
José Albertino F. P. Silva	10 títulos
José Carlos F. G. Correia	10 títulos
José da Silva Fernandes	10 títulos
José Manuel Oliveira Mendes	10 títulos
Manuel Novais Ferreira	10 títulos
Mário Alexandre S. Gonçalves	10 títulos
Nelson Machado	10 títulos
Paulo Olímpio F. Borges	10 títulos
Ricardo Nuno Santos	10 títulos
Sérgio Miguel Lemos	10 títulos
voltar	

2.1.

Ainda nos termos dos Estatutos da Cooperativa em apreço, os membros efetivos que a integram são titulares do direito de eleger e ser eleito para os Órgãos Sociais [Assembleia Geral, Direção e Conselho Fiscal], sendo, ainda, seu dever participar nas atividades da Cooperativa e prestar os serviços que lhes competir;



3.

Em reunião de 05.07.2012, a Câmara Municipal de Guimarães aprovou uma proposta de celebração de um acordo de colaboração com a Cooperativa “*Tempo Livre*” [melhor identificada em I.], com vista a ser preparado um processo de candidatura aos apoios financeiros concedidos pelo Ministério da Educação e no âmbito do Programa de Generalização do Ensino de inglês e outras atividades de enriquecimento curricular do 1.º Ciclo do Ensino Básico;

3.1.

Em igual data [05.07.2012] foi celebrado o correspondente Acordo, entre o Município de Guimarães e a Cooperativa em apreço, para vigorar entre Setembro de 2012 e 30.06.2013;

3.2.

Tal Acordo tem por objeto o estabelecimento dos termos e condições em que as duas partes se comprometem a assegurar a lecionação da atividade física e desportiva aos alunos do 1.º Ciclo do Ensino Básico dos Agrupamentos de Escolas do Concelho de Guimarães e no Âmbito do Programa de Generalização do Ensino de Inglês e outras atividades de enriquecimento curricular;

3.3.

Ainda nos termos daquele mesmo Acordo, o Município de Guimarães obriga-se a transferir [mensalmente] para a cooperativa “*Tempo Livre Física*” montante a determinar, o qual se destina ao pagamento de encargos com a contratação dos docentes necessários para o ano letivo 2012/2013, sendo que os referidos encargos compreendem o vencimento mensal, subsídio de férias e de Natal, seguro e segurança social devidos em razão da celebração de contratos a termo resolutivo certo e a tempo parcial;

Por sua vez, a Cooperativa em causa, ainda segundo o presente Acordo, obriga-se a assegurar a contratação dos docentes necessários à lecionação da atividade



Tribunal de Contas

física e desportiva aos alunos matriculados nas escolas básicas do 1.º Ciclo dos Agrupamentos do Concelho de Guimarães no ano letivo de 2012/2013, para além de garantir a carga horária estabelecida pelos referidos Agrupamentos de Escolas e providenciar pela planificação da atividade docente.

3.4.

Dando execução ao presente Acordo o Município de Guimarães, após deliberação da Assembleia Municipal de 12.10.2012, obrigou-se à transferência para a citada Cooperativa do montante global de € 469.476,51, verba que acorre à satisfação de despesas geradas e a gerar no período compreendido entre Setembro de 2012 e Junho de 2013 e destinada, exclusivamente, ao pagamento de remunerações dos professores contratados e demais encargos obrigatórios assumidos com a contratação dos mesmos;

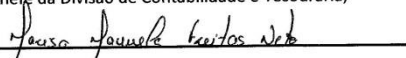
4.

Sob instância deste Tribunal, o Município de Guimarães prestou informação reportada ao controlo de fundos disponíveis, a qual consta do mapa que segue:

INFORMAÇÃO DE CONTROLO DE FUNDOS DISPONÍVEIS		
MUNICIPIO DE GUIMARAES		
ORÇAMENTO PARA O ANO DE 2013		MÊS 5
	Fundos Disponíveis no início do trimestre	2.255.372,57 €
	Aumentos de Fundos Disponíveis	1.990.444,21 €
1	Fundos Disponíveis do trimestre	4.245.816,78 €
2	Compromissos Assumidos	- 703.233,22 €
3 = 1 - 2	Saldo dos Fundos Disponíveis	4.949.050,00 €
4	Compromisso Número 2013/1757	329.834,16 €
5 = 3 - 4	Saldo Residual	4.619.215,84 €
DATA DE REGISTO INFORMÁTICO DO COMPROMISSO : 07/05/2013		
ACORDO DE COLABORAÇÃO A COOPERATIVA TEMPO LIVRE DAS AEC - ANO LETIVO 2012/2013 - DELIBERAÇÃO CM DE 20/09/2012 E DA AM EM 12/10/2012 -		

IMPRESSÃO A : 08/05/2013

A Chefe da Divisão de Contabilidade e Tesouraria,


(Marisa Manuela Freitas Neto)



5.

Questionado por este Tribunal acerca da não adoção de algum procedimento concursal, o Município de Guimarães, com relevância, informou o seguinte:

“(…)

...a totalidade do montante transferido para a Cooperativa Tempo Livre ao abrigo do Acordo de Colaboração em apreço, destina-se, exclusivamente, ao pagamento de remunerações e encargos obrigatórios aos professores contratados, o que significa que a Tempo Livre não é remunerada pelo serviço que presta”.

(…)

“De facto, tratando-se de contratação de pessoal, na modalidade de contrato a termo certo e considerando que os valores pagos se destinam, exclusivamente, ao pagamento de remunerações e encargos obrigatórios aos professores com os quais foram celebrados contratos individuais de trabalho, não sendo a Cooperativa Tempo Livre remunerada pelo serviço que presta, parece-nos poder-se enquadrar tal despesa na alínea a), do no 2, do art.º 4 do Código do Contratos Públicos”.

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, sugere a apreciação das questões seguintes:

- Da natureza jurídica do Acordo de Colaboração em apreço;
- Da contratação «*in house*», respetiva [in]verificação no procedimento em apreço e consequências extraíveis [questão decorrente do modo de aquisição adotado e, ainda, da não revelação do suporte legal para a opção tomada];



- Da [in]admissibilidade legal da celebração do presente Acordo, atenta a natureza das tarefas que constituem o seu objeto e dos trabalhadores que o integram;
- Da [in]suficiência de Fundos disponíveis para a assegurar o pagamento dos compromissos;
- Do incumprimento do prazo de remessa do Acordo de Cooperação ao Tribunal de Contas para efeitos de Fiscalização Prévia;
- Dos pagamentos antes do Visto e consequências legais;
- Das ilegalidades e o Visto.

A. Do Acordo de Colaboração.

Breves referências.

O Acordo de Colaboração em apreço, celebrado entre o Município de Guimarães e a *Cooperativa “Tempo Livre Físical – Centro Comunitário de desporto e Tempo Livres, C.I.P.R.L.”* tem por objeto a fixação dos termos e condições em que os citados intervenientes se comprometem a assegurar a docência da atividade física e desportiva aos alunos do 1.º Ciclo do ensino básico dos Agrupamentos de escolas do Concelho e no âmbito do Programa de generalização do Ensino de inglês e de outras atividades de enriquecimento curricular.

Ainda segundo as cláusulas 2.^a e 3.^a do Acordo em apreço [vd., ainda, a materialidade tida por fixada em II.3.], a mencionada Cooperativa terá direito a uma participação financeira mensal, a satisfazer pelo Município de Guimarães, que constituirá a contrapartida da obrigação assumida por aquela e traduzida na contratação dos necessários professores destinados a assegurar a lecionação da atividade física e desportiva aos alunos com o âmbito e adentro do programa que enformam o objeto do referido Acordo de Colaboração.



Tribunal de Contas

Tanto bastará para concluir que o Acordo de Colaboração sob análise assenta num encontro de vontades entre duas entidades jurídicas distintas [e que, entre si, não mantêm alguma relação hierárquica], tendo, afinal, por objeto uma aquisição de serviços mediante o pagamento de um preço.

O Acordo de Colaboração em apreço identifica-se, assim, como um verdadeiro contrato de aquisição onerosa de serviços, acobertando-se à definição contida no art.º 450.º, do Código dos Contratos Públicos, que, a propósito, dispõe:

- *Entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço.*

Tal contrato reveste-se ainda de natureza administrativa, atenta a circunstância de o Município de Guimarães assumir a condição de entidade adjudicante [vd. art.º 2.º, n.º 1, al. c), do Código dos Contratos Públicos], a particularidade do objeto do Acordo de Colaboração em causa se materializar em prestações reportadas ao funcionamento e gestão de um serviço público, e, por último, o facto de se incluir, legalmente, na categoria de contratos administrativos [vd. Taxatividade legal expressa nos art.ºs 1.º, n.º 6, als. a) e c) e 278, ambos do Código dos Contratos Públicos]. Razões sobranes para apodar de acertada a citada qualificação jurídico-contratual.

Situamo-nos, assim, no domínio de um verdadeiro contrato público submetido ao regime de contratação pública estabelecido no Código dos Contratos Públicos e à legislação comunitária aplicável, sendo ainda certo que se integra no universo dos instrumentos contratuais submetidos a fiscalização prévia por banda do Tribunal de Contas [vd. art.ºs 46.º, n.º 1, als. b) e c) e n.º 2, da Lei n.º 98/97, de 26.08].



B. Da contratação «*in house*».

Pressupostos.

1. Breve enquadramento legal, jurisprudencial e doutrinário.

1.1.

Sob a epígrafe “*contratação excluída*”, o art.º 5.º, do C.C.P., dispõe:

“(…)”

2. *A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

- a) *A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e*
- b) *Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior (...).”*

Ou seja, e indo ao encontro da normação contida no transcrito preceito, **a verificação, necessariamente, cumulativa dos pressupostos ali [als. a) e b)] enunciados** dispensa a entidade adjudicante da submissão às regras da Contratação Pública, a que se reporta a Parte II, do C.C.P., e que constam do art.º 16.º e seguintes, deste mesmo diploma legal.

Como é sabido, e a melhor doutrina¹ também o assinala, a questão das relações “*in house*”, sob o impulso das instâncias comunitárias [entre outras, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, abreviadamente, *T.J.C.E.*], tem vindo a erguer-se como temática de abundante e intensa análise, a que não será alheia “*a tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de*

¹ Vd. Bernardo Azevedo, Estudo Sobre “*Contratação in house: Entre a liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado*”.



Tribunal de Contas

mercado”, inerente às relações *“in house”*. Na explicitação do afirmado, diremos que, em regra, a Administração, sempre que necessite de bens ou serviços deverá dirigir-se ao mercado, cumprindo, assim, as normas – art.ºs 12.º, 43.º, 49.º e 86.º - do Tratado C.E. e atinentes à salvaguarda de uma dinâmica concorrencial de mercado e, decorrentemente, dos princípios da igualdade e transparência.

Daí que, e abreviadamente, diremos que a disciplina contida no citado art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P., traduz uma clara exceção ao ordenamento geral aplicável.

Conforme jurisprudência do T.J.C.E. [vd. o denominado processo *“Teckal”*, com o n.ºC-107/98], verifica-se a relação *«in house»*, legitimadora do não apelo ao procedimento pré-contratual de natureza concursal para fornecimento de bens ou serviços, por parte da entidade adjudicante, sempre que a entidade adjudicatária, embora distinta daquela no plano formal, não seja da mesma autónoma no âmbito decisório.

Por outro lado, e ainda de acordo com o referido Tribunal de Justiça, a verificação da relação *“in house”* subordina-se à ocorrência, de modo cumulativo e permanente, dos seguintes requisitos:

- Exercício, pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária, de um **controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços**
e que
- A entidade adjudicatária realize o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante que a controla.

Tais pressupostos [da relação *«in house»*] constam também do mencionado art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01, norma essa que, como já sublinhámos, **constitui uma derrogação excecional das regras da contratação pública e,**



naturalmente, devem ser objeto de interpretação restritiva², em preservação do princípio da concorrência.

O Código de Contratos Públicos não densifica o conteúdo daqueles requisitos, o que obriga a um esforço de interpretação casuístico, em que concorrerão a factualidade pertinente e, ainda, a legislação e jurisprudência comunitárias ajustáveis.

1.2.

Tal como refere Bernardo Azevedo³, a existência de uma posição de sujeição ou de subordinação da entidade adjudicatária em relação à entidade adjudicante, retirando àquela autonomia decisória e submetendo-a à orientação desta última, já denuncia a substanciação do conceito “*controllo análogo*” constante do art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P. .

No entanto, e ainda na pegada daquele autor, a relação de “*controllo análogo*”, estabelecida entre a entidade adjudicante e uma outra dela distinta formalmente, exige o designado poder de “*indirizzo*” [expressão de R. Perin/D.Casalini] ou um adstringente poder de direcção [vd. R. Ursi] sobre a entidade submetida ao seu poder de controlo, um poder que, ainda nas palavras de Bernardo Azevedo, viabilize o exercício **de uma influência determinante no âmbito da estratégia e decisão da organização «in house»**. Só, deste modo, é sustentável que a entidade controlada [e também adjudicatária] se assuma como uma estrutura interna da entidade adjudicante, erguendo-se, afinal, e na expressão de S. Columbari, como uma simples relação de “*delegaçãointerorgânica*”. Ou seja, e convocando aqui, o juízo formulado no aresto recorrido, “a entidade adjudicatária comportar-se-á como mero instrumento de concretização da vontade do adjudicante, não tendo autonomia real, nem vontade negocial própria.

² Cf., ainda, Bernardo Azevedo, em “*Estudo*” já identificado.

³ Vd. Estudos da Contratação Pública I, fls.126.



E, a propósito, adianta, também, Pedro Gonçalves⁴ que na “*relação*” sob análise, a entidade dominada ou adjudicatária não goza “*de uma margem de autonomia decisória sobre aspetos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia concorrencial a seguir, as atividades a desenvolver, endividamentos a contrair ...*”, estando a entidade adjudicante, por sua vez, em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica”.

1.3.

Prosseguindo a dilucidação do conceito legal de “*controlo análogo*”, agora no apelo à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, destacaremos, pela sua relevância e aplicação:

- **O acórdão de *Teckal***, de Novembro de 1999, o qual impõe as regras da contratação pública quando uma autarquia local ou regional celebre um contrato oneroso com entidade dela distinta no plano formal e autónoma no plano decisório;
- **O acórdão “*Stadt Halle*”**, de Janeiro de 2005, o qual, para além de confirmar a orientação seguida na decisão que antecede, refere que **a participação, ainda que minoritária**, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que participa, também, uma entidade adjudicante exclui a possibilidade de esta última exercer sobre aquela sociedade um controle análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- **O acórdão “*Comissão V. Espanha*” de Janeiro de 2005**, vinca que o Reino de Espanha, **ao não incluir na sua legislação** as relações estabelecidas entre as Administrações Públicas e, de um modo geral, as entidades de direito público não comerciais, **não transpôs**, com correção, as diretivas de 1993;

⁴ Vd. Regime Jurídico das Empresas Municipais.



Tribunal de Contas

- **Também o acórdão “Coname” , de Julho de 2005 e o Acórdão “Parking Brixten”**, seguindo a orientação vertida no acórdão “Teckal”, sublinham, ainda, que o controlo análogo deverá materializar-se na faculdade de uma entidade adjudicante influenciar, **de um modo determinante**, as decisões a tomar pela entidade adjudicatária, seja no plano dos objetivos estratégicos, seja no âmbito da opção das demais orientações de cariz gestionário;
- **O acórdão “Carbotermo”, de Maio de 2006**, para além de reafirmar a doutrina expressa no acórdão “Teckal” , adianta que a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária **tende apenas a indicar, sem ser decisiva**, que esta entidade adjudicante exerce sobre tal sociedade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços;
- **O acórdão “Asemfo/Trassa”, de Abril de 2007, e o Acórdão “Comissão V. Itália², de Abril de 2008**, confirmam e decalcam a orientação decisória constante dos acórdãos “Teckal” e “Stadt Halle” ;
- **Por fim, o acórdão “Coditel” de Novembro de 2008, e o acórdão “Comissão V. República Federal da Alemanha”**, de Junho de 2009, prosseguem, também, a orientação vertida no acórdão “Teckal”, sendo que, a dado passo do primeiro, se escreve *“ter-se por excluído que uma autoridade pública concedente exerça sobre uma autoridade concessionária um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, caso uma empresa privada detenha uma participação no capital dessa entidade”*.

E, ainda no reforço da explicitação do conceito de “controlo análogo”, não deixaremos de citar Bernardo de Azevedo, o qual, em “*Estudos da Contratação Pública*”, escreve:



“Não basta, para poder afirmar esta ideia de dependência decisória da organização “in house” por relação à entidade adjudicante, que esta última, no caso de sociedades participadas, ainda que integralmente, por capitais públicos, detenha a maioria do capital social, uma vez que o exercício, em sede de assembleia-geral, dos direitos de acionista, nos termos da Lei Comercial, pode não se afigurar suficiente para garantir um controlo efetivo sobre as escolhas mais relevantes da entidade controlada”.

Exige-se, pois, o denominado equilíbrio de “*governance*” que assegure a efetiva e determinante influência do ente público sobre as opções de gestão da pessoa coletiva ou sociedade em causa.

Explicitado o conceito legal de “*controlo análogo*” à luz da norma aplicável, doutrina e jurisprudência [do T.J. C.E.] atinentes, vejamos, agora, e «*in casu*» se entre o Município de Guimarães e a Régie Cooperativa “*Tempo Livre Físical*”, cooperativa de interesse público de responsabilidade Limitada, ocorre a denominada relação «*in house*», legitimadora da não aplicação das regras da contratação pública à formação dos contratos a celebrar pela primeira.

Tal exercício determinará, naturalmente, a consideração da factualidade dada como provada e, bem assim, o referenciado enquadramento normativo, doutrinário e jurisprudencial do conceito “*controlo análogo*”, ou, mais latamente, da expressão “*relação in house*”.

2. O caso em apreço.

2.1.

Conforme salientámos em II.2. [elencagem da factualidade dada como provada], do presente aresto, o capital social da Cooperativa “*Tempo Livre Físical*” mostra-se subscrito por entidades públicas [ex.: Câmara Municipal de Guimarães], mas, ainda, por cooperadores de natureza indiscutivelmente privada.



Tribunal de Contas

Por outro lado, e com relevância para a análise em curso, salienta-se, ainda, que, conforme previsão estatutária, os Cooperadores efetivos, [incluindo os privados!] são titulares do direito de eleger e serem eleitos para os órgãos sociais da Cooperativa [vd. art.º 13.º, al. f)] e de tomar parte nas Assembleias Gerais, sendo ainda certo que lhes assiste o direito de recorrer das deliberações da Direção para a Assembleia Geral, de aceitar e exercer os cargos sociais para os quais tenham sido eleitos e ainda o direito de participar nas atividades da Cooperativa [vd. art.º 15.º, dos Estatutos].

Vale isto para dizer que os membros efetivos privados, a par dos membros de natureza pública, dispõem de poderes para, adentro da Cooperativa em apreço, celebrante do Acordo de Cooperação, participarem na gestão desta, aprovar o respetivo Relatório de Contas anual, designar os membros da Direção e demais órgãos sociais [Conselho Fiscal e Assembleia Geral] e, como já anotámos acima, recorrer das deliberações da Direção para a Assembleia Geral.

É, pois, indubitável que os Estatutos da Cooperativa “*Tempo Livre Fiscal*”, embora de interesse público [as denominadas “*régie cooperativa*”, caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas coletivas de direito público – vd. art.º 6.º, da Lei n.º 51/96, de 07.09], permitem a admissão de membros privados com os poderes acima referenciados e que, afinal, lhes conferem a possibilidade de definirem o rumo da atividade a desenvolver. **Dito de outro modo, tais cooperadores têm legitimidade e poderes para influenciar a estratégia e gestão do ente cooperativo em presença.**

2.2.

Socorrendo-nos, agora, do diploma legal [Lei n.º 51/96, de 07.09] que corporiza o Código Cooperativo, logo verificamos que as cooperativas se **apresentam como pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composições variáveis** [vd. art.º 2.º].



Tribunal de Contas

E, prossequindo a consulta de tal diploma legal ou Código Cooperativo, constatamos, também, que as Cooperativas, na sua constituição e funcionamento, **para além de se subordinarem aos princípios da adesão voluntária e livre, da gestão democrática pelos respetivos membros, da participação económica dos membros, da educação, formação e informação, e a princípios de intercooperação e de interesse pela comunidade, obedecem, ainda, ao princípio da autonomia e independência, o qual contribui para a estruturação de tais entes coletivos como organizações autónomas de entreajuda, mas controladas, em qualquer circunstância, pelos seus membros [vd. art.º 3.º, da Lei n.º 51/96, de 07.09].**

Para além disso, e atendo-nos ao preceituado no art.º 7.º, do Código Cooperativo, as cooperativas, desde que respeitem a lei e os princípios cooperativos, podem exercer livremente qualquer atividade económica, sendo que, na exercitação desta, não lhes pode ser vedado, restringido ou condicionado o acesso **e o exercício de atividades desenvolvíveis por empresas privadas ou por outras entidades da mesma natureza, bem como por as demais pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos.** E, ainda segundo a norma contida no citado art.º 7.º, sublinha-se que, para além da legislação contida em Código Cooperativo, é aplicável a tais atividades [as de carácter privado] a norma que regula e garante a sua implementação.

Acresce que o Código Cooperativo é aplicável à “*régie cooperativa*” em apreço e em tudo o que não contrarie a respetiva legislação especial [vd. Decreto-Lei n.º 31/84, de 21.01, diploma que institui, disciplina e caracteriza as “*régies cooperativas*” ou cooperativas de interesse público], figurando o Código das Sociedades Comerciais como direito subsidiário, e, nomeadamente, os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas – vd. art.º 9.º.

Tendo presente o exposto, relevando a estrutura estatutária [que define a constituição, natureza e fins da Cooperativa “*Tempo Livre Fiscal*” da presente



Cooperativa e ainda no apelo à doutrina e normação convocáveis na matéria em análise, é possível, ainda, concluir, com relevância, o seguinte:

- A Cooperativa “*Tempo Livre Físical*”, na modalidade de “*régie cooperativa*”, **assume-se como uma cooperativa de interesse público** e integrada no sector público [vd. G. Canotilho e Vital Moreira, *C.R.P. Anotada*, I Vol., 2007, pág. 988 e a particularidade da participação pública maioritária], de natureza claramente associativa, onde pontifica um laço moral de solidariedade e que realiza os seus objetivos institucionais através de uma real empresa de serviços mútuos com organização e dinâmica próprias;

Aqui, a atividade, também empresarial, destina-se a satisfazer diretamente as necessidades dos seus membros [o que faz coincidir a condição de empresário e de utente], distinguindo-se, assim, das sociedades comerciais em geral [vd., neste sentido, o Prof. Sérgio Correia, in Estudos publicados em B.M.J. n.º 196];

- A Cooperativa em causa, na observância do Código Cooperativo, do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21.01, e da legislação subsidiária aplicável [vd. art.º 9.º, do Código Cooperativo], é uma pessoa coletiva de direito privado, autónoma e independente, cuja gestão e controlo cabe aos membros que a integram e que, não pertencendo à Administração Pública, também colabora com esta.

2.3.

Considerando o exposto em III.2.1. e 2.2. deste acórdão, conclui-se, com adequada propriedade, que se nos depara um acordo de colaboração celebrado entre entes coletivos distintos, sendo que a Cooperativa “*Tempo Livre Físical*” segue um modelo de intervenção económica e social [quicá, empresarial] que a autonomiza, formal e decisoramente.



E esta particularidade já impede, inevitavelmente, que o Município de Guimarães exerça sobre a Cooperativa em causa um controlo análogo ao por si exercido sobre os seus próprios serviços.

Conclusão não prejudicada pelo facto de a participação dos cooperantes privados se apresentar como claramente minoritária, quando comparada com a participação pública [vd. participação da Câmara Municipal de Guimarães].

Na verdade, e na esteira da doutrina dominante [vd. Bernardo Azevedo, acima citado, in Estudos de Contratação Pública, e Carlos L. M. de Carvalho, in Revista dos Contratos Públicos, n.º 1, pág. 85], apesar de tão significativa participação na citada Cooperativa, a Câmara Municipal de Guimarães não está em condições de controlar, em absoluto, a atividade económica e social da referida Cooperativa. E, como é sabido, o requisito legal “*controlo análogo*” [vd. art.º 5.º, n.º 2, alínea a) do Código dos Contratos Públicos] não se basta com a suficiência.

2.3.1.

No concernente aos pressupostos que afastam a aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, é sabido que o art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do referido diploma legal, impõe a sua verificação cumulativa.

Daí que, inverificado o requisito “*controlo análogo*” [vd. o acima exposto e sustentado], perfilar-se-ia como desnecessária a abordagem do requisito “*destinação essencial da atividade*” previsto no citado art.º 5.º, n.º 2, al. b), do Código dos Contratos Públicos.

No entanto, e ainda que abreviadamente, não deixaremos de atentar neste último requisito, como segue.



2.3.1.2.

Como acentua **Bernardo Azevedo** em obra já citada, “a *obligatoriedade do essencial da atividade da adjudicatária se destinar a abastecer a entidade adjudicante exprime a sua dependência económico-jurídica em relação a esta última*”. Ou seja, e ainda nas palavras de **E. Fantôme, A. Ménéménis**, a entidade dependente deve, assim, funcionar como um operador dedicado que “*serve*” a entidade adjudicante, **de modo exclusivo ou quase**, no cumprimento dos respetivos objetivos.

A propósito, e na aferição da referida “*dedicação*”, apela-se a conceitos vagos e indeterminados [vd. A. Carboterno – Proc.º n.º C-340/04, do *TJCE* e os conceitos de “*quase exclusividade*”, “*substancialmente*” e “*maior parte*”] e a critérios percentuais [vd. Ac. Tragesa – Proc.º n.º C-295/05] para a densificação de tal conceito, mas tal via, porque confere insegurança, não tem merecido acolhimento incondicional.

No entanto, e prosseguindo, é seguro afirmar que o conceito de “*destinação essencial da atividade*” [vd. art.º 5.º, n.º 2, alínea b) do Código dos Contratos Públicos], pressupõe que o essencial da atividade inscrita no objeto social da entidade adjudicatária [controlada] se centre, de modo principal, na satisfação das necessidades da entidade adjudicante, muito embora não impeça aquela de, subsidiária ou complementarmente, exercer outras atividades.

«*In casu*», nem sequer dispomos de prova que permita concluir que a Cooperativa “*Tempo Livre Fiscal*” destina o essencial da sua atividade à Câmara Municipal de Guimarães. E, adiante-se, os Estatutos de tal ente cooperativo também não viabilizam o suprimento de tal dúvida e desconhecimento.

Neste contexto, é forçoso admitir a inverificação do pressuposto contido na al. b), do n.º 2, do art.º 5.º, do Código dos Contratos Públicos, se entendido no sentido de legitimar a não aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos à formação dos Contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes.



Tribunal de Contas

Não foi, ainda, estabelecido a favor da Cooperativa “Tempo Livre Física” qualquer direito exclusivo de prestação do serviço em causa, nos termos do art.º 5.º, n.º 4, al. a), do Código dos Contratos Públicos.

2.4.

Nada obsta a que a Administração Pública [incluindo as autarquias] constitua entes instrumentais tendentes ao bom desempenho das suas incumbências, ainda que com recurso à via empresarial e apelo a entidades privadas.

Porém, já não é aceitável que se associem entidades privadas [incluindo Cooperativas] à satisfação de necessidades públicas sem que sejam implementados procedimentos que salvaguardem a observância dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade, previstos no art.º 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos.

2.4.1.

«*In casu*», e como já se afirmou, não ocorrem os pressupostos que legitimam a não aplicação da parte II, do Código dos Contratos Públicos.

Por outro lado, **o valor do Acordo em apreço [€ 469.476,51]** mostra-se superior ao referido na al. b), do art.º 7.º, da Diretiva n.º 2004/18/CE [€ 206.000,00].

Logo, e de acordo com o disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do Código dos Contratos Públicos, **o Acordo em causa, que enforma um real contrato público de aquisição de serviços**, deveria ser precedido do recurso a procedimento de natureza concursal e com a publicitação adequada e legal.

A ausência de concurso [e, enfim, de qualquer tipo de procedimento], obrigatório no caso, constitui a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade [vd. art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo]. E esta nulidade, que pode ser



declarada a todo o tempo, conduz à nulidade do Acordo em apreço, conforme o estabelecido no art.º 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

E, ainda que face ao disposto no art.º 283-A, do *C.C.P.*, se entenda que tal ilegalidade [total ausência de procedimento – vd. art.º 16.º do *C.C.P.*] é cominada com mera anulabilidade, ainda assim, a mesma pode alterar o resultado financeiro do Acordo em causa.

C. O presente Acordo de Colaboração e os colaboradores que o cumprem.

1.

Conforme se fixou em II., deste aresto, e resta documentado no presente processo, a “*ratio*” do presente Acordo de Colaboração traduz-se na necessidade de assegurar o pagamento dos encargos com a contratação dos docentes necessários à implementação do respetivo objeto [do Acordo] e nos termos aplicáveis à generalidade dos trabalhadores da Administração Pública, devidamente previstos na Lei n.º 12-A/2008, de 27.02 [vd., ainda, o Despacho n.º 14 460/2008, de 26.05, alterado e republicado pelo despacho n.º 8 683/2011, de 28.06, do *M.E.C.*].

Por outro lado, e conforme resta provado, os referidos docentes são contratados pela Cooperativa “*Tempo Livre Físical*” e por forma a garantir a boa lecionação da atividade física e desportiva aos alunos.

Como é sabido, e no plano da natureza jurídica, o Município de Guimarães, porque autarquia local, é uma pessoa coletiva territorial com poderes de administração autónoma [e não de administração indireta do Estado]. **É-lhe, pois, aplicável a Lei n.º 12-A/2008, de 27.02.** [vd. art.º 3.º, n.º 2], que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.

Serve este breve excursus pela factualidade tida por relevante e regime normativo aplicável para suportar breve análise a propósito do afirmado pelo Município de



Tribunal de Contas

Guimarães quanto ao enquadramento da presente despesa no domínio da previsão normativa contida no art.º 4.º, n.º 2, al. a), do Código dos Contratos Públicos [vd. resposta deduzida por este Município e em que se sustenta que o presente Acordo de Colaboração se reporta a contratação de pessoal na modalidade de contrato a termo certo, e que os valores aí incluídos se destinam ao pagamento de remunerações e encargos obrigatórios aos professores (com quem foram celebrados contratos individuais de trabalho), não sendo a Cooperativa “*Tempo Livre Física*” remunerada pelos serviços prestados e a prestar].

1.1.

Mantemos o acima exposto quanto à verificação dos pressupostos contidos no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos, e, conseqüentemente, reafirma-se que a aquisição de serviços contida no presente Acordo sem o observância da via concursal, obrigatória no caso, **conduz à nulidade da adjudicação.**

No entanto, e no reforço do concluído em B., é oportuno e adequado sustentar que a aquisição de serviços em causa detém aptidão para ofender, ainda, a Lei n.º 12-A/2008, de 27.02, e, mais particularmente, os art.ºs 6.º e 35.º da mesma.

Sumariamente, vejamos.

1.2.

Ao admitir-se [vd. resposta deduzida pela C. M. de Guimarães e junta a fls. 133 e 134] que o presente Acordo de Colaboração se traduz, tão-só, na cedência pela Cooperativa de professores que assegurem a docência da atividade física e desportiva aos alunos, sendo as correspondentes remunerações pagas pelo Município de Guimarães, é seguro afirmar que, afinal, o citado Acordo orienta-se para a mera disponibilização de docentes [por banda da Cooperativa] que desenvolverão atividades integradas nas obrigações/deveres daquela autarquia e previamente “*ajustadas*” com o Ministério da Educação e Ciência.



Tribunal de Contas

Ora, como acima ficou dito, ao Município de Guimarães, porque autarquia local, é aplicável a Lei n.º 12-A/2008, em geral, e, mais especificamente, no âmbito do recrutamento de recursos humanos destinados a assegurar o desempenho das missões a si cometidas.

Deste modo, e a considerar-se que os recursos humanos disponibilizados se inserem nas necessidades permanentes do Município de Guimarães, **estas, de acordo com o disposto nos art.ºs 4.º, 5.º e 6.º, da citada Lei n.º 12-A/2008, devem ser asseguradas por titulares de relações jurídicas de emprego público.**

A mesma Lei [12-a/2008] permite, ainda, a celebração de contratos de prestação de serviços [vd. art.º 35.º], numa modalidade de vinculação que não origina uma relação jurídica de emprego público, mas apenas uma relação jurídico-laboral caracterizada pela inexistência de subordinação jurídica.

Contudo, tais contratos [obrigatoriamente, de tarefa e de avença] só poderão ser celebrados quando, entre o mais [vd. art.º 35.º, n.º 2, als. a d), da Lei n.º 12-A/2008], se mostre observado o regime legal de aquisição de serviços, se trate de trabalho a executar de modo não subordinado e se revele inconveniente o apelo a outra modalidade de relação jurídica de emprego público.

Importa, ainda, salientar que o recrutamento de trabalhadores com a relação jurídica de emprego público e por tempo determinado e a contratualização de prestação de serviços a realizar por pessoa individual são, obrigatoriamente, precedidas de parecer favorável do membro do Governo responsável pelas Finanças e Administração Pública, o que resulta dos art.ºs 6.º, n.º 3 e 6, e 35.º, n.º 4, ambas da Lei n.º 12-A/2008, de 27.02. E, **tratando-se de autarquias locais [como no caso em apreço]**, o recrutamento e contratualização em causa devem ser precedidos de parecer favorável e vinculativo a emitir pelo órgão executivo competente [«*in casu*», a C.M. de Guimarães], tal como impõe o art.º 26.º, n.ºs 4 e 8, da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.



E estas normas, esclareça-se, porque reportadas à gestão das finanças públicas e ao controlo da execução orçamental, assumem-se como normas de natureza financeira.

1.2.1.

Aqui chegados, e sumariando, urge concluir:

- A materialidade da aquisição de serviços em apreço, porque configuradora de uma mera disponibilização de docentes a favor da Câmara Municipal de Guimarães, com estatuto remuneratório idêntico ao praticado no âmbito da Administração Pública, é subsumível à disciplina contida na Lei n.º 12-A/2008, de 27.02, e, mais particularmente, às normas contidas nos art.ºs 4.º, 5.º, 6.º e 35.º, deste mesmo diploma legal [esta, atento o disposto no art.º 3.º, n.º 2, aplica-se às autarquias locais];
- Quer subsumamos a presente aquisição de serviços ao modo de recrutamento previsto no art.º 6.º, da Lei n.º 12-A/2008, quer a radiquemos no art.º 35.º, deste mesmo diploma legal, é indiscutível que a mesma não foi precedida do procedimento concursal adequado e do parecer favorável emitido pelo órgão executivo competente [a C.M. de Guimarães].

O que, correspondentemente, sempre geraria a sua nulidade [ausência de formalidade essencial] e desencadearia a violação de norma financeira [vd. o exposto em 1.2].

D. Da [in]suficiência de fundos disponíveis e o pagamento dos compromissos.

1.

A Lei n.º 8/2012, de 21.02 [Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso – L.C.P.A.], regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21.06, estabelece as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas.



Tribunal de Contas

Trata-se de legislação que sobrevém aos compromissos assumidos por Portugal no âmbito do Programa de Assistência no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira celebrado com a União Europeia, Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, e com vista a assegurar um controlo e disciplina orçamental no âmbito de toda a administração pública.

Pretende-se, em suma, que qualquer entidade abrangida pela citada *L.C.P.A.* apenas assuma compromissos quando, previamente à assunção, conclua que tem fundos disponíveis e bastantes para os honrar. De contrário, não poderá validamente assumir tal compromisso.

As autarquias locais integram o âmbito subjetivo da Lei n.º 8/2012 [vd. art.º 2.º, n.º 2], sendo que esta lhes é totalmente aplicável [vd., ainda, o n.º 1, do art.º 2.º, da *L.C.P.A.*, conjugado com o art.º 2.º da *L.E.O.* – Lei n.º 91/2001, de 20.08].

1.1.

O art.º 3.º, al. f), da Lei n.º 8/2012, de 21.02 [*L.C.P.A.*] considera fundos disponíveis “*as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos:*

- I. A dotação corrigida líquida de cativos, relativas aos três meses seguintes;*
- II. As transferências ou subsídios com origem no Orçamento de Estado, relativos aos três meses seguintes;*
- III. A receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento;*
- IV. A previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes;*
- V. O produto de empréstimos contraídos nos termos da lei;*
- VI. As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional [Q.R.E.N.] cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas;*
- VII. Outros montantes autorizados nos termos do art.º 4.º.”*



Tribunal de Contas

O art.º 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21.06 [diploma regulamentador da L.C.P.A.], prevê, ainda, que integram aqueles fundos disponíveis “os saldos transitados do ano anterior cuja utilização tenha sido autorizada nos termos da legislação em vigor e os recebimentos em atraso existentes entre as entidades referidas no art.º 2.º, da L.C.P.A., desde que integrados em plano de liquidação de pagamentos em atraso da entidade devedora no respetivo mês de pagamento.”

1.2.

Sublinha-se, também, que o legislador, com clareza indiscutível, impôs aos destinatários [responsáveis pelas entidades que integram o âmbito subjetivo da L.C.P.A.] da L.C.P.A. e respetivo Regulamento a obrigação de não assumirem compromissos que excedam os fundos disponíveis, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira [de cariz sancionatório e/ou reintegratório] – vd. art.º 11.º, da L.C.P.A. .

1.3.

No caso vertente, e atendo-nos à informação contida no presente processo [vd. informação de controlo de fundos disponíveis junta a fls. 139, do Processo], logo se constata que o Município de Guimarães exhibe, contabilisticamente, um saldo positivo de Fundos disponíveis.

Tem, pois, capacidade para assumir os compromissos financeiros decorrentes do Acordo celebrado, atenta a existência de fundos disponíveis que o suportam.

1.4.

O art.º 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 dispõe o seguinte:



“Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, bem como do disposto nos art.ºs 9.º e 10.º, do presente diploma, nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições:

- a) Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei;*
- b) Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental;*
- c) Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente.”*

Também o art.º 5.º, n.º 3, da *L.C.P.A.*, preceitua que a não emissão de um número de compromisso válido e sequencial, a refletir na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, fere de nulidade o contrato ou a obrigação subjacente em causa.

O Município de Guimarães juntou documentação que atesta o bom cumprimento dos citados art.ºs 9.º e 10.º, do Decreto-Lei n.º 127/2012 e 5.º, da *L.C.P.A.* .

Nesta parte, a informação do compromisso e o Acordo de Colaboração não suscitam reparo.

E. Do [In]cumprimento do prazo de remessa do Acordo de Colaboração para fiscalização prévia.

O Acordo de Colaboração em causa iniciou a respetiva produção de efeitos em 01.09.2012.

Logo, e atento o disposto no art.º 81.º, n.º 2, da *L.O.P.T.C.*, aquele Acordo deveria ter sido remetido ao Tribunal de Contas para efeitos de Fiscalização Prévia no prazo de 20 dias, contados a partir da data do início da produção de efeitos.



Tribunal de Contas

O Acordo de Colaboração em apreço, embora celebrado em 05.07.2012 e com produção de efeitos a partir de 01.09.2012, só foi remetido a este Tribunal em 23.01.2013. Ou seja, em tempo que viola, em muito, o prazo estabelecido no citado art.º 81.º, n.º 2, da *L.O.P.T.C.* .

Depara-se-nos, pois, o cometimento da infração, melhor prevista no art.º 66.º, n.º 1, al. e), da *L.O.P.T.C.* .

F. Da realização de pagamentos antes do Visto.

Conforme relatado e se documenta no presente processo, o Município de Guimarães, por conta do Acordo de Cooperação em análise, já efetuou pagamentos no valor de € 139.642,35.

O art.º 45.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26.08, admite a possibilidade de produção de efeitos do ato em apreço antes do Visto, mas veda a realização de pagamentos a que este dê causa.

Tal conduta, porque violadora de normas reportadas ao pagamento de despesas públicas gera, necessariamente, responsabilidade financeira com natureza sancionatória [vd. art.º 65.º, n.º 1, al. b) e 67.º, ambos da *L.O.P.T.C.*].

IV. DAS ILEGALIDADES

E O VISTO.

1. Das ilegalidades.

1.1.

Como deixámos dito em III.B., deste acórdão, o Município de Guimarães não exerce sobre a Régis Cooperativa “*Tempo Livre Físical*” um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, e, por outro lado, também não se



Tribunal de Contas

demonstra que a entidade exercida por esta última se desenvolve, no essencial, em benefício do Município de Guimarães, que figura como entidade adjudicante.

Deste modo, face à verificação dos pressupostos contidos no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos, era aplicável à formação do Acordo em apreço a parte II, deste mesmo Código.

Atento o valor do referido Acordo de Colaboração e do disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do Código dos Contratos Públicos, o presente Acordo de Colaboração deveria ter sido precedido de algum procedimento de natureza concursal, **observando-se, assim e também, os princípios da concorrência e da igualdade. A ausência de concurso [e, em rigor, de qualquer tipo de procedimento!], de carácter obrigatório, integra a falta de um elemento essencial da adjudicação, que, por sua vez, induz a nulidade a que se reporta o art.º 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo.**

Tal nulidade é, ainda, geradora da invalidade do presente Acordo de Cooperação.

E ainda que se sustente que tal ilegalidade gera mera anulabilidade, a mesma pode, no entanto, alterar o resultado financeiro do presente Acordo.

1.2.

Porque a aquisição de serviços em apreço é, ainda, configurável como uma mera disponibilização de docentes em benefício do Município de Guimarães e com estatuto remuneratório idêntico ao praticado na Administração Pública, impunha-se o cumprimento da Lei n.º 12-A/2008, de 27.02 [regula os regimes de vinculação de carreiras, remunerações e contem o regime jurídico de emprego público] no domínio do recrutamento e na eventual celebração de contratos de prestação de serviços [vd. art.ºs 6.º e 35.º, desta Lei];

O incumprimento desta Lei induziu a não adoção da via procedimental [concurso] adequada e, também, **a ausência de parecer favorável e vinculativo por parte**



Tribunal de Contas

do órgão executivo competente [no caso, a Câmara Municipal de Guimarães], infringindo, assim, o disposto no art.º 26.º, n.ºs 4 e 8, da Lei n.º 64-B/2011, de 30/12.

A violação de tais normas detém aptidão para gerar a nulidade do Acordo em apreço, sendo que tal conduta comporta, ainda, ofensa direta de norma financeira.

Acresce que a não adoção do recrutamento e contratualização segundo a disciplina prevista na Lei n.º 12-A/2008 isenta os professores contratados das reduções salariais previstas no art.º 26.º, n.º 1, da mencionada Lei n.º 64-B/2011, de 30.12 [aplicáveis, à Função Pública], facto que, afinal, não deixa de constituir manifesto prejuízo para o Estado.

1.3.

A remessa do Acordo de Colaboração ao Tribunal de Contas teve lugar em data que incumpe o prazo previsto no art.º 81.º, n.º 2, da *L.O.P.T.C.* .

1.4.

Por último, o Município de Guimarães, por conta do presente Acordo, procedeu a pagamentos antes do Visto, desrespeitando o preceituado no art.º 45.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26.08.

2. Do Visto.

Segundo o art.º 44.º, n.º 3 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor e que implique:

- Nulidade;
- Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;



- Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Não se verificam encargos sem cabimentação em verba orçamental própria.

Porém, as ilegalidades evidenciadas em IV. 1. e IV. 1.2., deste acórdão, não só enformam nulidade, como, ainda e adjuvantemente, violam diretamente norma financeira e são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.

Acresce que a densificação da expressão *“ilegalidade que possa alterar o respetivo resultado financeiro”* se basta com o simples risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro.

Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto.

V. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, o seguinte:

- **Recusar o Visto ao presente Acordo de Colaboração;**
- **Ordenar a extração de certidão do contrato em apreço e do Relatório elaborado pelo *DECOP-UAT II* no âmbito do presente processo, remetendo-a à Fiscalização Concomitante no sentido do prosseguimento de averiguações que permitam a identificação do autor ou autores dos responsáveis pela realização de pagamentos em tempo anterior à concessão do Visto e incumprimento do prazo de remessa dos autos e contratos a fiscalização prévia, aquilatar da dimensão da respetiva responsabilidade e conhecer do eventual sancionamento.**

Emolumentos legais [art.º 5.º, n.º 3, do Regime dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05.].



Tribunal de Contas

Lisboa, 13 de Maio de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(João Alexandre Gonçalves Figueiredo)

(José António Mouraz Lopes)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)