



ACÓRDÃO N.º 7/2014– 20.MAI-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 09/2013-R (Processo de fiscalização prévia n.º 114/2013)

Relatora: Helena Abreu Lopes

I. RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n.º 14/2013-13.MAI-1.ªS/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao acordo de colaboração celebrado, em 5 de Julho de 2012, entre o **Município de Guimarães** e a Cooperativa **Tempo Livre Fiscal – Centro Comunitário de Desporto e Tempos Livres, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada**¹, com o valor de € 469.476,51, para vigorar de Setembro de 2012 a 30 de Junho de 2013.
2. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)² e teve por fundamento a violação do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos (CCP)³ e nos artigos 6.º e 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e 26.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.
3. Inconformado com o Acórdão, o Município de Guimarães veio dele interpor recurso, pedindo a revogação do acórdão recorrido e a concessão do visto ao acordo. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls.

¹ Doravante também designada como Tempo Livre Fiscal.

² 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, e as Rectificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

³ Anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.



Tribunal de Contas

3 a 5 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, e que culminam nas seguintes conclusões:

“1.ª A solução do acórdão recorrido segundo a qual deve ser submetido à concorrência um acordo celebrado entre o Município de Guimarães e a Cooperativa Tempo Livre, que apenas prevê o pagamento de despesas, isto é, não prevê qualquer remuneração pelos serviços a prestar, não parece passível de concretização nem na concepção do concurso, nem na decisão de escolha de uma das eventuais propostas, visto que estas, a surgirem, deverão ser iguais ou tendencialmente iguais.

2.ª O acordo cujo visto, assim, foi recusado parece defender melhor o interesse público do que qualquer outra solução, tendo o Município de Guimarães, através dele, procurado, numa solução de parceria, legalmente estabelecida e como tal aceite, sem qualquer agravamento de custos (visto que pagava à Tempo Livre apenas o que teria de pagar directamente aos professores se com eles contratasse), ultrapassar uma situação de natural inexperiência sua na área, em benefício da maior competência e experiência da co-contratante.

3.ª Sendo certo que foi incumprido o prazo de remessa do “acordo de colaboração” para fiscalização prévia, o atraso foi devidamente explicado, através de uma informação técnica dos serviços, prestada em 17 de Janeiro transato, para além de, numa primeira abordagem do problema, ter sido entendido que a situação não cabia nas hipóteses legais de submissão a visto prévio, o que também explica que quando o processo foi remetido, numa atitude cautelar e ainda que com dúvidas, já tivessem sido feitos pagamentos, que, portanto, precederam o visto.”

4. O Procurador Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido da improcedência do recurso e da confirmação do acórdão recorrido.

5. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.



II. FUNDAMENTAÇÃO

Dos factos

6. A factualidade fixada no Acórdão recorrido não foi objecto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão retomam-se nos pontos seguintes.

Das questões a decidir

7. No presente recurso importa decidir sobre a legalidade e qualificação do acordo de colaboração celebrado, sobre o procedimento adoptado para a sua celebração e sobre o respeito pelas regras de emprego público.

Da co-contratante: a *Cooperativa Tempo Livre Físical*

8. Como se refere no recurso e foi já estabelecido em 1.ª instância, a cooperativa Tempo Livre Físical é uma *régie-cooperativa*, constituída ao abrigo do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21 de Janeiro. No caso, o Município de Guimarães participa em 89,26% da Tempo Livre Físical. Os restantes cooperadores são pessoas singulares e colectivas de natureza privada (vide ponto II.2 do acórdão recorrido).

9. As *régies-cooperativas* são cooperativas de interesse público, em que, para a prossecução dos fins de interesse público em causa, se associam o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público e outros cooperadores (cooperativas e/ou utentes dos bens e serviços produzidos). Como já se referiu nos Acórdãos n.ºs 4 e 5/2014-22-ABR-1.ª S/PL deste Tribunal, *as régies cooperativas*, não obstante participadas por pessoas colectivas de direito público, mesmo que de forma maioritária, pertencem ao sector cooperativo e têm uma configuração jurídica de cooperativa. Estas cooperativas são unidades empresariais externas à Administração Pública.

10. Nessa medida, a participação do Município de Guimarães na Tempo Livre Físical está sujeita ao regime das participações municipais estabelecido pela Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que regula o regime jurídico da actividade empresarial local (RJAEL). É o que resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 3, e 58.º deste diploma legal, de acordo com os quais a participação municipal em



Tribunal de Contas

cooperativas se rege pelo disposto no Código Cooperativo e no próprio RJAEL.

11. Também nessa medida, deve considerar-se que, quando o Município de Guimarães contrata com a Tempo Livre Físical, está a contratar com um terceiro.

Do conteúdo do acordo de colaboração

12. Por força do *acordo de colaboração* submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, o Município de Guimarães contratou com a Tempo Livre Físical o seguinte:

- A Tempo Livre Físical comprometeu-se a contratar os docentes necessários à leccionação da actividade de ensino de *Actividade Física e Desportiva* aos alunos matriculados nas escolas básicas do 1.º ciclo dos agrupamentos de escolas do concelho de Guimarães, durante o ano lectivo de 2012/2013;
- A Tempo Livre Físical obrigou-se a garantir a carga horária estabelecida pelos agrupamentos de escolas para leccionação da referida actividade e a estabelecer a planificação detalhada das aulas em articulação com esses agrupamentos;
- O Município de Guimarães comprometeu-se a transferir mensalmente uma participação financeira à Tempo Livre Físical destinada ao pagamento dos encargos com a contratação dos docentes;
- No final do período lectivo seriam feitos os acertos financeiros relativos ao pagamento efectivo dos encargos mensais abatido dos valores atribuídos em cada um dos períodos.

13. Como se reiterou na petição de recurso, na modalidade adoptada o recrutamento dos docentes em causa é promovido pela Tempo Livre Físical e é a mesma cooperativa que com eles celebra contratos de trabalho subordinados ao disposto no artigo 139.º e seguintes do Código do Trabalho. Estes professores não têm qualquer ligação laboral ao município.

14. O montante da transferência financeira acordada destina-se, na sua totalidade, ao pagamento dos vencimentos dos professores.

Das actividades de enriquecimento curricular no 1.º ciclo do ensino básico e da competência e modo para o seu desenvolvimento



Tribunal de Contas

- 15.** No 1.º ciclo do ensino básico ministrado nos estabelecimentos de educação e ensino público está previsto o funcionamento de actividades de enriquecimento curricular em vários domínios, designadamente na área da *Actividade Física e Desportiva*.
- 16.** Pelos artigos 2.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 144/2008, de 28 de Julho, foram transferidas para os municípios as atribuições e competências em matéria de actividades de enriquecimento curricular no 1.º ciclo do ensino básico, sem prejuízo das competências do Ministério da Educação relativamente à tutela pedagógica, orientações programáticas e definição do perfil de formação e habilitação dos professores. O n.º 6 do referido artigo 11.º estabeleceu que o regime que define as normas sobre as actividades de enriquecimento curricular seria desenvolvido em diploma próprio.
- 17.** O Decreto-Lei n.º 212/2009, de 3 de Setembro, veio fixar o regime aplicável à contratação dos técnicos que asseguram o desenvolvimento das actividades de enriquecimento curricular no 1.º ciclo do ensino básico nos agrupamentos de escolas da rede pública. Os artigos 3.º, 6.º e 8.º deste diploma estabeleceram que, para assegurar necessidades temporárias de serviço no âmbito das actividades de enriquecimento curricular, os municípios *celebram* contratos de trabalho a termo resolutivo, a tempo integral ou parcial, com técnicos habilitados para o efeito, precedidos de um processo de selecção publicitado pelos mesmos municípios. Mais estabeleceram que os contratos de trabalho mencionados no número anterior se *regem* pelo disposto na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, com as especificidades previstas no próprio Decreto-Lei n.º 212/2009, e ainda que esses contratos *são outorgados*, em representação do município, pelo respectivo presidente da câmara municipal.
- 18.** O artigo 5.º do mesmo Decreto-Lei previu que os conteúdos, a natureza, as regras de funcionamento e a duração das actividades de enriquecimento curricular, bem como os requisitos dos técnicos a contratar, fossem definidos pelo membro do Governo responsável pela área da educação, no âmbito de um poder de regulamentação do referido diploma legal.
- 19.** O Despacho n.º 14 460/2008, alterado e republicado pelo Despacho n.º 8683/2011, do Secretário de Estado Adjunto e da Educação, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 122, de 28 de Junho de 2011, estabeleceu a regulamentação referida no ponto anterior. Nos seus n.ºs 14 e 29, este despacho previu:



Tribunal de Contas

- Que as autarquias locais são promotoras das actividades de enriquecimento curricular e que, enquanto tal, estão obrigadas, em matéria de recrutamento e contratação dos respectivos técnicos, a utilizar os mecanismos previstos no Decreto-Lei n.º 212/2009, de 3 de Setembro;
- Que as entidades promotoras podem estabelecer acordos com entidades parceiras para concretização das actividades e que, nas situações de parceria, os recursos humanos necessários podem ser disponibilizados por qualquer dos parceiros.

- 20.** O Município de Guimarães, no sentido de sustentar a legalidade do acordo e a desnecessidade de concorrência para o seu estabelecimento, vem afirmar, nas alegações e conclusões do seu recurso, que elegeu a Tempo Livre Físico como sua *parceira*, nos termos e para os efeitos da legislação aplicável e dos n.ºs 14 e 29 do Despacho referido no ponto anterior, tendo procurado ultrapassar através desta solução uma situação de natural inexperiência sua na área, em benefício da maior competência e experiência da co-contratante.
- 21.** Sucede que a solução encontrada não é legal. Se o teor dos n.ºs 14 e 29 do Despacho n.º 14 460/2008, alterado e republicado pelo Despacho n.º 8683/2011, do Secretário de Estado Adjunto e da Educação, o parecem admitir, o certo é que o Decreto-Lei n.º 212/2009 não o prevê nem consente.
- 22.** Nos termos deste diploma, é claríssimo que devem ser os municípios a seleccionar e *contratar* os docentes, nos termos de legislação imperativa relativa a vínculos laborais de direito público.
- 23.** Ao referido despacho cabia tão só, no âmbito de um poder de mera regulamentação, dispor sobre os conteúdos, a natureza, as regras de funcionamento e a duração das actividades de enriquecimento curricular, bem como sobre os requisitos dos técnicos a contratar. Nunca sobre o procedimento e regime de contratação desses técnicos, que o diploma legislativo definiu de forma imperativa.
- 24.** Desta forma, e ao contrário do que o município defende, não lhe era legalmente possível delegar na cooperativa, enquanto entidade terceira e parceira, a contratação dos docentes em causa, pagando-lhe os respectivos encargos, nem utilizar os docentes que a cooperativa para o efeito contrata de acordo com um regime jurídico diferente do legalmente previsto.



Tribunal de Contas

Da caracterização do protocolo como um contrato de prestação de serviços e da sua submissão à disciplina do CCP

25. O acórdão recorrido considerou que o acordo de colaboração em apreço consubstancia um contrato administrativo de aquisição onerosa de serviços sujeito à disciplina do Código dos Contratos Públicos e, conseqüentemente, à necessidade de prévia realização de um procedimento de pré-contratação de natureza concursal.
26. O recorrente discorda por entender que o contrato não integra qualquer remuneração, dado que a comparticipação financeira atribuída à cooperativa se destina exclusivamente a remunerar os docentes, não incorporando qualquer pagamento à cooperativa, e, conseqüentemente, não haver qualquer matéria para submeter à concorrência.
27. O argumento aduzido e a caracterização do acordo celebrado em face da legislação sobre atribuição de contratos públicos revester-se-iam de algum interesse (efectivamente um dos critérios a considerar para efeitos do CCP é se o contrato implica o pagamento de um preço) mas, para o caso concreto, são, em absoluto, irrelevantes, uma vez que, face ao que referimos nos pontos anteriores, o objecto do contrato é legalmente impossível.

Do incumprimento do regime jurídico de emprego público

28. O desrespeito pelo estabelecido na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, também invocado no acórdão de 1.ª instância, é manifesto, atento a que a contratação dos docentes em causa não seguiu o regime jurídico estabelecido neste diploma, como deveria ter sucedido, nos termos do já referido artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 212/2009.

Do incumprimento do prazo de remessa do acordo de colaboração para fiscalização prévia e da realização de pagamentos antes do visto

29. O recorrente vem ainda, em sede de recurso, dar esclarecimentos sobre as razões por que, na remessa do processo a fiscalização prévia, foi desrespeitado o prazo estabelecido no artigo 81.º, n.º 2, da LOPTC e por que foram realizados pagamentos em violação do estipulado no artigo 45.º, n.º 1, da mesma lei.
30. Tais infracções foram identificadas pelo acórdão recorrido, que determinou o prosseguimento de averiguações para apuramento de eventuais responsabilidades. É no âmbito de respectivo processo de apuramento que os



Tribunal de Contas

esclarecimentos prestados na petição de recurso e documento anexo devem ser ponderados.

Das ilegalidades verificadas

- 31.** Como vimos, o presente acordo de colaboração é ilegal por operar uma delegação ou externalização de serviços que não é legalmente possível, em violação do disposto nos artigos 3.º, 6.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 212/2009 e do regime constante das Lei n.ºs 12-A/2008 e 59/2008.
- 32.** De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, o que, como concluimos, sucede no caso em apreço.
- 33.** Nos termos do estabelecido no artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro (Lei das finanças locais) e no artigo 95.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, republicada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro (Lei das atribuições e competências das autarquias locais), aplicáveis à data da autorização e outorga do acordo, são nulas as deliberações dos órgãos do município que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei, o que acarreta a nulidade do próprio acordo outorgado na sua sequência.
- 34.** A nulidade é fundamento da recusa de visto, nos termos do estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 35.** Subsistem, assim, razões para a recusa do visto, embora por enquadramento jurídico não inteiramente coincidente com o que foi efectuado em 1.ª instância.

III. DECISÃO

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

Mais se determina que seja extraída certidão dos documentos incluídos no presente processo de recurso de fls. 3 a 6, remetendo-a ao processo aberto para identificação das responsabilidades indiciadas no acórdão recorrido.



Tribunal de Contas

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

Lisboa, 20 de Maio de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Ernesto Cunha)

(António Santos Carvalho)

O Procurador-Geral Adjunto

José Vicente Almeida