



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

A constituição de empresas locais e o Tribunal de Contas

José Maria Louro Sousa Bernardes Vilela

Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

Sob a orientação da Senhora Professora Doutora Maria d'Oliveira Martins

Lisboa, Agosto de 2023

À minha Mãe, por tudo.

À memória do meu Pai.

RESUMO

A presente dissertação visa apreciar a conformidade constitucional da disposição do regime jurídico da actividade empresarial local (Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto), que sujeita os estudos de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica relativos à constituição de empresas locais à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Aferir da constitucionalidade desse preceito não pode prescindir de um enquadramento jurídico-constitucional da actividade empresarial local enquanto corolário do princípio da autonomia local, de um enquadramento histórico dos pressupostos que levaram o legislador a tomar opções no sentido do emagrecimento do sector empresarial local, na sequência da crise económico-financeira de 2008 e de uma análise das relações jurídico-financeiras entre entidades públicas participantes e empresas locais.

Embora seja nítida a limitação à actividade empresarial local em todo o regime, e sem prejuízo de uma apresentação breve do mesmo, a nossa dissertação versará sobre aquela opção que, quanto a nós, suscita maiores problemas a nível constitucional, quer quanto ao princípio da separação de poderes, quer quanto ao princípio da autonomia local, uma das traves-mestras da organização jurídico-constitucionais portuguesa.

Palavras-chave: empresas locais; autonomia local; finanças locais; Tribunal de Contas; fundamentação.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to assess the constitutional compliance of the provision of the legal framework for local business activity (Law no. 50/2012, of 31 August), which subjects economic-financial feasibility and economic rationality studies relating to the incorporation of local companies to prior inspection by the Court of Auditors.

Assessing the constitutionality of this provision cannot be done without a legal-constitutional framing of local business activity as a corollary of the principle of local autonomy, a historical framing of the assumptions that led the legislator to make choices to slim down the local business sector following the economic-financial crisis of 2008 and an analysis of the legal-financial relations between participating public entities and local companies.

Although there is a clear limitation on local business activity throughout the regime, and without prejudice to a brief presentation of it, our dissertation will focus on the option that, in our opinion, raises the most problems at a constitutional level, both in terms of the principle of separation of powers and the principle of local autonomy, one of the pillars of Portuguese constitutional organisation.

Keywords: local companies; local autonomy; local finances; Court of Auditors; reasoning.

Índice

I.	A empresarialização local entre o princípio da autonomia local e a agilização e flexibilização da actividade administrativa.....	7
II.	Resgate financeiro e o <i>status quo</i> do sector empresarial local: o Memorando da <i>Troika</i> , o emagrecimento do sector empresarial local e a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.....	13
III.	Notas sobre direito financeiro local a propósito da empresarialização local.....	18
IV.	O “novo” regime jurídico da actividade empresarial local: alguns aspectos relevantes.....	22
V.	O requisito em crise: o controlo do Tribunal de Contas sobre a constituição de empresas locais.....	26
VI.	Ponto prévio: a natureza jurídica da fiscalização prévia do Tribunal de Contas sobre a constituição de empresas locais.....	31
VII.	A <i>praxis</i> do Tribunal de Contas: análise crítica.....	32
VIII.	A questão da <i>racionalidade económica</i> e da <i>viabilidade económico-financeira</i> da constituição de empresas locais e o respectivo controlo do Tribunal de Contas: o que está em causa.....	36
IX.	Esquissos conclusivos: a inconstitucionalidade do controlo do Tribunal de Contas sobre o acto de constituição de empresas locais.....	43
X.	Bibliografia.....	51

I. A empresarialização local entre o princípio da autonomia local e a agilização e flexibilização da actividade administrativa

A primeira nota afigura-se óbvia e dispensa grandes desenvolvimentos.

A organização democrática do Estado português comporta, nos termos do artigo 236.º, n.º 1, da Constituição, a existência de autarquias locais, com legitimidade própria, que se distingue da legitimidade dos órgãos da administração central, directa ou indirecta, sem prejuízo do princípio da unidade do Estado, insito no artigo 6.º da Constituição.

É o mesmo artigo que faz referência ao *princípio da autonomia local*, enquanto princípio fundamental da organização constitucional e democrática do Estado, de tal forma cimentado no nosso ordenamento que a “autonomia das autarquias locais” figura como um dos limites materiais à revisão constitucional (artigo 288.º, alínea n), da Constituição).

Naturalmente que um princípio de tal envergadura jurídica não se coaduna com o desleixo legislativo. Melhor dizendo, as normas ínsitas no Título VIII da Constituição, corolários do princípio desenhado no respectivo artigo 6.º, não são normas-bandeira, normas programáticas, num sentido juridicamente mais certo. Com efeito, “[n]ão é um qualquer conteúdo, não é uma autonomia de conteúdo mínimo, mas o máximo de autonomia dentro do respeito pelo Estado Unitário”¹.

Estando a actividade administrativa, no seu todo, vinculada ao princípio da legalidade, no sentido em que “[o]s órgãos administrativos só são admitidos a exercer os poderes de direito público que lhes hajam sido conferido expressamente por lei ou regulamento, sendo ilegais os actos praticados por órgãos que não disponham de competência para o efeito”², o princípio da autonomia local *obriga* o legislador ordinário (artigos 164.º, alínea l), e 165.º, n.º 1, alínea q), da Constituição) a definir, em conformidade com a amplitude do princípio da autonomia local, balizada pelos princípios da descentralização e da subsidiariedade, o *quid* e o *quantum* de atribuições a “alocar” às autarquias locais.

¹ CÂNDIDO DE OLIVEIRA (1993), pp. 225-226.

² M. ESTEVES DE OLIVEIRA (1980), p. 265.

Definido esse quadro de actuação, os órgãos das autarquias “adquirem”³ poderes de autodirecção, autodeterminação, autonomia financeira, regulamentar, patrimonial e, sobretudo, política. Na feliz expressão de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “[a]utonomia quer dizer poderes próprios mais órgãos próprios”⁴.

Esta foi a primeira nota, de cariz mais genérico e de enquadramento. As que se seguem são – espera-se – mais concretizadoras.

Assente que está a autonomia local enquanto fundamento da ideia de autodirecção e autodeterminação das autarquias locais, não surgirá estranha a ideia, que já se antecipou, segundo a qual as autarquias locais (*rectius*: os seus órgãos) dispõem de um maior ou menor leque de instrumentos jurídicos para prossecução das suas atribuições. Seja a previsão da emissão de normas regulamentares, seja poderes de arrecadação de receita, o que é facto é que a autonomia local, para não redundar em mera bandeira política (ou, pior, em letra morta), carece de instrumentos próprios à disposição dos órgãos locais.

É neste contexto que surge a *função empresarial das autarquias locais* e a criação de empresas pelos municípios⁵ para a prossecução das suas atribuições

A tendência de empresarialização da Administração Pública, fenómeno que se apresentou como uma *ruptura com os modelos organizativos tradicionais*, atingiu, quase inevitavelmente, a administração autárquica, pelas mesmas razões que atingiu a administração central: preferência pelas técnicas de gestão privada, em abono de uma maior eficiência, de melhoria do desempenho e da autonomia de gestão⁶.

A questão que se coloca, agora, é a de saber qual o fundamento jurídico da constituição, pelos municípios, de empresas locais.

O debate resume-se ao seguinte, pedindo de empréstimo os argumentos aduzidos a propósito da natureza da actividade empresarial do Estado, que, nos parágrafos *infra*, se

³ Na esteira de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “os entes autónomos locais «não devem a sua personalidade ao Estado, que se limita a reconhecê-la e não a criá-la»; a sua autonomia não deriva de uma «concessão, do Estado, mas do reconhecimento e respeito» deste por uma formação que, historicamente, o antecede” ((1980), p. 180).

⁴ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (2007), p. 716.

⁵ Sendo a constituição de empresas locais o cerne da nossa investigação, as considerações que aqui teceremos são naturalmente aplicáveis às participações sociais locais, bem como à empresarialização no fenómeno associativo autárquico, com as devidas adaptações.

⁶ COSTA GONÇALVES (2008), pp. 334-336.

enunciarão: de um lado, (i) considerar a actividade económica pública, chamemos-lhe assim, como um poder-dever funcional, uma competência que nasce do princípio da prossecução do interesse público; de outro lado, (ii) considerá-la como um direito que brota da liberdade de iniciativa económica ínsita no artigo 61.º da Constituição.

VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO consideram que a liberdade de iniciativa económica é aplicável a entidades públicas, com certos condicionalismos, tais como o balizamento das empresas nas atribuições das entidades públicas, a sujeição ao princípio da prossecução do interesse público definido na Constituição e na lei, ao princípio da legalidade. Assim, “*enquanto as actividades dos sujeitos económicos privados gozam de uma vocação de amplitude universal e “por defeito” [...], o sector público carece de uma justificação positiva, só podendo exercer-se onde seja expressamente ou implicitamente admitida*”⁷.

Já PAULO OTERO, considerando que as entidades públicas não podem beneficiar de direitos, liberdades e garantias nas suas relações com particulares como forma de ultrapassar o princípio da legalidade e o princípio da prossecução do interesse público, sustenta que a actividade empresarial do Estado (entendimento facilmente transponível para a actividade empresarial local) nunca se pode fundar na liberdade de iniciativa económica, porquanto “*toda a intervenção económica pública deve ter subjacente a existência de uma especial utilidade pública em tal actividade ou envolver a mesma satisfação de necessidades fundamentais da colectividade que, de outro modo, ficariam por satisfazer total ou parcialmente*”⁸. Assim, tendo por base a importância do princípio da prossecução do interesse público enquanto limite, fundamento e critério da actuação económica, a actividade empresarial pública nunca poderá ser equiparada à iniciativa económica privada. Ao invés, defende que a iniciativa económica pública assume a natureza de verdadeiro poder-funcional ou competência⁹. No mesmo sentido, JOÃO PACHECO DE AMORIM¹⁰.

Quanto a nós, e cientes das especificidades da iniciativa económica local face à iniciativa económica estadual, não cremos que a actividade empresarial dos municípios se funda no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição. Não tomando posição – não é esta, de todo, a sede adequada – sobre se as pessoas colectivas de direito público são, ou não, titulares

⁷ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (2007), p. 982.

⁸ OTERO (1998), p. 124.

⁹ OTERO (1998), p. 125.

¹⁰ PACHECO DE AMORIM (2000), pp. 99-100.

de direitos fundamentais, julgamos que a actividade empresarial dos municípios deverá ser sempre considerada um poder-dever dos municípios (*rectius*: das entidades públicas locais participantes), uma competência funcional, que brota directamente do princípio da autonomia local. Com efeito, o princípio da autonomia local, enquanto garantia institucional¹¹, e tendo presente o significado que a Constituição lhe dá, legítima – ou, melhor, fundamenta – uma actuação, por parte dos órgãos locais, “desamarrada” de um “institucionalismo centralista”, fazendo nascer um *núcleo essencial* do poder autárquico. Como bem sintetizou GOMES CANOTILHO, este núcleo essencial integra “(1) o direito à existência [...]; (2) *garantia de órgãos representativos dotados de determinadas competências autárquicas*; (3) *garantia de prossecução de interesses próprios (autodeterminação) das populações respectivas através de órgãos de governo próprios*”¹². Tendo, portanto, as autarquias locais um mandato constitucional para a prossecução de interesses próprios, a lei deverá assegurar as competências necessárias para o *modo* como esses interesses serão prosseguidos.

Assim, a autonomia local pressupõe que as autarquias disponham de uma (mais ou menos ampla) margem de livre orientação e decisão, na expressão de MELO ALEXANDRINO¹³.

Daí que o próprio princípio da autonomia local – bem como a *autonomia de programação geral* e a *autonomia organizatória*, que são seu corolário – fundamente que, *para a prossecução dos seus interesses próprios* (cf. artigo 235.º, n.º 2, da Constituição), as autarquias locais possam utilizar os meios jurídicos que a lei e a Constituição colocam à sua disposição. Com efeito, se a iniciativa económica do Estado está eminentemente balizada pela prossecução do interesse público¹⁴, no caso das autarquias locais, ela também está balizada, a par daquele princípio, pelo próprio princípio da autonomia local.

¹¹ No sentido de a autonomia local configurar uma garantia institucional, v. ANDRADE (1989), p. 18.

¹² GOMES CANOTILHO (2002), p. 361.

¹³ MELO ALEXANDRINO (2010), p. 79.

¹⁴ FREITAS DO AMARAL considera que “*as empresas públicas são unidades de produtivas que têm por finalidade institucional, intrínseca, dar lucro. Pode ser um lucro baixo, moderado, ou um lucro elevando, mas deve haver um fim lucrativo. Isto é, as empresas públicas – porque são empresas – são concebidas por forma a que do resultado da sua exploração decorram benefícios financeiros*” ((2018), p. 336). Salvo o devido respeito, não concordamos. Sendo certo que existem empresas públicas (e, por igualdade de razão, empresas locais) que desenvolvem a sua actividade num ambiente concorrencial, sendo o lucro um fim que é naturalmente imperativo para a sobrevivência, não cremos que todo e qualquer fenómeno de empresariação tem por objectivo a prossecução de um lucro, ou a prossecução de um fim que tem de ser “minimamente lucrativo”. Isto porque, como vimos, a empresariação também tem em vista a agilização e desburocratização de uma tarefa que pode ser institucional. Daí, como também daremos nota, que seja

PEDRO COSTA GONÇALVES definiu os critérios limitados da actividade empresarial local nestes termos. Assim, se é certo que “*no caso dos municípios, afigura-se de reconduzir ao princípio da autonomia local a capacidade jurídica para o desenvolvimento, em certos termos, de actividades económicas abertas ao mercado*”¹⁵, também é certo que “[a]s duas condições cuja verificação se torna necessária para permitir a iniciativa económica local (municipal) são, por um lado, a integração da atividade a desenvolver nas atribuições municipais e, por outro lado, a presença de uma finalidade de interesse público”¹⁶.

O que significa que o princípio da autonomia local, para além de ser o fundamento, também é o limite da iniciativa económica local, a par do princípio da prossecução do interesse público. Vejamos.

É sabido, e dado assente, que o legislador adoptou um sistema misto de atribuições dos municípios: o artigo 23.º, n.º 1, da Lei das Autarquias Locais¹⁷ consagra uma cláusula geral (“[c]onstituem atribuições dos municípios a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respetivas populações, em articulação com as freguesias”), sendo que o n.º 2 remata com um elenco exemplificativo de domínios em que os municípios dispõem de atribuições em domínios tipicamente considerados como *affaires locales*, tais como o urbanismo, os transportes ou o saneamento.

O que significa – e esta é a primeira conclusão – que a actividade empresarial local se encontra balizada pelas atribuições municipais. Se o princípio da autonomia local, como já vimos, dota os órgãos autárquicos de uma *capacidade geral de acção*¹⁸, não será, contudo, admissível que se constitua uma empresa municipal cujo objecto social não projecte uma atribuição do município, ou projecte uma atribuição de uma outra pessoa colectiva de direito público.

Como conclui PEDRO COSTA GONÇALVES, “[n]a falta de um catálogo legal taxativo das atribuições municipais [...], cumpre a condição de se inserir no âmbito das

permitida a criação de empresas locais que tenham por objecto a prestação de serviços no âmbito da acção social, da educação ou formação profissional. Não se espera que sejam objectos com cariz lucrativo (a lei, aliás, dispensa essa demonstração); no entanto, é permitida a prossecução dessas actividades através da forma empresarial, tendo em conta a maior eficiência que, em regra, é almejada com a sujeição ao direito privado da produção de bens ou serviços que não têm de estar sujeitos às regras do mercado.

¹⁵ COSTA GONÇALVES (2012), p. 42.

¹⁶ COSTA GONÇALVES (2012), p. 43.

¹⁷ Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

¹⁸ COSTA GONÇALVES (2012), p. 44.

atribuições municipais qualquer atividade de prossecução de interesses próprios da coletividade local cuja titularidade não se encontre legalmente conferida a outra entidade pública”¹⁹.

Em segundo lugar, e consubstanciando, material e formalmente, a actividade empresarial local uma actividade administrativa, ela será forçosamente limitada pelo princípio da prossecução do interesse público (local).

Adiante analisaremos de que forma este princípio se concretiza na constituição de empresas locais; por agora, cumpre, para finalizar, perceber a razão pela qual a empresarialização local consubstancia uma *melhor* forma de prossecução do interesse público, em certas situações.

Ao fenómeno de empresarialização da Administração Pública têm sido alocadas várias razões de ser, quer económicas, quer político-ideológicas. O que importa reter, nesta sede, é, essencialmente uma: a *necessidade de modernização e a maior eficiência* da máquina administrativa.

A ideia que perpassa esta tese é uma ideia de ruptura, que se traduz numa sujeição a mecanismos burocráticos pesados na execução de tarefas públicas. A empresarialização de serviços públicos, estatais ou locais, tem como primeira missão a maior eficiência na prestação desses mesmos serviços, através dos seguintes factores: *(i)* diminuição dos custos associados e *(ii)* sujeição ao direito privado.

Talvez este segundo factor seja o mais impactante e decisivo. É que este fenómeno, seja ao nível da administração central, seja ao nível da administração local, não teria qualquer virtude se não se traduzisse na possibilidade de prossecução de uma tarefa pública através de gestão privada. Por um lado, a possibilidade de contratar trabalhadores e manter vínculos laborais sem sujeitar os mesmos ao pesado e burocrático direito do funcionalismo público. Por outro, a possibilidade de a (agora) empresa organizar-se tendo por base métodos de gestão privada.

Em particular, relativamente ao sector empresarial local, retenham-se as seguintes palavras de REBORDÃO MONTALVO: “[à] *semelhança do que se vem verificando nas últimas décadas no âmbito do Estado, cujo desmembramento em distintas pessoas jurídicas*

¹⁹ COSTA GONÇALVES (2012), p. 44.

com funções prestadoras provocou a emergência de um novo modelo de Estado Regulador, também a nível local a proliferação de empresas públicas tenderá a provocar o recuo do município na esfera económica, remetendo-o a uma função reguladora e reduzindo o âmbito da sua estrutura política e administrativa com os cidadãos”²⁰.

A virtude da empresarialização, de um ponto de vista teórico, não se traduz na obtenção de lucro, mas sim na melhor prossecução dos interesses públicos autárquicos através da forma empresarial, pelas vantagens que esse tipo de gestão traz.

Concordamos, pois, com SÉRVULO CORREIA e FRANCISCO PAES MARQUES, que – e em jeito de introdução dos problemas nesta sede explorados – consideram que “[a] iniciativa empresarial local tem de considerar-se inerente à autonomia local, podendo ser limitada ou conformada nos termos em que esta garantia institucional também seja suscetível de sofrer essa compressão, segundo parâmetros que se afigurem constitucionalmente admissíveis”²¹.

II. Resgate financeiro e o *status quo* do sector empresarial local: o Memorando da *Troika*, o emagrecimento do sector empresarial local e a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto

A crise económico-financeira de 2008 demonstrou as debilidades jurídicas de que os antecedentes regimes do sector empresarial local padeciam, tendo demonstrado, ainda, que o próprio sector empresarial local estava em crise antes da própria crise.

Não obstante o anterior regime, ínsito na Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, na redacção dada pela Lei n.º 55/2011, de 15 de Novembro, prever deveres de informação detalhada à Direcção-Geral das Autarquias Locais (artigo 27.º, n.º 1), sob pena de retenção imediata de 10% do duodécimo das transferências correntes do Fundo de Garantia Municipal, agravando-se para 20% no caso de reincidência (artigo 27.º, n.ºs 5 e 6); e não obstante se prever, ainda, a existência de uma lista “*permanentemente actualizada*” de todas as entidades do sector empresarial local e das participações locais (artigo 8.º, n.º 7),

²⁰ REBORDÃO MONTALVO (2003), pp. 179-180.

²¹ Correia, Marques (2021), p. 491.

o que é facto é que, em 2010, não se conseguia obter um número exacto dessas entidades²².

Era o primeiro sintoma de crise: configurando a empresarialização local, ao tempo, um método de fuga ao direito financeiro público, a ausência de uma indicação rigorosa do número de empresas locais (e participações locais) – fontes de endividamento – contribuiu para a necessidade de alteração do *status quo*.

É neste contexto que se decide “*constituir uma comissão de acompanhamento, integrada por personalidades com conhecimentos e competências publicamente reconhecidos, que com o apoio de uma equipa técnica, farão o diagnóstico do sector empresarial local, dando origem a estudo que se designará «Livro Branco do Sector Empresarial Local»*”²³.

O *Livro Branco* identificou 392 entidades que integravam o sector empresarial local, sendo que apenas 166 dos 308 municípios (ou seja, 54%) dispunham de empresas locais ou participações locais²⁴.

Deixamos aqui algumas conclusões do grupo de trabalho constituído sobre o *status quo* do sector empresarial local:

- (i) Identificação de casos em que foram detectados níveis elevados de fragilidade financeira (ainda que se refira que “[o]s indicadores globais de sustentabilidade económica e financeira do sector não revelam um problema global de insustentabilidade”²⁵);
- (ii) Multiplicidade de tipos societários permitidos;
- (iii) Amplitude dos objectos sociais admissíveis;
- (iv) Quadro normativo confuso no que respeita à sujeição, ou não, às regras das sociedades comerciais;
- (v) Inexistência de obrigações de informação relativamente à criação e extinção das empresas locais, bem como relativamente à sua situação económica e financeira, “*gerando também uma situação confusa e ambígua*”²⁶.

²² COSTA GONÇALVES (2012), p. 16.

²³ Preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2010, de 30 de Agosto.

²⁴ *Livro Branco do Sector Empresarial Local*, p. 9.

²⁵ *Livro Branco do Sector Empresarial Local*, pp. 22-23.

²⁶ *Livro Branco do Sector Empresarial Local*, p. 25.

Tendo sempre em consideração as virtudes e aspectos positivos do sector empresarial local²⁷, o *Livro Branco* apresentou algumas orientações de alteração do regime aplicável, que se sintetizam no seguinte²⁸:

- (i) Procedimentalização da constituição de empresas locais, que demonstrem a verificação da justificação das necessidades que se pretendem satisfazer, bem como a adequação da figura da empresa para a satisfação de tais necessidades, a existência de procura actual ou futura; a avaliação do impacto da empresarialização nas contas municipais, a sustentabilidade económica e financeira da empresa a constituir e a avaliação do benefício social resultante da empresarialização;
- (ii) Aumento dos deveres de informação, transparência e prestação de contas;
- (iii) Existência de critérios de sustentabilidade financeira, económica e social como indicadores de alerta relativamente a desequilíbrios estruturais, e também para efeitos de fusão ou extinção de empresas;
- (iv) Monitorização da actividade da empresa local, *maxime* no que se refere aos reforços de capital próprio.

Quase contemporaneamente surge, com evidente impacto no direito e organização das autarquias locais, o *Memorando de Entendimento sobre os Condicionalismos Específicos de Política Económica*, assinado, a 17 de Maio de 2011, pelo Ministro de Estado e das Finanças, pelo Governador do Banco de Portugal e pela *troika* (tríade composta pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional).

Sumarizando, este *Memorando* traduziu-se num “*verdadeiro programa de governo*”²⁹, que tinha por principais objectivos a “*redução do deficit orçamental por via do aumento das receitas públicas e diminuição das despesas, tudo isto associado à reestruturação da economia, tendo em vista o necessário crescimento económico, o qual deve ultrapassar o valor do défice por forma a evitar o aumento da dívida pública*”³⁰.

²⁷ Tais como a sua importância (i) na realização das atribuições autárquicas, (ii) na redução do impacto de falhas de mercado ou (iii) na criação e manutenção do emprego local (*Livro Branco do Sector Empresarial Local*, pp. 28-29).

²⁸ V., de uma forma não sintetizada, as recomendações do *Livro Branco* às instâncias político-legislativas, às autarquias locais e às entidades que integram o sector empresarial local in *Livro Branco do Sector Empresarial Local*, pp. 33-37.

²⁹ CUNHA RODRIGUES (2011), p. 15.

³⁰ CUNHA RODRIGUES (2011), p. 16.

Sem quaisquer pretensões de exaustividade relativamente a este tema, centremo-nos nos condicionalismos impostos pelo *Memorando* ao sector empresarial local.

Nos termos do ponto 3.42 do *Memorando*, exigia-se a elaboração de “*uma análise detalhada do custo/benefício de todas as entidades públicas ou semi-públicas, incluindo fundações, associações e outras entidades, em todos os sectores das administrações públicas*”, pelo que “[c]om base nos resultados desta análise, a administração (central, regional ou local) responsável pela entidade pública tomará a decisão de a encerrar ou de a manter, em conformidade com a lei”.

No ponto 3.28 do *Memorando*, obrigava-se o Governo a apresentar uma proposta de lei à Assembleia da República que proibisse a criação de empresas locais (suspensão levada a cabo pela Lei n.º 55/2011, de 15 de Novembro) até ao final de uma avaliação exigida dos planos de redução de custos operacionais, em pelo menos 15% da média (ponto 3.24).

Por fim, nos termos do ponto 3.29, exigia-se que o Governo apresentasse à Assembleia da República uma nova lei do sector empresarial local, reforçando os poderes da administração central (provisoriamente regulado pela Lei n.º 55/2011).

Na sequência do *Memorando*, e também na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 40/2011, de 22 de Setembro, foi dada à estampa o *Documento Verde da Reforma da Administração Local*, que, no que respeita ao sector empresarial local, delimitou os seguintes objectivos para a reforma do sector:

- (i) Adequação do número de entidades do sector empresarial local à realidade local do município, o que implicaria a “*redução significativa do número de Entidades*”;
- (ii) Delimitar quais os sectores em específico onde as empresas locais devem actuar (o mesmo é dizer, elencar taxativamente o tipo de objecto social das empresas locais), adequando os objectos sociais às atribuições e competências dos municípios participantes;
- (iii) Limitar as contribuições dos municípios nas receitas das empresas locais, estabelecendo um tecto máximo aos subsídios à exploração.

Pretendeu-se, com os objectivos enunciados *supra*, reduzir significativamente o sector empresarial local, através da fusão de entidades ou da extinção de entidades que apresentem resultados líquidos negativos nos últimos três anos ou que apresentem um peso contributivo dos subsídios de exploração por parte do município participante superior a 50% das suas receitas.

Por fim, e digno de nota para o objecto do presente estudo, o *Documento* estabelece a metodologia a adoptar na reforma do sector empresarial local, que passaria, designadamente, pela “*análise detalhada da relação custo/benefício de todas as entidades que compõem o SEL no sentido de determinar a sua viabilidade económico/financeira*”.

Em jeito de conclusão, diga-se que, conforme já se antecipou no início do presente capítulo, foi evidente a necessidade de limitação do sector empresarial local na sequência da crise económico-financeira de 2008, necessidade essa que culminou no RJAEL actualmente em vigor, de que adiante daremos nota.

Por razões de economia, o objecto da nossa dissertação não cobre as imposições da troika relativamente às autarquias locais, nem aferir se as mesmas seriam, ou não, conformes ao princípio da autonomia local.

No entanto, abrimos um parêntesis para referir o seguinte. Independentemente de analisar a conformidade das imposições com o princípio da autonomia local e, em especial, com a actividade empresarial local, o que é certo é que o RJAEL, reproduzindo imposições da *troika* e as recomendações do *Livro Branco* e do *Documento Verde*, é altamente restritivo da autonomia local. Sendo o poder de constituir empresas locais o poder que se fundamenta na autonomia das autarquias locais em determinar o *modo* de prossecução das atribuições que são conferidas pela lei, naturalmente que configura uma limitação do princípio da autonomia local, não representando uma mera regulação de um poder extraordinário, que não mina a dita autonomia.

A limitação à autonomia local é visível quando, passando revista ao RJAEL, observamos a intervenção que a administração central e o próprio Tribunal de Contas têm no nascimento, vida e morte de empresas locais. A degradação da autonomia local não é apenas fruto das limitações impostas por uma lei da Assembleia da República; é-o também por via dos poderes de controlo *a posteriori* conferidos a órgãos da administração central (v. g., a Inspeção-Geral das Finanças) e ao Tribunal de Contas, configurando um

espécime de tutela de mérito sobre as autarquias locais, inadmissível em face do artigo 242.º, n.º 1, da Constituição. Veja-se, por exemplo, que, nos termos do artigo 39.º, n.º 1, do RJAEL, as empresas locais estão sujeitas a controlo financeiro “*destinado a averiguar da legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão*”, sendo que esse controlo será efectuado pelo Tribunal de Contas e pela Inspeção-Geral das Finanças.

III. Notas sobre direito financeiro local a propósito da empresarialização local

De forma a perceber um pouco melhor as opções tomadas pelo legislador da actividade empresarial local, cremos que se justificam umas breves linhas sobre direito financeiro local e, concretamente, como se realizam as transferências orçamentais do Estado para o município e do município para as empresas locais e de que forma é que a empresarialização local impactou e impacta, pós-RJAEL, as finanças locais.

As autarquias locais têm, corolário do princípio da autonomia local, autonomia financeira, que se traduz, em específico, numa autonomia orçamental, patrimonial, tributária, creditícia e de disposição de receitas arrecadadas, mormente no que respeita à ordenação de despesa (cf. artigo 6.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, doravante “Lei das Finanças Locais” ou “LFL”).

Numa perspectiva sumária, podemos caracterizar o sistema de “redistribuição” de receitas do Estado para os municípios da seguinte forma.

Sendo o Estado Português um Estado unitário, vigora o princípio da solidariedade entre os entes públicos territoriais, com expressão no artigo 238.º, n.º 2, da Constituição. O que significa que, tendo o Estado o poder *primitivo* de arrecadar receita através dos impostos, terá, de forma a cumprir os desígnios constitucionais de autonomia local, de estabelecer uma “*garantia de as autarquias locais obterem receitas seguras e necessárias para o desenvolvimento das suas actividades, evitando dessa forma que recaísse sobre os impostos locais o papel central do financiamento do funcionamento das acções a desenvolver pelos órgãos do poder local*”³¹.

³¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 358/92.

Duas notas a este respeito:

- (i) Sendo as receitas patrimoniais e tributárias dos municípios insuficientes para a prossecução do leque de atribuições colocadas sob o seu crivo, em consonância com o princípio da descentralização, impõe-se ao Estado, subtraído de responsabilidades que se inserem no escopo de atribuições e competências dos municípios e dos seus órgãos, mas colector das receitas tributárias mais significativas, que dote os municípios de fundos suficientes para o efeito (*equilíbrio financeiro vertical*);
- (ii) Os municípios não são iguais: as diferenças geográficas, mas sobretudo demográficas, levam às inevitáveis assimetrias no que respeita à arrecadação de receitas próprias, o que também impõe ao Estado a determinação de *mecanismos de perequação*, de forma a atenuar tais discrepâncias. Como refere JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, “[q]uer isto dizer que se procede a uma correção da distribuição inicial de dinheiros efetuada quer com base na lei, quer com base nos mecanismos de mercado, o que se justifica pelo facto que as condições debaixo das quais os Municípios alcançam fontes de financiamento podem ser substancialmente diversas de uns para outros”³² (*equilíbrio financeiro horizontal*).

À autonomia na arrecadação de receita corresponde, necessariamente, a autonomia na geração de despesa. Entidades públicas não são empresas que distribuem receitas e lucros. Ao invés, afectam essa mesma receita à prossecução dos seus interesses.

Não é metodologicamente correcto dizer que a empresarialização local corresponde, *per si*, à prossecução de interesses próprios da colectividade autárquica. Corresponde, apenas, indirectamente. O interesse público autárquico não é a empresarialização em si, mas sim o objecto social da empresa local.

Não obstante, a constituição de empresas locais tem naturalmente impacto nas contas municipais. Quer porque uma atribuição do município passará a ser prosseguida por uma entidade com personalidade jurídica distinta (ou seja, com património e finanças próprias); quer porque, muito embora seja uma entidade distinta, é uma entidade embrionariamente ligada ao município (a chamada *administração indirecta autárquica*) a um

³² FREITAS DA ROCHA (2019), p. 238.

nível não só administrativo como também financeiro, o que poderá comportar – e veremos em que termos – transferências de activos ou passivos.

Relembre-se que antes do primeiro normativo que regulou a empresarialização local, poucas ou nenhuma normas jurídico-administrativas existiam sobre a relação (financeira) entre os municípios participantes e respectivas empresas municipais. O que significa que a empresa local não passava de uma *longa manus* privada do município – uma verdadeira fuga para o direito privado – que se traduzia, na prática, na inexistência de limites ao endividamento das empresas locais, limites à transferência de fundos pelo município e limites à constituição de empresas cujo objecto social nada teria que ver com a prossecução de interesses próprios da autarquia.

Só com a Lei n.º 58/1998, de 18 de Agosto é que, *v. g.*, os empréstimos contraídos por empresas municipais passaram a relevar para os limites da capacidade de endividamento dos municípios (cf. o seu artigo 25.º, n.º 4), ou que se estabeleceu a obrigatoriedade de celebração de contratos-programa no caso de existirem “*investimentos de rentabilidade não demonstrada*” pelas entidades públicas participantes ou a adopção de preços sociais.

Actualmente, tanto a LFL, como o RJAEL contém disposições bastante relevantes sobre a relação jurídico-financeira entre entidades públicas participantes e empresas locais:

- (i) No que respeita ao *equilíbrio de contas da empresa local*, o artigo 40.º, n.º 3, do RJAEL, consagra o dever de os sócios de direito público (municípios, mas não só³³) efectuarem transferências financeiras com o intuito de reposição do equilíbrio financeiro da empresa, sendo que essa transferência terá de estar prevista no respectivo orçamento, sob pena de as dívidas da empresa local serem imputadas às entidades públicas municipais. No caso de o equilíbrio de exploração de uma empresa local só poder ser avaliado numa perspectiva plurianual, os sócios de direito público terão de elaborar um “*plano previsional de mapas de demonstração de fluxos de caixa líquidos atualizados na ótica do equilíbrio plurianual dos resultados*”, que é apreciado pela Inspeção-

³³ No entender de PEDRO COSTA GONÇALVES, o legislador foi claro, nesta norma, ao distinguir entidades públicas participantes previstas no artigo 5.º do RJAEL e sócios de direito público, abrangendo este último conceito outras entidades públicas, como o Estado ou institutos públicos ((2012), pp. 212-213).

Geral de Finanças (artigo 40.º, n.º 5, do RJAEL), sendo que terão de prever nos respectivos orçamentos o montante previsional anual e os compromissos plurianuais necessários à cobertura de desvios financeiros relativamente ao plano previsional elaborado (n.º 6). O artigo 54.º, n.º 1, alínea c), da LFL corrobora isto mesmo: para efeitos de apuramento do montante da dívida total relevante para o limite de cada município, são incluídas não só as empresas locais, como também as empresas participadas³⁴, de forma proporcional à participação directa ou indirecta do município no seu capital social, mas apenas em caso de incumprimento destas regras.

- (ii) Relativamente à *consolidação das contas municipais*, o artigo 75.º, n.ºs 1 e 4, alínea b), da LFL prescreve que os municípios devem apresentar contas consolidadas com as entidades detidas ou participadas, existindo uma presunção de controlo relativamente às entidades de natureza empresarial (clara e inilidível, relativamente às empresas municipais) nos termos do RJAEL. Nos termos do artigo 75.º, n.º 7, da LFL, “[o]s documentos de prestação de contas consolidadas constituem um todo”, compreendendo balanços, demonstração de resultados, mapas de fluxos de caixa e operações orçamentais.
- (iii) Em referência a *regras orçamentais*, o artigo 46.º, n.º 2, alínea b), da LFL, obriga à anexação, ao orçamento municipal, de orçamentos “*de outras entidades participadas em relação às quais se verifique o controlo ou presunção do controlo pelo município*”, ou seja, do orçamento das empresas locais.
- (iv) Já quanto a *deveres de informação* entre empresas locais e entidades públicas participantes, o artigo 42.º do RJAEL impõe o dever daquelas de facultar planos de actividades, projectos de orçamentos, planos de investimento e respectivas fontes de financiamento, relatórios de execução orçamental, bem como outros documentos relativamente à situação financeira da empresa, sob pena de dissolução dos respectivos órgãos e responsabilidade dos titulares.

É notório o impacto da empresarialização local no direito financeiro autárquico. No espaço de cerca de 20 anos, passámos de um absoluto vazio legislativo, que culminou, é evidente, num *misuse* da figura da empresa local (enquanto buraco financeiro autárquico completamente alheio aos panoramas contabilísticos públicos), para um quadro altamente regulado e limitador, em que toda e qualquer transferência financeira é prevista, tanto por

³⁴ Cf. artigo 51.º do RJAEL.

via de orçamento, como por via contratual, e em que a empresa local já se confunde, para efeitos financeiros, com a entidade pública participante, atenuando os efeitos negativos da fuga para o direito privado.

IV. O “novo” regime jurídico da actividade empresarial local: alguns aspectos relevantes

Até à entrada em vigor do RJAEL, integravam o sector empresarial local as (i) empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas, constituídas nos termos da lei comercial (cf. artigo 3.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro) e (ii) entidades empresariais locais, com natureza de direito público (cf. artigos 33.º e seguintes da referida Lei).

Este *dualismo organizativo* (sociedades comerciais, de natureza privada, *versus* pessoas colectivas de direito público, não sujeitas ao Código das Sociedades Comerciais) foi ultrapassado pelo RJAEL, que adopta a forma jurídico-privada como o *único* tipo societário admissível no quadro do sector empresarial local: “[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 indirecta, uma influência dominante*” (cf. artigo 19.º, n.º 1, proémio, do RJAEL).

Para além do dualismo de formas societárias, o RJAEL procurou limitar os objectos sociais admissíveis das empresas locais. Com efeito, o artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006 delimitava o objecto social das empresas locais da seguinte:

- (i) Delimitação positiva: o objecto social das empresas locais circunscrevia-se, obrigatoriamente, à exploração de actividades de interesse geral, à promoção do desenvolvimento local e regional e à gestão de concessões³⁵;
- (ii) Delimitação negativa: não podem ser constituídas empresas locais para o desenvolvimento de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou de intuito predominantemente mercantil.

³⁵ A *gestão de concessões* desapareceu do rol de objectos sociais admissíveis com o RJAEL

O RJAEL não alterou substancialmente este paradigma, mas veio densificá-lo. Mantendo, no seu artigo 20.º, n.º 1, a dicotomia exploração de actividades de interesse geral-promoção do desenvolvimento local e regional (e abandonando a *gestão de concessões*), o legislador veio aditar – em conformidade com outros requisitos de ordem financeira – que a exploração do objecto social terá de ser feita de forma *tendencialmente auto-sustentável*³⁶. O objecto social das empresas locais não pode, naturalmente – nem carecia de resultar da lei –, extravasar as atribuições das entidades públicas participantes (cf. artigo 20.º, n.º 5, do RJAEL). A grande novidade do RJAEL, a este respeito, prende-se com a tentativa, a nosso ver, de densificação, com carácter taxativo, dos conceitos *supra* mencionados, através dos artigos 45.º e 48.º.

Dignos de nota surgem (ainda que não sendo, propriamente, uma inovação do RJAEL) os contratos-programa, que se apresentam, no quadro do sector empresarial local, como um instrumento de máxima importância para o controlo financeiro das empresas locais e de prevenção de permanentes injeções de capital da entidade pública participante.

Previstos no artigo 47.º para as empresas de gestão de serviços de interesse geral e no artigo 50.º para as empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional³⁷, o contrato-programa configura “*um instrumento jurídico que regula as relações entre as entidades públicas participantes e as “suas” empresas locais, que define os objetivos e metas a atingir pela empresa no desenvolvimento da sua atividade e indica os critérios que permite medir o cumprimento desses objetivos; além disso, disciplina a atribuição de subsídios à exploração que cobrem os custos económicos que a empresa suporta por força de exigências de atuação no interesse geral impostas pelas entidades públicas participantes*”³⁸.

Dado o seu carácter eminentemente regulador – e dado o facto de os contratos serem obrigatoriamente comunicados à Inspeção-Geral das Finanças e sujeito, em regra, a visto

³⁶ O legislador da revisão de 2018 (Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro) aditou, a esta *exigência*, que o objecto social tendencialmente auto-sustentável (*rectius*: o preenchimento deste requisito) terá em consideração a circunstância de a empresa se dedicar, a título principal, ao exercício de actividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura.

³⁷ Apesar da maior prolixidade do artigo 47.º face ao artigo 50.º, a celebração de contratos-programa é, efectivamente, obrigatória em todos os casos.

³⁸ COSTA GONÇALVES (2012), p. 242.

prévio do Tribunal de Contas³⁹ –, a celebração do contrato-programa surge como condição necessária para a prestação, pela empresa pública, das actividades de interesse geral a prestar, bem como para a efectivação, por parte das entidades públicas participantes, de subsídios à exploração.

Os contratos-programa não têm, exclusivamente, a função de controlar os fluxos financeiros entre entidades públicas participantes e empresas públicas. Citando, uma vez mais, PEDRO COSTA GONÇALVES, “*a causa função do contrato não se identifica no pagamento destas “contrapartida” (compensação financeira), mas sim no facto de detalhar, delimitar e concretizar o programa de ação para cuja execução a empresa foi constituída e de definir o quantum das transferências necessário ao cumprimento desse programa de ação*”⁴⁰⁻⁴¹.

Dada a impossibilidade de a empresa local prestar serviços e desenvolver o seu objecto social sem a celebração prévia de um contrato-programa com a entidade pública

³⁹ A sujeição dos contratos-programa a visto prévio do Tribunal de Contas não é pacífica. Efectivamente, o artigo 47.º, n.º 7, do RJAEL, diz que a celebração de contratos-programa deve ser comunicada ao Tribunal de Contas quando esteja sujeita a visto prévio (*a contrario sensu*). O legislador foi bastante claro na distinção que fez entre contratos-programa e adjudicações entre entidades públicas participantes (cf. artigo 36.º, n.ºs 2, 3 e 4), o que leva à necessária conclusão segundo a qual o contrato-programa não é, simplesmente, um contrato de aquisição de serviços, mas sim um contrato “quadro”, que regula a relação entre entidade pública participante e respectiva empresa local. Assim, surgem algumas dúvidas quanto à efectiva sujeição dos contratos-programa à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, na medida em que a sua tipologia não se insere em nenhuma das alíneas do artigo 46.º da LOPTC. PEDRO COSTA GONÇALVES ((2012), p. 245) sustenta que, por essa razão, o contrato-programa não estão sujeitos a visto prévio. No entanto, vários são os arestos do Tribunal de Contas que fiscalizam tais contratos (v., a título de exemplo, os Acórdãos n.ºs 19/2015, 1.ª Secção em Plenário, 17/2014, 1.ª Secção em Subsecção, 20/2014, 1.ª Secção em Plenário, 34/2009, 1.ª Secção em Plenário, sendo que este último mereceu declaração de voto no sentido da não sujeição destes contratos a visto). Entende o Tribunal que “[o]s contratos de aquisição de serviços e obras, mesmo que titulados por acordos, protocolos ou outros instrumentos, e independentemente da sua designação, enquadram-se no disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, em articulação com o estipulado no n.º 2. Mas, mesmo que, por hipótese, o Contrato-Programa em causa não fosse qualificável especificamente como uma aquisição de serviços, a verdade é que sempre estaria abrangido pela última parte da referida alínea b), quando refere que também estão sujeitos a fiscalização prévia os contratos relativos a aquisições patrimoniais que impliquem despesa”, sendo que, “[o] que importa, para esse efeito, é que a realização das prestações tenha um valor económico e um carácter patrimonial e que os contratos impliquem despesa, no sentido de encargos financeiros ou patrimoniais” (Acórdão n.º 34/2009, 1.ª Secção em Plenário).

⁴⁰ COSTA GONÇALVES (2012), p. 243.

⁴¹ PEDRO COSTA GONÇALVES procede a uma interessante distinção destes contratos com os contratos de concessão. Ao passo que, no contrato de concessão, a transferência das obrigações decorre da sua celebração, na empresarialização local essa transferência ocorre com o acto constitutivo, e não com a celebração do contrato-programa. Contudo, e ainda assim, a empresa local não pode prestar serviços sem a celebração de um contrato-programa com a(s) sua(s) entidade(s) pública(s) participante(s). Sobre o assunto, v. COSTA GONÇALVES (2012), pp. 243 e ss.

participante correspondente – e a sua comunicação obrigatória –, estamos perante (mais) um acto integrativo da total eficácia do acto de constituição de uma empresa local.

Por fim, um aspecto particularmente interessante e relevante do RJAEL (e com especial importância no que respeita à fundamentação do acto de constituição), e que configura uma novidade do regime, prende-se com o regime de dissolução, em especial a dissolução obrigatória prevista no artigo 62.º.

Com efeito, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, as empresas locais são obrigatoriamente objecto de deliberação com vista à sua dissolução, no prazo de seis meses, nas seguintes situações: (i) quando as vendas e prestações de serviços realizados durante os últimos três anos não cubram, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respectivos exercícios; (ii) quando o peso contributivo dos subsídios à exploração atribuídos pela entidade pública participante seja superior a 50% das receitas da empresa local; (iii) quando o valor do resultado operacional subtraído ao mesmo valor correspondente às amortizações e às depreciações seja negativo; e (iv) quando o resultado líquido, nos últimos três anos, seja negativo.

A dissolução “pura e dura”, no entanto, pode ser afastada mediante a aplicação de outras alternativas, que o RJAEL prevê, como a alienação da participação detida pela entidade pública participante (cf. artigo 63.º), a fusão com outra empresa local (cf. artigo 64.º, n.ºs 2 e 3)⁴², a integração em serviços municipalizados (cf. artigo 64.º, n.º 1) ou a internalização nos serviços das respectivas entidades públicas participantes (cf. artigo 65.º)⁴³.

A obrigatoriedade de dissolução observa, contudo, duas importantes excepções:

- (i) Se a empresa local tiver por objecto social principal actividades de ensino e formação profissional, a situação de dissolução prevista no artigo 62.º, n.º 1, alínea a), não é aplicável, *i. e.*, as vendas e as prestações de serviços realizados

⁴² A fusão com outra empresa local depende da demonstração da viabilidade económico-financeira e da racionalidade económica da futura empresa local, e está sujeita a visto prévio do Tribunal de Contas, nos mesmos termos que o procedimento de constituição.

⁴³ No que respeita à integração ou à internalização, o artigo 62.º, n.º 12, dispõe que a deliberação da empresa local que implique uma dessas soluções deve estar acompanhada por um plano que defina as actividades a integrar ou a internalizar, que contenha uma listagem dos postos de trabalho indispensáveis para a prossecução das actividades a integrar ou a internalizar e que contenha uma previsão das disponibilidades orçamentais necessárias.

durante os últimos três anos não necessitam de cobrir pelo menos 50% dos gastos totais para se manter na esfera empresarial das entidades públicas participantes;

- (ii) As situações de dissolução obrigatória não são aplicáveis às empresas locais que exercem, a título principal, as actividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura, da educação, de acção social, do desporto e da ciência, inovação e tecnologia⁴⁴.

Apresentado sumariamente este regime da dissolução obrigatória, conclui-se, sem necessidade de grandes desenvolvimentos, que o legislador adopta, uma vez mais, um regime altamente severo e excessivo⁴⁵, que descredibiliza o fenómeno de empresarialização como instrumento organizativo, não tomando em consideração os diferentes objectos sociais. Minimizou o legislador da revisão de 2018, apercebendo-se que, em face de certos objectos sociais, o desígnio da balança equilibrada e dos resultados financeiros positivos não deverá figurar como uma prioridade, ou, pelo menos, como um factor que determina a sua dissolução...

V. O requisito em crise: o controlo do Tribunal de Contas sobre a constituição de empresas locais

O regime *supra* exposto, e as opções tomadas pelo legislador num contexto de crise económico-financeira, surgem, como já vem sido avançado, como uma tentativa de emagrecer o sector empresarial local, tendo “*como finalidade principal limitar as possibilidades de derrapagem financeira dos municípios em consequência do financiamento de empresas locais financeiramente inviáveis*”⁴⁶.

Pretendemos, nesta fase, enunciar aquele requisito da constituição de empresas locais que, no nosso entender, suscita algumas dúvidas, não só quanto à sua aplicação, mas também quanto à sua admissibilidade jurídico-constitucional.

⁴⁴ Fruto, como daremos nota adiante, da revisão de 2018.

⁴⁵ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES ((2012), p. 285).

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 2951/2017, de 21 de Fevereiro, 1.ª Secção em Subsecção.

Sendo a constituição de uma empresa local um acto administrativo, não há dúvidas quanto à necessidade de ser fundamentado. Aliás, sendo um acto relativo à política organizacional das entidades públicas participantes e prolatado no exercício de uma discricionariedade conferida pela Constituição, corolário do princípio da autonomia local, a fundamentação surge, necessariamente, com importância reforçada. Nas palavras paradigmáticas de SÉRVULO CORREIA, “[t]anto mais quanto maior for a margem de liberdade de avaliação e de ponderação deixada pelo legislador ao concretizador da norma jurídica administrativa, terá a decisão de ser apreciada através de um pensamento orientado para o procedimento”⁴⁷.

A fundamentação, no quadro da constituição de empresas locais, assume contornos distintos. Ao passo que, na grande maioria dos actos administrativos, confere-se uma margem de livre decisão ao órgão que pratica o acto de definir como o irá fundamentar (melhor, qual o método da fundamentação), cabendo, posteriormente, à função jurisdicional aferir da (in)existência e da manifesta (in)suficiência⁴⁸, o RJAEL consagra diferentes regras de fundamentação, mais rígidas e inflexíveis, fruto, uma vez mais, da tentativa clara do legislador em emagrecer o sector empresarial local. Vejamos.

A regra geral sobre a fundamentação da constituição das empresas locais está consagrada no artigo 6.º, n.º 1, do RJAEL. Com efeito, as propostas “*devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público e, no caso da constituição de empresas locais, também na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver*”.

A primeira nota é a seguinte: a empresarialização deve representar uma melhor forma de prosseguir o interesse público em causa (algo *lapalissiano*...); mas também deve identificar as razões pelas quais será mais *conveniente* a gestão empresarial face à gestão pelos serviços da autarquia, tendo em conta a especificidade técnica e material da actividade a desenvolver.

O legislador não ficou por aqui.

⁴⁷ CORREIA (2019), p. 428.

⁴⁸ Sendo a fundamentação do acto em questão a concretização de conceitos indeterminados, “[o] tribunal não poderá substituir-se à Administração no desenvolvimento do raciocínio causal-teorético em questão, apenas lhe cabendo um controlo pela negativa (designadamente de inadequação do critério da avaliação ou prognose, ou seja, erro grosseiro ou manifesto de apreciação, que constitui a violação da primeira das três vertentes do princípio da proporcionalidade” (CORREIA (2019), pp. 92-93).

Diz o artigo 32.º, n.º 1, do RJAEL que “[a] *deliberação de constituição das empresas locais ou de aquisição de participações que confiram uma influência dominante, nos termos da presente lei, deve ser sempre precedida dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial, sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira*”.

Acrescenta o respectivo n.º 2 que “[o]s estudos previstos no número anterior devem incluir ainda a *justificação das necessidades que se pretende satisfazer com a empresa local, a demonstração da existência de procura atual ou futura, a avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante, assim como a ponderação do benefício social resultante para o conjunto de cidadãos*”.

Assim, e no mesmo momento em que a câmara municipal apresenta à assembleia municipal a proposta de constituição de uma empresa local (cf. artigo 32.º, n.º 6⁴⁹), deverá estar acompanhada dos seguintes estudos, sob pena de nulidade e responsabilidade financeira dos membros do órgão deliberativo responsáveis pela deliberação⁵⁰:

- (i) Estudos técnicos que demonstrem a *viabilidade económico-financeira* da empresa a constituir. A viabilidade económico-financeira será demonstrada através – mas não exclusivamente – de planos de projeto, na ótica do investimento, de exploração da empresa e do respectivo financiamento. Diz a lei que os estudos deverão identificar *ganhos de qualidade* na empresarialização de certo serviço público;
- (ii) Estudos técnicos que demonstrem a *racionalidade económica acrescentada* da empresarialização da actividade em causa.

Os estudos técnicos em causa devem, ainda, conter as seguintes indicações:

⁴⁹ À semelhança do acto de constituição propriamente dito, os estudos que a acompanham também são objecto de apreciação e deliberação pela assembleia municipal.

⁵⁰ O tipo de responsabilidade financeira a efectivar é a responsabilidade reintegratória, visto que, no caso de o município suportar custos com a constituição, a deliberação é nula, pelo que há um pagamento indevido, *i. e.*, um pagamento ilegal que causa dano para o erário público (artigo 59.º, n.ºs 1 e 4 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto – Lei da Organização e Processo do Tribunal de Contas, doravante, “LOPTC”).

- (i) Existência de procura actual e futura da actividade;
- (ii) Avaliação da actividade da empresa sobre as contas, a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante;
- (iii) Ponderação do benefício social resultante para os cidadãos.

Uma nota para referir que os estudos de viabilidade financeira e racionalidade económica são limitados nos casos em que a empresa a constituir exerçam, a título principal, as actividades de ensino, formação profissional, gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura, da educação, da acção social, do desporto e da ciência, inovação e tecnologia (cf. artigo 62.º, n.ºs 14 e 15, *ex vi* artigo 32.º, n.º 3, todos do RJAEL). Embora se afigure óbvio que, *v. g.*, uma empresa local cujo objecto social é a promoção de actividade relativa ao ensino ou à acção social não terá uma balança financeira equilibrada, na medida em que é um que é um serviço público da entidade pública participante que gera despesa pública (seja um serviço *empresarializado* ou *internalizado* nos serviços da entidade), o que é facto é que o “óbvio” só surgiu com a revisão do RJAEL operada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro (que aprova o Orçamento de Estado para 2019), na sequência de um Acórdão do Tribunal de Contas, que adiante daremos nota.

A esta exigência de fundamentação acrescentou o legislador uma particularidade interessante: nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do RJAEL, “[a] *fiscalização* [prévia] *prevista no número anterior incide sobre a minuta do contrato de constituição da empresa local [...], bem como sobre os elementos constantes do artigo 32.º*”.

E, como veremos, o controlo do Tribunal de Contas sobre a fundamentação do acto de constituição da empresa local não se cinge ao mero controlo da existência dos estudos e elementos previstos no artigo 32.º. Pelo contrário, o mandato que o legislador confere ao Tribunal de Contas para concessão, ou não, de visto à constituição prevê que todos os meandros da fundamentação do acto passem pelo Tribunal de Contas, bastando a insuficiência – já nem falamos em inexistência – da fundamentação para que o acto seja nulo e, conseqüentemente, não mereça visto.

Não há dúvidas que este é, sob pena de invalidade, um acto *ultra* fundamentado, não tendo paralelo noutros fenómenos de *empresarialização pública*⁵¹, fundamentação

⁵¹ Não encontramos igual ou semelhante regra no regime de criação de empresas públicas (Decreto-Lei n.º 133/2013), nem de criação de empresas regionais (Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A e Decreto Legislativo Regional n.º 13/2010/M). Na ausência de disposições sobre fundamentação do acto de

essa que terá, necessariamente, de obrigar a entidade pública participante à contratação de serviços de consultoria externos à autarquia, dada a especificidade dos estudos técnicos legalmente exigidos, visto que os estudos a apresentar não se bastam numa perspectiva organizatória⁵², exigindo-se estudos com uma componente técnica de avaliação da actividade a empresarializar.

Um parágrafo final, para dar conta que os conceitos ínsitos no artigo 32.º do RJAEL não são conceitos de fácil determinação⁵³, que podem resultar em aplicações distintas. Veja-se, a título de exemplo, o conceito de *benefício social, ganhos de qualidade* ou *racionalidade acrescentada*. O objectivo seria que o órgão competente da entidade pública participante, com os factos à sua disposição, subsumisse-os a esses conceitos; no entanto, é notório que os mesmos factos podem resultar em interpretações diferentes e, consequentemente, a uma diferente determinação desses conceitos. O problema surge com a possibilidade que o legislador confere ao Tribunal de Contas de participar nesse exercício interpretativo, ao submeter os estudos técnicos a fiscalização prévia...

constituição, é aplicável o regime geral ínsito no Código do Procedimento Administrativo (doravante, “CPA”), deixando no órgão competente o modo da fundamentação.

⁵² Neste sentido, COSTA GONÇALVES (2012), p. 171.

⁵³ Seguimos, ao longo da nossa tese, a metodologia de SÉRVULO CORREIA ((2019), pp. 103-109), na medida em que não reconduzimos uma indeterminação de conceitos da previsão ou estatuição da norma num amplo conceito de discricionariedade: apesar da margem de livre apreciação e a discricionariedade terem traços em comum, nomeadamente o facto de ambas resultarem de uma “*técnica de abertura na formulação dos preceitos [...] a deixar ao aplicador administrativo um espaço de concretização autodeterminada*”, justifica-se a sua distinção por uma “*questão de consistência metodológica e de rigor dogmático*”. Mesmo sabendo que as duas modalidades prevêm uma abertura da previsão normativa, o seu preenchimento é diferente consoante a modalidade: na margem de livre apreciação, utiliza-se uma permissão de alargamento disjuntivo da previsão, enquanto na discricionariedade utiliza-se um alargamento conjuntivo da previsão. Como refere SÉRVULO CORREIA, tem-se assistido, na jurisprudência, a uma *imperfeição na conceptualização de conceito indeterminado*, colando a estes outros conceitos situados na previsão da norma que suscitam uma *mera dificuldade de interpretação*, ultrapassável através de uma argumentação teórico-discursiva. Estes conceitos não são verdadeiros conceitos indeterminados, carecendo, apenas de uma “*densificação segundo metodologia jurídica*”, passível de refutação objectiva. Os conceitos indeterminados *proprio sensu* carecem de um raciocínio causal-teorético, de juízos de valor ou de prognose, cuja refutação se apresenta mais duvidosa ((2019), p. 98).

Esta segunda distinção apresenta-se da maior importância, *maxime* no que respeita à sindicabilidade jurisdicional dos actos administrativos.

VI. Ponto prévio: a natureza jurídica da fiscalização prévia do Tribunal de Contas sobre a constituição de empresas locais

Posta que está a caracterização dos conceitos em crise ínsitos no artigo 32.º do RJAEL, cremos que surge necessário tecer umas breves considerações, ainda que não exaustivas, por motivos de economia do presente trabalho, sobre a natureza jurídica do controlo do Tribunal de Contas sobre a constituição de empresas locais.

Diga-se, introdutória e sumariamente, que o Tribunal de Contas português é um tribunal *sui generis*, que tem competências jurisdicionais e não jurisdicionais⁵⁴. Não obstante, o Tribunal de Contas é um *verdadeiro* tribunal: “*um tribunal financeiro, um órgão de soberania, um órgão constitucional do Estado, independente, não inserido na Administração Pública, em particular, no Estado/Administração*”⁵⁵.

Como vimos, o artigo 23.º do RJAEL é claro quanto ao tipo de actividade exercido pelo Tribunal de Contas nesses casos: a *fiscalização prévia*, e conseqüente atribuição, ou não de visto.

Vem sido discutida, entre nós, qual a *natureza jurídica da actividade de fiscalização prévia exercida pelo Tribunal de Contas*: se se trata de uma actividade materialmente administrativa, com fim à atribuição de um visto – que configura um acto integrativo de eficácia –, ou se se trata de uma função verdadeiramente jurisdicional.

Uma primeira corrente doutrinária considera que o visto “*é uma decisão materialmente jurisdicional, constituindo um ato de controlo externo, prévio e preventivo sobre actos e contratos de administração relativamente aos quais é uma “conditio iuris”, requisito de eficácia financeira e de manutenção da eficácia (relativamente aos efeitos não financeiros)*”⁵⁶⁻⁵⁷.

⁵⁴ O que não se confunde com a generalidade dos tribunais, órgãos pura e essencialmente jurisdicionais, cujas actividades administrativas são meramente internas, no âmbito da administração judiciária. As competências não jurisdicionais do Tribunal de Contas, ao contrário dos tribunais comuns e administrativos e fiscais, têm carácter externo e configuram competências materialmente administrativas (e não meras competências de administração judiciária).

⁵⁵ TAVARES (2014), p. 514.

⁵⁶ TAVARES (2014), p. 518.

⁵⁷ Considerando que o poder de fiscalização prévia configura um poder jurisdicional, v. EDUARDO PAZ FERREIRA ((2020), p. 322)

Outra corrente, divergente sustenta que a fiscalização prévia e concessão de visto por parte do Tribunal de Contas não consiste numa função jurisdicional, mas sim numa função administrativa, na medida em que, tanto na fiscalização prévia, como na fiscalização concomitante e sucessiva, o Tribunal de Contas está munido de competências “*que desconhecem os ingredientes essenciais da função de julgar: correspondem a uma função de controlo – ou seja, de verificação e de apreciação da conformidade de actos e de medidas com regras, padrões ou parâmetros (de controlo) que têm de ser observados –, mas em cujo desempenho está radicalmente ausente qualquer intencionalidade de resolução de um litígio e de fazer o TdC intervir como um terceiro imparcial e com essa incumbência específica*”^{58- 59}.

A presente contenda doutrinária, ainda que apresentada em moldes meramente expositivos, terá consequências ao nível da fiscalização prévia sobre a constituição de empresas locais; em particular, em saber se o controlo que o Tribunal de Contas leva a cabo é um controlo jurisdicional, ou se é uma actividade materialmente administrativa. Vejamos em que termos.

VII. A *praxis* do Tribunal de Contas: análise crítica

Vejamos de que forma o Tribunal de Contas tem fiscalizado a constituição de empresas locais e qual o método por si utilizado.

O Tribunal de Contas vem recusado o visto à constituição ou fusão⁶⁰ de empresas locais nas situações em que não são apresentados estudos que demonstrem a racionalidade da empresarialização por comparação. Isto é, para o Tribunal, o município teria de demonstrar, no que diz respeito à racionalidade económica, que a fusão (manutenção da empresarialização) seria preferível quando comparada com a internalização (gestão directa), integração (transformação em serviços municipalizados, nos termos dos artigos 64.º, n.º 1, e 10.º, n.º 2, do RJAEL) e com a dissolução.

⁵⁸ COSTA GONÇALVES (2021), p. 57.

⁵⁹ Considerando que o poder de fiscalização prévia configura uma actividade materialmente administrativa, v. FREITAS DO AMARAL ((2018), pp. 261 e ss.) e AROSO DE ALMEIDA ((2021), p. 51).

⁶⁰ Sujeita, como vimos, ao mesmo controlo, *ex vi* artigo 64.º, n.º 2, do RJAEL.

Este é um entendimento que perpassa toda a jurisprudência analisada do Tribunal de Contas: a exigência de uma análise comparativa como *único* método de demonstração da racionalidade acrescentada/económica: a título de exemplo, o Acórdão n.º 32/2013, 1.ª Secção em Subsecção, o Acórdão n.º 14/2014, 1.ª Secção em Plenário, o Acórdão n.º 13/2015, 1.ª Secção em Plenário, o Acórdão n.º 25/2017, 1.ª Secção em Plenário, o Acórdão n.º 11/2018, 1.ª Secção em Plenário e o Acórdão n.º 7/2021, 1.ª Secção em Subsecção⁶¹. Salvo melhor entendimento, cremos que se está perante uma concepção verdadeiramente assente na jurisprudência do Tribunal, aparentemente não afastada por nenhum aresto ou declaração de voto...

Esta é uma corrente jurisprudencial que não se deve aceitar, visto que, em nosso entender, o Tribunal de Contas actua *ultra vires*, exigindo às entidades públicas participantes a demonstração de algo que a lei não exige.

Com relevância para o nosso ponto, apenas encontramos, no RJAEL, por duas vezes a palavra “comparação”: no artigo 32.º, n.º 7, que exige uma análise comparativa pós-constituição da empresa face aos dados apresentados no estudo de viabilidade económico-financeira; e no artigo 6.º, n.º 1, que exige à entidade pública participante que fundamente a constituição da empresa local com a conveniência da empresarialização da actividade quando comparada (apenas!) com a gestão directa.

Desconhecemos onde é que o Tribunal de Contas encontra esta exigência de análise comparativa como o (único) método para preencher os conceitos ínsitos no artigo 32.º do RJAEL. Facto é que assentou uma corrente jurisprudência forte nesse sentido.

Procuremos onde, no RJAEL, surge esta exigência de análise comparativa entre todas as soluções possíveis, para além da empresarialização.

O artigo 6.º, n.º 1, do RJAEL não exige esse tipo de comparação para fundamentar a viabilidade económico-financeira e a racionalidade acrescentada da constituição de uma empresa local. Não só porque este artigo apenas exige uma comparação com a internalização (e não com a integração, com a dissolução, com a aquisição de serviços, com a aquisição de participações sociais, etc.), como também, sendo rigoroso, o controlo do Tribunal de Contas apenas incide sobre os elementos constantes do artigo 32.º do RJAEL

⁶¹ Relativamente a este último, estava em causa a constituição de uma cooperativa, cuja constituição está sujeita a visto prévio do Tribunal de Contas nos mesmos termos, *ex vi* artigo 58.º, n.º 3, do RJAEL

(cf. artigo 23.º, n.º 2). Embora, concedamos que o artigo 32.º surge como uma densificação daquela regra geral...

Só se esta exigência de análise comparativa advier da demonstração da “*racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da actividade através de uma entidade empresarial*”. Temos as maiores reservas em admitir que esta demonstração *só* é feita através de uma análise comparativa a *todas* as opções existentes. Parece-nos que se trata de uma criação jurisprudencial, do estabelecimento, quase com carácter vinculativo, de uma técnica de interpretação a ser seguida pelas entidades públicas participantes.

Ao exigir esta análise comparativa com *todas* as alternativas possíveis, o Tribunal de Contas encara a empresarialização como medida de *ultima ratio*, na medida em que parece sustentar que basta que uma alternativa seja financeiramente melhor para que a empresarialização não seja admissível, desligando-se de todas as vantagens que poderia gerar.

Chega até a ser dito pelo Tribunal de Contas que, “*no caso da fusão de empresas em alternativa à dissolução (por se verificarem os pressupostos do artigo 62.º, n.º 1, do RJAEL), a demonstração deve, obrigatoriamente, ter por termos comparativos as restantes opções legais, a saber, a própria dissolução, a internalização das actividades nos serviços do município e a sua integração em serviços municipalizados*”⁶². Não encontramos, é certo, essa exigência no RJAEL: trata-se de uma criação jurisprudencial do Tribunal de Contas que extravasa as suas competências (que, *per si*, já são intensas) e que tem sido abraçada por outros arestos.

Chegando, numa situação em particular, até à ilógica afirmação que “[t]al deliberação não ponderou outras opções legais possíveis de viabilização ou não viabilização das empresas e, por isso, não está legal e devidamente fundamentada, nos termos legalmente exigidos. Tomou-se uma decisão sem qualquer fundamentação”⁶³. Isto, mesmo

⁶² Acórdão n.º 7/2014, de 27 de Fevereiro, 1.ª Secção em Subsecção, p. 11.

⁶³ Acórdão n.º 7/2014, de 27 de Fevereiro, 1.ª Secção em Subsecção, p. 13. Neste caso em apreço, e digno de nota, o Tribunal de Contas não considerou o estudo de viabilidade económico-financeiro viável, na medida em que os resultados da empresa municipal resultantes da fusão, se retirados os subsídios à exploração e as prestações de serviços ao município, não são aceitáveis. Aqui, o Tribunal, mais uma vez, procede a uma interpretação do RJAEL sem amparo no mesmo. Os subsídios à exploração são fontes “legítimas” (passe a expressão...) de receita, desde que celebrado um contrato-programa, bem como as prestações de serviços com o município, desde que demonstrado o respeito pela concorrência e a prática de preços de mercado (sob pena de se considerarem subsídios ao investimento, proibidos pelo artigo 36.º, n.º 1, do RJAEL). Nesta situação, os montantes dos subsídios à exploração não eram superiores a 50%, de acordo com o estudo, pelo que não haveria risco de futura dissolução à luz do artigo 62.º, n.º 1, alínea a), do RJAEL.

sabendo que o município comparou a fusão com a internalização e que houve, efectivamente, uma fundamentação... O Tribunal de Contas trata uma insuficiência de fundamentação – que, em bom rigor, não é – como uma inexistência de fundamentação, cominando com a nulidade do acto.

Salvo melhor opinião, esta é uma corrente jurisprudencial sem amparo no RJAEL, e de constitucionalidade duvidosa, visto que analisa os parâmetros de viabilidade económico-financeira para além do estipulado na lei.

Como nos diz VIEIRA DE ANDRADE, a respeito da fundamentação de actos discricionários, e ilustrando muito bem esta situação, com a fundamentação do acto “[o] juiz pode controlar melhor, mas não tem de controlar mais; dispõe de mais elementos para a prova ou para a formação mais segura da sua convicção, mas não adquire faculdades ou poderes novos”⁶⁴.

Posto isto, não podemos deixar de mencionar um aresto da máxima importância antes de encerrarmos o presente capítulo. o já mencionado Acórdão n.º 11/2018, 1.ª Secção em Plenário. Estava em causa a constituição de uma empresa municipal pelo município do Porto, cujo objecto social seria a *prestação de serviços na área da cultura*. Houve, efectivamente, estudos de viabilidade económico-financeira, aferindo da racionalidade económica da constituição da empresa local. Não existiram estudos comparativos, tendo mesmo o município do Porto alegado que seria inconstitucional que o Tribunal de Contas exija estudos comparativos como elemento obrigatório do estudo técnico, por violação do princípio da separação de poderes: para o município do Porto, a lei não exige tais estudos comparativos, não cabe ao Tribunal de Contas asseverar da bondade do estudo adoptado (*rectius*: das técnicas adoptadas) e o Tribunal de Contas só poderá considerar a deliberação nula se os estudos inexistirem ou se tiverem falhas graves.

O Tribunal sustentou que o estudo de viabilidade económico-financeira tinha um discurso vago e superficial, não tendo suporte em números, representara um aumento de gastos; o estudo, em si, apresentara juízos valorativos ao invés de jurídicos, organizacionais e financeiros.

Ainda assim, o Tribunal de Contas considerou que a empresa não seria auto-sustentável, num exemplo claro daquilo que o Tribunal de Contas não deve fazer.

⁶⁴ ANDRADE (1991), p. 269,

O que surpreende é que o Tribunal de Contas não tem em conta que a prestação de serviços na área da cultura, da acção social, da educação, etc., nem sempre implica (ou tem como objectivo) os ganhos de receita. A empresarialização, a nosso ver, e como já tivemos oportunidade de referir, nem sempre configura um fenómeno com ímpeto lucrativo; os ganhos que se pretendem poderão ser meramente organizacionais, não se reflectindo directamente na balança comercial. Nesta medida, em áreas que têm um propósito social, não deveria, em nosso entender, ser exigida a demonstração de uma tendencial auto-sustentabilidade económica e financeira da empresa local.

Andou bem o legislador, na sequência deste aresto, em rever o RJAEL (através da Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2019), aditando o actual artigo 32.º, n.º 3, já *supra* analisado, nos termos do qual, através de remissão para o artigo 62.º, n.º 15, a viabilidade e sustentabilidade económico-financeira de empresas cuja actividade principal seja o ensino ou a formação profissional, a gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura, da educação, da acção social, do desporto e da ciência, inovação e tecnologia, não têm em conta os elementos de dissolução de empresa para efeitos de análise do estudo de viabilidade.

Como nos disse PEDRO COSTA GONÇALVES, logo após a entrada em vigor do RJAEL, mas plenamente aplicável a estas considerações, “*há missões locais que, pela natureza das coisas, podem não se apresentar lucrativas ou proveitosas, mais ainda assim podem beneficiar com uma gestão empresarial*”⁶⁵.

VIII. A questão da *racionalidade económica* e da *viabilidade económico-financeira* da constituição de empresas locais e o respectivo controlo do Tribunal de Contas: o que está em causa

A lei, como vimos, mandata o Tribunal de Contas a preencher os conceitos de viabilidade económico-financeira e de racionalidade económica, no âmbito da constituição de empresas locais. O Tribunal de Contas, por seu turno, cumpre o mandato de uma forma ainda mais cerrada, assentando técnicas com carácter quase vinculativo para o

⁶⁵ COSTA GONÇALVES (2012), p. 285.

preenchimento desses conceitos. O quadro legal, bem como a prática reiterada do Tribunal a partir de 2012, suscita, necessariamente, dúvidas quanto à admissibilidade, à luz do princípio da separação de poderes e do princípio da autonomia local, do controlo que o Tribunal de Contas leva a cabo.

Creemos que podemos afirmar, desde já, uma conclusão: para além do propósito inegável do RJAEI de diminuir o sector empresarial local, tentou o legislador, para além dessa redução, limitar a constituição de empresas locais no futuro. O instrumento privilegiado para essa limitação foi, por um lado, a exigência de fundamentação acrescida⁶⁶ e, por outro, a sujeição desses elementos atinentes à fundamentação do acto constitutivo a visto prévio do Tribunal de Contas.

O problema que nos ocupa é exactamente essa conjugação, entre o artigo 32.º e o artigo 23.º, n.º 2.

O controlo do Tribunal de Contas sobre estes elementos é manifestamente desconhecido do conceito de *fiscalização prévia*. Diz o artigo 44.º, n.º 1, da LOPTC, que “[a] *fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria*”.

Ora, a *fiscalização prévia* tem como objectivo o controlo da legalidade dos actos geradores de despesa, bem como a verificação da cabimentação orçamental da mesma.

Com efeito, é algo estranho ao conceito de *fiscalização prévia* que o controlo da constituição de empresas locais tenha por base a verificação de estudos de carácter técnico e que, com carácter vinculativo, se concretize conceitos como os de “*ganhos de qualidade*”, “*racionalidade acrescentada*”⁶⁷, ou se efectue juízos de ponderação sobre o “*benefício social resultante para o conjunto de cidadãos*”.

⁶⁶ Embora o artigo 9.º da Lei n.º 53-F/2006 já previsse que a constituição devesse ser acompanhada dos necessários estudos técnicos, “*nomeadamente do plano do projecto, na óptica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade económica das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da actividade através de uma entidade empresarial*”, o que é facto é que o artigo 32.º do RJAEI densifica, ainda mais, essa necessidade de fundamentação, *maxime*, através do seu n.º 2.

⁶⁷ Os conceitos “*racionalidade económica acrescentada*” e “*ganhos de qualidade*” são conceitos de difícil interpretação: ganhos de qualidade relativamente a quê? Racionalidade económica acrescentada face a quê?

O Tribunal de Contas já se pronunciou sobre esta questão. Lê-se, no Acórdão n.º 19/2015, da 1.ª Secção em Plenário, que o Tribunal está sujeito ao princípio da legalidade, sob pena de se tornar um “*veículo de insegurança e incerteza jurídicas, postergando e violando os mais lúdicos princípios que estruturam o nosso ordenamento jurídico, quais seja, entre outros, os princípios da universalidade, igualdade e transparência*”. Assim, reconhecendo, na esteira de PEDRO COSTA GONÇALVES, que as normas do RJAEL⁶⁸ traduzem alguma radicalidade ou severidade excessiva, “*só o legislador poderá traçar orientação diversa, quiçá mais ajustada, mediante atinente norma*ção”.

Vejamos. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da LOPTC, “[o] *Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras*”. Deixando de parte o apuramento de responsabilidades financeiras, existem duas grandes dimensões respeitantes ao controlo do Tribunal de Contas: a fiscalização da legalidade dos actos geradores de despesa e a apreciação da boa gestão financeira, sendo que esta segunda dimensão “*corresponde a um controlo técnico de economicidade, eficiência e eficácia, que tem por objeto a verificação da realização dos objetivos e resultados esperados, segundo critérios de boa gestão*”⁶⁹.

Esta segunda dimensão é estranha à fiscalização prévia (cf. artigo 44.º da LOPTC), sendo característica da fiscalização sucessiva (cf. artigo 50, n.º 1, da LOPTC).

O Tribunal de Contas, como vimos, sustenta que é a lei que confere esses poderes de controlo, pelo que, como se depreende dessa posição, ao apurar que a viabilidade económico-financeira e a racionalidade económica de uma empresa local, o Tribunal está a fiscalizar a legalidade desse acto gerador de despesa.

Assumimos que o Tribunal de Contas, possa ter assumido uma interpretação sistemática do RJAEL no seu todo (em especial, o artigo 6.º) e ter concretizado os conceitos no sentido de demonstrar uma análise comparativa relativamente a todas as alternativas existentes. Em nosso entender, os conceitos em causa são indeterminados e carecem de um juízo de ponderação, por parte do órgão administrativo, através dos factos à sua disposição. Os métodos escolhidos para efectuar esse juízo de prognose são métodos que incumbe à entidade pública participante escolher, de forma a cumprir o desígnio do legislador: fundamentar o acto de constituição da empresa local tendo em vista a demonstração de ganhos de qualidade e da racionalidade económica da empresarialização

⁶⁸ Em causa estava a dissolução obrigatória da empresa local, mas o entendimento aí vertido é plenamente aplicável à constituição.

⁶⁹ ALMEIDA (2021), p. 46.

Salvo melhor opinião, cremos que essa posição peca pelo seu excessivo formalismo.

Assente que está que o “*controlo técnico de boa gestão*” não tem lugar no âmbito da fiscalização prévia, não podemos deixar de reconduzir o controlo dado ao Tribunal de Contas para aferir dos elementos previstos no artigo 32.º do RJAEL (*ex vi* artigo 23.º, n.º 2) como um controlo de boa gestão financeira mascarado sob a forma de controlo de legalidade: é um controlo de boa gestão financeira encapotado, cominando com desvalores jurídicos a concretização de conceitos indeterminados, que, quando efectuada pelo Tribunal de Contas nestas situações, se reconduz à aferição da bondade da gestão financeira.

Classicamente sujeitos a visto prévio estão os contratos públicos, sendo que o respectivo processo de fiscalização prévia, quando aplicável, tem, na prática, em vista averiguar se o procedimento pré-contratual que antecedeu a celebração do contrato padece de alguma invalidade. Em causa estão, na grande parte dos casos, invalidades procedimentais, situações vinculadas, em que o papel do Tribunal de Contas se cinge à aferição do cumprimento das normas aplicáveis ao procedimento em questão.

Situação diferente é a de possibilitar ao Tribunal de Contas, substituindo-se aos órgãos administrativos, que preencha conceitos indeterminados ou técnicos com as suas próprias valorações. Seria, fazendo um paralelismo com o Direito da Contratação Pública, que o Tribunal se substituísse ao órgão com competência para autorizar a despesa da entidade adjudicante na definição dos motivos que levaram à decisão de contratar (cf. artigo 36.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos), e, porventura, não concedesse visto a um contrato por tecer uma valoração diferente dos factos que levaram à decisão de contratar e não concordar com a necessidade de recorrer aos mercados públicos.

Como foi defendido pelo próprio Tribunal, “*não compete ao Tribunal de Contas, nesta sede de fiscalização prévia, apurar se o modelo de negócio adotado [...] representa ou não uma vantagem económica para o Estado; compete-lhe apenas, no estrito cumprimento da LOPTC [artigo 5.º, n.º 1, al. c)], fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental do contrato em análise*”⁷⁰. Se este foi o seu entendimento relativamente à concessão de visto a contrato celebrado nos termos do Código dos Contratos

⁷⁰ Acórdão n.º 8/2018, 1.ª Secção em Plenário.

Públicos, também o deveria ser, por igualdade de razão, na concessão de visto a acto de constituição de empresa local, visto que o processo é o mesmo e estão ambos sujeitos à mesma lei – a LOPTC.

Não somos ingénuos, ou intelectualmente desonestos, ao ponto de configurar todos os conceitos ínsitos no artigo 32.º do RJAEL como conceitos indeterminados: percebemos, por exemplo, que, através de uma interpretação sistemática com o artigo 62.º, n.º 1, do RJAEL, a viabilidade económico-financeira da empresa local a constituir poderá ser demonstrada através da verificação de uma balança financeira positiva.

Ainda assim, convenhamos que o controlo, nessa situação – bem como relativamente a todos os elementos do artigo 32.º, n.ºs 1 e 2 –, não é um controlo de legalidade, mas sim um controlo técnico, que ultrapassa, em nosso entender, as funções da fiscalização prévia.

É certo que o Tribunal de Contas também poderá proceder a um controlo que não é puramente jurídico; no entanto, não é certo que, se a lei submeter ao Tribunal um controlo de boa gestão financeira, esse controlo se transforma em controlo jurídico. E nem se diga que o princípio da boa administração funciona como princípio-chapéu para que o Tribunal de Contas confira juridicidade a considerações que versem sobre boa gestão financeira: uma coisa é a fiscalização prévia, o controlo da legalidade dos actos geradores de despesa; coisa diferente é o controlo da boa gestão financeira – o mesmo é dizer, do mérito financeiro – das opções tomadas⁷¹.

Ainda que reconheça que a fiscalização prévia deverá ultrapassar o controlo mínimo, meramente formal ou burocrático, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA sustenta que, “*nos tipos de situações em que faltem conhecimentos e instrumentos técnicos de aplicação exata e critérios técnicos ou científicos de conteúdo objetivo, não é possível um controlo meramente verificativo, sustentado na ciência ou na técnica*”, pelo que “*deve reconhecer-se que, nesses casos, nos encontramos em domínios em que a Administração está investida de poderes de valoração próprios, que não podem ser fiscalizados quanto ao seu mérito por nenhum Tribunal*”⁷².

⁷¹ Neste sentido, COSTA GONÇALVES (2018), p. 1006.

⁷² ALMEIDA (2021), pp. 50-51.

Manifestando preocupação semelhante, PEDRO COSTA GONÇALVES sustenta que é problemático estender-se o controlo da boa gestão financeira para planos que não o da legalidade, sendo apenas de aceitar que este controlo, “*quando limitad[o] ao plano da fiscalização sucessiva e desprovida de carácter vinculativo*”⁷³.

O que é facto é que o legislador da LOPTC foi claro ao estatuir, no seu artigo 44.º, n.º 3, quais os fundamentos de recusa de visto. Sendo certo que o legislador adopta “*um entendimento lato da fiscalização da legalidade, não cingindo a intervenção do Tribunal de Contas à verificação do cabimento orçamental ou das normas financeiras*”⁷⁴ (como até o demonstra o artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC...), o visto é – e quanto a isso não há dúvidas – um visto de legalidade, mas em que a sua recusa está circunscrita à verificação de um determinado leque de ilegalidades. O que significa que, *prima facie*, o Tribunal de Contas só pode recusar o visto quando a desconformidade do acto implique (i) nulidade, (ii) encargo sem cabimentação orçamental ou (iii) ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.

No entanto, esta postura do Tribunal de Contas não é exclusiva do controlo da actividade empresarial local. Recentemente, verificaram-se episódios de recusa de visto a situações em que, considerou a doutrina, o Tribunal de Contas procedeu a uma interpretação criativa do âmbito subjectivo do regime jurídico das parcerias público-privadas, aplicando-o às autarquias locais, ainda que o dito regime as exclua do leque de parceiros públicos⁷⁵.

Tanto nessa situação, como no controlo que o Tribunal vem exercendo sobre a actividade empresarial, verifica-se um “activismo judicial” que, no caso *supra*, se concretizou na adopção de uma “concepção principialista do regime da contratação pública”⁷⁶, e que, pedindo de empréstimo os argumentos de Rui Medeiros, no controlo sobre a actividade empresarial local, se concretiza através da adopção de uma concepção principialista do RJAEL.

⁷³ COSTA GONÇALVES (2021), p. 61.

⁷⁴ MARTINS (2021), p. 239.

⁷⁵ Veja-se o Acórdão n.º 1/2019, 1.ª Secção em Plenário, bem como os comentários de RUI MEDEIROS ((2020), pp. 18 e ss.).

⁷⁶ Neste sentido, RUI MEDEIROS (2020), p. 20.

Isto porque, como vimos, o controlo que o Tribunal de Contas parece levar a cabo é manifestamente mais intenso daquele que o RJAEL prevê, o que se verifica, desde logo, na adopção de métodos de fundamentação obrigatórios.

Mas também é digno de nota o “esforço”, salvo o devido respeito, do Tribunal em assacar nulidades aos actos para recusar o visto, seja, por exemplo, equiparando a adopção do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa à ausência total de procedimento, cominando na nulidade (*ex vi* artigo 161.º, n.º 2, alínea 1), do CPA), seja cominando com a nulidade do acto de constituição de empresa local por fundamentação insuficiente. Veja-se, a este propósito, que o artigo 32.º, n.º 1, *in fine*, RJAEL, apenas refere que a deliberação de constituição deve ser sempre acompanhada dos necessários estudos técnicos, sob pena de nulidade. Ora, vimos que o Tribunal, na ausência da *demonstração da racionalidade económica por comparação* (estudo que, como vimos, a lei não prevê...), sustenta que o acto de constituição não é fundamentado, que não existe qualquer fundamentação⁷⁷, apenas para poder cominar o acto com a nulidade e recusar o visto – mesmo sendo pacífico que um acto mal fundamentado não é, nem nos termos do CPA, nem mesmo nos termos do RJAEL, nulo...

Em nossa opinião, a realidade atinente ao visto prévio no quadro da constituição de empresas locais fere o princípio da separação de poderes, inquinando a constitucionalidade do artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, quando conjugado com o artigo 23.º, n.º 2, na medida em que, como veremos, em causa não está apenas a interpretação que o Tribunal de Contas faz dos seus poderes, mas sim o facto da lei mandar o Tribunal ao seu exercício.

No que se refere à concretização dos conceitos ínsitos no artigo 32.º do RJAEL, não consideramos que todos sejam indeterminados – alguns deles são ultrapassáveis através de juízos técnicos e exercícios hermenêuticos. No entanto, dúvidas não há quanto à atribuição de uma verdadeira margem de livre apreciação administrativa no preenchimento dos conceitos “*ganhos de qualidade*”, “*ganhos de qualidade*”, “*racionalidade acrescentada*”, “*avaliação dos efeitos da atividade da empresa sobre as contas e a estrutura organizacional e os recursos humanos da entidade pública participante*”, “*benefício social para o conjunto de cidadãos*”.

⁷⁷ Neste sentido, v. o já citado Acórdão n.º 7/2014, de 27 de Fevereiro, 1.ª Secção em Subsecção.

Esta margem de livre apreciação está aliada ao poder discricionário de constituir uma empresa local que brota, como vimos, do princípio da autonomia local. Como sustentaram SÉRVULO CORREIA e FRANCISCO PAES MARQUES, “*a lei tem de conceder uma margem de livre decisão às autarquias quanto à forma dessa prossecução [das suas atribuições], isto é, uma amplitude quanto à escolha do Direito Público ou do Direito Privado, ou quanto à forma direta ou indireta de levar a cabo os fins autárquicos*”⁷⁸.

Posto isto, e na mesma medida em que a sindicabilidade da margem de livre decisão administrativa nos tribunais administrativos está limitada a casos excepcionais, a erros grosseiros de apreciação, também deveria ser vedado ao Tribunal de Contas a possibilidade de asseverar sobre a fundamentação de actos administrativos de constituição de empresas locais.

Como nos disse VIEIRA DE ANDRADE, “*o juiz administrativo deve respeitar os espaços próprios da valoração e decisão estratégico-política e técnico-administrativa – não lhe compete interferir autonomamente na execução de políticas públicas ou na regulação económico-social*”, pelo que “*não lhe cabe julgar a eficiência dos meios ou avaliar os resultados em função dos padrões tecnicamente estabelecidos ou politicamente anunciados ou fixados*”⁷⁹.

Ora, estas mesmas considerações deveriam ser aplicáveis, necessariamente, à jurisdição financeira; ao invés, “*ao aliar poderes muito diversos, suscetíveis de ser manuseados com ampla discricionariedade, o Tribunal de Contas dispõe de um instrumentário particularmente poderoso e que não tem paralelo na jurisdição administrativa*”⁸⁰.

IX. Esquissos conclusivos: a inconstitucionalidade do controlo do Tribunal de Contas sobre o acto de constituição de empresas locais

A posição *sui generis* que o Tribunal de Contas ocupa, no nosso espaço jurídico-constitucional, traz consigo algumas dúvidas quanto à verdadeira natureza dos seus actos,

⁷⁸ CORREIA, MARQUES (2021), p. 491.

⁷⁹ ANDRADE (2013), p. 44

⁸⁰ MEDEIROS (2020), p. 23.

não sendo líquido saber se a actividade de fiscalização prévia prevista no RJAEL é uma actividade que se insere na função jurisdicional ou administrativa do Estado. No entanto, como veremos, a nossa conclusão é independente de considerar a fiscalização prévia uma actividade administrativa ou jurisdicional.

Mas, por agora, consideremos que, de um ponto de vista formal e orgânico, o Tribunal de Contas é, por imperativo constitucional, um verdadeiro tribunal, sujeito aos princípios constitucionais da organização dos tribunais estabelecidos na Constituição⁸¹. Como se tentou expor, ao mandar o Tribunal de Contas para aferir criticamente da constituição de empresas locais, através da elaboração de juízos valorativos que incumbem exclusivamente à Administração Pública, o legislador permite expressamente que um órgão do poder jurisdicional exerça funções administrativas.

Entendemos, embora sem tomar posição, que parte da actividade do Tribunal de Contas – no qual, segundo certa doutrina, se insere a concessão de visto – não é uma actividade jurisdicional. Não obstante, *“impõe-se ter presente que, expressamente, a Constituição só se refere à fiscalização da legalidade das despesas públicas: embora autorize o legislador a conferir outras competências, é duvidoso que esta abertura possa abranger a autorização para a lei definir parâmetros não legais de controlo da despesa pública”*⁸².

Como já avançámos no capítulo antecedente, o princípio da separação de poderes sai ferido da opção legislativa em apreço.

Assim, salvo melhor opinião, consideramos inconstitucional, por violação do princípio da separação de poderes, o disposto no artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, quando conjugado com o artigo 23.º, n.º 2, ambos do RJAEL. Reiteramos que não consideramos inconstitucional a singela exigência de fundamentação acrescida, nem consideraríamos inconstitucional a sujeição a visto prévio do acto constitutivo da empresa local. Consideramos, pois, inconstitucional, a interpretação da expressão final ínsita no artigo 23.º, n.º 2 (*“bem como sobre os elementos constantes do artigo 32.º”*), nos termos em que possibilita ao Tribunal de Contas a elaboração de juízos próprios sobre a bondade e economicidade da

⁸¹ Neste sentido, MARTINS (2011), p. 10.

⁸² COSTA GONÇALVES (2021), p. 61.

constituição de empresas locais, juízo que pertence em exclusivo à função administrativa autárquica.

Como tentámos expor nos capítulos antecedentes, verificam-se duas situações, que cominam, em nosso entender, na inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, julgamos que a citada norma, ínsita na parte final do artigo 23.º, n.º 2, é, em si mesma inconstitucional, pelas razões acima mencionadas. Poder-se-ia sustentar que a norma não diz expressamente que o Tribunal de Contas deve controlar o mérito o acto de constituição de empresas locais, que deve controlar o teor dos estudos previstos no artigo 32.º do RJAEL, pelo que, ao apenas referir que a fiscalização prévia incide sobre os elementos previstos nesse artigo, a norma, em si mesma, não é inconstitucional, apenas o seria uma interpretação do mesmo que legitimasse um controlo do Tribunal de Contas que incida sobre o conteúdo desses mesmos elementos.

Uma interpretação do artigo nesse sentido – que é, como vimos, a interpretação seguida pelo Tribunal de Contas – é, a nosso ver, inconstitucional.

Mas não é apenas a interpretação que se extrai do artigo que padece de inconstitucionalidade.

Com efeito, se uma interpretação literal do artigo 23.º, n.º 2, poderia resultar numa conclusão desse tipo, uma interpretação sistemática, teleológica e histórica do mesmo preceito aponta noutra sentido, como, aliás, já o denotámos.

Quando um contrato é celebrado por uma entidade adjudicante, o Código dos Contratos Públicos não prescreve que elementos atinentes ao procedimento pré-contratual é que serão objecto da fiscalização prévia. A LOPTC oferece todos os elementos necessários para o controlo a efectuar pelo Tribunal de Contas (designadamente, os fundamentos de recusa de visto). O RJAEL poderia dizer, apenas, que a constituição de empresas locais está sujeita a visto prévio: não seria, por si, inconstitucional, na medida em que se trata, como vimos, de um acto gerador de despesa.

Mas o legislador não se bastou com o artigo 23.º, n.º 1. A inserção do n.º 2, e, em especial, a inclusão dos elementos constantes do artigo 32.º no escopo da fiscalização prévia não é inocente, nem tão-pouco uma orientação interpretativa para o Tribunal de Contas. É, salvo melhor opinião, um autêntico mandato para o Tribunal aferir da bondade

da empresarialização através dos estudos de viabilidade económico-financeira e racionalidade económica e, conseqüentemente, controlar o mérito financeiro do acto de constituição.

Uma interpretação teleológica e histórica aponta neste sentido. O RJAEL, *grosso modo*, é um regime que procurou limitar – e quanto a isso não há dúvidas – a actividade empresarial local e a derrapagem financeira das entidades públicas participantes, quer no nascimento, na vida, ou na morte, das empresas locais. É notória a limitação, *v. g.*, no regime de dissolução obrigatória, nos severos deveres de informação sobre as contas das empresas locais, ou na necessária previsão dos fluxos financeiros entre as entidades públicas participantes e as suas empresas.

No que respeita à constituição de empresas locais, a grande “arma” do legislador, para travar opções (supostamente) pouco “amigas” do interesse público financeiro, foi sujeitar o acto de constituição a visto prévio. Mas porque entendeu que uma análise da legalidade do procedimento não conseguiria travar opções “pouco pensadas” do ponto de vista financeiro não seria suficiente, concedeu ao Tribunal de Contas a prerrogativa de atalhar a fundamentação do acto, de uma perspectiva de mérito.

Se essa não fosse a intenção do legislador, não teria introduzido o n.º 2, e o processo de fiscalização prévia corria os termos previstos na LOPTC – como sucede, aliás, em praticamente todos os actos geradores de despesa, e no mais significativo: os contratos públicos. Nem tão-pouco teria cominado com a nulidade da deliberação de constituição a ausência dos estudos técnicos, nos termos do artigo 32.º, n.º 1, da LOPTC.

Não havendo dúvidas quanto à inconstitucionalidade da interpretação – que é a interpretação do Tribunal de Contas – no sentido em que confere ao Tribunal um controlo sobre os elementos ínsitos no artigo 32.º que extravasa o controlo de existência, cremos, ainda assim, que a própria lei padece de inconstitucionalidade.

Posto isto, resta asseverar sobre o *fundamento* da inconstitucionalidade. O cerne da nossa tese não é, nem nunca foi, aferir da natureza jurídica do Tribunal de Contas e da fiscalização prévia, mas sim da conformidade de certas opções tomadas pelo legislador do RJAEL com a Constituição. Não foi necessário, em nosso entender, tomar posição, na medida em que a norma é inconstitucional, quer considerando a fiscalização prévia como

uma actividade jurisdicional, quer considerando como uma actividade materialmente administrativa.

Em nosso entender, mesmo que se considere a fiscalização prévia uma actividade materialmente administrativa, ou mesmo que se integre o Tribunal de Contas no Estado-Administração, as normas do RJAEL em apreço continuam a ser inconstitucionais.

Assim:

- (i) Sendo a fiscalização prévia um poder jurisdicional do Tribunal de Contas, o controlo que detém sobre a constituição de empresas locais viola o princípio da separação de poderes, nos termos analisados *supra*;
- (ii) Sendo a fiscalização prévia um poder materialmente administrativo do Tribunal de Contas, o mesmo controlo configura um poder exorbitante da dita administração central do Estado sobre as autarquias locais, que legitima o controlo do mérito de opções de auto-governo tomadas por órgãos com legitimidade e responsabilidade próprias na prossecução de um interesse público próprio, distinto do interesse que é prosseguido pelo Estado-Administração, o que, por um lado, esvazia o princípio da autonomia local e, por outro, atesta uma tutela de mérito de um órgão da administração central (ou de um órgão que exerce funções administrativas além da autarquia local), ambas as situações inadmissíveis nos termos da Constituição.

Ou seja, considerando o Tribunal de Contas um órgão do Estado-Administração, ou considerando a fiscalização prévia uma actividade materialmente administrativa, a norma em causa esvazia o conteúdo essencial da autonomia local (como vimos na primeira parte da presente tese), na medida em que compromete a tomada de decisão, por parte de órgãos com legitimidade democrática própria e auto-responsáveis, que dizem apenas respeito à sua circunscrição territorial e aos interesses próprios da respectiva colectividade. Como nos disse VIEIRA DE ANDRADE, a propósito da proporcionalidade de decisões que afectam a autonomia local, “*se o legislador estabelecer medidas especiais de controlo, ou fixar sanções a aplicar aos órgãos locais, ou por outra forma estabelecer regras que restrinjam directamente os poderes locais, essas medidas e mecanismos sancionatórios ou restritivos têm de obedecer ao princípio da proporcionalidade, que, enquanto princípio normativo, postula a sua necessidade, adequação e não-desproporção*”

*relativamente ao interesse público nacional que as justifique*⁸³. Estas palavras são aplicáveis, *ipsis verbis*, às soluções apontadas pelo legislador em prol do interesse público financeiro sobre direito autárquico, e especialmente aplicáveis ao regime que nos ocupa.

A desproporcionalidade da solução adoptada nos artigos 23.º, n.º 2, e 32.º do RJAEL é patente quando vemos – ainda que reconhecendo o momento de crise que o sector empresarial local vivia – que outras alternativas poderiam ser tomadas, ao invés daquela que mais assola o princípio da autonomia local (e/ou da separação de poderes). Não deixa de ser relevante mencionar que, no quadro da constituição de empresas públicas no sector empresarial do Estado, exige-se a elaboração de estudos técnicos que afirmem a viabilidade económico-financeira da empresa a constituir, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 133/2013. Os estudos técnicos estarão na base de um parecer da Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial; no entanto, esse parecer não é vinculativo.

Em nosso entender, a lei poderá restringir a constituição de empresas públicas ou locais através de uma exigência de fundamentação acrescida, numa clara obrigação de afastar soluções pouco pensadas, impulsivas. Isso é restringir a actividade pública empresarial, estatal ou local, mas, a nosso ver, é uma restrição proporcional ao fim que visa, à estabilidade orçamental e ao interesse público financeiro. Esta foi a opção tomada no quadro do Sector Público Empresarial: por que razão o legislador do RJAEL não se ficou pela exigência de parecer não vinculativo de uma entidade externa à entidade pública participante, optando, ao invés, de esvaziar o princípio da autonomia local, que está na base da actividade empresarial local? Ainda que não aprofundando esta questão, cremos que outras soluções poderiam ser tomadas em conta, que não seriam desproporcionais e que não atingiriam o conteúdo essencial da autonomia local. A opção tomada no Decreto-Lei n.º 133/2013 (um regime que, também ele, é fruto da *troika*) é um bom exemplo.

Em conclusão: a norma (e a interpretação que dela se extrai) é, a nosso ver, inconstitucional, mesmo que consigamos desenhar dois argumentos diferentes para lá chegar, desresponsabilizando-nos de tomar posição sobre uma questão que ultrapassa o escopo da nossa tese.

⁸³ ANDRADE (1989), p. 21.

É, no entanto, difícil considerar uma norma inconstitucional, quando o regime que a rodeia é altamente limitador da actividade empresarial local, consagrando outras opções, que não a fiscalização prévia, cuja constitucionalidade é duvidosa (v. g., o regime da dissolução obrigatória). Com efeito, imaginemos que a parte final do artigo 23.º, n.º 2, do RJAEL, é declarada inconstitucional. É constituída uma empresa local que “vive” essencialmente dos subsídios à exploração atribuídos pela entidade pública participante. O Tribunal de Contas atribui visto à constituição, cingindo-se à verificação da validade do procedimento e ao *controlo de existência* da fundamentação legalmente exigida. No entanto, três anos volvidos, a empresa cumpre o seu objecto social, fruto dos subsídios à exploração, mas agora cai na previsão do artigo 62.º, n.º 1, alínea b), do RJAEL, tendo de ser obrigatoriamente dissolvida.

Todo o RJAEL – em especial, a exigência de fundamentação acrescida e o regime da dissolução obrigatória – é severamente limitador da actividade empresarial local e, em consequência, da autonomia local.

É, em nosso entender, discutível se o próprio regime (*rectius*: algumas opções tomadas pelo legislador) não restringe desproporcionadamente o princípio da autonomia local. Neste sentido, embora não densificando, PAZ FERREIRA, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MIGUEL SOUSA FERRO sustentaram que “há nítidos problemas de constitucionalidade das soluções atualmente consagradas na legislação sobre os sectores empresariais e que, mesmo numa lógica de interesses conflituantes, não nos parece evidente que aquelas soluções passem no teste da proporcionalidade, especificamente na sua dimensão da proporcionalidade *stricto sensu*”⁸⁴.

É bem visível que o regime não permite às autarquias locais o cabal prosseguimento das suas atribuições através da forma empresarial. O legislador do Decreto-Lei n.º 133/2013 não tem razão quando diz, no preâmbulo, que “*sem prejudicar a autonomia constitucional reconhecida às autarquias locais e aos municípios, que continuam a ser os únicos responsáveis pelo exercício e condução da actividade empresarial local, introduz-se uma visão integrada do exercício da actividade empresarial pública, permitindo assim estabelecer um acompanhamento efetivo e eficaz sobre a actividade empresarial desenvolvida quer ao nível estadual, quer ao nível local*”.

⁸⁴ FERREIRA, OLIVEIRA, FERRO (2013), p. 477.

O legislador da revisão de 2018 atenuou essa limitação, como vimos, mas não a fez desaparecer.

Volvidos alguns anos sobre a aprovação do RJAEL, e tendo cumprido o desígnio de reduzir o número de empresas locais (segundo a Direcção-Geral das Autarquias Locais, à data de 21 de Dezembro de 2022, existiam 170 empresas locais), e sem prejuízo do que acima ficou dito sobre o controlo do Tribunal de Contas, fica em aberto, agora de um ponto de vista político-legislativo, se esta limitação continua a fazer sentido aos dias de hoje.

X. Bibliografia

ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais – Introdução, princípios e regime comum”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Paulo Otero e Pedro Gonçalves (coord.), Coimbra: Almedina, 2010.

ALVARENGA, Paulo Henrique Vaz, *Setor Empresarial Local – O Enfoque sobre as Empresas Locais*, Coimbra: Publicações CEDIPRE Online, 2014.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vols. I e II, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018.

AMORIM, João Pacheco do, *As Empresas Públicas no Direito Português – Em especial, as empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012.

– *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1991.

– “Distribuição pelos municípios de energia eléctrica em baixa tensão”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV, tomo I, 1989.

– “Os poderes de cognição e de decisão do juiz administrativo no quadro do actual processo administrativo de plena jurisdição”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, Setembro/Outubro 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vita, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CORREIA, J. M. Sérvulo, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional”, in *Escritos de Direito Público*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2019.

– “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, in *Escritos de Direito Público*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2019.

CORREIA, J. M. Sérvulo; MARQUES, Francisco Paes, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.

COUTINHO, Juliana Ferraz, “As empresas locais e as decisões de organização da entidade pública participante: um esboço de sistema”, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 8, Outubro-Dezembro 2015.

FERREIRA, Eduardo Paz, *Ensaio de Finanças Públicas*, Coimbra: Almedina, 2020.

FERREIRA, Eduardo Paz; MARTINS, Maria d’Oliveira, “Anotação ao Artigo 214.º”, in Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. III, 2.^a ed., Lisboa: UCE, 2020.

FERREIRA, Eduardo Paz; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; FERRO, Miguel Sousa, “O sector empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V, n.º 3, 2013.

FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios (Condicionalismos Constitucionais)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRANCO, A. L. Sousa, *Finanças do Sector Público – Introdução aos Subsectores Institucionais (Aditamento de Actualização)*, Lisboa: AAFDL, 2003.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008.

– *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007.

– *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Coimbra: Almedina, 2012.

– *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018.

– “O Tribunal de Contas e o princípio da separação de poderes”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, edição especial, Julho de 2021.

MARTINS, Maria d'Oliveira, *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.

– “A História do Visto do Tribunal de Contas: Olhar para o Passado para Compreender (Criticamente) o Presente”, in *A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito*, Joaquim Freitas da Rocha, Hugo Flores da Silva (coord.), Coimbra: Almedina, 2021.

MEDEIROS, Rui, “A fiscalização da contratação pública pelo Tribunal de Contas – Alguns aspetos”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 8, Maio-Agosto 2020.

MONTALVO, António Rebordão, *O processo de mudança e o novo modelo de gestão pública municipal*, Coimbra: Almedina, 2003.

NEVES, Maria José Castanheira, *Governo e Administração Local*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1980.

OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local – Finanças Locais*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUES, Nuno Cunha, “Apreciação geral”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2, Ano IV, 2011.

TAVARES, José F. F., “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, in *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014.