

Processo: 456/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Relatório

O presente processo inicia-se com envio por Polis Litoral Norte – Sociedade para a Requalificação e Valorização do Litoral Norte, S.A. do contrato em apreço intitulado «Aditamento ao Contrato para a Empreitada de Construção de Infraestruturas para Valorização e Visitação de Áreas Classificadas no Concelho de Esposende», «nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 47.º» da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), tendo o mesmo dado entrada no Departamento de Controlo Concomitante (DCC).

O instrumento contratual remetido foi celebrado entre Polis Litoral Norte – Sociedade para a Requalificação e Valorização do Litoral Norte, S.A. (em liquidação) e a sociedade Manuel Couto Alves, S.A., pelo valor de 37.028,85 € e com o prazo de execução de 45 dias. O contrato inicial à “Construção de Infraestruturas para Valorização e Visitação de Áreas Classificadas no Concelho de Esposende”, no valor de 373.185,08€, com um prazo de 180 dias, objeto do processo de fiscalização prévia n.º 2602/2017 e homologado conforme em 14-11-2017. Houve, ainda, um contrato adicional celebrado em 19-12-2017, para prorrogação do prazo contratual em 95 dias.

Na sequência de pedidos de esclarecimentos e solicitação de documentos em falta, pelo DCC, o Presidente da Comissão Liquidatária da Polis, vem informar que o instrumento contratual em causa não respeita à execução de «trabalhos a mais» nem a trabalhos de suprimento de erros e omissões, mas a uma modificação objetiva ao contrato, nos termos do disposto no artigo 311.º, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP), esclarecendo, ainda que, por lapso, foi enviado o respetivo contrato para fiscalização concomitante em vez de fiscalização prévia, como se pretendia. Em face desse pedido, foi aberto o presente processo.

O contrato em apreço tem como objeto a alteração ao projeto de execução e, de acordo com a informação sobre a qual recaiu a deliberação da Comissão Liquidatária da Polis Litoral Norte, de 13 de março de 2018, o mesmo encontra o seu suporte legal no disposto nos artigos 311.º, n.º 1, alínea a) e 312.º, alínea b) ambos do CCP, nos seguintes termos:

«Surgiu a necessidade de alteração/compatibilização da solução de projeto de execução no que concerne à travessia sobre a ribeira Redonda, conforme verificação conjunta feita pelo Dono de Obra, Fiscalização, Empreiteiro e Esposende Ambiente, em reunião em obra no passado dia 21.09.2017, aquando dos trabalhos de execução de fundações da referida ponte no local pelo Empreiteiro.

Tal situação surge pelo facto de apenas nesta data ter sido dado a conhecer à Polis a existência do Projeto de “Proteção e Gestão de Riscos, Cheias e Inundações – Construção de Sistema Intercetor e de Desvio da Área Urbana de Esposende” que, entre outros trabalhos, contempla, o alargamento do canal da ribeira da redonda na zona da travessia e uma cota média de cheia de 4,75 m.

Assim, e de forma a evitar que a ponte ficasse automaticamente inutilizada logo após a respetiva construção, em virtude do alargamento do canal, decidiu-se reponderar o interesse na manutenção e execução do projeto existente, face à alteração superveniente das circunstâncias, equacionando-se o interesse e a viabilidade na alteração do projeto de travessia da ribeira.»

II. Fundamentação

II.1 Enquadramento jurídico-processual

A fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC) constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), 46.º, 47.º e 48.º da LOPTC.

A primeira questão processual que se impõe esclarecer reporta-se à existência de um efetivo pedido válido para prolação de decisão do TdC sobre o contrato remetido com o requerimento inicial, matéria sobre a qual se reitera o enquadramento jurídico-processual empreendido no Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS:

«8 No plano processual, a competência do TdC de fiscalização prévia de contratos é conformada pelo princípio do pedido, cujo exercício compete às entidades sujeitas subjetivamente a essa fiscalização, nos termos do artigo 81.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC, e na medida em que o órgão decisor (o TdC) não pode atuar *ex officio*, daí que em sede de fiscalização prévia se verifique uma concretização do *paradigma da jurisdição sem ação*.

9 Segundo o princípio do pedido o titular do poder de iniciativa (a entidade subjetivamente sujeita à jurisdição do TdC com o poder / dever de impulso da fiscalização prévia) não pode ser substituída por outro interveniente, manifestando-se esse princípio (e a indissociável responsabilização das entidades requerentes), nomeadamente, na norma processual estabelecida no artigo 2.º, n.º 1, da Resolução n.º 14/2011 do plenário da 1.ª secção do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo dos artigos 77.º, n.º 1, alínea *b*), e 81.º, n.º 1, da LOPTC.

10 O princípio do pedido em sede de fiscalização prévia constitui a concretização de um programa processual que conforma a margem de ação e repartição de responsabilidades dos intervenientes, existindo uma componente de jurisdicionalidade que determina um específico *iter* no qual são reconhecíveis e analiticamente autonomizáveis a interposição do requerimento, a apreciação dos pressupostos processuais sobre o âmbito subjetivo e objetivo da competência material de fiscalização prévia, e, em face do pedido e juízo positivo sobre aqueles pressupostos, o controlo do mérito do ato ou contrato em sede de decisão judicial final cujo objeto é delimitado pelo pedido.

11 Neste quadro, as entidades fiscalizadas têm uma responsabilidade própria ao outorgar instrumentos contratuais e identificarem novos contratos sujeitos a visto (incluindo os casos de alteração substancial de anterior contrato), modificações objetivas de contratos visados sujeitas a visto ou modificações objetivas de contratos não visados sujeitas a visto — variantes contratuais que, no plano processual, conformam específicos ónus de alegar em sede de formulação do requerimento de fiscalização prévia.

12 As entidades abrangidas pela jurisdição do TdC ao apresentarem um requerimento devem assumir uma determinada alegação e valoração (em face da enumeração taxativa do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC) e formular uma pretensão juridicamente concretizada

sobre determinado(s) ato(s), remetendo para o efeito o respetivo original — sem olvidar que um único suporte pode compreender uma pluralidade de contratos (e até de relações subjetivas entre diversos contratantes) e se houver conexões funcionais com outros contratos as mesmas devem ser especificamente discriminadas e comprovadas documentalmente.

13 O interesse direto no processo de fiscalização prévia que conforma a legitimidade para o requerimento inicial — atentas as disposições conjugadas dos artigos 80.º e 81.º, n.º 1, da LOPTC e artigo 30.º, n.º 1, do CPC — é indissociável do âmbito subjetivo da jurisdição do TdC nesse domínio, delimitado, nomeadamente, pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC.»

No plano jurídico-processual, o tribunal não pode apreciar a questão relativa a fiscalização prévia «sem que a resolução lhe seja pedida» e à entidade requerente «cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir» — artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

O ónus de alegação do requerente, no quadro da especificidade do processo de fiscalização prévia em muitos casos pode ser satisfeito, no essencial, com a submissão do instrumento submetido a fiscalização que, por si só, pode ser suficiente para a respetiva qualificação jurídica em face do âmbito objetivo da fiscalização estabelecido no artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC.

Contudo, o ónus de alegação já se apresenta reforçado quando a causa de pedir se reporte a um ato ou contrato que para preencher o âmbito objetivo da fiscalização prévia depende de factualidade pretérita cuja enunciação constitui *conditio sine qua non* para se poder considerar que estão preenchidos os factos essenciais que constituem a aludida causa de pedir. Isto é, quando os pressupostos processuais enquanto condições necessárias para a prolação de uma decisão de mérito compreendem um ou mais elementos exógenos ao texto contratual, o ónus de alegar abrange a indicação de todos os factos juridicamente relevantes para o preenchimento desses pressupostos.

É o que sucede quando a situação é enquadrada na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, em que o âmbito objetivo da fiscalização prévia depende do preenchimento de dois requisitos cumulativos:

- 1) A qualificação, «atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados», a qual tem uma conexão necessária com um contrato anterior (o *modificado*);
- 2) Além da referida qualificação, o instrumento contratual tem de implicar «um agravamento dos [...] encargos financeiros ou responsabilidades financeiras» do contrato visado.

Em síntese, nos casos previstos pelo artigo 46.º, n.º 1, alínea *d*), da LOPTC a fiscalização prévia depende de factos exógenos ao texto do ato ou contrato fiscalizado carecidos de alegação e prova.

II.2 Apreciação do requerimento no caso concreto

O artigo 46.º, n.º 1, alínea *d*), da LOPTC configura uma causa de pedir que conforma o ónus de alegação da entidade requerente relativo a factos subsumíveis a esse preceito. Acrescente-se que, independentemente de impulso da entidade abrangida pela jurisdição do TdC, algumas situações mesmo sem que sejam objeto daquele tipo de controlo prévio podem, em abstrato, ser objeto de fiscalização concomitante e/ou sucessiva as quais já são suscetíveis de ser oficiosamente determinadas pelo TdC (artigo 46.º, n.º 4, da LOPTC), isto é, a fiscalização prévia não obsta à realização de auditorias pelo tribunal que abranjam atos ou contratos visados (ou atos que não tenham dado origem a qualquer processo de fiscalização prévia ou pelo menos a uma apreciação de mérito nessa sede).

Como já se sublinhou, os atos e contratos para serem objeto de fiscalização prévia têm, nomeadamente, de ser enquadrados em alínea da enumeração taxativa do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC (cf. § 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS).

No caso concreto, a única previsão em que, eventualmente, poderia ser enquadrado o instrumento submetido seria a da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC enquanto reportando-se a uma *modificação objetiva* de contrato.

Em abstrato, a realização de um *acordo* relativo a trabalho(s) superveniente(s) ao de um anterior contrato público de empreitada pode ter uma multiplicidade de enquadramentos, designadamente, constituir *modificação objetiva de contrato* (artigo 311.º do CCP), ser reportado a *trabalhos a mais* (artigo 370.º do CCP) eventualmente qualificáveis ou não como *erros e omissões* (artigo 376.º do CCP), bem como ser consequência de *reposição do equilíbrio financeiro* do contrato (para o que carece de ser enquadrado nos artigos 282.º ou 354.º do CCP). Pode, ainda, ser relativo a um novo contrato, decisão sobre novos trabalhos analiticamente autonomizáveis dos anteriores, ainda que eventualmente os contratos possam, para alguns efeitos ser considerados relacionados entre si, nomeadamente para efeitos de fiscalização prévia (cf. artigo 48.º, n.º 2, da LOPTC).

Os regimes indicados apresentam-se de forma alternativa, a qual se reflete na fiscalização pelo TdC, pois são sujeitos a fiscalização prévia atos enquadráveis no regime geral sobre *modificação objetiva de contrato* (cf. artigo 46.º, n.º 1, alínea *d*), da LOPTC), mas, determinados factos relativos a regimes especiais de modificações de contratos ou outras questões sobre execução de contratos visados são apenas suscetíveis de *fiscalização concomitante* (v.g. artigos 47.º, n.º 1, alínea *d*), e 49.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC) ou de fiscalização sucessiva (cf. artigo 50.º, n.º 1, da LOPTC).

No caso concreto, a situação reporta-se a um contrato de empreitada, pelo que ao nível da contratação pública tem de se atender a uma relação de especialidade entre normas sobre modificações objetivas. Com efeito, as modificações objetivas dos contratos administrativos em geral encontram-se reguladas pelos artigos 311.º a 315.º do CCP, mas nos artigos 370.º e seguintes do CCP encontram-se reguladas modificações objetivas de contratos de empreitadas de obras públicas, nomeadamente, o regime dos trabalhos a mais e de suprimento de erros e omissões.

No momento em que foi assumida a decisão originária de contratar a empreitada estavam em vigor no ordenamento nacional os artigos 311.º e 370.º do CCP na redação vigente antes da revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017¹. O contrato *sub judice* na medida em que não se apresenta autonomizável do contrato de 14-11-2017, sendo uma modificação deste último, é regulado pelo artigo 370.º do CCP que (na referida redação anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017) prescreve:

«1 - São trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que:

- a) Se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista; e
 - b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.
- 2 - Não pode ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando:
- a) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea;
 - b) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o

¹ Que entrou em vigor em 1-1-2018, não sendo aplicável a procedimentos iniciados em data anterior.

preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia;

c) O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40 % do preço contratual.

d) *(Revogada.)*

3 - *(Revogado.)*

4 - Não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros ou omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos.»

O aditamento ao contrato submetido para fiscalização prévia deve ser qualificado, à luz do aludido regime, como modificação objetiva de contrato de empreitada relativa a *trabalhos a mais* sendo regulada pelo artigo 370.º, n.ºs 1 e 2, do CCP que apresenta a natureza de norma especial em sede de concurso com o que se encontra estabelecido nos artigos 311.º e 312.º do CCP.

Regime do CCP sobre *trabalhos a mais* de contrato de empreitada (enquanto subcategoria especial de modificação objetiva de contrato) que, para efeitos de fiscalização prévia pelo TdC também se repercute em norma da LOPTC, no caso o artigo 47.º, n.º 1, alínea *d)*, segundo o qual: se excluem do disposto na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, «os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva».

Esclarecidos os parâmetros conformadores do pressuposto processual estabelecido no artigo 46.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC importa começar por avaliar se em face da causa de pedir e pedido apresentados pela entidade requerente, pode haver lugar a uma decisão de mérito em sede de fiscalização prévia — questão distinta da relativa ao âmbito da jurisdição do TdC.

A coordenada metodológica central nesta sede é a seguinte: o juízo sobre a inadmissibilidade do pedido prejudica a decisão sobre admissão do pedido. Pelo que, se o tribunal conclui que falta o pressuposto processual previsto na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC não pode haver lugar à análise da fundamentação sobre o pedido.

Um dos corolários do princípio do pedido é que o processo de fiscalização prévia depende de um requerimento inicial que conforma um pedido relativo a decisão de mérito sobre visto prévio de um ato ou contrato.

Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir um instrumento contratual relativo a um acordo que corresponde a *trabalhos a mais* (artigo 370.º do CCP) de contrato de empreitada visado, o instrumento contratual submetido não é suscetível de apreciação em sede de fiscalização prévia e apresenta-se como manifestamente inepto, atento o disposto no artigo 186.º, n.º 2, alínea *b)*, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, conjugado com as disposições dos artigos 46.º, n.º 1, alínea *d)*, e 47.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC.

Acrescente-se que as normas dos artigos 46.º e 47.º da LOPTC também constituem normas sobre competência material pelo que tendo por referência a causa de pedir assumida pelo requerente a decisão de indeferimento liminar impunha-se, ainda, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 3.º, 5.º, 96.º, alínea *a)*, 97.º, n.º 1, 99.º, n.º 1, 278.º, n.º 1, alínea *a)*, e 590.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

Sobre a natureza da exceção dilatória constituída pelo pressuposto processual o mesmo tem uma teleologia conformada por interesses públicos, como a necessidade de salvaguardar a adequação técnica do tribunal para a apreciação, a especificidade do procedimento de fiscalização prévia e em particular o respetivo prazo perentório e um sistema de repartição funcional entre órgãos especializados (como sucede no caso do TdC quanto à repartição de competências entre as secções da respetiva sede, atento, nomeadamente o disposto no artigo 15.º da LOPTC). Enquadrando a questão no plano jurídico-processual se o tribunal conclui que falta o pressuposto processual da

fiscalização prévia, tal determina que não pode haver lugar à análise da fundamentação nessa sede processual, pois o âmbito da fiscalização prévia do TdC relaciona-se com outras competências, nomeadamente, da 2ª secção do TdC.

Exceção dilatória que deve ser conhecida oficiosamente pelo TdC atentas as disposições conjugadas dos artigos 3.º, 5.º, 278.º, n.º 1, alíneas *a)* e *e)*, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do CPC.

Em sede de fiscalização concomitante e sucessiva, as relações subjacentes aos instrumentos contratuais podem ser objeto de indagações significativamente mais abrangentes, através de iniciativas probatórias desenvolvidas com meios próprios do TdC. Domínio em que além de contratos objeto de pedido de visto se pode, nomeadamente, investigar outros acordos com hipotéticas relações funcionais com aqueles e mesmo a inadmissibilidade de pagamentos relativos aos mesmos.

Desenvolvimento de indagações oficiosas, em sede de fiscalização concomitante e/ou sucessiva, em que se pode, nomeadamente, investigar acordos com hipotéticas relações funcionais com contratos objeto de pedido de visto. No caso concreto, o ato submetido reporta-se a uma figura de acordo em sede de execução de contrato que é subsumível à previsão normativa acima indicada como suscetível de fiscalização concomitante pela 1.ª secção do TdC (artigo 47.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC), pelo que a eventual apreciação da respetiva legalidade deve ser empreendida nessa sede.

III. Decisão

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Polis Litoral Norte – Sociedade para a Requalificação e Valorização do Litoral Norte, S.A. em virtude da manifesta improcedência do pedido ao abrigo das disposições dos artigos 5.º, alínea *c)*, 46.º, n.º 1, alínea *d)*, e 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugadas com as dos artigos 3.º, 5.º, 186.º, n.º 2, alínea *b)*, 278.º, n.º 1, alínea *e)*, 279.º, n.º 1, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.
- 2- Consequentemente, não apreciar para efeitos de visto prévio o instrumento submetido.
- 3- Devolver à requerente o instrumento submetido.
- 4- Remeter cópia da presente decisão, instrumento submetido e relatório do DECOP ao DCC para efeitos de fiscalização concomitante ao abrigo do disposto no artigo 47.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC.

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Lisboa, 26 de fevereiro de 2019
