



Decisão n.º 199 / 2018 – 1.ª S/SDV

Processo N.º 103/2018

Relator: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. O requerimento de fiscalização prévia

A Metro do Porto, SA (MP) submeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o designado contrato de subconcessão do sistema de metro ligeiro da área metropolitana do Porto, outorgado em 11-1-2018, tendo, depois de recebida a documentação no Departamento de Controlo Prévio e Concomitante (DECOP) do TdC, havido lugar a devoluções para informação complementar da entidade fiscalizada.

II. Fundamentação

II.1 Enquadramento e análise jurídica em face da competência de fiscalização prévia do Tribunal de Contas

II.1.1 A fiscalização prévia do 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 estabelece os atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia.

A competência do TdC cujo exercício se suscita nos presentes autos encontra-se prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8.

Na medida em que o órgão decisor (o TdC) não pode atuar *ex officio*, em sede de fiscalização prévia verifica-se uma concretização do paradigma da *jurisdição sem ação*. Segundo o princípio do pedido, o órgão de iniciativa (a entidade subjetivamente sujeita à jurisdição do TdC é o titular do poder / dever de ação de fiscalização prévia) não pode ser substituída por outro, 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 Contas¹, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC.

A necessidade de pedido, os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda,

¹ Publicada no *Diário da República, II Série*, de 16-8-2011.



conformados pelo disposto nas normas dos artigos 3.º 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

No caso presente estão reunidos os pressupostos processuais para a fiscalização prévia do contrato submetido pela MP ao TdC para esse efeito.

O complexo normativo das regras processuais e probatórias do direito processual civil aplicáveis subsidiariamente ao processo de fiscalização prévia do TdC, como se destacou no acórdão n.º 15/2017-24.NOV-1ª S/SS, tem de ser «interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal», sem olvidar que essas regras são «confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia».

Arquitetura em que se destacam três fatores centrais:

- (1) Princípio do pedido;
- (2) Ausência de poderes de indagação próprios;
- (3) Prazo perentório para a decisão de mérito.

II.1.2 A decisão de mérito sobre o visto no caso concreto compreende um juízo de legalidade teleologicamente conformado pela alternativa dicotómica entre o visto e a respetiva recusa.

Os fundamentos de recusa de visto, por seu turno, encontram-se tipificados de forma taxativa no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, apenas podendo ser recusado o visto quando se conclua que os atos, contratos ou outros instrumentos fiscalizados são desconformes com as leis em vigor em termos que implicam:

- «a) Nulidade;
- «b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
- «c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.»

Acresce que a verificação dos dois pressupostos materiais do terceiro fundamento de recusa (ilegalidade que constitui causa de potencial impacto financeiro) não implica, necessariamente, uma decisão de recusa. Com efeito, as ilegalidades financeiras que podem determinar uma recusa de visto, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC compreendem uma margem de ponderação do TdC dos potenciais efeitos colaterais dessa recusa articuladamente com a gravidade dos vícios e a suscetibilidade de emanação de recomendações, ao

SEDE

Avenida da República, 65 • 1050-189 LISBOA • PORTUGAL

T: +351 217 945 100 • F: +351 217 936 033 E: geral@tcontas.pt W: tcontas.pt



abrigo do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC, com potencial efeito preventivo para o futuro.

Desta forma, a valoração do TdC em sede de fiscalização prévia apresenta-se procedimentalmente conformada pelo princípio do pedido e um prazo perentório cujo decurso implica o visto tácito e, no plano material, teleologicamente vinculada pela taxatividade dos fundamentos de recusa.

II.1.3.1 Clarificado o quadro procedimental e substantivo da fiscalização prévia importa umas considerações específicas sobre o caso concreto tendo por referência o contexto conformador da elaboração do contrato objeto do processo.

O contrato fiscalizado visa substituir um contrato de subconcessão atualmente em execução, celebrado entre a MP e o consórcio Prometro, que remonta ao ano de 2010 (e no âmbito do qual foram celebrados 5 aditamentos contratuais), o qual termina a sua vigência em 31 de março de 2018.

O pano de fundo dos dois contratos é a concessão do sistema de metro ligeiro na área metropolitana do Porto atribuída por via legal à MP, em regime de serviço público e de exclusividade. O Decreto-Lei n.º 394-A/98, de 15/12 que procedeu à atribuição da concessão, estabeleceu no seu Anexo as Bases Gerais da concessão.

Com particular relevo para a avaliação do contrato fiscalizado apresenta-se a Base XXI, n.ºs 1 e 2, que, após a redação aprovada pelo Decreto-Lei n.º 192/2008, de 01 de outubro, manteve a possibilidade de o concessionário *subconcessionar* a exploração e manutenção do sistema, cumulada com a conceção e a realização dos projetos em falta, admitindo a separação desses contratos em procedimentos concursais autónomos.

Nos termos da Base XV, na redação também estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 192/2008, foi celebrado o contrato de serviço público que define as obrigações de serviço público da concessionária, assinado entre o Estado Português e a MP, outorgado em 8 de agosto de 2014 e válido até 31 de dezembro de 2024.

Existe, desta forma, um conjunto de contratualizações que precederam e conformam o contrato objeto de fiscalização prévia que se apresentam essenciais para a sua compreensão, mas, atento o regime processual e substantivo do visto, não podem ser objeto de controlo na presente sede.

II.1.3.2 O Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP) aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, é o diploma



nacional especificamente vocacionado para a adjudicação e regulação dos contratos de serviço público de transporte de passageiros.

Nesse regime por «contrato de serviço público» entende-se «um ou vários atos juridicamente vinculativos que estabelecem o acordo entre uma autoridade de transportes competente e um operador de serviço público, para atribuir a este último a gestão e a exploração de determinado serviço público de transporte de passageiros sujeito a obrigações de serviço público» — artigo 3.º, alínea *f*), do RJSPTP.

Os tipos contratuais admitidos para a contratualização de serviço público, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do RJSPTP são o contrato de concessão (incluindo a subconcessão) de serviço público de transporte de passageiros e o contrato de prestação de serviço público de transporte de passageiros.

O artigo 53.º do RJSPTP estabelece que em tudo o que não esteja estabelecido nesse diploma se aplica o previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP) e no Regulamento n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, relativo aos serviços públicos de transporte de passageiros. Aplicação subsidiária que, obviamente, não afasta o primado do direito da União Europeia e em particular a direta aplicabilidade do aludido regulamento.

A Base I da Concessão (*supra* § II.13.1) à MP estabelece que a mesma tem por objeto a conceção e realização do projeto, a realização das obras de construção, o fornecimento e montagem de equipamentos e a exploração do sistema de metro ligeiro na área metropolitana do Porto.

O procedimento para a parceria público-privada objeto dos presentes autos foi, ainda, conformado pelo regime jurídico aplicável às parcerias público privadas (RJPPP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Sendo importante destacar que, no plano procedimental, foi cumprido o RJPPP, tendo havido lugar, nomeadamente, à intervenção de equipa de projeto da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP).

Importa, ainda, referir que o contrato fiscalizado é, por natureza, um contrato afim e dependente da relação concessória inicial, e, conseqüentemente, deverá obediência, indiretamente, ao conteúdo do «contrato de serviço público» que impõe as obrigações de serviço público cometidas à MP, outorgado com o Estado Português em 8-8-2014 (*supra* § II.1.3.1) que tem por enquadramento legal habilitante o regulamento comunitário acima referido — cf. artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento n.º 1370/2007.

Regulamento n.º 1370/2007 com repercussões no contrato de concessão e respetivas Bases Gerais que, em princípio, só poderão manter-se vigentes até um período máximo de 30 anos, contados desde a data da constituição da relação



concessória inicial, por força do n.º 3 do artigo 8.º, daquele regulamento (31-12-2029).

II.1.3.3 A qualificação do contrato submetido a fiscalização prévia constitui um aspeto central da análise sobre a respetiva legalidade financeira.

No caso concreto, a forma de remuneração do cocontratante (cláusula 44 do contrato) não se reporta nem *total* nem *parcialmente* às *tarifas cobradas aos passageiros*, pelo que o mesmo não é configurável como um contrato de concessão ao abrigo do artigo 20.º, n.º 2, do RJSPTP, baseando-se, apenas, em pagamentos da entidade fiscalizada à ViaPorto, Unipessoal, Lda., constituindo uma prestação de serviços na aceção do artigo 20.º, n.º 3, do RJSPTP.

Passando à articulação do Regulamento n.º 1370/2007 com as diretivas relativas aos contratos públicos, como se destaca na Comunicação da Comissão n.º 2014/C 92/01, «importa distinguir os contratos de serviços das concessões de serviços». O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE estabelece que a concessão de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços «ligado à procura, à oferta, ou a ambas», estando o concessionário, ou subconcessionário, exposto à *imprevisibilidade* do respetivo mercado.

No caso, embora se possa considerar que o parceiro privado assume um risco conformado pelas contingências da operação e, nessa medida não existe uma garantia de recuperação das despesas suportadas, esse risco apresenta-se desligado da procura e oferta do serviço em causa, ou, retomando a terminologia do RJSPTP, das tarifas efetivamente cobradas aos passageiros.

Circunstância que não determina a respetiva submissão à Diretiva 2014/23/UE, pois a adjudicação de contratos para os serviços públicos de transporte de passageiros em metropolitano rege-se pelo Regulamento n.º 1370/2007 e está excluída do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE, de acordo com o considerando 27 e o artigo 10.º, alínea i), e da Diretiva 2014/25/UE, por força do respetivo considerando 35 e artigo 21.º, alínea g). Isto é, ao nível do direito da União Europeia a matéria é exclusivamente regulada pelo Regulamento n.º 1370/2007 incluindo, naturalmente, as respetivas normas sobre regimes transitórios.

Pelo que, o Regulamento n.º 1370/2007 permite e admite quanto ao serviço público de transporte de passageiros em metropolitano a formação de contratos de prestação de serviços na aceção das Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE e contratos de concessão na aceção da Diretiva 2014/23/EU, sem que lhes sejam aplicadas aquelas diretivas.



Em síntese, a qualificação do contrato como prestação de serviços, por si só, não afeta a respetiva legalidade financeira para efeitos de visto. Os aludidos regimes nacional e europeu com regras especiais sobre contratos de serviços públicos de transporte de passageiros em metropolitano admitem como instrumentos contratuais o contrato de concessão e o contrato de prestação de serviços.

Por outro lado, à luz do RJPPP, cujo procedimento foi adotado na presente parceria público privada (PPP), o instrumento de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados pode ser estabelecido através de um contrato de subconcessão de serviço público, como foi qualificado pelos contratantes, ou por um contrato de prestação de serviços — cf. artigo 2.º, n.º 4, als. *b)* e *d)*, do RJPPP.

Exigência específica nesta matéria reporta-se à transferência significativa de riscos para o parceiro privado (artigo 7.º, n.º 1, al. *b)*, do RJPPP), objeto de avaliação, nomeadamente, pela UTAP, que no caso ressaltou as vertentes inerentes à disponibilidade do sistema, fiabilidade da operação e garantia dos níveis de serviço, devendo o parceiro privado suportar, ainda que de forma parcial, também alguns dos riscos de alteração do programa de oferta.

Existe, assim, um sistema de remuneração que não permite considerar que esteja preenchido um contrato de subconcessão, mas em que são transferidos riscos significativos para o parceiro privado por via de um modelo de remuneração desligado da oferta e da procura e conformado por: (1) uma componente fixa, destinada a compensar o parceiro privado pelos custos fixos associados à manutenção e operação do sistema; (2) uma componente variável, calculada em função do número de quilómetros efetivamente realizados, visando, deste modo, fazer face aos custos associados aos custos variáveis; e (3) uma componente correspondente às deduções a efetuar em função dos níveis de desempenho, transferindo-se, também por esta via, o risco de disponibilidade da infraestrutura e da operação para o parceiro privado. Plano em que os fatores principais relativos à remuneração não fixa reportam-se a objetivos de performance qualitativos e de produção (número de quilómetros comerciais).

Contrato de prestação de serviços que não apresenta alterações substanciais relativamente ao caderno de encargos do procedimento concursal vencido pelo cocontratante e que teve três outros concorrentes, não se identificando na presente sede, atentos os limites gnoseológicos da fiscalização prévia (*supra* §§ II.1.1 e II.1.2), a existência indiciária de vícios que tenham atingido o núcleo dos princípios da transparência, igualdade e concorrência.

Relativamente à circunstância de a Base XXI, n.º 2, das Bases da concessão do sistema de metro ligeiro do Porto se referir ao «subconcessionar» da «exploração e manutenção» do sistema, em linha com a terminologia adotada



na versão originária de 1998, entende-se que essa norma carece de uma interpretação histórico-teleológica no sentido de abrangente de outras modalidades de subcontratação em sintonia com um conceito de subconcessão amplo adotado de forma corrente em Portugal na transição do século XX para o século XXI — v.g. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 145-146; FERNANDA MAÇÃS, «A concessão de serviço público e o Código dos contratos públicos» in *Estudos de Contratação Pública — I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 378-381.

Nessa medida, entende-se que o conceito de subconcessão empregue na Base XXI, n.º 2, não proíbe a subcontratação através de instrumento contratual subsumível à categoria conceptual de prestação de serviços, o qual, em abstrato, se apresenta legítimo para efeitos de PPP relativa ao serviço público de transporte de passageiros em metropolitano.

A aplicação da Base XXI, n.º 2, adotada no contrato objeto de fiscalização não se distingue de forma substancial dos parâmetros estabelecidos no primeiro contrato elaborado (em 2010) ao abrigo da atual redação dessa norma, embora, no caso presente com um procedimento pré-contratual conforme com o CCP e que se vinculou, ainda, ao RJPPP tendo adotado, no plano procedimental, regimes que visam mecanismos mais efetivos para a garantia do princípio da concorrência e da repartição de riscos entre parceiros.

Por outro lado, a ausência de uma correspondência entre o conceito de *operação* adotado no contrato² e o de *exploração* utilizado na Base XXI, n.º 2, não gera, por si só, a ilegalidade do contrato, em particular quando a flutuação terminológica se reporta a um instrumento normativo (bases da concessão do sistema de metro ligeiro do Porto) que não revela um purismo conceptual. No presente contexto normativo, a eventual rigidez na aplicação daquela Base poderia, ainda, colidir com a boa administração conformada pelos princípios da economia, eficiência e eficácia e o próprio quadro legal atualmente estabelecido pelo RJPPP, isto é, o literalismo apresentar-se-ia hermenêuticamente infundado no plano sistemático-teleológico. Conjunto de razões que determinam que se afigure impertinente em face dos cânones teleologicamente conformados de interpretação das disposições conjugadas da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC extrair dessas flutuações uma inferência para efeitos de eventual recusa de visto (cf. *supra* § II.1.2).

² Na cláusula 1.ª do contrato: «Conjunto de prestações e atividades necessárias ou convenientes para a execução dos serviços de transporte de passageiros, nomeadamente as de organização, planeamento e controlo de meios humanos e materiais para a execução do referido serviço de transporte, as de informação e apoio aos Clientes e as de vigilância e segurança de pessoas e bens, nos termos e condições previstos no Contrato».



Acresce que o n.º 2 da Base XXI não proíbe de forma inequívoca a subcontratação da *operação*, em vez da *exploração*, e, como já se destacou, relativamente aos serviços públicos de transporte de passageiros em metropolitano não se aplica o referido no artigo 5.º, n.º 1, al. b), da Diretiva 2014/23/EU que apresenta, para efeitos de adjudicação de contratos de concessão de serviços um conceito de *exploração* mais restrito — «A adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos. Considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes».

Por fim, quanto à exigência de concordância prática de valores na aplicação da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, ressalta que o contrato objeto de fiscalização relativamente à transferência para o parceiro privados apenas dos riscos da *operação* e não da totalidade da *exploração*, além de ter sido precedido de um procedimento conforme o CCP e o RJPPP, não apresenta uma rotura quanto ao objeto e modelo de remuneração com o contrato atualmente em execução (outorgado entre a MP e a Prometro, ACE), atentos, nomeadamente, os respetivos 5 aditamentos.

Sublinhe-se, uma vez mais, que nesta sede o TdC está a empreender um estrito juízo sobre a existência de fundamentos de ilegalidade financeira para recusa de visto, determinando, por essa via, a ineficácia jurídica do contrato e a necessidade de adotar soluções contratuais de emergência para assegurar a prestação do serviço público a partir de 1-4-2018. Circunstância que não obsta a supervenientes análises sobre o mérito das decisões, e hipotéticos défices nos modelos comparativos adotados, em sede de fiscalização sucessiva — cf. *infra* § II.2.

Domínio em que não se pode, ainda, olvidar o sentido dos fundamentos do relatório da equipa de projeto da UTAP segundo o qual o modelo de contratação adotado apresentará maiores benefícios líquidos para o setor público em alternativa ao modelo de exploração direta do sistema pela Metro do Porto, SA, concluindo no sentido da existência de um custo público comparável positivo no modelo de parceria proposto, bem como sobre a comportabilidade orçamental dos encargos da PPP (a preços de dezembro de 2016).



Refira-se, ainda, que não foram detetados, no quadro específico da fiscalização prévia (*supra* §§ II.1 e II.2) violações diretas de normas financeiras no procedimento remetido, tendo a portaria conjunta n.º 182/2017, de 12 de julho, do Ministro do Ambiente e do Secretário de Estado do Orçamento autorizado previamente o lançamento do concurso público internacional e a despesa plurianual máxima admitida, afigurando-se, assim, cumprido o disposto no n.º 1 do artigo 22.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, mantido expressamente em vigor por força do estatuído na alínea f) do n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

Por último, o contrato remetido compreende, pelo menos, os seguintes elementos definidos pelo artigo 21.º n.º 1, do RJPPP: (1) o modelo de remuneração e os critérios para a sua determinação, (2) o regime de partilha de risco e de responsabilidades entre os parceiros contratantes, (3) o regime de penalidades, (4) a cobertura espacial e temporal da oferta, (5) o prazo de vigência do contrato, de acordo com o previsto no Regulamento n.º 1370/2007, (6) os direitos exclusivos atribuídos e as obrigações de serviço público e (7) o regime associado ao estabelecimento da (sub)contratação.

Relativamente à duração do contrato, 7 anos, contados da data de início do período de funcionamento normal, que se estima poder ocorrer em 1 de abril de 2018, terminando a sua vigência inicial em 31 de março de 2025, o mesmo é conforme o período de vigência da concessão (31-12-2009, cf. *supra* § II.1.3.2).

A justificação apresentada pela entidade fiscalizada, para o referido prazo, teve por referência o disposto no n.º 1 do artigo 410.º do CCP e compreendeu uma alegação fundamentada, nomeadamente, no relevo de uma «vinculação de longo prazo entre as partes apta a assegurar um nível de estabilidade entendido como adequado e necessário a permitir uma efetiva e adequada distribuição dos riscos, e, por outro lado, não comprometer a adaptação do contrato às inovações tecnológicas do sector e à própria evolução das condições de mercado (não afastando assim, neste último particular, o potencial de captação de maior valor, numa nova consulta ao mercado, findo esse prazo)». Acrescente-se que o prazo do contrato fiscalizado respeita o limite máximo de 15 anos estabelecido no n.º 3, do artigo 4.º do Regulamento n.º 1370/2007. Prazo de 7 anos que também corresponde às condições estabelecidas no procedimento concursal não existindo, no particular contexto operativo da fiscalização prévia, motivo para uma decisão de recusa de visto por força do aludido prazo contratual.

Relativamente à circunstância de o contrato de serviço público ser válido até 31 de dezembro de 2024, e o termo final de vigência do contrato fiscalizado ocorrer em 31 de março de 2015, ultrapassando em 3 meses o prazo do contrato de serviço público outorgado entre o Estado e a Metro do Porto, este último, também não compreende uma ilegalidade que legitime a recusa de visto. Ao



invés, essa discrepância (de apenas um trimestre), deverá ser atendida na execução do contrato e, eventualmente, na contratualização do serviço público, não legitimando alteração do estabelecido no programa do concurso na fase da adjudicação do contrato.

Quanto ao preço contratual, o anexo financeiro do contrato prevê ao abrigo do artigo 96.º, n.º 1, alínea *d*), do CCP, como foi destacado pela MP, como preço contratual 269,6 milhões de euros para os sete anos, sem extensões.

A circunstância de esse preço não contemplar os valores relativos às eventuais renovações não configura uma violação do disposto no n.º 2, do artigo 97.º, do CCP, pois em bom rigor não está prevista uma prorrogação, expressa ou tácita, do prazo do contrato. A suscetibilidade de renovação por 2 anos depende de novo acordo das partes, o que significa que contrato em análise poderá ter uma vigência máxima até 31 de março de 2027 (o que subsiste dentro da baliza temporal do contrato de concessão). Neste segmento, ressalta que as renovações não são automáticas e carecem de deliberações e acordos expressos, pelo que a ausência de prévio estabelecimento de remuneração estando, ainda, esse hipotético acordo sujeito a fiscalização prévia do TdC caso venha a ser outorgado

II.2 A decisão em sede de fiscalização prévia e as competências de fiscalização sucessiva e concomitante

O artigo 46.º, n.º 4, da LOPTC, estabelece que as competências de fiscalização prévia devem ser exercidas «de modo integrado com as formas de fiscalização concomitante e sucessiva». Ideia que conforma o programa da atual LOPTC aprovada em 1997, destacando-se de forma expressa na exposição de motivos da proposta de lei n.º 51/VII a consagração de «um regime integrado de fiscalização, prévia, concomitante e sucessiva [...] ainda que a fiscalização sucessiva se faça privilegiadamente através de auditorias segundo áreas de responsabilidade atribuídas a cada juiz da 2.ª secção».

Sendo certo que, embora a anunciada deflação do âmbito (objetivo e subjetivo) das competências de fiscalização prévia do TdC, assumido como programa para o futuro pelo legislador de 1997, não tenha sido confirmado por legislação posterior (verificando-se, ao invés, ao nível legislativo um reforço de entidades e atos abrangidos pelo visto), subsiste a ideia central derivada da enumeração taxativa de fundamentos de recusa, enfaticamente sublinhada na citada exposição de motivos: «nem todas as ilegalidades podem fundamentar a recusa de visto!»

Pelo que, o *regime integrado* das fiscalizações prévia, concomitante e sucessiva apresenta-se conformado pelos limites dos fundamentos de ilegalidade



financeira suscetíveis de determinar a recusa de visto num processo dependente de impulso exógeno por confronto com a competência de atuação *ex officio* em sede de fiscalização concomitante e sucessiva.

Deve, ainda, atender-se aos limites inerentes à própria natureza jurisdicional do julgamento do TdC em sede de visto prévio, por contraponto com a natureza materialmente administrativa das auditorias. Acima já se destacou a componente *de jurisdicionalidade* da fiscalização prévia 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 (o visto do concreto contrato).

Sem desenvolver neste segmento as discussões doutrinárias, importará apenas referir a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) que, recentemente, teve oportunidade de destacar a natureza jurisdicional, para efeitos do direito da União Europeia, das funções de controlo prévio da legalidade de atos e contratos — cf. § 10 do acórdão (Grande Secção), de 27 de fevereiro de 2018, no processo C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*) — por confronto com a natureza materialmente administrativa da competência do TdC de verificação de contas e controlo *a posteriori* da atividade administrativa — cf. §§ 18 a 24 do Despacho do TJ, de 26 de novembro 1999, no processo C-192/98 (caso *ANAS*) —, por referência à jurisprudência do TJ sobre o conceito de órgão jurisdicional nesse quadro jurídico — cf. § 23 do acórdão do TJ, de 17 de setembro de 1997, no processo C-54/96 (*Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*) e § 17 do acórdão do TJ, de 2 de março de 1999, no processo C-416/96 (*Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for the Home Department*).

Por último, não se pode olvidar que 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 — artigos 46.º, n.º 1, al. b), 50.º, n.º 1, 51.º, n.º 1, al. o), 52.º, n.º 4, 54.º, n.º 1, e 55.º, n.º 1, da LOPTC —, quadro complementado pela alocação de recursos humanos e materiais para essas auditorias no âmbito da 2.ª secção do TdC.

A ponderação sobre a eventual e superveniente fiscalização concomitante e/ou sucessiva será decidida noutra sede, no âmbito da 2.ª secção do TdC. Sede competente para se ponderar, nomeadamente, a problemática das implicações da qualificação do contrato, como prestação de serviços e não de subconcessão, a



qual, apesar de não gerar a respetiva ilegalidade financeira para efeitos de recusa de visto, pode ser relevada em sede de prestação e verificação de contas. Acresce que o juízo sobre a não identificação de ilegalidade financeira para efeitos de visto, e exclusivamente para esse efeito, é independente de supervenientes indagações em termos de controlo dos gastos públicos e conformação com os deveres legais de economia, eficácia e eficiência, da efetividade do cumprimento dos deveres do ente público (especialmente quando existem um conjunto de variáveis complexas e exigentes carecidas de cuidado escrutínio em sede de cumprimento dos deveres de serviço público assumidos pelo cocontratante), com profundo impacto na atividade financeira da MP.

Aspetos cuja importância deve ser, ainda, articulada com o relevo financeiro do contrato e a necessidade de, no futuro, novas subconcessões ou prestações de serviços (incluindo acordos relativos a renovações) deverem compreender cuidados estudos prévios sobre alternativas, os quais carecem de avaliações imparciais e complexas sobre o lastro da experiência passada.

Desta forma, o visto do contrato submetido a fiscalização prévia não obsta que a respetiva factualidade subjacente e as relações envolvidas quanto a execução dos instrumentos contratuais sejam objeto de eventual apreciação no âmbito da área do TdC competente em sede de fiscalização concomitante e sucessiva.

II.3 Emolumentos

O anexo financeiro do contrato prevê como preço contratual o valor de 269,6 milhões de euros para os sete anos de vigência (*supra* § II.1.3.3). Tendo por referência o valor anual retirado daquele preço global, os emolumentos devidos são computados no valor de € 38.514 (trinta e oito mil quinhentos e catorze euros) ao abrigo do disposto nos artigos 5.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (RJETC) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/99, de 31-5, já que o contrato fiscalizado deve, para efeito de emolumentos, ser qualificado como de execução periódica.

O regime legal sobre emolumentos estabelecido nos artigos 5.º a 8.º do RJETC compreende um sistema completo e autónomo dos outros consagrados no mesmo diploma, com modelos de cálculo, regulação sobre sujeitos passivos e estabelecimento de tetos diferentes dos estatuídos para os emolumentos nos processos de fiscalização sucessiva (artigos 9.º a 13.º), de multa ou de efetivação da responsabilidade financeira (artigos 14.º e 15.º), de recurso (artigos 16.º e 17.º) bem com da categoria subsidiária de «outros processos» (artigo 18.º).

Relativamente aos processos de fiscalização prévia existem também várias tipologias significativamente distintas para efeitos de emolumentos. No



caso concreto, as regras reportam-se a um encargo do cocontratante privado, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do RJETC, que tem por referência um critério valorativo suportado nos pagamentos que irão resultar a seu favor em virtude da celebração do contrato visado, tendo sido, ainda, estabelecido um teto específico para os contratos de execução periódica (por força do artigo 5.º, n.º 2, do RJETC).

Esta tipologia de emolumentos foi objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 336/2002, votado por unanimidade. A motivação desse aresto compreende considerandos pertinentes para a compreensão da *ratio* e enquadramento da sujeição do cocontratante a esse encargo:

«A aposição de visto tem por finalidade a fiscalização das despesas públicas pela instância constitucionalmente competente, ou seja, pelo Tribunal de Contas (cf. artigo 216º da Constituição). Trata-se do controlo da legalidade e do cabimento orçamental das despesas inerentes à atuação das entidades públicas, necessário por força de princípios de transparência, adequação e racionalização aplicáveis na gestão das finanças públicas.

«Na perspetiva atrás enunciada, é, com efeito, a comunidade em geral que justifica a fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas. Porém, isso não impede que, sob uma outra perspetiva, a do particular que concretamente contrata com a entidade pública, aquele controlo revele a prestação, direta ou indiretamente, de um serviço ao particular.

«Com efeito, a sujeição legal à fiscalização do Tribunal de Contas de determinados contratos celebrados pelo Estado consubstancia uma condição de admissibilidade desses atos jurídicos que decorre do regime geral do relacionamento negocial entre particulares e entidades públicas. Essa fiscalização é, nessa perspetiva, um requisito necessário à própria negociação e o seu preenchimento o afastamento de um obstáculo ou restrição à negociação com o Estado. É, assim, também um fator que o particular tem de ponderar na decisão de celebrar o negócio com a entidade pública, não estando, aliás, obrigado a celebrar tais contratos. É, portanto, um serviço para quem contrata com o Estado.

«A realização de tal serviço ao particular permite a certificação da legalidade do contrato com a entidade pública e, portanto, a possibilidade de concretizar esse negócio. E esse serviço não se traduz numa vantagem meramente reflexa e indireta, equiparável ao benefício coletivo decorrente da atividade do Tribunal de Contas, mas corresponde ao levantamento de uma restrição, justificada pelo interesse coletivo, e ao alargamento das possibilidades concretas de celebrar negócios jurídicos com o Estado, que beneficie concretamente o contraente particular.



«Também numa lógica de distribuição de custos em função dos benefícios, o visto é um encargo do contrato com entidades públicas que pode ser, numa perspetiva de constitucionalidade, suportado por quem beneficia direta, concreta e individualmente desse contrato. É meramente uma exigência acrescida da negociação com entidades públicas, sob uma certa ótica, legitimada e justificada pelo interesse coletivo. E o cumprimento de tal exigência até produz um direto benefício para o particular que contrata com o Estado.

«Os emolumentos devidos pela aposição do visto não consubstanciam, assim, um imposto, sendo antes uma taxa, pois o responsável pelo seu pagamento (o particular) utiliza um serviço que, no caso, se traduz, aliás, na obtenção de uma vantagem: a fiscalização levada a cabo pelo Tribunal de Contas permite-lhe a celebração do contrato com a entidade pública (são aqui invocáveis, razões semelhantes – apesar de naquele caso se tratar até de uma fiscalização obrigatória – às que levaram o Tribunal Constitucional a considerar, no citado Acórdão n.º 200/01, que a fiscalização das contas das Autarquias é um serviço prestado pelo Tribunal de Contas a essas entidades).

«Desse modo, e uma vez que a recorrente faz assentar a violação do princípio da legalidade e da igualdade na qualificação da quantia devida como imposto, não procedem as considerações desenvolvidas acerca da violação desses princípios. [...]

«[O] particular que celebra o contrato com a entidade pública obtém uma vantagem concreta e individualmente, que resulta imediatamente da atividade do Tribunal de Contas. Não existe, portanto, qualquer inadequação ou desproporcionalidade na atribuição ao particular de tal encargo, que se fundamenta nessa vantagem. Por outro lado, não tem igualmente cabimento apelar, neste contexto, à violação de um princípio de imparcialidade, na medida em que não se pode afirmar que o Estado repercute custos causados pela sua atividade. A causa direta dos custos é o cumprimento de condicionamentos justificados pelo interesse coletivo, tal como acontece na concessão de uma licença, à efetivação de negócios jurídicos com o Estado que, assegurando a legalidade de um negócio, constituem uma vantagem para o particular.

«O benefício direto da aposição do visto é, pois, a certificação da legalidade do contrato e, conseqüentemente, a possibilidade de celebração do negócio pretendido.»

Isto é, o regime legal sobre os emolumentos dos processos de visto nos casos de contratos públicos de prestação de serviços, tanto no que concerne ao respetivo âmbito subjetivo como montantes, tem uma teleologia própria e uma



regulação legal completa, inclusive quanto a um teto nos casos de contratos de execução periódica que ao Tribunal incumbe aplicar. Regime significativamente distinto dos emolumentos para o processo de prestação de contas e com um suporte sistemático-teleológico que determinou o caráter pacífico e unânime do acórdão n.º 336/2002 por confronto com o que se tinha verificado na mesma secção do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 200/2001.

III. Dispositivo

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

- 1- Visar o contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.
- 2- Determinar a remessa à área VII da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, e dos relatórios do DECOP, para conhecimento e ponderação nessa sede de eventuais medidas no quadro das respetivas competências de fiscalização concomitante e sucessiva atendendo ao que é referido no capítulo II.2 da presente decisão, e, nomeadamente, ao disposto nos artigos 46.º, n.º 1, al. b), e n.º 4, 50.º, n.º 1, 51.º, n.º 1, al. o), 52.º, n.º 4, 54.º, n.º 1, e 55.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.
- 3- Os emolumentos são fixados no valor de € 38.514 (trinta e oito mil quinhentos e catorze euros) devendo ser suportados pelo cocontratante ViaPorto, Operação e Manutenção de Transportes, Unipessoal, Ld.ª, ao abrigo do disposto nos artigos 5.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, e 6.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

*

Comunique-se (DN), notificando, nomeadamente, a ViaPorto, Operação e Manutenção de Transportes, Unipessoal, Ld.ª para efeitos do pagamento dos emolumentos devidos.

Lisboa, 7 de março de 2018

(o presente documento foi processado em computador e integralmente revisto pelo relator),

NOTIFICADO EM 12/3/2018
O Procurador-Geral Adjunto

SEDE

Avenida da República, 65 • 1050-189 LISBOA • PORTUGAL

T: +351 217 945 100 • F: +351 217 936 033 E: geral@tcontas.pt W: tcontas.pt