

101-A 2019

Processo: 3549/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Relatório

O presente processo inicia-se com requerimento subscrito pelo Presidente do Conselho de Administração de Águas do Algarve, SA.

No referido requerimento inicial afirma-se que o mesmo é apresentado «com vista à constituição do correspondente processo de fiscalização prévia».

A entidade requerente invoca para a abertura do processo a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

O texto submetido a fiscalização é intitulado como «contrato adicional n.º 5 ao contrato da empreitada: “Conceção-construção da ETAR da Companheira”» e acompanhado de um parecer como anexo.

O Tribunal de Contas (TdC) proferiu despacho de aperfeiçoamento com o seguinte dispositivo:

«Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se convidar a entidade requerente a suprir a irregularidade e insuficiência do requerimento inicial, no prazo de 20 dias úteis, atento, nomeadamente o disposto nos artigos 5.º, alínea *c*), 46.º, n.º 1, 80.º e 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugados com os artigos 3.º, 5.º, 6.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, alíneas *a*) e *e*), 279.º, n.º 1, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.ºs 1, 3 e 4, do Código de Processo Civil (CPC), devendo para o efeito:

- 1) Concretizar a matéria de facto necessária para a qualificação do instrumento submetido ao tribunal, em face das categorias jurídicas relevantes estabelecidas no Código dos Contratos Públicos;
- 2) Indicar todos os acordos e pagamentos relacionados com a empreitada supervenientes à respetiva celebração e que não estivessem previstos de forma expressa no texto do contrato original;
- 3) Fundamentar o enquadramento jurídico daqueles factos defendido pela requerente.»

Na sequência do despacho de aperfeiçoamento, a requerente veio apresentar a seguinte alegação / resposta:

«Da 1.ª Questão

1[...]

Em face do solicitado, cumpre informar que o documento submetido a esse Douto Tribunal pela Águas do Algarve, S.A, a coberto da comunicação de ref.a CE.2018.02597 de 26/11/2018, consubstancia um contrato superveniente ao contrato de empreitada, resultante da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos termos previstos no artigo 354.º e artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos e com os fundamentos apresentados no pedido do Consórcio Empreiteiro, no parecer da Fiscalização, bem como na informação interna

(IN.2018.02578) de aprovação do equilíbrio financeiro do contrato (Documentos n.º 2, 3 e 4, adiante juntos). Mais esclarecemos que, os "custos" que o Consórcio apresenta não são derivados da execução de nenhum trabalho em concreto, quer em espécie, quer em quantidade, motivo pelo qual não podem ter enquadramento em qualquer outro fundamento que não seja o que lhe corresponde, ou seja, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Os custos em causa, como expresso no Parecer Po67/FISC/2018, da reorganização da metodologia de execução da escavação, com alocação de mais equipamentos pesados de escavação; do prolongamento da execução da escavação geral e dos órgãos / edifícios; do reagendamento com sobreposições da execução das estruturas de betão armado dos órgãos / edifícios, derivado por um lado pela imposição de preservação das cavidades por parte da Agência Portuguesa do Ambiente (APA) na qualidade de Autoridade de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), e por outro lado, pela necessidade do cumprimento do Prazo Contratual da Obra.

Assim, dos factos expostos no parágrafo anterior, originou um agravamento dos encargos nas atividades em causa, pelo que e de acordo com o ponto 1 do artigo 354.º do CCP, existem factos e pressupostos para enquadrar a situação como uma reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

[...]

Importa ainda salientar que no âmbito o Estudo de Impacto Ambiental da execução da ETAR, da Companheira, e respetivas medidas de minimização a implementar na fase de execução da empreitada, estava previsto o acompanhamento arqueológico dos trabalhos de construção.

Durante a execução dos trabalhos de movimentação de terras, nos dias 20 e 21 de Abril de 2016, foram "descobertas" duas cavidades, tendo a equipa de arqueologia, no âmbito das suas responsabilidades legais, dado conhecimento do facto à sua tutela, a Direção Geral do Património Cultural (DGPC).

No dia 22 de Abril de 2016, foi realizada uma reunião em obra, com as várias entidades envolvidas, para definição de medidas de minimização de impactes, com vista à preservação das cavidades encontradas até esse momento:

Realizou-se a 22 de Abril uma reunião de obra, com a presença de representantes das entidades envolvidas, incluindo esta DRC e DGPC, com os trabalhos de acompanhamento arqueológico já em curso no terreno, sendo definidas medidas específicas de minimização de impactes em face do potencial endocársico do local.

Da mesma forma, nessa reunião foi decidido que os trabalhos arqueológicos a realizar às cavidades, seriam apresentados em forma de Nota Técnica:

Ficou estabelecido que os resultados dos trabalhos arqueológicos seriam apresentados em Notas Técnicas sujeitas à apreciação da entidade de tutela.

Assim e decorrente desses trabalhos foi apresentada a primeira Nota Técnica, relativa às cavidades C1 e C2:

Foram descritas duas cavidades situadas na área de intervenção, cujo acesso resulta da remoção de rocha levada a cabo pela obra. De acordo com a Nota Técnica apresentada, a gruta designada Companheira Pequena tem um desenvolvimento de 9m e atinge a profundidade de 6m. A gruta designada Companheira Grande tem um desenvolvimento de 47m e atinge a profundidade de 13m.

A Nota Técnica considerava que as cavidades apresentavam formações geológicas de significativo interesse:

Do ponto de vista do património natural não competirá a esta DRC definir medidas de minimização, mas aproveita-se a oportunidade para expor alguns considerandos. São grutas relativamente pequenas mas, em particular no caso da Companheira Grande, constituem formações geológicas de significativo interesse, com aspetos raros de beleza no que se refere a paisagem subterrânea, com profusas formações litoquímicas incluindo estalactites, estalagmites, colunas, tubulares, extensos mantos de calcite e outros elementos notáveis. De notar que a grande maioria das grutas conhecidas no Algarve foram objeto de vandalizações e degradação do património contido e que, neste caso, está-se na presença de grutas praticamente intocadas e preservadas que efetivamente interessa manter. Também do ponto de vista da biodiversidade poderão estas grutas conter informação relevante, sobretudo em face das recentes descobertas, com repercussão internacional, da bióloga Sofia Reboleira (Universidade de Aveiro e de La Laguna), em outras grutas da região, incluindo as de Ibn Ammar (Portimão), reportando-se a descoberta de novas espécies de artrópodes.

Derivado do potencial das cavidades, considerava a Direção Regional da Cultura do Algarve, de que as cavidades deveriam ser preservadas:

Pelo exposto e sublinhando o potencial interesse das referidas grutas para futuros estudos paleoclimáticos, considera-se ser fundamental a preservação das mesmas. Deverá portanto ser minimizada a afetação e mantida a possibilidade de acesso às grutas para fins de investigação.

Acrescentava ainda que, a continuação da obra teria que prosseguir com extremo cuidado: A continuação da obra na área em que se encontram as cavidades terá que garantir a não destruição destas, podendo no entanto ser levado a cabo algum rebaixamento da massa rochosa com afetação parcial das atuais entradas. Terá porém que se garantir um desmonte cuidadoso da rocha no local em referência, evitando a entrada de pedras com quantidade para o interior da gruta e sem que se produzam novas aberturas ou abatimentos nas grutas já identificadas.

E que deveria ser executado um acesso após a conclusão da obra:

Deverá ser projetada e implementada uma conduta de acesso à gruta Grande da Companheira, destinada a que sejam possíveis incursões futuras, o que se deverá manter após a conclusão da obra.

Finalizava considerando que derivado da probabilidade da existência de outras cavidades, a continuação dos trabalhos de movimentação de terras, deveria ser objeto de um rigoroso acompanhamento arqueológico.

Nos locais da área de intervenção da obra em que existe a probabilidade da existência de outras cavidades, em conformidade com as leituras dos perfis de resistividade elétrica, os meios de fragmentação e remoção da massa rochosa não poderão colocar em risco a estabilidade geral de tais estruturas, ou seja, não deverão ser utilizadas cargas explosivas ou outros meios cujo poder destrutivo possa provocar o colapso extensivo dos tetos desses espaços. Nesses locais, a desmontagem da rocha terá que ser objeto de permanente acompanhamento arqueológico. No caso de ocorrerem novas aberturas com dimensões que permitam a incursão e cujos limites não sejam visualizáveis em vistoria prévia a partir do exterior, deverá a tutela do património cultural ser imediatamente alertada e tomadas as medidas habituais de proteção do sítio, com paragem imediata da frente de obra e vistoria espeleológica.

Os excertos acima apresentados, constam da comunicação da Direção Regional de Cultura do Algarve, com a referência 160463/DRCAIlg/AD, datado de 8 de junho de 2016.

Na sequência do supra exposto, surgiram diversos condicionalismos na execução dos trabalhos de escavação por explosivos. Assim, tendo em consideração a intenção do Consórcio em realizar a escavação através da utilização de explosivos, no dia 1 de julho de 2016 foi realizada uma reunião em obra, com várias entidades envolvidas, onde foi autorizada a realização de pegas de fogo:

[..]

Da mesma forma, e por forma a viabilizar as pegas de fogo, foi estabelecido que deveria existir um procedimento de avaliação de cada pega de fogo, para garantir a preservação das cavidades:

[...]

Este procedimento contemplava, para além da monitorização das vibrações provocadas pela pega de fogo por sismógrafos, a monitorização das cavidades C1 e C6, através da colocação de alvos e testemunhos no interior das cavidades, e posterior registo in loco e fotográfico a realizar por equipa mista de espeleologia e arqueologia, e deveria obedecer / incluir o seguinte:

[...]

Os excertos acima apresentados, constam da proposta de Ata de Reunião de 1 de julho de 2016, elaborada pelo Arqueólogo responsável pelos trabalhos (Dr. Tiago Fraga) e distribuída aos intervenientes via correio eletrónico datado de 8 de julho de 2016.

Assim, e por forma a dar cumprimento da decisão da DRCAIG em preservar a integridade das cavidades, a continuação da execução dos trabalhos de escavação teve que ser objeto de novo planeamento, uma vez que as pegas de fogo teriam que ter limitações na quantidade de explosivo a utilizar, obrigando à realização de 19 pegas de fogo, sendo que para cada uma delas, deveria ser implementado o procedimento acima referido.

Como facilmente perceptível, os condicionalismos impostos pela "redução" de explosivos em cada pega de fogo e pela monitorização das cavidades, provocaram a alocação de mais equipamentos mecânicos de movimentação de terras, assim como o prolongamento dos trabalhos de escavação, e posterior sobreposição de trabalhos de execução das estruturas de betão armado de edifícios e órgãos, originaram os "custos" reclamados pelo Consórcio. Resulta assim do exposto, que o aumento dos custos que o empreiteiro teve que suportar, por forma a conseguir cumprir os prazos contratuais, empregando mais meios humanos e materiais (conforme decorre do pedido do Empreiteiro e Parecer da Fiscalização), decorreu de factos imputáveis à entidade adjudicante, visto a mesma ter tido a intervenção de diversas entidades públicas nomeadamente a Direção Regional de Cultura e a Agência Portuguesa do Ambiente que condicionaram a realização dos trabalhos na sua versão inicial.

Comprova-se face ao descrito, a clara existência de um nexo causal entre os factos ocorridos e as intervenções das entidades supra mencionadas aos custos que vieram a decorrer para o Empreiteiro, ou seja, uma maior onerosidade da obra.

b. Da 2.^a Questão

[..]

Para cumprimento do solicitado por este Tribunal de Contas indicamos que os acordos e pagamentos relacionados com a empreitada, supervenientes à respetiva celebração e que não estivessem previstos de forma expressa no texto do contrato original, foram os seguintes:

Contrato Adicional n.º 1, celebrado em 19/07/2016, no valor de € 58.324,00, o qual foi remetido ao Tribunal de Contas em 09/08/2017;

Contrato Adicional n.º 2, celebrado em 14/07/2017, no valor de € 102.167,76, o qual foi remetido ao Tribunal de Contas em 09/08/2017;

Contrato Adicional n.º 3, celebrado em 30/10/2017, no valor de € 205.738,78, o qual foi remetido ao Tribunal de Contas em 06/11/2017;

Contrato Adicional n.º 4, celebrado em 14/03/2018, no valor de € 125.311,86, o qual foi remetido ao Tribunal de Contas em 11/04/2018;

c. Da 3.ª Questão

[...]

Conforme já referido na 1ª questão, consideramos estarmos perante uma reposição do equilíbrio financeiro ao abrigo do artigo 354.º e 282.º do Código dos Contratos Públicos, tendo sido efetuado o enquadramento dos factos e pressupostos de origem técnica que denotam o cumprimento dos pressupostos invocados no n.º 1 do artigo 354.º.

[...]

Em conclusão, e atendendo a estarmos perante uma reposição do equilíbrio financeiro, determinada nos termos do artigo 354.º e 282.º do Código dos Contratos Públicos, decorrente das modificações contratuais inerentes, motivadas por questões de interesse público e que obstaram à vontade do adjudicatário, pese embora o mesmo tivesse a obrigação de cumprir os prazos contratualmente previstos, consideramos no âmbito do enquadramento jurídico processual face à LOPTC (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas), estarmos perante o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º, atendendo a que a reposição do equilíbrio financeiro é motivada por uma alteração ao contrato conjugado com o agravamento dos encargos financeiros para a entidade adjudicante, o que, cumulativamente preenche os requisitos de envio a fiscalização prévia, o sobre qual se requer o visto desse Douto Tribunal.»

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).

No caso presente, o requerente invocou como causa de pedir da fiscalização prévia a alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, tendo na sua última intervenção processual alegado factos que consubstanciam o enquadramento do instrumento submetido como relativo a uma situação de reposição do equilíbrio financeiro ao abrigo do disposto no artigo 354.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) — enquadramento, aliás, defendido desde o requerimento inicial mas que apenas compreendeu a cabal alegação dos factos invocados no derradeiro impulso processual —, defendendo, no plano processual que os acordos de reposição do reequilíbrio financeiro são suscetíveis de fiscalização prévia ao abrigo da mencionada alínea (cf. *supra* o relatório da decisão).

Como já se sublinhou, os atos e contratos para ser 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, um *acordo* sobre pagamento adicional ou suplementar de trabalhos conexos com um contrato público de empreitada, em abstrato, 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).

Os regimes indicados apresentam-se de forma alternativa, a qual se reflete na fiscalização pelo TdC, pois são sujeitos a fiscalização prévia atos qualificáveis como *modificação objetiva de contrato* (cf. artigo 46.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC), mas, por força de previsões expressas determinados factos relativas à 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).

Regime de fiscalização prévia previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC reportado à *modificação objetiva de contrato* prevista no artigo 311.º do CCP e relativa ao conteúdo obrigacional do contrato autónoma do regime legal da *reposição do equilíbrio financeiro* do contrato (estabelecido nos artigos 282.º ou 354.º do CCP) reportado a contingências na execução do contrato. Pelo que, no caso concreto falta o primeiro dos requisitos previstos na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC pois o ato ou contrato não formaliza modificação objetiva de contrato.

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 uma decisão de mérito sobre visto prévio de um ato ou contrato.

Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir uma *reposição do equilíbrio financeiro* de contrato que não é suscetível de apreciação em sede de fiscalização prévia 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.

Acrescente-se que a norma do artigo 46.º da LOPTC também constitui uma norma sobre competência material pelo que tendo por referência a causa de pedir assumida no requerimento 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 previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, tal determina que não pode haver lugar à análise da fundamentação, 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 além de contratos objeto de pedido de visto, se pode, nomeadamente, investigar acordos com hipotéticas relações funcionais com aqueles e mesmo a inadmissibilidade de pagamentos relativos aos mesmos. No caso concreto, o ato submetido reporta-se a uma figura de acordo em sede de execução de contrato que não é subsumível em nenhuma das acima indicadas como suscetíveis de fiscalização concomitante pela 1.ª secção do TdC (artigos 47.º, n.º 1, alínea *d*), e 49.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC).

A manifesta improcedência de um pedido de fiscalização prévia não obsta que a respetiva factualidade subjacente e as relações envolvidas quanto a execução dos instrumentos contratuais não devam ser objeto de apreciação pelo TdC em sede de fiscalização pela 2.ª secção (aliás, a legitimidade de pagamentos ao abrigo de acordo de *reposição do equilíbrio financeiro* de contrato exige o preenchimento cumulativo de requisitos substantivos e procedimentais que carece de ser esclarecida para um juízo sobre o respetivo mérito)

No caso concreto, existem motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores eventualmente relevantes para fiscalização pela 2.ª secção do TdC, daí impor-se a respetiva comunicação conforme já foi preconizado em anteriores decisões da 1.ª secção do TdC — cf. Decisão n.º 394/2014, de 28-5-2014, no processo n.º 396/2014.

III. Decisão

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

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Águas do Algarve, SA 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- Determinar, atenta a fundamentação da presente decisão, a remessa à área VIII da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, do relatório final e do requerimento inicial da requerente para os efeitos tidos por convenientes por essa entidade no quadro das respetivas competências.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Lisboa, 7 de fevereiro de 2019
