

I. Relatório

§ 1. O presente processo inicia-se com requerimento de APSS - Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A. requerendo ao Tribunal de Contas (TdC) a fiscalização prévia de minuta de um designado «Acordo adicional ao contrato para a execução dos trabalhos da empreitada de “Melhoria da acessibilidade marítima ao Porto de Setúbal”» com a empresa MOTA-ENGL, Engenharia e Construção, S.A..

§ 2. O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) do TdC, para informação ou esclarecimento complementar pela entidade requerente (relativas ao envio de uma minuta e não de um contrato e admissibilidade da respetiva fiscalização prévia), tendo a requerente alegado:

«Recebida a mensagem automática abaixo refletida, na sequência da entrega do nosso Ofício n.º S/02362/1912-G.J., de 27.12.2019, vimos por este meio esclarecer que através deste ofício a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A., remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, minuta de contrato de modificação de contrato visado devidamente aprovada por deliberação do Conselho de Administração, nos termos da al. c) do n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC e da al. b) do n.º 1 do art.º 3.º das instruções aprovadas pela referida Resolução n.º 14/2011, e que ainda não foi assinada pelas partes dada a sua natureza de minuta, muito embora tenha por estas sido aprovada, uma vez que parte dos encargos têm de ser satisfeitos no ato da celebração do contrato.

Em anexo ao ofício consta exemplar da referida minuta rubricada por representante legal desta empresa pública em suporte papel (além de duplicado em ficheiro eletrónico no DVD enviado, que inclui, como indicado no ponto 6 do elenco de documentos constante do ofício, também correio eletrónico da cocontratante aceitando a referida minuta).

Julgamos, assim, não existindo o original indicado, que não há lugar nesta fase ao envio de documentação adicional, podendo o respetivo processo ser criado, mas agradecemos confirmação.

A outorga do referido instrumento contratual só será realizada após devolução por esse Tribunal da respetiva minuta decorrente do processo de fiscalização agora submetido.»

§ 3. A alegação do requerente sobre a apresentação da minuta e não de um contrato foi ponderada pelo Tribunal.

II. Fundamentação

- § 4. 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 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 Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- § 5. A primeira questão jurídica que deve ser apreciada reporta-se ao único pedido do requerente de concessão de visto à minuta submetida (neste ponto, importa sublinhar que o requerente não formulou um pedido principal de pronúncia sobre a sujeição a fiscalização prévia do acordo objeto da minuta, mas apenas pediu que a minuta recebesse o visto do TdC).
- § 6. A submissão de uma minuta e não de um contrato outorgado derivou de uma opção do requerente suportada na argumentação acima transcrita.
- § 7. Subjacente a todas as alíneas do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC encontra-se o estabelecimento de um elenco taxativo de instrumentos (atos e contratos) que delimitam o âmbito objetivo da fiscalização prévia (cf. § 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS) conjugado com aspetos particulares reportados ao âmbito subjetivo, o qual estando estabelecido em termos genéricos no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC pode sofrer recortes reportados a alguns atos e contratos, como sucede com os *instrumentos geradores de dívida pública*.
- § 8. Afigura-se evidente que o instrumento submetido não preenche a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC (vd. por todos a mais recente jurisprudência do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal sobre a matéria, estabelecida no Acórdão 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL).
- § 9. A eventual sujeição de um concreto contrato com a estatuição constante da minuta remetida ser submetido a fiscalização prévia apenas poderia ser suscitada enquanto o mesmo pudesse ser integrado no elenco de atos e contratos relativos a *instrumentos geradores de despesa pública* (artigo 46.º, n.º 1, alíneas b) a e), da LOPTC), em particular, previstos:
- a. No artigo 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, norma relativa a *contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* quando reduzidos a escrito por força da lei — sendo o visto dispensado no caso de contratos que fiquem abaixo do limiar fixado pelas leis do orçamento do Estado, até à data sempre estabelecido em 350.000 €, cf. artigo 255.º, n.º 1, da lei do orçamento do Estado para 2019 (LOE 2019), aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro);
 - b. 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:
 - i. A qualificação, «atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados», a qual tem uma conexão necessária com um contrato anterior (o *modificado*);

- ii. Além da referida qualificação, o instrumento contratual tem de implicar «um agravamento dos [...] encargos financeiros ou responsabilidades financeiras» do contrato visado.

§ 10. No plano processual, importa referir que 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.

§ 11. Passando à suscetibilidade de apreciação de uma minuta e não de um contrato definitivo, a única norma que se reporta à admissibilidade de decisão de concessão ou recusa de visto tendo como objeto minutas é a constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC: «as minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração».

§ 12. Essa norma é excecional estabelecendo na sua previsão o elenco delimitado de hipóteses em que a fiscalização pode incidir sobre a minuta e não sobre o contrato.

§ 13. Os pressupostos processuais para uma decisão do TdC sobre a suscetibilidade de um ato ser sujeito a fiscalização prévia apresentam-se distintos dos reportados a uma decisão de mérito sobre a concessão de visto, campo em que se deve atender, ainda, aos princípios da cooperação, boa-fé processual e adequação formal estabelecidos nos artigos 7.º, n.º 1, 8.º e 547.º do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

§ 14. No universo específico da fiscalização prévia se um requerimento inicial invoca como causa de pedir um instrumento insuscetível de ser sujeito a fiscalização prévia à 1.ª Secção do TdC está vedada a apreciação de mérito sobre a respetiva legalidade.

§ 15. Consequentemente, o facto de a minuta de um contrato não se afigurar suscetível de fiscalização prévia, ainda que o contrato pudesse integrar o âmbito objetivo dessa espécie de controlo, obsta a que seja proferida uma decisão de mérito (atenta a existência de um único pedido do requerente falta fundamento, e base processual, para uma pronúncia sobre a eventual sujeição a visto do eventual acordo objeto da minuta, cf. §§ 10 e 18).

§ 16. É o que se verifica no caso concreto, pois as situações abrangidas na norma excecional da alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC são, apenas, as que resultam de vinculações legais de suportar encargos no momento da respetiva celebração («cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração», por exemplo aquisição de imóvel por escritura pública) e não as resultantes de um mero acordo das partes sem que nenhuma imposição legal o determine.

§ 17. Pode acrescentar-se que a eventual qualificação do caso como reequilíbrio financeiro poderia determinar uma decisão no sentido de que o mesmo não se encontra sujeito a fiscalização prévia, mas uma decisão nesse sentido dependia de uma alegação de factos sobre um conjunto de elementos essenciais para o enquadramento jurídico do Tribunal, que, em matéria de direito, não está vinculado à valoração do requerente.

§ 18. Sobre o tema pode referir-se a Decisão n.º 101-A/2019, de 7-2-2029 (processo n.º 3549/2018), cuja motivação compreende, nomeadamente, o seguinte:

«Em abstrato, um *acordo* sobre pagamento adicional ou suplementar de trabalhos conexos com um 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).

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) relativo a contingências na execução do contrato. [...]»

§ 19. Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir uma minuta 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.

§ 20. 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.

III. Decisão

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

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por APSS - Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, 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 *c*) (*a contrario*), 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.**

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Depois da decisão ser comunicada ao requerente, publique-se no sítio eletrónico do Tribunal de Contas. DN.

Lisboa, 19 de fevereiro de 2020
