

1.ª Secção – SS

Data: 22/10/2024

Processo: 2493/2024

RELATOR: Conselheiro Nuno Miguel P. R. Coelho

TRANSITADO EM JULGADO EM 08/11/2024

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

1 Resulta, fundamentalmente, do processo o seguinte:

- 1.1 O Município de Faro submeteu a fiscalização prévia o assim designado “acordo de reposição do equilíbrio financeiro, de contrato de empreitada da Nova Ponte de Acesso à Praia de Faro”, no valor de € 216 580,67.
- 1.2 Na justificação a entidade apresentante alude à modificação objetiva a contrato visado, com invocação expressa do Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 1.3 Apresentado o processo em sessão diária de visto não foi obtido consenso sobre a sujeição ou não sujeição a visto do instrumento contratual em causa, pelo que foi determinada a subida do mesmo processo a julgamento em subsecção, a fim de ser proferido acórdão a decidir tal questão, em cumprimento do disposto, conjugadamente, nos Art.ºs 77.º, n.º 2, alínea d), e 84.º, n.ºs 2 e 3, estes da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), e 40.º, n.º 4 e 46.º, n.º 9, do Regulamento do Tribunal de Contas.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FATO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
 - 2.1 Em 12/09/2024 a aqui entidade fiscalizada, Município de Faro, e o consórcio “Extrato Sucursal em Portugal”, subscreveram o instrumento contratual documentado nos autos designado por “(...) Acordo de Reposição do Equilíbrio Financeiro”, com diversos

considerandos relativamente à execução da empreitada da nova ponte de acesso à Praia de Faro e à cessão da posição contratual da empreiteira.

2.2 Na cláusula primeira desse acervo contratual, refere-se igualmente o seguinte:

Cláusula Primeira

(Objeto)

1- O Município reconhece a necessidade da reposição do equilíbrio financeiro do contrato número 101/21/CN003, relativo à empreitada da nova ponte de acesso à Praia de Faro, face à alteração do projeto das fundações motivadas pela ocorrência de situações complementarmente imprevisíveis, que obrigaram à paragem da obra e ao reajustamento do aprovisionamento de materiais, equipamentos adequados à realização dos trabalhos e à reprogramação dos trabalhos, durante o período de execução do contrato, obrigando-se ao pagamento da quantia de € 216.580,67 (duzentos e dezasseis mil quinhentos e oitenta euros e sessenta e sete cêntimos), acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

2 - O empreiteiro aceita o valor referido no número anterior declarando nada mais ter a reclamar a título de equilíbrio financeiro do contrato.

2.3 Tal acordo foi antecedido de parecer sobre o pedido do empreiteiro e na proposta n.º 311/2024, de 20 de agosto, do PC, sobre a qual recaiu a autorização da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, por parte da C.M., em 26.08.2024, nos quais consta o seguinte:



PROPOSTA N.º 311/2024/CM

**CONSTRUÇÃO DE NOVA PONTE DE ACESSO À PRAIA DE FARO
REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO**

Considerando que, em 08 de março de 2022, a Sociedade Polis Litoral Ria Formosa – sociedade para a requalificação e valorização da Ria Formosa, S. A., o Município de Faro e o consórcio Extraco Sucursal em Portugal – Misturas, Empreitada Nova Ponte de Acesso à Praia de Faro, celebraram contrato interadministrativo 101/22/CN002 para a cessão da posição contratual do contrato 101/21/CN003, para a empreitada da nova ponte de acesso à praia de Faro, no montante de 4.375.784,88€, acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

Considerando que, por via do referido contrato, o Município de Faro assumiu a posição contratual da Sociedade Polis Litoral Ria Formosa - sociedade para a requalificação e valorização da Ria Formosa, S. A., e consequentemente a responsabilidade pela consignação da empreitada, mediante a assunção das obrigações traçadas em sede de projeto de partilha e relatório de liquidação da referida sociedade Polis.

Considerando, o exposto no parecer n.º 13 do Diretor de fiscalização da empreitada, elaborado no âmbito do requeimento do adjudicatário, no que respeita à reposição do equilíbrio financeiro.

Considerando, que o Departamento de Finanças, procedeu ao cabimento e compromisso do valor referente ao reequilíbrio financeiro, atendendo à dotação em orçamento e fundos disponíveis.

2.4 Sendo que no referido parecer consta, exatamente, o seguinte:

1.4. REPOSIÇÃO DO EQUILIBRIO FINANCEIRO – EQUADRAMENTO LEGAL

A prorrogação do prazo pode constituir um direito do empreiteiro em sede de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como reconhece expressamente o n.º 3 do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos, e terá inequivocamente lugar quando o dono da obra pratica ou dá causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da obra.

Posição do Empreiteiro:

O Empreiteiro reclama a quantia de 272 923,32 €, resultado de 3 parcelas:

Descrição		Quant.	P.Unit.	Valor
art. 1.1.3	Exploração e manutenção de estaleiro (1)	188	861.75 €	162 009.00 €
	Aluguer de plataforma Flutuante em resultado da sua imobilização no cais comercial de Faro	50	2 195.00 €	109 750.00 €
	Parqueamento da plataforma no cais comercial de Faro			1 164.32 €
				272 923.32 €

(1) valor do art. 1.1.3 do MQT / 540 dias = 861.75€

(2) 65.850€ / 30 dias = 2 195€ entre 17/05/2023 até 05/07/2023

(3) período 17/05/2023 até 05/07/2023.

Posição da Fiscalização:

A prorrogação do prazo constitui, portanto, um direito do empreiteiro; uma consequência que o dono da obra deve assumir por ser a repercussão do prazo de rever o projecto de execução das estacas em função da apresentação do relatório factual da prospecção geológico-geotécnica, resultado da campanha de sondagens e o fornecimento em obra, dos primeiros tubos metálicos importados para a execução das estacas, no dia 18.05.2023.

Em N/ entendimento, depois de determinado os dias considerados de direito à prorrogação de prazo, o preço unitário a aplicar será o preço diário obtido pela divisão do valor da lista de preços unitário pelo prazo inicial, indicado no Caderno de Encargos

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

3 Não deixaram de ser provados quaisquer factos alegados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

III FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1 Estrutura da apreciação jurídica

4 A fiscalização prévia da 1.ª Secção do TdC constitui uma competência própria deste tribunal cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma previsão normativo-legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e outro âmbito objetivo (atos e contratos), ambos delimitadores, na sua integração, do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos Art.ºs 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.

- 5 No presente caso está em apreciação um instrumento contratual que é designado de “acordo de reposição de equilíbrio financeiro” e que entidade apresentante enquadra como uma modificação objetiva a contrato visado, com invocação expressa do Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 6 Ora, não obstante esse enquadramento, justamente porque a alteração contratual tem a sua origem numa situação de reposição do equilíbrio financeiro, há que equacionar se a mesma se trata de um ato enquadrável na normal execução do contrato inicial, constituindo uma vicissitude do mesmo.
- 7 Sendo que se se entender que não estamos perante uma modificação objetiva do contrato (uma vez que o contrato inicial, na verdade, se manteria inalterado nas suas condições essenciais), teremos de concluir que mesmo instrumento contratual em apreço não estará sujeito a fiscalização prévia, por não se enquadrar no âmbito objetivo estabelecido no Art.º 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 8 Havendo que ponderar, assim, da apreciação da questão da sujeição a visto deste instrumento contratual, no alinhamento crítico com a jurisprudência deste mesmo Tribunal de Contas para situações tipológicas análogas com a presente.

III.2 Da sujeição ou não sujeição a visto deste instrumento contratual, aqui apresentado, que se designa por acordo de reposição de equilíbrio financeiro

- 9 A entidade fiscalizada veio submeter a fiscalização prévia este “acordo de reposição do equilíbrio financeiro, de contrato de empreitada da Nova Ponte de Acesso à Praia de Faro”, no valor de € 216 580,67.
- 10 Na justificação a entidade apresentante alude à modificação objetiva a contrato visado, com invocação expressa do Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 11 Contudo, não obstante a entidade fiscalizada enquadrar o presente acordo na figura da modificação objetiva do contrato por razões de alteração das circunstâncias aliadas a razões de interesse público, esse mesmo enquadramento singular não se terá como o mais adequado, uma vez que a alteração contratual tem a sua origem numa situação de verdadeira reposição do equilíbrio financeiro e que tornou impossível a execução normal do contrato inicial.
- 12 Nesse enquadramento, mesmo por via da aplicação do disposto no n.º 2, do Art.º 314.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (que não seja imputável à decisão do contraente público ou à conduta do cocontratante), conferem um direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de

equidade. Ainda assim, sempre serão válidos os critérios substantivos e os pressupostos procedimentais consagrados nos vários números do Art.º 282.º do CCP.

- 13 Analisados os esclarecimentos, e a documentação instrutória, verifica-se que o aditamento contratual em apreço decorre da imposição legal que qualquer entidade está obrigada a respeitar, bem como a atualizar o valor do contrato já celebrado por forma a implementar o reequilíbrio económico-financeiro, tendo em conta os referenciais indicados na documentação de execução do contrato de empreitada em execução.
- 14 Não se pode, assim, afirmar que tenha sido um acordo apenas adstrito à consensualidade e liberdade contratuais, das quais terá resultado uma alteração do preço traduzido nos encargos financeiros a satisfazer, isto é, uma verdadeira modificação objetiva do contrato inicial, como resulta logo do seu objeto.
- 15 Nesses termos, analisado melhor o teor da documentação do contrato em causa e tendo em conta uma melhor leitura da situação fáctica e o teor do disposto no Art.º 282.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), julgamos ter de atender que esta situação de verdadeira reposição do equilíbrio financeiro do contrato não se enquadra na alínea d) do n.º 1 do Art.º 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 16 Note-se que a consideração destas verdadeiras situações de estrita reposição financeira do contrato, tal como expõe o n.º 2 do Art.º 282.º do CCP, só se verificam quando “o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”.
- 17 Nas situações, como a presente, de empreitada, o Art.º 354.º do CCP, sob a epígrafe Reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra, estabelece os moldes em que a mesma reposição financeira deverá ser acionada, o que terá sido concretizado nesta situação.
- 18 Face aos estritos termos em que a mesma é estipulada legalmente (e os seus apertados efeitos também derivados da própria estipulação legal, tal como resulta dos n.ºs 4, 5 e 6 do citado Art.º 282.º do CCP), tendo em consideração os moldes em que a mesma foi assumida na situação presente (com um parecer de uma empresa perita nomeada pelo Município de Faro), temos que não ocorrem aqui razões para considerar que ocorre um descontrolo no agravamento dos encargos ou das responsabilidades financeiras derivados de uma alteração das condições contratuais, que levariam a considerar tal situação como integrada no âmbito de previsão das modificações objetivas a contratos, tal como estatuído pelo Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC.

- 19 Sobre o entendimento e a extensão a conceder à previsão desta alínea d) deste n.º 1 do Art.º 46.º da LOPTC, na intenção legislativa de 2011 e na casuística jurisprudencial deste Tribunal de Contas, veja-se L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Jurisdição Financeira. A Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas*, Coimbra: Almedina, 2024, pp. 60-61; e Marta Ramalho Gomes, “A incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas – Anotação legal ao artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)”, in *Revista de Direito Administrativo*, # 5, Maio-Agosto 2019, pp. 93-96.
- 20 E, aqui, não se esquece que as situações de fronteira ou mais duvidosas podem sempre ocorrer, sendo a linha de transposição entre as figuras aludidas (modificação objetiva ou reposição financeira, na ponderação de um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras) sempre apurada por via de uma especial atenção ao equilíbrio negocial (alteração substancial ou não das condições contratuais), às suas repercussões financeiras e às considerações fáctico-normativas convocadas.
- 21 Nestes termos, pela ponderação dos específicos termos em que se delimitou esta reposição financeira (daí os termos da situação acima retratada), consideramos que a mesma se ateu nos limites da referida reposição financeira, havendo que seguir, nesta consequência, os moldes da jurisprudência pretérita deste Tribunal para estas situações tipificadas que considera que as mesmas não se encontram sujeitas visto - Decisões n.º 939/2013 no âmbito dos processos n.ºs 1199/2013, 1483/2013 e 1488/2013, n.º 394/2014 no âmbito do processo n.º 396/2014; n.º 106/2015 no âmbito do processo n.º 85/2015; n.º 545/2015 no âmbito do processo n.º 902/2015; n.º 1063/2015, no âmbito do processo n.º 1970/2015; n.º 453/2017, no âmbito do processo n.º 791/2017; n.º 1201/2018, no âmbito do processo n.º 3548/2018; n.º 90/2019, no âmbito do processo n.º 300/2019; n.º 183/2019, no âmbito do processo n.º 427/2019; n.º 37/2020, no âmbito do processo n.º 4165/2019; n.º 1001/2020, no âmbito do processo n.º 3010/2020; n.º 1408/2021, no âmbito do processo n.º 2290/2021; n.º 350/2023, no âmbito do processo n.º 500/2023; n.º 863/2024, no âmbito do processo n.º 1606/2024; e n.º 972/2024, no âmbito do processo n.º 1907/2024.
- 22 Atento o exposto, consideramos que o instrumento contratual apresentado se enquadra na normal execução do contrato inicial, constituindo uma mera vicissitude do mesmo, não se enquadrando na previsão da alínea d) do n.º 1 do Art.º 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se devolver o instrumento contratual apresentado à entidade fiscalizada, por não se encontrar sujeito a visto, pelos fundamentos acima expostos.

Sem emolumentos.

Registe e notifique.

Lisboa, 22 de Outubro de 2024

Os Juízes Conselheiros,

Nuno Miguel P. R. Coelho – Relator

Miguel Pestana Vasconcelos

Que participou por videoconferência na sessão e vota vencido, com
a declaração de voto que segue.

Paulo Nogueira Costa

Que participou presencialmente na sessão e votou favoravelmente
o acórdão antecedente

Processo: 2493/2024

Voto de vencido

§ 1

A factualidade relevante

1. O contrato *sub judice* tem por objeto uma reposição financeira do contrato de empreitada do contrato de empreitada da Nova Ponte de Acesso à Praia de Faro no valor de 216 580,67 €, que a entidade submeteu como modificação objetiva a contrato visado.

§ 2

A qualificação do acordo

2. É inequívoco que estamos perante um contrato, ele foi negociado, o ente público aferiu das condições de legalidade do pedido e fez uma contraproposta que o empreiteiro aceitou, com isso se tendo celebrado o contrato, que veio depois a ser reduzido a escrito. Desse contrato resultou a alteração do preço contratual traduzido nos encargos financeiros a satisfazer. Consiste num contrato modificativo do contrato inicial, como resulta logo do seu objeto. Repõe-se financeiramente, alterando-se, o contrato original. A entidade não teve quaisquer dúvidas deste enquadramento, tendo submetido o contrato como modificação objetiva ao contrato inicial.

3. Na verdade, em particular nos contratos duradouros, é comum às partes modificarem o contrato ao longo do tempo. Podem fazê-lo simplesmente por proposta de um a outro porque entende que na sua perspetiva se deverá alterar o contrato (p. ex., num contrato de fornecimento se se pretender um aumento dos bens a fornecer ou num contrato de empreitada se foram ampliados os trabalhos a realizar), ou ainda porque o contrato determina que em certas circunstâncias, p. ex., subida de uma taxa de juro, de um indexante, do preço de uma matéria-prima, o contrato deve ser renegociado. Noutros casos, é a lei que confere a uma das partes o direito a alterar o contrato, podendo, ou não definir, todos ou parte dos elementos alterados. O que não há dúvida é que essa alteração decorre sempre, só pode decorrer, de um outro contrato que modifica o anterior. Na verdade, ele continua a vigorar, mas alterado.

§ 3

A reposição do equilíbrio financeiro no Código dos Contratos Públicos (CCP)

4. No âmbito da contratação pública - que, note-se, assenta sempre na teoria geral negócio jurídico e do contrato em particular - está prevista e regulada a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, no art. 282.º CCP, disposição sobre a qual nos passamos a debruçar e da qual decorre um regime detalhado. Em primeiro lugar, os casos: só há lugar a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos casos especialmente previstos na lei ou, a “título excecional”, no próprio contrato.

5. A reposição do equilíbrio financeiro não corresponde a um tipo contratual. É um resultado económico-financeiro que se visa atingir. Pode assumir modalidades diversas. Cabe às partes definir os termos em que se fará. A lei é muito clara neste ponto (art. 282.º, n.º 3 CCP): a reposição do equilíbrio financeiro será efetuada, na falta de estipulação contratual, *designadamente*, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços, etc. Mas por acordo.¹

6. Temos desta forma diferentes instrumentos jurídicos de que as partes, ou seja, a entidade pública poderá acordar com a outra parte essa reposição (art. 282.º, n.º 3 CCP). Como se vê, muitas delas passam por alterações objetivas ao contrato, como sucede com a revisão de preços ou a prorrogação do prazo². A contraposição entre reposição do equilíbrio financeiro e modificação do contrato não é, pois, correta. Muitas reposições passam por alterações objetivas³ (dito de outra forma, adaptações)⁴, em especial se os contratos forem duradouros.

7. No caso vertente, o contrato foi duas vezes alterado. A primeira relativamente aos trabalhos a realizar por ato de autoridade da entidade pública. A segunda, como consequência - imposta pela lei

¹ Ver Miguel Assis Raimundo, *Direito dos contratos públicos, vol. 2, regime substantivo*, AAFDUL, Lisboa, 2022, pp. 159-160.

² Para as diferentes forma de reequilíbrio financeiro no contrato de empreitada, ver, desenvolvidamente, Licínio Lopes Martins (com a colaboração de João Nuno Calvão da Silva), *Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no Código de Contratos Públicos II; em especial a reposição do equilíbrio económico-financeiro e a determinação dos danos*, in: Estudos de contratação pública III (org. Pedro Costa Gonçalves), Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 352, ss..

³ Ver Miguel Assis Raimundo, *Direito dos contratos públicos, vol. 2, regime substantivo*, cit., p. 187.

⁴ Ver Licínio Lopes Martins (com a colaboração de João Nuno Calvão da Silva), *Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no Código de Contratos Públicos II; em especial a reposição do equilíbrio económico-financeiro e a determinação dos danos*, cit., pp. 362, ss..

- daquela alteração decorrente de ato da entidade pública, por acordo, para repor financeiramente, através da alteração do preço, o contrato. São duas modificações ao contrato realizadas em momentos e com fundamentos diferentes, em que a segunda compensa a primeira.

§ 4

O âmbito de competência da fiscalização prévia

8. Nos termos do art. 46.º, n.º 1, al. d) LOPTC, os “atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras” estão sujeitos a fiscalização prévia.

9. Esta norma ampliou em muito o âmbito da fiscalização prévia, sendo uma das traves mestras de todo o sistema. Na verdade, antes de 2011, só os contratos estavam abrangidos pela fiscalização prévia - não as suas modificações.

10. Ora, tendo como pano de fundo, e razão de ser, as diversas renegociações com reequilíbrios financeiros em prejuízo do Estado sem qualquer controlo de legalidade, que, na sequência do acordo com a Troika, pela Lei 61/2011, de 7/12, se introduziu o art. 46.º, n.º 1, al. d) [e e)] LOPTC⁵. O legislador alargou a competência da fiscalização prévia e atribuiu-lhe competência para verificar a legalidade das modificações contratuais, desde que elas tenham impacto financeiro, por via do agravamento dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras.

11. A alteração do preço é uma modificação de um elemento do contrato, frequentemente dos elementos mais decisivos, sobretudo nas situações em que essa alteração é relevante. Não fosse esse preceito legal, poderiam as partes, após celebrarem o contrato, sob a forma de reposição do equilíbrio financeiro, alterar o seu conteúdo, agravando os encargos financeiros, sem controlo, material ou financeiro. Foi por essa razão que o legislador a veio sujeitar a fiscalização prévia.

12. A norma é composta por dois elementos: “modificações objetivas a contratos visados” (i), “agravamento dos respetivos encargos financeiros” ou “responsabilidades financeiras”. Logo que preenchidos os elementos da previsão ou *factispecies* da norma, desencadeia-se a estatuição, a atribuição de competência ao tribunal, que este necessariamente não se pode recusar a exercer.

⁵ Ver Miguel Pestana de Vasconcelos, *A jurisdição financeira. A fiscalização prévia do Tribunal de Contas*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 76, ss..

13. O conceito de modificações objetivas é um conceito técnico-jurídico muito preciso: simples alteração ao contrato seu conteúdo ou objeto mediato. Opõe-se a modificações subjetivas que significam a alteração de um dos sujeitos, em regra por via da cessão da posição contratual. Quando o legislador recorre a um conceito estabilizado em termos técnico-jurídicos, fá-lo para que não haja qualquer dúvida, não deixa qualquer margem ao intérprete.

14. O legislador não inclui outros requisitos, como poderia ter feito, p. ex., limitando as alterações objetiva ao contrato a determinados objetos, em função do valor das modificações, etc. Poderia mesmo ter recorrido a um elemento que permitisse gradações, como, p. ex., modificações objetivas importantes, relevantes, significativas, desproporcionadas, etc. Todavia, não o fez. A intenção é inequívoca. O legislador bastou-se com um conceito determinado por razões de clareza e de segurança jurídica.

15. Por conseguinte, um acordo de revisão de preços, ou qualquer outro que vise a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, se for realizado por uma alteração ao contrato, está sujeito a fiscalização prévia. Haverá assim que verificar se se encontram preenchidos os requisitos da concessão do visto, o que vale dizer se não se verifica nenhuma causa da recusa de visto.

16. E os aspetos a fiscalizar são significativos. Dentre eles, no art. 44.º, n.º 2, al. b) LOPTC incluem-se as normas financeiras, que enquadram toda a realização da despesa (o ciclo da despesa), desde a orçamentação, à cabimentação, passando pela assunção dos compromissos, algumas delas cuja consequência da sua violação é mesmo a nulidade, preenchendo-se assim, igualmente, o fundamento de recusa de visto do art. 44.º, n.º 3, al. a) LOPTC.

17. Podem ainda ser detetadas, dependendo sempre do caso concreto, outras causas de nulidade ou ilegalidades que afetem o equilíbrio financeiro do contrato. Nomeadamente, se o fundamento invocado para reposição do equilíbrio financeiro não estiver verificado, o que significa que ela é ilegal

A argumentação expendida no acórdão justificando a não sujeição a fiscalização prévia

18. O acórdão começa por entender que “decorre da imposição legal que qualquer entidade está obrigada a respeitar, bem como a atualizar o valor do contrato já celebrado por forma a implementar o reequilíbrio económico-financeiro”.

19. O fundamento, a razão pela qual se deve proceder ao reequilíbrio financeiro resulta efetivamente de uma imposição legal. Todavia, a reposição do equilíbrio financeiro em si, emerge de um acordo das partes modificativo do contrato inicial, acordo esse balizado pelos critérios previsto no art. 282.º CCP.

20. “Não se pode, assim, afirmar que tenha sido um acordo apenas adstrito à consensualidade e liberdade contratuais, das quais terá resultado uma alteração do preço traduzido nos encargos financeiros a satisfazer, isto é, uma verdadeira modificação objetiva do contrato inicial, como resulta logo do seu objeto.”

Não se pode acompanhar esta afirmação.

21. A consensualidade significa acordo, mas isso e é o que caracteriza o contrato. Claro está que muitos contratos devem ser celebrados por imposição da lei, outros pelo próprio contrato. Neste último caso, o contrato-promessa; no primeiro, diversos acordos que a parte tem que celebrar porque a lei o impõe, ou o próprio contrato administrativo também faz essa exigência.

22. E aqui temos de distinguir: há o contrato com conteúdo diretamente previsto ou no contrato inicial ou na lei que procede à sua alteração, e há aqueles relativamente aos quais, dentro de balizas mais ou menos apertadas, devem ser acordados os termos. Em ambos os casos, são contratos. E o facto de o seu conteúdo estar balizado por critérios legais ou ser imposta a sua celebração não lhe afastam essa qualidade.

23. A ausência de liberdade contratual, nos termos expendidos, é típica dos contratos administrativos, em que a liberdade das partes não existe como no direito privado por força da aplicação do princípio da legalidade.

24. A modificação de objetiva de um contrato resulta da alteração de um dos seus elementos. A categoria dogmática não exige a existência de liberdade contratual. Inexiste um liame de um aspeto ao outro. A modificação contratual pode mesmo decorrer diretamente da lei, ou de ato unilateral da entidade pública (o que é muito comum), que impõem um determinado conteúdo (p. ex., o aumento do valor do contrato de acordo com a inflação), mas não deixa de ser uma modificação contratual. Se o preço do contrato é alterado, modifica-se o contrato.

25. O acórdão diz ainda que a alteração do preço não pode ser considerada uma modificação contratual atento o seu objeto. Não é possível também acompanhar esta asserção. Se se modifica o preço de um contrato, aumentando-o, sendo esse o objeto da reposição financeira, altera-se o contrato, tanto em termos de objeto imediato, o direito ao preço, como mediato, a quantia pecuniária.

26. O acórdão refere ainda que “instrumento contratual apresentado se enquadra na normal execução do contrato inicial, constituindo uma mera vicissitude do mesmo”.

27. Não se pode igualmente acompanhar o acórdão neste ponto. A execução do contrato consiste no cumprimento das obrigações decorrentes desse contrato. Este contrato não obriga, e poderia fazê-lo, à reposição do equilíbrio financeiro. Tal exigência decorre da lei (art. 354.º, n.º 1 CCP), se os seus fundamentos estiverem verificados, como aqui acontece. É exatamente ao contrário: a reposição do equilíbrio financeiro não é o cumprimento de uma obrigação decorrente daquele contrato, é a alteração desse contrato por um outro contrato.

28. Refere o acórdão: “temos que não ocorrem aqui razões para considerar que ocorre um descontrolo no agravamento dos encargos ou das responsabilidades financeiras derivados de uma alteração das condições contratuais, que levariam a considerar tal situação como integrada no âmbito de previsão das modificações objetivas a contratos, tal como estatuído pelo Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC.”

E mais à frente diz ainda: a “transposição entre as figuras aludidas (modificação objetiva ou reposição financeira, na ponderação de um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras) sempre apurada por via de uma especial atenção ao equilíbrio negocial (alteração substancial ou não das condições contratuais), às suas repercussões financeiras e às considerações fáctico-normativas convocadas”.

29. Percebe-se que face à distinção que se faz entre reposição financeira e modificação objetiva se pretenda criar alguns elementos qualitativos adicionais para assegurar algum controlo a essas alterações contratuais em caso mais graves. No entanto, como dissemos, essa contraposição não é correta. A modificação do contrato é uma modalidade de reposição.

30. E esta adição de elementos que não constam do art. 46.º, n.º 1, al. d) LOPTC é o principal ponto de divergência com o acórdão - e é uma divergência profunda. É que aqui o interprete faz depender a aplicação do art. 46.º, n.º 1, al. d) LOPTC de um conjunto de critérios sem qualquer apoio na lei, nem na sua letra, nem no seu espírito. O interprete quer introduzir elementos como o descontrolo do no agravamento de encargos entre os critérios do artigo em análise.

31. O regime é simples: modificação objetiva do contrato (i), e agravamento dos encargos financeiros (ii). A lei não exige que haja um descontrolo, real ou potencial, dos encargos financeiros, que o equilíbrio contratual seja alterado para se aplicar e sujeitar desta forma o ato ou contrato ao visto.

32. Nada consta da lei. Sendo além do mais que esses critérios são extramente difíceis de aplicar sem uma análise ao conteúdo do contrato e da sua conformidade com a lei. Ora isso só se poderá fazer se o contrato estiver sujeito a visto. Caso contrário, não.

33. O art. 46.º, n.º 1, al. d) LOPTC é uma norma de competência do tribunal. Define os contratos ou ato que ele tem, porque a lei o exige, de analisar do prisma da legalidade. Recorrendo para tal à disciplina, quer da LOPTC, quer de outros diplomas aplicáveis, neste caso o CCP.

34. Porém, essa análise é subsequente. Para efeitos de verificação da legalidade das alterações. Claro está que se as alterações foram abusivas, ou se se verificar qualquer outra causa de desconformidade, haverá lugar à recusa de visto. Trata-se, porém, de um *segundo momento*. Na altura da submissão a visto não se sabe, nem se pode indagar. É um simples juízo de admissão ao controlo do tribunal.

35. Na verdade, há dois planos e dois momentos: primeiro é a submissão a visto; o segundo é a legalidade dos contratos.

36. A lei pode alargar ou restringir os atos ou contratos sujeitos a visto. Pode criar mais ou menos requisitos. Pode recorrer a conceitos determinados ou indeterminados na previsão da norma. Neste caso, recorreu a dois conceitos técnicos precisos, porque pretendeu ter uma grande abrangência e não gerar quaisquer dúvidas ao intérprete, vale dizer ao aplicador da norma. É aquela em que no direito norte-americano se denomina uma *hard and fast rule*. Aquela que não deixa margem para dúvidas.

37. Se as alterações são legais ou ilegais, se o caso é simples ou complexo, se violam o CCP, no seu fundamento ou no seu conteúdo, ou qualquer outro diploma, se há ou não cabimento, se há ou não orçamento, se há ou não compromisso - trata-se de uma avaliação posterior.

38. O facto de se tratar de um caso simples em termos de verificação da legalidade, como será este, não significa que não esteja sujeito a visto. Há inúmeros casos muito simples sujeitos a visto. Não é, p. ex., por um contrato ser simples com pouquíssimas dúvidas de legalidade, que se afasta da sujeição a visto do art. 46.º, n.º 1, al. b) CCP. Basta que seja um contrato daqueles aí elencados.

39. cremos que a interpretação que se propugna no acórdão e com a extensão que se faz, além de ilegal, é - não há como deixar de o dizer - perigosa, se se entender que as reposições financeiras que adotem, como acontece na generalidade dos casos, a modificação do contrato existente, não são alterações ao contrato visado e, nessa medida, não estão sujeitas a visto. Dos aspetos mais importantes dos contratos duradouros, em especial são as reposições financeiras por alteração do contrato. Em muitos casos, de enorme valor, como sucede com as Parcerias-Público-Privadas⁶ ou as concessões (embora se admita que na intenção do acórdão elas não estejam abrangidas, a verdade é que a extensão do critério aí fixado as abrange).

40. Na interpretação que o acórdão faz, sendo reposições financeiras, qualquer que fosse o contrato a que se recorre para as alcançar, nem sequer estariam sujeitas a fiscalização prévia. Ou então, teríamos, caso a caso, que verificar da aplicação de um conjunto de critérios com carácter de conceitos indeterminados para cada um dos casos e que já só podem ser feitos *após* a sujeição a visto.

⁶ Ver Tiago Amorim, *A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos*, in: Comentários ao Código dos Contratos públicos, 4.ª ed., vol 4, AAFDUL, Lisboa, 2021, p. 539.

41. E, repete-se, é neste ponto em – sempre, evidentemente, com o devido respeito por quem sustenta uma posição diversa - que se diverge profundamente do acórdão e se considera que a doutrina aí expandida, relativa “ao coração” do sistema de fiscalização prévia, é ilegal e, se alargada, perigosa.

42. O que justifica a extensão e o desenvolvimento deste voto de vencido.

21 de outubro de 2024

Miguel Pestana de Vasconcelos

SUMÁRIO (do acórdão votado maioritariamente)

1. Nas situações em que ocorre uma alteração do teor contratado há que apurar se a mesma se pode constituir como uma modificação objetiva do contrato sujeito a visto ou, ao invés, se se enquadra numa verdadeira reposição do equilíbrio financeiro e que tornou impossível a execução normal desse mesmo contrato.

2. Assim, numa empreitada, mesmo por via da aplicação do disposto no n.º 2, do Art.º 314.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (que não seja imputável à decisão do contraente público ou à conduta do cocontratante), conferem um direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade. Ainda assim, sempre serão válidos os critérios substantivos e os pressupostos procedimentais consagrados nos vários números do Art.º 282.º do CCP.

3. E, aqui, não se esquece que as situações de fronteira ou mais duvidosas podem sempre ocorrer, sendo a linha de transposição entre as figuras aludidas (modificação objetiva ou reposição financeira, na ponderação de um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras) sempre apurada por via de uma especial atenção ao equilíbrio negocial (alteração substancial ou não das condições contratuais), às suas repercussões financeiras e às considerações fáctico-normativas convocadas.

4. Isso não deixará de exigir uma tarefa de interpretação e qualificação dos termos contratados e dos elementos decorrentes da própria execução do contrato e das alterações propostas e consensualizadas, nomeadamente se as mesmas modificações decorrem de imposição legal que qualquer entidade está obrigada a respeitar, bem como a atualizar o valor do contrato já celebrado por forma a implementar o reequilíbrio económico-financeiro, tendo em conta os referenciais indicados na documentação de execução do contrato de empreitada em execução.

5. Nesses termos, analisado melhor o teor da documentação do contrato em causa e tendo em conta uma melhor leitura da situação fáctica e o teor do disposto no Art.º 282.º do CCP, julgamos ter de atender que esta situação de verdadeira reposição do equilíbrio financeiro do contrato não se enquadra na alínea d) do n.º 1 do Art.º 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

6. Note-se que a consideração destas verdadeiras situações de estrita reposição financeira do contrato, tal como expõe o n.º 2 do Art.º 282.º do CCP, só se verificam quando “o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”.

7. Nas situações, como a presente, de empreitada, o Art.º 354.º do CCP, sob a epígrafe Reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra, estabelece os moldes em que a mesma reposição financeira deverá ser acionada, o que foi concretizado nesta situação.

8. Face aos estritos termos em que a mesma é estipulada legalmente (e os seus apertados efeitos também derivados da própria estipulação legal, tal como resulta dos n.ºs 4, 5 e 6 do citado Art.º 282.º do CCP), tendo em consideração os moldes em que a mesma foi assumida na situação presente (com um parecer de uma empresa perita nomeada pelo Município de Faro), temos que não ocorrem aqui razões para considerar que ocorre um descontrolo no agravamento dos encargos ou das responsabilidades financeiras derivados de uma alteração das condições contratuais, que levariam a considerar tal situação como integrada no âmbito de previsão das modificações objetivas a contratos, tal como estatuído pelo Art.º 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC.