



2018

Data: 04/05/2018
Processo: 564/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. O requerimento de fiscalização prévia

O presente processo visa a pronúncia do Tribunal de Contas (TdC) sobre a eventual fiscalização prévia de contrato de subconcessão alterado Autoestrada Transmontana, celebrado em 26-2-2018 entre Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP), enquanto subconcedente, e Autoestradas XXI – Subconcessionária Transmontana, SA.

O requerimento inicial do Conselho de Administração Executivo da subconcedente termina nos seguintes termos:

«Importa sublinhar que, de acordo com o 5.º relatório final da Comissão de Negociação (cf. página 123), o resultado da renegociação do contrato de subconcessão da Autoestrada Transmontana acarreta para esta empresa uma redução da despesa, não implica um agravamento dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras originalmente contratualizadas por esta empresa nem consubstancia modificações substanciais do objeto do contrato inicial».

II. Enquadramento

II.1 Enquadramento factual

Com relevo para a decisão judicial inicial em sede de fiscalização prévia deve atender-se aos seguintes factos:

1. O contrato inicial de subconcessão da Autoestrada Transmontana foi celebrado entre Estradas de Portugal (EP) e a AUTO-ESTRADAS XXI – Subconcessionária Transmontana, S.A.. na sequência de concurso público internacional, durante a X Legislatura encontrando-se em funções o XVII Governo Constitucional.
2. O contrato foi remetido para fiscalização prévia, tendo dado origem ao processo n.º 32/2009 no âmbito do qual foi recusado visto através do acórdão n.º 161/2009-2.NOV-1.ªS/SS¹.
3. O contrato foi objeto de reforma durante a XI Legislatura encontrando-se em funções o XVIII Governo Constitucional.

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/ac-2009.shtm>.



4. O contrato reformado foi visado em sessão diária de visto (s.d.v.) de 15-7-2010 (processo de fiscalização prévia n.º 733/2010).
5. Ainda no quadro da XI Legislatura, o XVIII Governo Constitucional solicitou a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em 17-5-2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional.
6. Em 20-6-2011 iniciou-se a XII Legislatura durante a qual foi empossado e exerceu funções o XIX Governo Constitucional.
7. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro, aprovou o plano Estratégico dos Transportes, tendo por referência a vinculação de Portugal ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Resolução que compreende um capítulo 5.7, no qual «face às projeções futuras da dívida da Estradas de Portugal, S. A. e às implicações que as mesmas representam, o Governo estabeleceu a implementação urgente de um conjunto de medidas de viabilização do modelo de financiamento da empresa». Referindo-se, nomeadamente, no subcapítulo 5.7.2:

«Está a ser estudado o cancelamento, suspensão ou revisão de um conjunto de troços incluídos nas subconcessões em curso, em virtude das atuais condições financeiras. Esta medida abrange dois tipos de troços:

«Troços de conceção/construção ou aumento de vias incluídos, cujos trabalhos ainda não se tenham iniciado ou se encontrem numa fase inicial;

«Troços de requalificação/beneficiação/conservação/ operação e manutenção passíveis de serem cancelados, assumindo a Estradas de Portugal, S. A., a responsabilidade pela sua manutenção, como na generalidade da rede rodoviária nacional.

«Elencam-se de seguida as subconcessões em causa: Subconcessão Transmontana; Subconcessão Douro Interior; Subconcessão Litoral Oeste; Subconcessão Baixo Tejo; Subconcessão Pinhal Interior; Subconcessão Algarve; Subconcessão Baixo Alentejo.

«Estima-se que o cancelamento, suspensão ou revisão dos troços enunciados tenha um impacto líquido de redução de mais de mil milhões de euros, entre CAPEX e OPEX.»

8. No dia 10-5-2012 foi aprovado por unanimidade, em plenário da 2.ª Secção do TdC, o Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário², no qual designadamente se refere:

«268. Em auditoria, foi detetada a existência de acordos entre os Bancos financiadores, as Subconcessionárias e a E.P., S.A., consagrando um conjunto de denominadas “*compensações contingentes*”, as quais, nos termos acordados, são devidas às subconcessionárias sem reservas ou condições.

«269. Veja-se, a título de exemplo, o teor da carta do banco financiador relativa à subconcessão do Algarve Litoral, onde se refere o seguinte:

² O qual pode ser consultado em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/25/audit-dgtrc-relo15-2012-25.pdf.



“a) Todos os pagamentos a efetuar pelo concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado – o “Caso Base Modificado”), seja qual for a respetiva natureza e fundamento são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos Finance Documents, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;

b) O referido na alínea (a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como “compensação contingente” no Caso Base Modificado;

c) O pagamento das verbas respeitantes a essa “compensação contingente” ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de subconcessão e pelos precisos montantes inscritos na linha 3841 da folha “4. Semestrelly Inputs do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo II à presente;”

«270. Estes acordos, não obstante serem concomitantes à outorga dos contratos reformados, não foram referenciados nesses contratos nem sequer indicados como seus anexos e também não foram juntos aos processos de fiscalização prévia acima referidos.

«271. Ao contrário do que foi alegado pelo MOPTC do XVIII Governo Constitucional, no primeiro contraditório, e pela E.P., S.A., a referência às “compensações contingentes” nos Casos Bases não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o eventual pagamento. Nos termos da própria definição contratual, o Caso Base é tão só um “conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira” que “representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da subconcessão”. Os valores nele referidos são, como resulta da sua própria definição, meras projeções financeiras que poderão, ou não, ocorrer. Os pagamentos ou remunerações devidos nos termos de um contrato têm de encontrar o seu fundamento nas cláusulas contratuais que definem o respetivo regime jurídico (se, quando, como e a quem são devidos). Os próprios contraentes reconheceram isso, ao considerarem necessário explicitar a obrigatoriedade e termos de pagamento das compensações em acordos subscritos na mesma altura em que foram outorgados os contratos reformados.

«272. Não procede também a alegação de que as “compensações contingentes” estão juridicamente sustentadas pela concessão do visto aos contratos reformados. Como já se referiu, as cláusulas remuneratórias desses contratos não contêm qualquer referência a essas compensações, as quais encontram o seu único fundamento nos acordos referidos no parágrafo 269, os contratos principais não mencionam esses acordos como seus anexos e os mesmos não foram juntos aos processos. Não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal.

«273. Os acordos em causa constituíram uma forma adicional de remuneração das subconcessões que não estava prevista nos cadernos de encargos, não foi objeto de apreciação no âmbito da análise e da classificação das propostas, não foi espelhada no texto dos contratos principais, designadamente, nas cláusulas que, nos mesmos, definiram as remunerações das subconcessionárias, e não foi visada por este Tribunal.

«274. Assim, este Tribunal alerta para a falta de fundamentação legal das referidas “compensações contingentes”. Caso os respetivos pagamentos venham a ocorrer,



podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis, a que o Tribunal de Contas estará atento.

9. O Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23-5, criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, com a natureza de «entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças», para assumir responsabilidades «no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegurar um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira». Essa entidade pode, ainda, conforme se refere no preâmbulo do diploma, «prestar apoio técnico a entidades públicas na gestão de contratos, assumir a qualidade de gestora de contratos e promover ações de formação, bem como de prestar apoio técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na definição legal de PPP».
10. Por despacho, datado de 3-12-2012, do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, foi determinado o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às PPP do setor rodoviário, como as concessões das ex-SCUT do Norte litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve, concessões Norte e da Grande Lisboa, bem como das subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral.
11. Pelo Despacho n.º 16198-F/2012³, do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, foi constituída e nomeada uma comissão para a renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: i) Concessões ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; ii) Concessões Norte e da Grande Lisboa; iii) Subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral (alterada pelo Despacho n.º 13007/2014⁴ e pelo Despacho n.º 10457-A/2016⁵, de 18 de agosto).
12. O artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31-12 que aprovou o Orçamento de Estado para 2013, com a epígrafe *Redução de encargos nas parcerias público-privadas do setor rodoviário*, estabeleceu:

«1 — O Governo obriga-se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público, liquidados diretamente pelo Estado Português ou através da EP — Estradas de Portugal, S. A., recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais.

«2 — A redução de encargos brutos para o erário público expectável em 2013 é de 30 % face ao valor originalmente contratado.»

³ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-12-2012.

⁴ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 27-10-2014.

⁵ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-8-2016.



13. Em 30 de junho de 2014 foi concluído o programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, durante a XI Legislatura, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional.
14. Por força do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 91/2015, de 29 de maio, com efeitos a partir de 1-6-2015, a Rede Ferroviária Nacional (REFER, E.P.E.) incorporou, por fusão, a Estradas de Portugal (EP, S.A.), convertendo-se em sociedade anónima (S.A.) passando a designar-se Infraestruturas de Portugal, S.A..
15. Em 23-10-2015 iniciou-se a XIII Legislatura, na qual foram sucessivamente empossados o XX Governo Constitucional (em 30-10-2015) e o XXI Governo Constitucional (em 26-11-2015).

II.2 Enquadramento jurídico

II.2.1 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 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*) e 46.º a 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8⁶.

No plano processual, a competência do TdC de fiscalização prévia 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.

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 Contas⁷, aprovada ao abrigo dos artigos 77.º, n.º 1, alínea *b*), e 81.º, n.º 1, da LOPTC.

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. Existe 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.

Desta forma, as entidades fiscalizadas têm uma responsabilidade própria (que não pode ser transferida para o TdC) ao outorgar instrumentos contratuais e identificar novos contratos sujeitos a visto, modificações de contratos visados sujeitas a visto ou modificações de contratos não visados

⁶ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

⁷ Publicada no *Diário da República, II Série*, de 16-8-2011.



sujeitas a visto — variantes contratuais que, no plano processual, conformam específicos ónus de alegar em sede de formulação do pedido de fiscalização prévia.

As entidades abrangidas pela jurisdição do TdC ao apresentarem um pedido assumem uma determinada valoração e devem formular uma pretensão juridicamente concretizada sobre determinado(s) ato(s) remetendo 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.

II.2.2 A competência do TdC cujo exercício se suscita nos presentes autos encontra-se prevista na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC a qual estabelece que estão sujeitos à fiscalização prévia «os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras».

Essa norma foi introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, que aprovou alterações da LOPTC no quadro de um programa legislativo sobre controlo da despesa pública e transparência orçamental determinado historicamente pelo programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido no «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional (*supra* §§ 5, 6, 7 e 13 do capítulo II.1 da presente decisão).

Na exposição de motivos da proposta de lei n.º 17/XII, que deu origem à alteração da LOPTC operada pela Lei n.º 61/2011, informava-se que o articulado, nomeadamente, previa «que os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas passem a estar sujeitos a visto prévio ou declaração de conformidade do Tribunal de Contas, sempre que impliquem um agravamento significativo dos encargos ou responsabilidades financeiras do Estado Português». Em sintonia, no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC da proposta de lei constava uma nova alínea com o seguinte teor: «Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras, sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado».

O trecho final — *sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado* — veio a ser eliminado por proposta conjunta das bancadas da então maioria PSD e CDS-PP, na sequência de audição dos então Presidente, Vice-Presidente e Diretor-Geral do TdC em 7-10-2011. Nessa audição tinha sido entregue um memorando escrito⁸ em que, depois de se elogiar a nova norma, se afirma: «Entende-se, porém, que não se justificará a restrição contida na alínea *d*), devendo, em nossa opinião ser eliminado o limite fixado: 15% do valor do contrato visado. Na verdade, em contratos visados de valor muito elevado a percentagem estabelecida permitirá que não sejam objeto de fiscalização prévia adicionais de valor igualmente muito relevante».

Contextualização do preceito que deve, ainda, atender à evolução da redação da alínea *c*) do artigo 5.º da LOPTC sobre *competência material essencial* do TdC, também revista pela Lei n.º 61/2011, onde se estabelece que compete em especial ao TdC «fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa

⁸ Disponível para consulta em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=91260>.



ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou»⁹.

Importa no plano sistemático-teleológico ter em atenção dois outros preceitos cuja redação foi também estabelecida pela Lei n.º 61/2011:

- a) O artigo 46.º, n.º 1, alínea *e)*, da LOPTC que prescreve: *estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º.*
- b) O artigo 47.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC que estabelece: *Excluem-se do disposto no artigo anterior os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva.*

A competência prevista na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC compreende três requisitos para a fiscalização prévia exigindo-se cumulativamente que:

- 1) Os atos ou contratos formalizem modificações objetivas de contratos;
- 2) Os contratos modificados tenham sido visados;
- 3) As referidas modificações impliquem um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos nos contratos anteriormente visados.

Requisitos essenciais para o TdC em sede de fiscalização prévia poder empreender a apreciação do mérito do ato ou contrato, isto é para prolação de uma decisão sobre a conformidade dos atos ou contratos com as leis em vigor, nomeadamente, se contêm algum elemento que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro. A decisão de apreciação da instância sobre esse pressuposto processual constitui *conditio sine qua non* de uma subsequente decisão já de mérito sobre o conteúdo e a legalidade do contrato.

Desta forma, os requisitos estabelecidos no artigo 46.º, n.º 1, alínea *d)*, da LOPTC reportam-se ao que a ciência processual conceptualiza como pressupostos processuais relativos à admissibilidade da ação / processo. Concluindo o tribunal que falta um pressuposto processual tal implica que o tribunal está impedido de formular uma decisão de mérito sobre o requerimento inicial, em especial se o pressuposto processual se reportar teleologicamente a um interesse público.

⁹ Refira-se que essa norma se apresenta historicamente conexa com o artigo 2.º da Lei n.º 61/2011, com a epígrafe *Disposição transitória*, que prescreveu: «O Governo procede, no prazo máximo de 120 dias, às alterações legislativas e instrumentais necessárias para que o Tribunal de Contas possa exercer, nas situações concretas em que tal ainda não se verifique, as competências previstas na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 5.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, na redação dada pela presente lei».



II.2.3 O pressuposto processual previsto na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC tem de se articular com o quadro normativo do processo de fiscalização prévia em que essa tipologia processual é conformada pelo princípio do pedido, cujo exercício compete às entidades sujeitas subjetivamente a essa fiscalização (*supra* subcapítulo II.2.1).

Antes de concluir o trilho lógico-jurídico sobre a admissibilidade da fiscalização prévia em face do pedido formulado, importa destacar as decisões passadas do TdC relativamente a contratos de concessões e subconcessões rodoviárias alterados e remetidos para efeitos de fiscalização prévia.

Em 2015 tendo recebido vários desses contratos, o TdC sempre recusou empreender a respetiva apreciação de mérito em sede de fiscalização prévia e determinou a remessa à 2.ª secção do TdC para efeitos de fiscalização concomitante e sucessiva. Refira-se a título ilustrativo a decisão proferida no processo n.º 1709/2015:

«Nos termos da LOPTC, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas (artigo 1.º, n.º 1), a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades sujeitas a controlo (artigo 5.º n.º 1 alínea *c*). Contudo, nos termos da alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º, os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal desde que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras.

«Ora, da análise do processado que é possível fazer – face às normas processuais, que devem ser observadas, designadamente em matéria de instrução do processo e prazos processuais – resulta que o instrumento contratual remetido a este Tribunal é uma modificação objetiva a contrato visado, tendo sido bastamente alegado pela entidade concedente que se traduz em diminuição de encargos.»

Por seu turno, relativamente a uma renegociação mais demorada já concluída na XIII Legislatura a primeira decisão do TdC foi proferida no processo n.º 3601/2017, em 11-12-2017, no sentido de «indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Infraestruturas de Portugal, SA relativo a fiscalização prévia de modificação objetiva de um contrato visado por 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)*, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil». Tendo sido determinada a remessa de elementos para a 2.ª secção do TdC para eventual fiscalização concomitante e/ou sucessiva.

Tendo em atenção a posição assumida pela Infraestruturas de Portugal, SA no respetivo requerimento a questão jurídica suscitada nos presentes autos tem uma configuração, no plano processual, similar à que foi objeto de decisão no processo n.º 3601/2017. Mantendo-se a linha de análise então empreendida, impõe-se destacar que estão reunidos os elementos para se apreciar a tríplice exigência do pressuposto processual objetivo conformador da competência do TdC em sede de fiscalização prévia de modificações objetivas de contratos.

A entidade subconcedente, Infraestruturas de Portugal, SA, no seu requerimento inicial defende que «o resultado da renegociação do contrato de subconcessão da Autoestrada Transmontana acarreta para esta empresa uma redução da despesa, não implica um agravamento



dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras originalmente contratualizadas por esta empresa nem consubstancia modificações substanciais do objeto do contrato inicial» (cf. *supra* capítulo I da presente decisão).

Esclarecidos os parâmetros conformadores do pressuposto processual estabelecido no artigo 46.º, n.º 1, alínea *d*), da LOPTC (*supra* subcapítulo II.2.2), 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 (cf. *infra* no capítulo II.3).

Como já se destacou, 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.

Em termos lógico-jurídicos a norma do artigo 46.º, n.º 1, alínea *d*), da LOPTC impõe uma distinção entre:

- 1) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas de contratos visados que segundo a entidade sujeita (no plano subjetivo) a fiscalização prévia do TdC impliquem um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos nos contratos anteriormente visados; e
- 2) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas de contratos visados que segundo a entidade sujeita (no plano subjetivo) a fiscalização prévia do TdC não impliquem um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos nos contratos anteriormente visados;

Distinção com diretas implicações processuais ao nível da competência de fiscalização prévia:

- 1) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas de contratos visados que segundo a entidade sujeita a fiscalização prévia do TdC impliquem um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos nos contratos anteriormente visados preenchem o pressuposto processual sobre fiscalização prévia e legitimam a subsequente decisão de mérito do TdC sobre a concessão ou recusa do visto prévio; e
- 2) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas de contratos visados que segundo a entidade sujeita a fiscalização prévia do TdC não impliquem um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras assumidos nos contratos anteriormente visados não preenchem o pressuposto processual sobre fiscalização prévia, pelo que o TdC deve indeferir liminarmente o pedido na medida em que o mesmo é manifestamente improcedente, pois compreende a assunção de que falta um pressuposto processual para uma decisão de mérito;

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. Existe 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.

Desta forma, as entidades fiscalizadas têm uma responsabilidade própria (que não pode ser transferida para o TdC), ao outorgar instrumentos contratuais e identificar novos contratos sujeitos a visto, modificações de contratos visados sujeitas a visto ou modificações de contratos não visados sujeitas a visto — variantes contratuais que, no plano processual, conformam específicos ónus de alegar em sede de formulação do pedido de fiscalização prévia.

As entidades abrangidas pela jurisdição do TdC ao apresentarem um pedido assumem uma determinada valoração e devem formular uma pretensão juridicamente concretizada sobre determinado(s) ato(s) remetendo 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.

No caso específico de atos ou contratos relativos à modificação objetiva de contratos visados, o pressuposto processual da fiscalização prévia é constituído por uma valoração própria da entidade que sabe qual o contrato visado, a força e limites do caso julgado do visto passado e a respetiva repercussão em atos supervenientes. Entidade que tem de assumir um conjunto de ponderações jurídicas sobre o *dever ser* no quadro epistemológico em que opera, nomeadamente sobre execução de contratos, respetiva alteração e celebração de novos contratos.

Refira-se que o preenchimento do conceito de modificação de contrato envolve dimensões relativas não só às categorias jurídicas de direito interno (atendendo, consoante os casos, ao disposto nos artigos 311.º a 315.º e 339.º a 342.º do Código de Contratos Públicos) como implicações hermenêuticas decorrentes dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto. Em particular, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a matéria e respetivos corolários principais: (1) A inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado); (2) A proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado). Segmento em que novas cláusulas ou alteração de cláusulas que compreendam alterações essenciais de um contrato originário geram um novo contrato para efeitos de regime de contratação pública e visto do TdC. Acrescente-se que esse carácter inovatório pode, ainda, decorrer de uniões funcionais entre acordos, o que se apresenta especialmente relevante em sede de jurisdição financeira se houve acordos passados relacionados com aqueles que tinham sido visados e outros acordos que não tinham sido submetidos a visto.

II.2.4 Como já se destacou, em sede de fiscalização prévia, a entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto (*supra* subcapítulo II.2.1) e 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, 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.

Em particular importa ter presente que 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 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.

Específica morfologia processual que se articula com conceções gerais da ciência processual relativas, nomeadamente, aos pressupostos processuais enquanto condições necessárias para a prolação de uma decisão de mérito.

No caso concreto, o contrato da subconcessão Autoestrada Transmontana é conformado pelo caso julgado estabelecido pela decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 733/2010 (*supra* §§ 2 e 4 do capítulo II.1) que subsiste, dentro dos respetivos limites (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1).

Um dos corolários do princípio do pedido é, como já se destacou, 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 (cujo original completo tem de ser remetido, incluindo o original de todos os outros documentos que se encontram em união funcional ou coligação com o contrato remetido, cf. *supra* parte final do capítulo I da presente decisão).

Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir uma modificação objetiva 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.

II.3 A decisão sobre pressupostos processuais da fiscalização prévia e as competências de fiscalização sucessiva e concomitante

Como se explanou acima (*supra* capítulo II.2), a fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido que, por força do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, obsta à prolação de uma decisão de mérito sobre a conformidade com as leis em vigor de instrumentos contratuais quando os mesmos alegadamente apenas formalizam modificações objetivas de um contrato visado e não implicam um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos no contrato visado. Nessa sede, no caso concreto subsiste a força de caso julgado da anterior decisão de visto, expressa e pertinentemente referida em auditoria da 2.ª secção do TdC (*supra* § 8 do capítulo II.1).

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 — cf. a título ilustrativo o relatório de auditoria referido no § 8 do capítulo II.2.

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 concomitante e sucessiva.

No caso concreto, existem alguns motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores especialmente relevantes para a referida fiscalização concomitante e sucessiva:

- 1) A decisão que visou o contrato no processo de fiscalização prévia n.º 733/2010 (*supra* § 4 do capítulo II.1) compreendeu um conjunto de ressalvas e recomendações, sendo certo, para além do mais, o respetivo caso julgado tem determinados limites objetivos cuja captação se recorta pelo teor dos fundamentos dessa decisão, sem olvidar o caso julgado do acórdão proferido no processo n.º 32/2009 (*supra* § 2 do capítulo II.1).
- 2) O Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário (que abrangeu a subconcessão objeto do requerimento inicial) identificou a existência de outros acordos interligados com alguns dos contratos analisados, tendo sublinhado que os mesmos não são abrangidos pelo caso julgado das decisões de visto prévio (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1).
- 3) Acresce que o caso julgado da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 733/2010 se apresenta irrelevante para efeitos de legitimação de acordos que já consubstanciem alterações substanciais (nomeadamente por via da integração no contrato de acordos passados que não o integravam originariamente ou outras alterações), os quais sendo realizados constituem novos contratos sujeitos a fiscalização prévia fora do quadro invocado pelo requerente nos presentes autos.
- 4) Por outro lado, a eventual celebração de acordos de modificação objetiva de acordos não visados pode ter de ser submetida a fiscalização prévia do TdC ao abrigo da alínea e) do



n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, em que a ausência de caso julgado de uma anterior decisão de fiscalização prévia altera os dados da questão relativamente ao disposto na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, e em particular os ónus específicos de alegação e prova do requerente (especialmente se o anterior acordo não visado tivesse sido abrangido por uma fiscalização do TdC que se pronunciasse sobre a inadmissibilidade de quaisquer pagamentos ao abrigo do mesmo).

Como se destacou acima (*supra* capítulo II.2), os pressupostos processuais sobre a admissibilidade do pedido de fiscalização prévia e os ónus do requerente estão relacionados com o quadro operativo desse processo, em que o TdC não tem competência nem meios (nomeadamente no plano temporal) para empreender uma indagação do processo negocial prévio àquela formalização, em particular quanto a matérias que extravasam o âmbito do contrato que tinha sido visado no passado pelo TdC, e eventuais acordos ou outros negócios que não foram objeto de fiscalização prévia pelo TdC, e/ou as eventuais conexões funcionais com outros contratos suscetíveis de preencher uma coligação de contratos.

Impondo-se ter presente a posição assumida de forma inequívoca no Relatório de Auditoria n.º 15/2012 constante do § 8 do capítulo II.1 a qual deve ser inteiramente reiterada na presente sede, e, nesta medida, sublinhado que os acordos relativos a designadas *compensações contingentes* não foram objeto de qualquer visto do TdC, carecem de «fundamentação legal» e caso determinem quaisquer pagamentos relativos «podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis».

Em síntese, a circunstância de o contrato remetido e os outros instrumentos contratuais conexos não poderem ser objeto de fiscalização prévia por força da manifesta improcedência do pedido não obsta a que a respetiva apreciação integre a jurisdição do Tribunal de Contas, atento, nomeadamente, o disposto nas alíneas *d)* a *g)* do artigo 5.º da LOPTC. Competências que, ao invés do que sucede na fiscalização prévia, compreendem um conjunto de iniciativas que podem ser assumidas oficiosamente pelo tribunal, tanto no quadro da fiscalização concomitante como sucessiva.

Do trilho prosseguido resulta que o TdC:

- (1) Não se pronuncia neste processo sobre o mérito do contrato, no plano da legalidade financeira, cujo original foi remetido, por força da manifesta improcedência do pedido de fiscalização prévia;
- (2) Estabelece que a eventual valoração da atividade contratual subjacente deve ser empreendida pelo TdC noutra sede, independente de requerimento inicial da entidade fiscalizada.

III. Dispositivo

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

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Infraestruturas de Portugal, SA relativo a fiscalização prévia de modificação objetiva de um contrato visado por 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 *contrato de subconcessão alterado*.
- 3- Devolver a Infraestruturas de Portugal, SA o original do *contrato de subconcessão alterado*.
- 4- Determinar a remessa à área VII da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, do relatório final e do requerimento inicial da subconcedente, para serem ponderadas nessa sede eventuais medidas no quadro das respetivas competências de fiscalização concomitante e sucessiva atendendo, nomeadamente, ao que é referido *supra* no capítulo II.3.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Lisboa, 4 de maio de 2018

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



(Paulo Dá Mesquita)



(Alziro Cardoso)

NOTIFICADO EM 04/05/2018
O Procurador-Geral Adjunto

