

Tribunal de Contas		
Dept. Apoio Fiscalização Prévia		
S DAFP	55792/2023 2023-12-22	

Exmo(a). Senhor(a)
Presidente da Câmara Municipal
Município de Barcelos
Largo do Município
4750-323 BARCELOS

Vossa Referência:

Nossa Referência
55792/2023, de 2023-12-22

Assunto: Processo de Fiscalização Prévia 2465/2023

Ato/Contrato: Concessão de Serviços

Objeto: Terceiro aditamento ao contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos

Entidade(s): Município de Barcelos; ADB - Águas de Barcelos, S. A.

Tenho a honra de notificar V. Ex.^a de que, em Sessão Diária de Visto, de 2023-12-21, no âmbito do processo de fiscalização prévia acima identificado, foi proferida a seguinte decisão:

"par.1

Questão prévia.

Sujeição do Terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de Barcelos a fiscalização prévia

1. Um contrato pode ser modificado subjetivamente, se for substituída uma das suas partes, ou objetivamente, caso seja alterado o seu conteúdo. A modificação do conteúdo do contrato poderá ser unilateral, na eventualidade de o contrato conferir em certos termos a uma das partes o direito de lhe introduzir alterações, ou bilateral, decorrendo de acordo das partes. Nesta última hipótese, consiste já num contrato modificativo do contrato anterior. A modificação do contrato pode ainda decorrer da lei ou da vontade das partes.

2. A modificação do contrato poderá ser automática, se decorrer disposição contratual que em certos casos aí definidos altere o conteúdo do negócio, como seja a indexação de custos de mercadorias, ou matérias primas a determinados índices (p. ex., o preço do petróleo ou o ouro), ou ainda do preço, ligando-o à evolução da cotação de uma dada divisa (p. ex., o dólar). A modificação, como se disse, é automática, dispensando um posterior acordo das partes. Todavia, ela não deixa de ter fundamento negocial, porque na base está o definido no contrato celebrado.

3. Figura diferente é a modificação por acordo das partes, porque lhes é imposto que em determinadas circunstâncias procedam à renegociação do contrato. É o caso típico das hardship clauses que impõem às partes o dever de boa fé de procederem ao reequilíbrio do contrato. O modo em que o fazem, os instrumentos e os termos que utilizem para esse fim, é deixado ao acordo posterior desses sujeitos, sendo aquele que decorrer das negociações.

(ICM)

4. Nos termos do art. 46.º, n.º 1, alínea d) LOPTC, as modificações objetivas que agravem os encargos de contratos visados estão sujeitas a fiscalização prévia. Cabe determinar o sentido e alcance da norma.

5. O primeiro aspeto é que a lei não distingue as modalidades de modificações objetivas, que podem ser várias, como se viu. O segundo é que elas só importam para este efeito, se daí decorrer um aumento dos encargos do contrato. O terceiro é que a lei procede a exclusões relevantes permitindo, pela negativa, recortar o alcance da norma. Deste modo, os trabalhos complementares nas empreitadas visadas, sendo embora alterações objetivas aos contratos, não estão sujeitos a fiscalização prévia, mas antes a fiscalização concomitante (art. 47.º, n.º 1, al. d) LOPTC).

6. Visado que foi o contrato, tendo dessa forma sido avaliada a sua legalidade (cabe à fiscalização prévia avaliar da “legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos”, art. 5.º, n.º 1, al. c) e art. 44.º, n.º 1 LOPTC), importa determinar se as suas alterações subsequentes são igualmente legais. Recorde-se que elas configuram um contrato que introduz alterações num outro.

Vejamos então.

a) Se as modificações decorrem de cláusulas do próprio contrato, não se enquadram no âmbito da norma, porque elas - e a alteração em si - radicam no contrato inicial, já visado.

b) Na eventualidade de terem por base a lei, também não são alcançadas pelo sentido da norma, porque a sua modificação resulta simplesmente da aplicação de um critério legal.

7. No caso sub judice, o acordo submetido tem efeitos sobre as condições financeiras do contrato, agravando-as. Estes aspetos não estão em dúvida, pois o acordo introduz alterações muito significativas e extensas no contrato de concessão visado com um amplo agravamento dos encargos face àqueles que resultavam do contrato visado.

8. Aplicando a recorte anterior do âmbito de aplicação da norma, a alteração não decorre, nem de cláusulas do contrato, nem da lei de forma a que daí resulte uma modificação dos termos do contrato de carácter automático. Isto é, sem que exista qualquer margem de conformação para as partes. Por outro lado, não está excluída pela lei de fiscalização prévia como sucede com as diversas isenções do art. 47.º LOPTC.

9. Aspeto individualizador desta alteração resulta do facto de ela ter como causa mediata um acórdão arbitral que alterou o caso base e condenou a entidade ao pagamento de uma indemnização e a uma compensação.

10. O acórdão arbitral:

a) Decidiu “alterar o caso base nos termos que constam do documento junto à p.i. sobre o número 25”;

b) condenou o Município a pagar:

“- O valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios de caudais dos anos de 2005 a 2009, ou seja, o montante de € 24.602.600,00, acrescido de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao trânsito em julgado da presente decisão;

- Uma compensação financeira anual entre 2010 e o termo do Contrato no valor anual de € 5.897.179, a

(ICM)

preços de 2010, sendo cada prestação anual acrescida de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao fim de cada ano em que se vencer”.

O tribunal veio sugerir que o cumprimento pudesse passar por um acordo entre as partes: “Naturalmente, são possíveis outros caminhos para as partes alcançarem o determinado, caminhos esses que passam pela negociação entre as partes.”

11. Pode assim dizer-se, desde já, que o argumento de que o acordo submetido consiste numa simples execução de uma decisão judicial não colhe. Dessa decisão resultou a fixação de uma indemnização e de uma compensação em quantias determinadas com a finalidade de recompor o equilíbrio financeiro; reequilíbrio que foi feito nessa data e dessa forma, ou seja, com a alteração do caso base e a condenação ao pagamento da indemnização e compensações nos valores determinados.

12. O Município podia simplesmente (e deveria, após trânsito em julgado) ter pago a indemnização e as compensações anuais a que foi condenado. Foi, aliás, por não ter pago que, em fevereiro de 2012, foi interposta uma ação executiva pelo concessionário para pagamento da quantia certa que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, 1.ª unidade orgânica, sob o n.º 408/12.9BELSB e que ainda se encontra pendente.

13. Não colhe, ainda, o argumento de que o tribunal arbitral condenou a uma reposição do equilíbrio do contrato a realizar por acordo. O tribunal concretizou os termos em que esse reequilíbrio se deveria fazer: condenando no pagamento de indemnizações e de compensações. Isto feito, nada mais a haveria do que cumprir. E foi nessa condenação que se esgotou a competência da jurisdição arbitral de carácter administrativo.

14. Mas mesmo que o objeto da condenação fosse - e não foi - na obrigação de as partes negociarem com vista a chegarem a um acordo, aí se esgotaria a intervenção da instância arbitral administrativa. O acordo naqueles termos não decorreria de numa decisão jurisdicional arbitral de carácter administrativo se ter estipulado uma alteração negocial. Uma coisa é dever negociar; outra coisa são os termos do contrato. E por isso não será correto argumentar-se que “os poderes de pronúncia deste órgão [o Tribunal de Contas] podem contender com a força de caso julgado de decisões proferidas por outras jurisdições, como sejam os tribunais arbitrais administrativos”

15. Isto posto, chegadas as partes a um acordo que altera o contrato, agravando os encargos daí decorrentes como forma de extinguir as obrigações a que o Município foi condenado no acórdão arbitral - que são objeto de processo de execução de julgado para pagamento de quantia certa que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga sob o n.º 408/12.9BELSB -, deve a jurisdição financeira analisar os termos desse mesmo acordo. E fazê-lo para verificar da sua legalidade.

16. O agravamento dos encargos financeiros decorre de forma direta da alteração do contrato de concessão, mas seria suficiente que estivéssemos face a um agravamento indireto, e, por isso, simplesmente potencial, dessas responsabilidades, como decorre da interpretação conjugada do art. 46.º, n.º 1, alínea d) com o art. 5.º, n.º 1, alínea c) LOPTC. Bastaria, para esse feito, que estejam incluídas no contrato cláusulas donde pudessem resultar no futuro encargos financeiros (e, logo, despesa) para o Município (como sucede com as cláusulas em que o Município assegura determinados valores, ou níveis, à outra parte sob pena de ter de pagar compensações - no que consistem tecnicamente em verdadeiras cláusulas de garantia -, ou assume riscos que possam desencadear esse efeito indemnizatório/compensatório)

(ICM)

17. *Análise tanto mais necessária quanto o parecer prévio da ERSAR (entidade reguladora dos serviços de águas e de resíduos) ao processo indica dúvidas de legalidade da solução a que o acordo agora em apreço dá corpo. Aí se escreve mesmo que o pedido de parecer “não foi corretamente instruído ...” (p. 22, conclusões).*

18. *Dado o dever do Tribunal de apurar a legalidade da despesa pública, que o art. 46.º, n.º 1, al. d) LOPTC consagra para as modificações objetivas ao contrato, sempre que delas decorra um aumento dos encargos financeiros, de forma direta ou indireta, para o Estado, dever aqui intensificado pelas dúvidas de legalidade que a entidade reguladora expressou quanto ao conteúdo do acordo e o elevadíssimo valor patrimonial que ele implica (em julho de 2021 as responsabilidades do Município atingiam as quantias - vencida e vincenda -, de capital e juros de € 214.651.146,003), o acordo em apreço está sujeito a fiscalização prévia deste tribunal.*

19. *Um último ponto importa deixar claro: não foi só o decidido no acórdão arbitral que conduziu ao passivo que se visa extinguir através da modificação do contrato. A outra causa mediata foi o incumprimento dessas obrigações e a consequente mora da entidade por um período de cerca de onze anos, que agravou de forma expressiva a dívida do município perante o cocontratante.*

20. *Isto permite fazer uma distinção específica quanto à jurisprudência anterior deste mesmo Tribunal quanto a esta específica matéria e que aqui assumida na sua diversidade factual e normativa, dado a diferença da casuística em presença. Na verdade, estamos diante uma alteração muito relevante do contrato em presença (uma quase novação contratual) com as características alterações no equilíbrio económico-financeiro do contrato e das responsabilidades financeiras correspondentes, sobretudo para a posição da entidade pública aqui fiscalizada, como veremos dos pontos subseqüentes com maior profundidade.*

par. 2

A modificação objetiva do contrato de concessão

21. *Começa-se, assim, por apontar, nesta linha, que a alteração contratual é tão extensa, e atinge de tal forma os elementos marcantes do contrato, que está muito próxima de configurar um verdadeiro novo contrato de concessão (substituindo-se um por outro, o que quase configuraria uma novação contratual). Refira-se ainda que ela se tornou necessária por duas ordens de razões: as condenações, pelo tribunal arbitral, ao pagamento de indemnizações à concessionária e sua execução judicial, e ao período de mora, que levou a um forte agravamento dos encargos financeiros do município.*

22. *E o acordo concluído entre as partes e a que esta modificação contratual visa dar corpo não se esgota nela. Com efeito, do acordo decorre a extinção das obrigações de carácter indemnizatório devidas e que estavam já em execução. Há assim um acordo - a que chamaríamos “acordo global” - que se, por um lado, extingue as obrigações de carácter indemnizatório da concessionária face ao Município, como contrapartida, modifica o contrato de concessão, nos termos previstos e que se analisam. O contrato de modificação objetiva do contrato de concessão não surge isolado. Ela é, como se vem de dizer, a contrapartida para a extinção da execução e das obrigações exequendas.*

23. *Ponto nodal do da equação económica gizada na alteração contratual é a extensão do prazo.*

Cabe verificar a sua legalidade.

(ICM)

24. O Dec.-Lei n.º 194/2009, de 20/9, estabelece um prazo máximo de 30 anos para as concessões, incluindo as suas prorrogações. Na verdade, nos termos do seu art. 34.º: “A fixação do prazo da concessão obedece ao disposto no n.º 1 do artigo 410.º do Código dos Contratos Públicos, não podendo este prazo exceder, incluindo a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário”. Todavia, o novo regime não se aplica diretamente aos contratos já celebrados, que, nessa medida, se mantém com o conteúdo inicial.

25. A lei impõe, sim, o dever de adaptação dos contratos de concessão em curso ao novo regime daí decorrente num prazo de 3 anos (art. 80.º, n.º 2 do Dec.-Lei n.º 194/2009, de 20/9: “Os contratos de concessão existentes e os regulamentos de serviço vigentes no momento da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser adaptados ao mesmo no prazo de três anos após a data da sua publicação”). Se tal não for realizado nesse período de tempo, o conteúdo do contrato – como se apontou - mantém-se o mesmo, embora entidade pública tenha violado um dever legal. Ilegalidade que pode ter consequências em termos financeiros.

26. Questão distinta é saber se a entidade pública pode renegociar o contrato sem proceder nessa data às devidas adaptações, pergunta a que terá de se dar uma resposta afirmativa, sob pena de total ineficácia da lei, resultado que seguramente não foi querido pelo legislador.

27. Questão ainda diversa é saber quais as normas que devem ser adaptadas. A lei não distingue, mas tal não significa que o interprete ao definir o sentido e alcance da norma não o deva fazer. É correto assim verificar qual a extensão das adaptações, o que leva à necessidade de se analisar cada uma das disposições do novo diploma.

28. Para o que aqui diretamente interessa, está em jogo o disposto no art. 34.º do Dec.-Lei n.º 194/2009, de 20/9, quanto aos prazos máximos da concessão. Neste âmbito, importa sublinhar que não se trata de impor uma redução do prazo da concessão ao limite máximo, quando ela tenha sido celebrada por um período de tempo superior, sob pena de se alterar o equilíbrio económico que as partes tiverem em vista na sua celebração e que se reflete nos termos acordados.

29. De facto, trata-se da prorrogação do prazo. Em regra, por aplicação da necessidade de adaptação do contrato aos termos do novo regime, ele não deverá ser admitido. Porém, a situação será distinta se por essa via se proceder a uma prorrogação do contato, que, a não ser admitida, colocaria o Município em sérias dificuldades financeiras, conduzindo-o à insolvência. Tudo se joga na interpretação da norma. Ora, ela não alcança essas prorrogações do prazo. Dadas as consequências um legislador razoável, que é o modelo imposto pelo art. 9.º, n.º 3 do Código Civil, não teria querido esse resultado, a sua ratio, apurada nos termos acabados de referir, permite a sua exclusão, o que impõe uma interpretação, neste ponto, restritiva da norma. Logo, quando assim for a adaptação, nesses termos e com esses fundamentos, poderá ser admitida, o que significa que o contrato não deverá ser adaptado/alterado, nesse ponto, específico, aquando da sua modificação.

30. É certo que este caso tem especificidades, conforme se tem vido a sublinhar, que o distinguem e de uma simples alteração para repor o equilíbrio financeiro do contrato. O que efetivamente se pretende é recorrer a uma alteração da concessão, atuando sobre um dos seus pontos mais sensíveis, que é a prorrogação do prazo, para dessa forma se extinguirem dívidas, de carácter indemnizatório, do Município face ao concedente. O que se visa é a reposição do equilíbrio económico do próprio Município para evitar a sua insolvência. É essa a finalidade da modificação, e alteração do prazo, do contrato de concessão.

(ICM)

31. *Dito de outra forma: modificado o contrato, aqueles credores do Município poderão obter satisfação em termos económicos dos seus créditos (que por força do acordo se extinguem) através das modificações introduzidas a esse negócio. Na verdade, sendo eles sociedades comerciais visam, natural, e necessariamente, o lucro, e, por isso, obterão a sua satisfação por via indireta - pela alteração ao contrato. Do prisma do concessionário, não se pretende no âmbito do “acordo global” sofrer uma perda, privando-se do lucro. Na equação económica do “acordo geral”, o que o concessionário não obtém por via do pagamento das indemnizações e compensações (que se extinguem, nos termos do acordo) terá que ser obtido por via da modificação ao contrato.*

32. *O Município, em verdadeiro estado de necessidade, recorre à alteração do contrato para evitar a sua insolvência e as gravíssimas consequências que tal acarreta⁴. Há desta forma dois elementos a atender pelo julgador na interpretação da norma, o que vale dizer, da admissibilidade de prorrogação nestes termos. O primeiro é que as dívidas, tendo não obstante carácter indemnizatório, a extinguir são face ao concessionário e decorrem do incumprimento do contrato; o segundo, é que o julgador não pode abstrair das consequências da decisão, devendo as mesmas ser atendidas na interpretação da própria norma.*

33. *Ora, sendo essas as consequências e existindo o referido elemento de conexão, duplo, em termos subjetivos e objetivos, das dívidas ao contrato, o recurso ao legislador razoável leva-nos a aceitar nestas circunstâncias que a adaptação do contrato em termos de prazo de prorrogação não inclua um caso com esta configuração. Sendo assim admissível, mesmo neste circunstancialismo, a prorrogação do prazo.*

34. *Acresce que, se eventualmente fosse uma ilegalidade, sendo o caso tão extremo, dadas as consequências da recusa de visto nos termos do art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC, estaríamos face a um caso em que o julgador deveria, pelo menos, ponderar a concessão de visto com recomendações, nos termos do art. 44.º, n.º 4 LOPTC.*

35. *Um segundo aspeto está relacionado com as comissões (fees) a pagar aos sócios da concessionária, pelos serviços que eles lhe prestam no âmbito da sua gestão, em termos de Knowhow, colaboração técnica (que passou de 3% para 5% dos proveitos apurados⁵). Consiste numa prestação de serviços. O seu conteúdo define-se sempre em função das prestações que uma das partes realiza à outra. Elas não podem ser definidas de forma genérica, sob pena de o conteúdo da obrigação ser indeterminado, assim como há que estabelecer em termos sinalagmáticos a relação entre o custo, o valor da comissão (a prestação pecuniária em que ela se consubstancia), e as efetivas prestações da outra parte. Não o sendo, essa relação não existe e não se pode falar numa prestação de serviços.*

36. *Na verdade, sendo o valor estabelecido em função da participação social, não estamos perante uma comissão, mas a uma remuneração que é paga à outra parte. No que consiste numa remuneração do seu capital, o que tem um fundamento, e um regime jurídico, diversos.*

37. *Recomenda-se desta forma a alteração dessa cláusula nos termos propostos pela ERSAR (Parecer da ERSAR, p. 22 e conclusão, ponto 5.2. g).*

par. 3
Decisão

Em Sessão Diária de Visto, decide-se conceder o visto ao Terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de

(ICM)

Barcelos submetido a fiscalização prévia.

- Recomenda-se a alteração a cláusula relativa às comissões nos termos propostos pela ERSAR (Parecer da ERSAR, p. 22 e conclusão, ponto 5.2. g).

- Alerta-se os titulares dos competentes órgãos municipais para o dever de gestão cuidada e prudente dos contratos - exigência legal, e, por isso, uma questão de legalidade -, o que implica cumprirem, salvo se existir justificação legal para o não cumprimento, as obrigações pecuniárias a que a entidade está vinculada, sob pena de constituição juro de mora para o Município, levando a um aumento da sua dívida.

Emolumentos como o proposto.

- Havendo indícios de responsabilidade financeira, remeta-se a presente decisão ao Departamento de fiscalização concomitante para apuramento de eventuais responsabilidades financeiras.

- Remeta-se, do mesmo modo, a decisão à área de fiscalização competente da 2.ª secção para as finalidades tidas por convenientes."

São devidos emolumentos nos termos dos artigos 5.º a 7.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Chama-se a atenção de V. Ex.ª de que nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º do referido diploma não poderão ser feitos quaisquer pagamentos por força dos atos ou contratos objeto de fiscalização prévia sem que se mostrem pagos os correspondentes emolumentos, sendo as autoridades ou funcionários que autorizem os mesmos solidariamente responsáveis pelo pagamento dos emolumentos em falta.

Informa-se que o pagamento dos emolumentos deverá ser efetuado para o NIB 0781 0112 00000001018 24, de acordo com o(s) Documento(s) de Cobrança em anexo 5208000000019930781.

Com os melhores cumprimentos.

Pel' O Diretor-Geral
(por subdelegação de assinatura),



Helena Póvoa
(Chefe de Divisão)



Assinado por: Nuno Cerdeira Ribeiro
Juiz de Direito
Data: Sexta-feira, 05-01-2024
16:06:34 (UTC+00:00 Europe/Lisbon)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

Processo: 408/12.9BELSB

Execuções [DEL.825/05] [Ant NCPC]

Ref. Doc.: 006981223

Autor: Adb - ÁGUAS DE BARCELOS, S.A

Réu: MUNICÍPIO DE BARCELOS

Contrainteressado:

SENTENÇA

(De Homologação de transação)

Partes e Objeto do Litígio

ADB – Águas de Barcelos, S. A., pessoa coletiva número 506 911 314, com sede na Avenida João Duarte, n.º 96, em Barcelos, instaurou o presente *processo executivo para pagamento de quantia certa* contra o *Município de Barcelos*, pessoa coletiva número 505 584 760, com sede nos Paços do Concelho, Barcelos, apresentando como título executivo o acórdão arbitral proferido em 18.01.2012 pelo tribunal arbitral constituído nos termos do art.º 103.º do contrato de concessão firmado entre as partes em 27.09.2004.

A final do respetivo requerimento executivo, vem formulado o seguinte pedido:

“Nestes termos, requer-se:

- 1. De acordo com o disposto no artigo 171º do CPTA, a notificação do Município de Barcelos para, no prazo de 20 dias, pagar à Exequente a quantia exequenda de € 36.514.902 (trinta e seis milhões quinhentos e catorze mil novecentos e dois euros), ao qual acrescem juros de mora vencidos e vincendos, à taxa legal, desde 15.02.2012, até integral pagamento, custas e procuradoria legal, ou deduzir oposição.*
- 2. Caso não ocorra o pagamento nos termos do n.º 1 do artigo 171.º do CPTA, requer a Exequente desde já,*
 - a. Ao abrigo do disposto no art. 170º, n.º 2, alínea a) do CPTA, a compensação do seu crédito de € 36.514.902, com a sua dívida de € 360.465,95 vencida em 31.01.2012, bem como com as retribuições anuais que se vierem a vencer até ao pagamento integral da quantia exequenda.*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

b. *E ao abrigo do n.º 4 do artigo 172.º do CPTA, para todos os efeitos legais, que o Tribunal dê conhecimento do acórdão arbitral, com menção do trânsito em julgado, e da situação de inexecução ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a fim de este emitir a correspondente ordem de pagamento, relativamente ao valor remanescente que resultar da compensação.”*

**

Mediante despacho de 18.05.2012, foi ordenado o cumprimento do disposto no art.º 175.º, n.º 1, do CPTA [na redação vigente e ainda aplicável a estes autos].

**

Regularmente citado, em cumprimento do sobredito despacho, o Executado deduziu oposição, suscitando aí, e em suma: (i) a incompetência territorial do TAF de Braga; (ii) a ilegitimidade da compensação das taxas de resíduos sólidos urbanos; (iii) a ilegalidade do acórdão arbitral; (iv) a suspensão da presente execução, por existir causa prejudicial.

**

Após o que, em 22.06.2012, foi proferida por este TAF de Braga a seguinte decisão: “*em face do exposto, julgo este Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga incompetente, em razão do território, para conhecer da presente acção e, em consequência, determino a respectiva remessa, após trânsito, para o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa.*”

**

Por acórdão de 09.10.2012, o colendo Supremo Tribunal Administrativo resolveu o conflito negativo de competência territorial, mediante a atribuição da mesma a este TAF de Braga.

**

Foi ainda determinada a suspensão da “*oposição à execução fiscal e, por inerência, da instância executiva até ao trânsito em julgado da decisão a proferir na acção de anulação do acórdão arbitral*”; decisão, esta, confirmada por acórdão do venerando Tribunal Central Administrativo Norte proferido em 20.12.2013.

A situação de suspensão da instância foi declarada cessada por despacho de 17.05.2017.

**

Vieram, depois, as partes requerer a suspensão da presente instância, invocando o decurso de negociações referentes ao objeto dos presentes autos. Nessa sequência, foi decretada a pretendida suspensão, por despacho de 13.12.2017. Situação de suspensão que foi mantida por despachos de 21.06.2018, 12.12.2018 e 24.03.2019.

**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

A solicitação das partes, realizou-se uma primeira audiência de partes em 24.05.2019, finda a qual foi proferido despacho no sentido de conceder aos ilustres mandatários daquelas o prazo de 10 (dez) dias para apresentarem por escrito documento contendo o princípio de acordo, as razões que obstavam à junção do termo de transação e, ainda, as condições cuja verificação se apresenta como necessária à concretização da transação.

Realizou-se nova audiência de partes, esta em 13.09.2019.

Após o que foram levadas a cabo várias diligências, no sentido de permitir a manutenção da hipótese de conciliação entre as partes; porém, mediante requerimento de 07.07.2021, a Exequente veio solicitar o prosseguimento da execução, por não ter sido possível alcançar umas das condições para a formalização do acordo.

**

Não tendo existido decisão expressa sobre o levantamento da suspensão, mediante despacho de 26.09.2022 foi aquela declarada finda, nos termos e para os efeitos previstos no art.º 276.º, n.º 1, al. c), do CPC.

**

Notificadas desse despacho, as partes apresentaram requerimento conjunto, invocando a ocorrência de *factos novos relevantes* que permitiram a reaproximação, e que permitiam afirmar, “*de forma realista*”, estar em vias de ser alcançado um acordo destinado a terminar o processo executivo. E, nesse sentido, solicitaram nova audiência de partes.

Diligência que veio a realizar-se em 07.12.2022, comprometendo-se as partes a apresentar um calendário indicativo dos trâmites subsequentes, e tendentes à formalização do acordo.

Tendo as partes cumprido com o que se comprometeram, por despacho de 10.01.2023 foi determinada nova suspensão da instância, mas condicionada ao cumprimento do calendário indicativo apresentado.

E a suspensão da instância manteve-se, mediante a demonstração desse cumprimento.

**

Nova audiência de partes teve lugar em 25.10.2023, tendo as partes dado nota de todos os avanços realizados, e das últimas condições em falta, o que formalizaram por requerimento de 14.11.2023, juntando documentos demonstrativos.

Pelo que o tribunal concedeu, mediante despacho de 17.11.2023, a prorrogação da suspensão da instância, mas na condição de apresentação do documento comprovativo da remessa do aditamento ao Tribunal de Contas, para efeitos de concessão de visto.

Condição, esta, que as partes também cumpriram.

**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

Apresentam as partes, por fim, requerimento contendo os termos da transação, mediante a qual pretendem a extinção do presente processo executivo. Com ele, juntam comprovativo de concessão de visto por parte do Tribunal de Contas ao aditamento ao contrato de concessão, uma das dimensões abarcadas no acordo.

Cumpre, assim, aferir das condições de admissibilidade do acordo, para efeitos de homologação judicial do mesmo.

Pressupostos Processuais

A instância é válida e regular.

**

Valor da Causa

Com recurso ao critério previsto no art.º 32.º, n.º 1, do CPTA, fixo como valor da causa € 36.514.902,00 (trinta e seis milhões quinhentos e catorze novecentos e dois euros).

Questões a Decidir

Cumpre ao Tribunal, e somente, verificar se estão reunidas as condições para julgar válida a transação obtida pelas partes.

Sobre a Validade da Transação

Como se referiu, após um moroso processo negocial, as partes apresentam, por fim, documento escrito contendo os termos da transação que pretendem ver homologada e, dessa forma, pôr cobro ao litígio em discussão no presente processo executivo [requerimento registado com a referência 006979454].

Assim sendo, cumpre aferir da validade da transação em causa.

*

Mas, antes disso, comecemos por enquadrar o instituto da transação, de acordo com o regime processual.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

Segundo se lê no n.º 2 do art.º 283.º do CPC, “*é lícito também às partes, em qualquer estado da instância, transigir sobre o objeto da causa*”. Daí que, nos termos da al. d) do art.º 277.º do mesmo código a transação se encontre prevista como uma das causas de extinção da instância.

Em complemento, o art.º 284.º do CPC estabelece que a confissão e a transação modificam o pedido ou fazem cessar a causa nos precisos termos em que se efetuam.

Apesar do princípio geral de liberdade da transação, esta conhece um limite material; com efeito, de acordo com o disposto no art.º 289.º, n.º 1, do CPC não é permitida a transação quando esta importe a afirmação da vontade das partes relativamente a *direitos indisponíveis*.

Finalmente, no que respeita à forma, a transação pode fazer-se por meio de documento autêntico ou particular ou por termo lavrado no processo – assim resulta do art.º 290.º, n.º 1, do CPC.

Assinale-se que este regime é também aplicável em sede de processo executivo, sendo certo que não existe no CPTA norma que proíba as partes de transigirem no âmbito de instância com essa natureza.

Retornemos ao caso concreto.

*

Sob o ponto de vista formal e temporal, nada obsta a que se julgue válida a transação.

Desde logo, porque esta pode ter lugar em qualquer estado da instância, motivo pelo qual, encontrando-se aquela ainda vigente, nada impedia as partes de acordarem os termos em causa.

De igual modo, a transação consta de documento particular, *i. e.*, uma das formas previstas no art.º 290.º, n.º 1, do CPC. Cumprindo assinalar que as partes já haviam apresentado nos autos o terceiro aditamento ao contrato de concessão, este constante de documento autêntico, outra das formas previstas na lei para o efeito.

*

No que diz respeito à validade subjetiva, também não se vislumbra existir motivo para julgar inválida a transação apresentada.

Assim, o requerimento de transição vem devidamente outorgado pelas partes, fazendo aquelas menção à prévia obtenção de todas as deliberações necessárias para esse efeito; outorgado pelas partes foi também o terceiro aditamento ao contrato de concessão, também ali se mencionando as deliberações dos respetivos órgãos das partes.

*

Resta saber, portanto, se do ponto de vista material ou substancial o acordo é válido – nomeadamente, se estará em causa a afirmação ou disposição sobre direito indisponível de alguma das partes, que o acordo viole.

Para melhor elucidação quanto aos termos do acordo, transcrevam-se aqui os seus pontos 3 a 5:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

“3. Em relação ao objeto da presente ação, as Partes acordaram que a reposição do equilíbrio económico-financeiro será assegurada através das seguintes modalidades cumulativas, que constam do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão celebrado em 16/11/2023 por escritura pública outorgada perante o Notário Paulo Manuel da Silva Costa com Cartório Notarial em Barcelos (que as partes já juntaram aos autos em requerimento anterior):

- a) Prorrogação do prazo do Contrato de Concessão por mais 20 anos;
 - b) Revisão do Tarifário;
 - c) Revisão do Plano de Investimentos a cargo da Exequente;
 - d) Revisão do Plano de Investimentos a cargo do Executado;
 - e) Eliminação da obrigação de pagamento de retribuição ao Executado;
 - f) Alteração dos termos do exercício do direito de resgate;
 - g) Pagamento de compensação financeira à Exequente.
4. A compensação financeira com vista à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão corresponde ao montante total e global de € 18.000.000,00 (dezoito milhões de euros), adiante designada por “Compensação”.
5. O Executado obriga-se a pagar à Exequente a Compensação numa única prestação no prazo máximo de 3 (três) meses após a homologação do presente Acordo pelo Tribunal.”

Por assumir, ainda, relevo para a validade do acordo (e não obstante tal circunstância ter sido referida anteriormente), cita-se também o ponto 8 do requerimento de transação: “8. O presente Acordo foi aprovado pelas deliberações da Câmara Municipal de Barcelos datadas de 17.02.2023 e 22.09.2023, pelas deliberações da Assembleia Municipal de Barcelos datadas de 28.02.2023 e 28.09.2023 e pelas deliberações do Conselho de Administração da Exequente, datadas de 08.02.2023 e de 28.09.2023.”

Temos, portanto, e desde logo, que aquele terceiro aditamento é parte essencial e integrante, para todos os efeitos, do acordo agora apresentado, dele constando o modo como será assegurada, em alternativa ao pagamento determinado no acórdão arbitral que titula a execução, reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão.

Pois bem, a generalidade dos termos desse aditamento não suscita dificuldades de análise. Assim, a revisão do tarifário é legal, e inclusive mereceu parecer por parte da ERSAR. As revisões dos planos de investimento inserem-se também na liberdade contratual das partes, o mesmo sucedendo com a eliminação da obrigação de pagamento da retribuição (de forma a corresponder àquela reposição), que consiste em mero direito patrimonial. Também não se vê obstáculo à alteração dos termos do exercício do direito de resgate, e o pagamento da compensação de € 18.000.000,00 corresponde também ao exercício de direito de cariz



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

patrimonial. Sendo de recordar que o aditamento, e todas estas condições, foram objeto de visto pelo Tribunal de Contas.

Não obstante, o único óbice (porque o Município não pode dispor em matéria de legalidade), ou questão mais delicada, que poderia levantar este terceiro aditamento (aqui tido em consideração como elemento necessariamente integrador da transação) diz respeito ao alargamento do prazo da concessão por mais 20 (vinte) anos, tornando o prazo total da mesma em 50 (cinquenta) anos.

Esta especial atenção fica a dever-se à entrada em vigor do DL n.º 194/2009, de 20.08, que estabelece o atual regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e gestão de resíduos urbanos.

De facto, no seu art.º 34.º, aquele DL estabelece o seguinte: “*A fixação do prazo da concessão obedece ao disposto no n.º 1 do artigo 410.º do Código dos Contratos Públicos, não podendo este prazo exceder, incluindo a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário.*”

Ora, o que sucede é que, com a prorrogação pressuposta naquele terceiro aditamento ao contrato de concessão, que é parte integrante do acordo, o prazo da mesma é alargado para um total de 50 anos – ou seja, excedendo o limite de 30 anos previsto na norma citada (limite esse que apenas se aplica nos casos de *investimento significativo de expansão*, pois, caso contrário, seria apenas de 15 anos).

Todavia, levanta-se a seguinte questão: aplicar-se-á esta limitação temporal prevista no DL n.º 194/2009, de 20.08, a um contrato de concessão firmado antes da sua entrada em vigor, como sucede no caso concreto?

Na realidade, aquele DL nada diz de expresso sobre o assunto, e a norma transitória contemplada no mesmo, que corresponde ao seu art.º 80.º, tem este teor:

“1 - As disposições do presente decreto-lei são aplicáveis às entidades gestoras de serviços municipais em gestão directa ou delegada dois anos após a data da sua publicação, excepto as constantes do capítulo vii e as respeitantes à recolha de informação sobre a caracterização geral do sector e a caracterização específica das entidades gestoras, as quais são aplicáveis a estas entidades desde a entrada em vigor do presente decreto-lei.

2 - Os contratos de concessão existentes e os regulamentos de serviço vigentes no momento da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser adaptados ao mesmo no prazo de três anos após a data da sua publicação.

3 - O disposto no artigo 63.º não prejudica a vigência dos contratos de fornecimento e de recolha escritos celebrados até à entrada em vigor do presente decreto-lei, devendo as entidades gestoras



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

remeter aos respectivos utilizadores a informação referida no n.º 4 daquele artigo nas situações em que não exista contrato escrito.

4 - O presente decreto-lei não se aplica aos procedimentos relativos à atribuição de concessão de serviços municipais e para a selecção de parceiros privados para empresas municipais em curso à data da sua entrada em vigor, nos quais já tenha havido apresentação de propostas.

5 - Os sistemas referidos no n.º 5 do artigo 8.º devem ser implementados no prazo de três anos a contar da entrada em vigor do presente decreto-lei no que respeita às entidades gestoras existentes.

6 – (Revogado.)”

Abstratamente, apenas o n.º 2 deste artigo poderá assumir relevo para o caso concreto; porém, e como se vê, a norma utiliza a dúbia formulação “*devem ser adaptados*”, referindo-se indistintamente quer aos contratos de concessão existentes, quer aos regulamentos de serviço. Importaria saber o que o legislador quis dizer quando se referiu a *adaptação*.

Claro está que, até pela sensibilidade da matéria em apreço, e porque, segundo se depreende, a questão da prorrogação da concessão é condição essencial do terceiro aditamento ao contrato de concessão (e, logo, da própria transação) as partes não são alheias ao assunto. Além de que, como se constata da sua leitura, a ERSAR mencionou no seu parecer a posição segundo a qual esta prorrogação não seria admissível (pese embora não tenha competência para aferir da sua validade).

Por isso, muniram-se de dois pareceres jurídicos (*i. e.*, cada qual solicitou o seu), que fizeram juntar a estes autos. Lemo-los. Convencem (essencialmente pela sua valia intrínseca, não apenas pela sua autoria).

Assim, e no que diz respeito ao parecer emitido, entre outros, pelo Prof. Doutor Sérvulo Correia, permitimo-nos destacar a ideia segundo a qual o estabelecimento do prazo da concessão constitui um elemento absolutamente essencial da decisão de contratar; solicitando a apropriação dos termos daquele parecer:

“Mas, sendo assim, o prazo da concessão assoma como elemento absolutamente essencial do contrato, o qual foi determinante para a decisão de contratar e para a composição dos interesses das partes. Como escreve ROUBIER, “[u]m contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis”. Logo, pretender, v.g., que um contrato celebrado ao abrigo do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, teria agora de se reger pelo disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, passando a estar limitado a um prazo de 30 anos, seria potencialmente desfigurar significativamente o equilíbrio contratual pressuposto pelas partes, e colocar em causa a segurança jurídica, princípio consagrado no artigo 2.º da Constituição.”

Aproveitando-se, do mesmo parecer, um outro argumento, relativo à distinção entre a função das várias normas previstas no novo diploma:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

“Ou seja, a valer a distinção entre normas que se reportam “à estruturação básica do sistema jurídico e da ordem social” e aquelas que se referem “a situações criadas e modeladas pela livre iniciativa dos indivíduos”, não há dúvida de que a prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, que reduz o prazo máximo das concessões se enquadra nas segundas. E neste aspeto, trata-se de uma norma cuja natureza difere de outras constantes do Decreto-Lei n.º 194/2009 e que nitidamente se integram no âmbito de uma ordem pública qualificada, como as que disciplinam as relações entre o concessionário e os utentes (cf., por exemplo, os artigos 61.º, 62.º, 63.º, 66.º e 67.º), ou as que procedem a um enquadramento regulatório, ora impondo diversas obrigações de reporte e garantia repercutidas sobre as entidades titulares e gestoras de serviços, ora contemplando amplas faculdades de intervenção a favor da Entidade Reguladora das Águas e Resíduos («ERSAR») (cf. artigos 8.º e ss.)”

Não menos valioso será o parecer emitido pelo Dr. Lino Torgal, também junto aos autos. E que se desloca no mesmo sentido, para dessa forma desembocar em conclusão idêntica. Transcreve-se parte do discurso fundamentador daquele parecer:

“Ora, a nosso ver, o artigo 34.º não seria passível de aplicação ao Contrato de Concessão à luz dos critérios previstos no artigo 12.º, n.º 2, do CC. Isto porque, ao dispor sobre o conteúdo das estipulações contratuais referentes ao prazo da concessão e, portanto, sobre a validade substancial (tratando-se de aspetos injuntivos do conteúdo) do próprio contrato, aquele preceito é aplicável apenas a factos jurídicos novos (o mesmo é dizer: a cadernos de encargos elaborados e a subsequentes contratos celebrados em data subsequente à da entrada em vigor da lei nova). Parece-nos claro que disposição legal citada manifestamente não abstrai do facto constitutivo da relação concessória, pelo que, de acordo com o critério estabelecido na segunda parte do n.º 2 do artigo 12.º do CC, lido em conformidade com os ditames do princípio da proteção da confiança consagrado no artigo 2.º da Constituição, não é aplicável ao Contrato de Concessão.”

Mas não é apenas pela leitura dos pareceres em causa que nos permitimos concluir pela admissibilidade legal desta solução.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de notar o teor do n.º 4 do art.º 80.º do DL n.º 194/2009, de 20.08, que aqui recordamos: *“o presente decreto-lei não se aplica aos procedimentos relativos à atribuição de concessão de serviços municipais e para a seleção de parceiros privados para empresas municipais em curso à data da sua entrada em vigor, nos quais já tenha havido apresentação de propostas.”* Portanto, o legislador entende que é digna de tutela a posição do interessado que já tenha apresentado proposta no âmbito de um procedimento relativo à atribuição de concessão de serviços municipais (não exigindo, sequer, adjudicação ou



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

mero projeto de decisão de adjudicação). Supondo um procedimento que, à luz do anterior regime, previa como prazo inicial de concessão 50 anos (ou, até mesmo, 25 anos, prorrogáveis por idêntico período, ou por vinte anos, etc..., sempre acima de 30 anos, no total), teríamos, então, que, se as propostas já tivessem sido apresentadas, o DL em questão não se aplicaria, pelo que o prazo fixado no procedimento para o contrato de concessão não seria afetado. É claro que se poderia argumentar que a norma apenas diz respeito a disposições do procedimento, mas não nos parece que tal faça sentido, na medida em que o prazo da concessão já deveria constar do respetivo caderno de encargos. Ou então – no que seria um resultado interpretativo ainda menos racional, até inconcebível – resultaria daí que o procedimento se regia pelas normas antigas, mas o contrato pelas disposições da lei nova.

Depois, não podemos deixar de constatar que o terceiro aditamento – no qual se inclui a cláusula de prorrogação da concessão – foi objeto de visto expresso por parte do Tribunal de Contas, sinal de que nem mesmo esse Tribunal encontrou motivo de ilegalidade que impusesse a recusa (e forçoso será concluir que o alargamento do prazo da concessão tem sempre efeitos financeiros, pelo menos por implicar um alargamento do período de despesa).

Nesta medida, forçoso será concluir que o alargamento do prazo de concessão será legal, por estar em causa um contrato de concessão firmado e já em execução antes da entrada em vigor do regime previsto no DL n.º 194/2009, de 20.08.

E, assim sendo, o acordo é também válido do ponto de vista material, pelo que nada mais obsta à sua homologação.

Como, então, se decidirá.

**

Em matéria de custas

Valerá o acordado pelas partes, no ponto 7 do requerimento de transação.

No que respeita ao pedido formulado ao abrigo do disposto no art.º 3.º, n.º 2, do DL n.º 30/2023, de 05.05, a devolução de 25% do valor das taxas de justiça pagas depende de requerido apresentado em 10 dias após o trânsito em julgado da decisão, pelo que deverão as partes apresentar requerimento no momento previsto na lei.

De acordo com a mesma disposição legal, não há lugar ao pagamento do remanescente da taxa de justiça prevista no n.º 7 do art.º 6.º do RCP.

Decisão



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE BRAGA
UNIDADE ORGÂNICA 1

Nos termos e com os fundamentos expostos, **julgo válida a transação obtida pelas partes, condenando-as no cumprimento dos seus precisos termos.**

Em consequência, extingue-se a presente instância.

**

Custas nos termos acordados.

Ao abrigo do disposto no art.º 3.º, n.º 2, do DL n.º 30/2023, de 05.05, não é devido o pagamento do remanescente da taxa de justiça, prevista no art.º 6.º, n.º 7, do RCP.

A devolução do valor das taxas de justiça nos termos daquele artigo do DL n.º 30/2023, de 05.05, fica dependente de requerimento a apresentar no prazo ali previsto.

Registe.
Notifique.
Braga, d.c.s.

O Juiz,
Nuno Cerdeira Ribeiro
(*assinatura eletrónica*)
