

ACÓRDÃO N.º 14/25.MAIO.10 / 1.ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 6/2010

(Processo n.º 1825/2010)

DESCRITORES

1. Princípio da tutela jurisdicional
2. Recurso de recusa de visto
3. Legitimidade para recorrer
4. Legitimidade para recorrer de entidades terceiras contratantes
5. Inconstitucionalidade por omissão

SUMÁRIO:

1. A CRP, no seu artigo 20º, consagra o princípio da tutela jurisdicional efectiva.
2. A definição dos meios de tutela jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos é feita pela lei ordinária.
3. O Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, actua no exercício de função jurisdicional, na medida em que lhe cabe, na qualidade de órgão jurisdicional constitucionalmente reconhecido, assegurar a legalidade financeira dos actos, contratos e outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas (artº. 44º, nº. 1, da LOPTC).
4. A actividade jurisdicional do Tribunal de Contas tem uma matriz objectivista, de defesa da legalidade financeira. Por isso, apenas estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas as entidades elencadas no art. 2º da LOPTC. Por esta razão, não faria sentido que intervissem nos processos jurisdicionais a correr neste Tribunal outras entidades, sejam elas co-contratantes ou destinatárias de acto

administrativos. Elas são “terceiros” em matéria de actividade financeira pública.

5. A recusa de visto a um acto ou contrato gera a sua ineficácia jurídica, por força do disposto no nº. 2 do artigo 45º da LOPTC. Contudo, o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares afectados por uma decisão de recusa de visto, não passa necessariamente por obstar a tal ineficácia.
6. Os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares que se considerem lesados por uma decisão de recusa de visto emergem de uma relação jurídico-administrativa que deve ser tutelada no âmbito da jurisdição administrativa.
7. Os Tribunais Administrativos e Fiscais têm jurisdição em litígios que tenham por objecto questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos nas situações definidas nas alíneas e) e f) do nº. 1 do artº. 4º do ETAF.
8. Face à natureza do Tribunal de Contas e às finalidades da sua acção jurisdicional compreende-se que nos processos de fiscalização prévia, a LOPTC apenas reconheça legitimidade para recorrer ao Ministério Público e ao autor do acto ou à entidade que tiver autorizado o contrato a que foi recusado o visto (art. 96º, nº. 1).
9. Um entendimento que viesse a admitir a legitimidade dos particulares para recorrerem das decisões de recusa de visto traduzir-se-ia na criação de uma norma nova pelo aplicador do direito e não na extensão teleológica do texto da norma, o que não é admitido pelo nosso ordenamento jurídico, sob pena de se infringir o princípio constitucional da separação de poderes.
10. Um entendimento que porventura considerasse inconstitucional a norma contida no artigo 96º da LOPTC, por não contemplar a possibilidade de os particulares recorrerem de uma decisão de recusa de visto, fundar-se-ia num vício de omissão legislativa. Isto é, o vício em causa seria o de inconstitucionalidade por omissão. Ora, se a Constituição reconhece aos tribunais o poder-dever de desaplicar normas inconstitucionais nos casos concretos submetidos a julgamento, em caso de omissão inconstitucional, somente o

Tribunal Constitucional pode apreciar e verificar tal inconstitucionalidade, mediante requerimento pelas entidades competentes. E mesmo que se verifique a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional alertará o órgão legislativo competente para a existência de tal vício (art. 283º, nº. 2, CRP).

11. Assim, face ao que se dispõe no artigo 96º, nº. 1 da LOPTC e com base no anteriormente exposto, o recurso interposto por entidade terceira co-contratante não pode ser admitido.

Lisboa, 25 de Maio de 2010

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)



ACÓRDÃO N°14 /2010 – 25.MAIO-1ª S/PL

Recurso Ordinário n° 6/2010
Processo n° 1825/2009

I – RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n° 6/2010-25.Fev-1ªS/SS, proferido pela 1ª Secção, em Subsecção, deste Tribunal, foi recusado o visto ao “Protocolo de Adesão ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças” celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP e o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – SUCH.
2. Não se conformando com tal decisão, aquela ARS dela veio interpor recurso ordinário. Por ter sido apresentado em tempo e por entidade com legitimidade, nos termos da alínea b) do n° 1 do artigo 96° e do n° 3 do artigo 97° da LOPTC¹, foi admitido esse recurso.
3. O SUCH, por considerar ser entidade legitimamente interessada apresentou igualmente recurso daquela decisão. Tal recurso foi objecto de decisão de não admissão, tomada com base nas disposições legais já referidas e com os fundamentos que abaixo se expõem nos n°s 5 e seguintes.
4. De tal despacho liminar de não admissão, o SUCH apresentou reclamação nos termos do n° 1 do artigo 98° da LOPTC. O relator manteve a decisão liminar de rejeição do recurso, pelo que por força do n° 3 do mesmo artigo, foi a reclamação remetida para decisão no plenário

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n° 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n°s 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



da 1.^a Secção do Tribunal. É, pois, sobre tal reclamação que agora se impõe decidir.

II – OS FUNDAMENTOS DO DESPACHO LIMINAR DE REJEIÇÃO DO RECURSO

5. O despacho liminar de não admissão do recurso baseou-se nos fundamentos que a seguir se apresentam.
6. *“O n.º 1 do artigo 96.º da LOPTC, sob a epígrafe “Recursos ordinários”, na parte agora relevante, estatui:*

“1 – As decisões finais de recusa, concessão e isenção de visto, bem como as que respeitem a emolumentos, incluindo as proferidas pelas secções regionais, podem ser impugnadas por recurso para o Plenário da 1.^a Secção pelas seguintes entidades:

- a) O Ministério Público, relativamente a quaisquer decisões finais;*
- b) O autor do acto ou a entidade que tiver autorizado o contrato, a que foi recusado o visto;*
- c) (...)”.*

7. *Conforme se pode ver do artigo acima citado, e no que se reporta a decisões finais de recusa de visto, estão excluídas da sua previsão as entidades adjudicatárias.*

8. *A questão que se nos coloca é, pois, a de saber por que razão o legislador excluiu as entidades adjudicatárias da possibilidade de interpor recurso dos Acórdãos que recusam o visto aos actos, contratos ou outros instrumentos² celebrados entre aquelas entidades e as entidades adjudicatárias. Encontrada a resposta a esta questão, teremos também por encontrada a ratio do referido preceito, no que à recusa do visto se reporta.*

² Vide o n.º 2 do artigo 46.º da LOPTC.



9. *Em sede de fiscalização prévia, a relação jurídica que se estabelece é entre a entidade que remete o contrato a fiscalização prévia, por a esta estar sujeita³ – a entidade adjudicante - e o Tribunal.*
10. *Formulado o pedido de concessão de visto⁴ a um contrato, ao Tribunal incumbe verificar se esse contrato, enquanto instrumento gerador de despesa ou representativo de responsabilidades financeiras directas ou indirectas está “conforme com as leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”⁵, sendo certo que, para efeitos de apreciação e decisão do Tribunal - excepção feita às ilegalidades que impliquem nulidade – só as ilegalidades que impliquem encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras, bem como as que alterem ou possam alterar o resultado financeiro do contrato são relevantes, para efeitos de recusa de visto⁶.*
11. *Ou seja, e em última análise, o que está em causa no processo de fiscalização é sempre a legalidade financeira, bem como, e tão-só, o interesse público a esta subjacente. O facto de a recusa de visto também se poder fundamentar numa ilegalidade geradora de nulidade, em nada altera o que foi dito, já que um contrato nulo é contrato que não produz quaisquer efeitos jurídicos na ordem jurídica (nos termos dos artigos 134.º do CPA e 286.º do Código Civil) e que, portanto, também não poderá produzir quaisquer efeitos financeiros.*
12. *Daí que só a entidade sujeita a fiscalização prévia - e que, para tanto, pede que o contrato seja visado – e o Ministério Público tenham legitimidade para interpor recurso jurisdicional, no que às decisões de*

³ Nos termos do artigo 2º e alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC.

⁴ Não se estão, aqui, a considerar o casos em que a entidade, por ter dúvidas quanto à sua sujeição a fiscalização prévia, remete o contrato ao Tribunal, o que, em caso negativo, implicará a devolução do contrato por a entidade em causa não estar àquela sujeita.

⁵ Vide nº 1 do artigo 44.º da LOPTC.

⁶ Vide nº 3 do artigo 44.º da LOPTC



Tribunal de Contas

recusa de visto se reporta. Porque só estas entidades estão sujeitas a princípios de prossecução de interesses públicos e de observância da legalidade financeira.

13. *Na verdade, a entidade adjudicatária, para além de não ser titular de qualquer relação jurídica, que, como atrás se disse, só se estabelece entre a entidade fiscalizada e o Tribunal, também não é titular de qualquer interesse público na defesa da legalidade financeira.*

14. *O interesse processual da entidade adjudicatária no presente recurso é o de ver o Acórdão, a que se recusou o visto ao contrato, revogado, e, por esta via, obstar à ineficácia jurídica do contrato, nos termos do artigo 45.º da LOPTC, designadamente, os seus n.ºs 2 e 3, ou seja, é um interesse meramente particular.*

15. *Ora, é, exactamente, porque a entidade adjudicatária tem interesse em ver o Acórdão recorrido revogado que se pode colocar a questão de saber se a inadmissibilidade de interpor recurso não é violadora do artigo 20.º da CRP, sob a epígrafe “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”.*

16. *A este respeito importa dizer o seguinte:*

- a) O artigo 20.º da CRP é uma norma que se concretiza na legislação ordinária;*
- b) No caso do Tribunal de Contas, essa concretização objectiva-se no artigo 96.º da LOPTC, que confere legitimidade para recorrer apenas às entidades autoras do acto ou autorizadas dos contratos submetidos a fiscalização prévia;*
- c) As entidades adjudicatárias que, eventualmente, se julguem afectadas pela recusa do visto aos contratos, não ficam impedidas de fazer valer os seus direitos, já que sempre poderão lançar mão dos instrumentos que os particulares têm à sua disposição para fazer valer os seus direitos, designadamente no Código de Processo nos Tribunais Administrativos;*



- d) *Acresce que o Tribunal de Contas é um Tribunal especializado – “o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe”, como dispõe o artigo 214º da CRP, apenas com jurisdição em matéria financeira pública (artigos 1.º, n.º 1, 2.º e 5.º, todos da LOPTC), não lhe sendo, pois, aplicáveis as regras da jurisdição administrativa (CPTA);*
- e) *Ou seja, o Tribunal de Contas não tem jurisdição sobre entidades particulares, a não ser na precisa medida em que estes utilizem dinheiros públicos, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 2º da mesma LOPTC;*
- f) *Logo, o artigo 96º da LOPTC não admite a possibilidade de particulares recorrerem para o Plenário da 1ª Secção, não resultando deste facto a postergação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, uma vez que os particulares dispõem, em relação à entidade adjudicante, dos instrumentos previstos no CPTA, os quais se afiguram como necessários, adequados e proporcionais para a tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.”*

III – A RECLAMAÇÃO DA NÃO ADMISSÃO DO RECURSO

17. A reclamação apresentada pelo SUCH, que se dá aqui por integralmente reproduzida, apresenta no essencial os seguintes fundamentos⁷:

- a) *“(…) importa descortinar e clarificar o raciocínio subjacente à conclusão,” defendida no despacho de não admissão, “no sentido de que o artigo 96.º, n.º 1, da LOPTC não obstante restringir a legitimidade para a interposição de recurso às entidades aí expressamente identificadas, se afiguraria em conformidade com o disposto no artigo 20º da Constituição;*

⁷ A adaptação do texto e a selecção dos trechos reproduzidos são da nossa responsabilidade.



- b) *Uma tal conclusão fundar-se-ia, segundo o despacho de que ora se reclama, no entendimento de que as entidades adjudicatárias em nada são afectadas por uma decisão de recusa de visto, porquanto "(...) não ficam impedidas de fazer valer as seus direitos, já que sempre poderão lançar mão dos instrumentos que os particulares têm à sua disposição para fazer valer os seus direitos, designadamente no Código de Processo nos Tribunais Administrativos";*
- c) *(...) tal não corresponde manifestamente à realidade. Sem dúvida, pode afirmar-se que os litígios emergentes das relações jurídicas contratuais podem e devem ser discutidos na jurisdição administrativa. Mas não é esse o ponto em questão. E é fácil perceber porquê: é que, no que se refere à questão específica do possibilidade legal de a entidade adjudicante efectuar os pagamentos contratualmente devidos, a decisão de recusa de visto é definitiva";*
- d) *A decisão de recusa traduz-se numa "proibição - transitada em julgado - de efectuar, ao menos para o futuro ou em relação a trabalhos não executados, os pagamentos contratualmente devidos, imposta directamente a uma entidade adjudicante(...)";*
- e) *"É certo que o nº 3 do artigo 45º da LOPTC permite que a entidade adjudicatária seja paga pelas prestações que realizou antes da notificação da recusa do visto; tal medida destina-se, todavia, tão-somente a evitar, por um lado, o enriquecimento sem causa da Administração, que passaria a beneficiar de prestações contratuais sem ter sequer de pagar qualquer contrapartida por isso, e, correspondentemente, a evitar também a produção de um dano intolerável na esfera jurídica do particular que, ao abrigo do disposto no nº 1 do mesmo artigo 45º, iniciou a execução das suas obrigações contratuais sem obter a remuneração devida;*



- f) *Essa medida não permite, em contrapartida, satisfazer a mais básica pretensão que o co-contratante poderia invocar: o direito de reagir contra uma decisão de recusa do visto que ele reputa de ilegal e que lhe impede (na sua perspectiva, também ilegalmente) de obter todos os benefícios económicos que dessa execução poderiam derivar”;*
- g) *“(…) Por isso, é seguro que, correspondentemente, também o direito de reagir contra uma decisão de um Tribunal que prive o seu titular de receber a contraprestação monetária da outra parte é digno de tutela juridicoconstitucional;*
- h) *Como se vê, portanto, a consequência (definitivamente) resultante de uma decisão de recusa de visto - a (mera) ineficácia do contrato - é tudo menos inócua para o co-contratante, e, neste caso, para o SUCH”;*
- i) *“(…) Com efeito, o SUCH não é apenas reflexa ou indirectamente afectado pela decisão de recusa do visto, sendo, antes, juridicamente impedido de, a partir desse momento, obter a contra partida que lhe caberia pela execução das prestações contratuais”;*
- j) *“(…) É certo que, de acordo com o artigo 96.º, nº 1, da LOPTC, e naquilo que respeita a decisões de recusa de visto, apenas o Ministério Público ou a entidade que autorizou a celebração do contrato dispõem da legitimidade para a interposição do recurso, não sendo tal legitimidade reconhecida, em contra partida, à entidade adjudicatária;*
- k) *Contudo, à luz do artigo 20º da Constituição, isto não pode significar, pelas razões acima expostas, que o co-contratante da entidade fiscalizada não possa recorrer de uma decisão que - quando desafortunada - o priva de receber os benefícios económicos que resultariam da sua execução”;*



- l) *"(...) Afinal, um dos elementos fundamentais que há que tomar em consideração no processo hermenêutico e o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição. Como hoje é pacificamente reconhecido, a primazia da Constituição tem um duplo significado: é regra de colisão e vale como critério de interpretação ou como instrumento hermenêutico. O processo de interpretação só fica, por isso, concluído, quando nele se inclui também a Constituição. Assim, a semelhança do que sucede com a provisoriedade do resultado apontado pelo elemento literal da interpretação jurídica, também não se pode considerar definitivo o sentido resultante de uma interpretação situada ao nível da lei;*
- m) *Ora, é no cumprimento deste dever metodológico que o intérprete deve analisar qual o sentido interpretativo que pode retirar do referido artigo 96º, nº 1, da LOPTC - concretamente, da formulação restritiva da legitimidade processual activa que aí se encontra - perante as regras e princípios do ordenamento constitucional ou, mais concretamente, em face do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efectiva, consagrado no artigo 20º da Constituição;*
- n) *Efectivamente, o nº 1 do artigo 20º determina que "a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos". Tal como pacificamente se reconhece, esse preceito constitucional enuncia uma "norma-princípio estruturante do Estado de Direito democrático", "constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais", e, por isso, "inerente à ideia de Estado de Direito";*
- o) *"(...) Ora, o reconhecimento da natureza própria dos direitos, liberdades e garantias ao direito de acesso à justiça acarreta no nosso sistema constitucional, como é sabido, um regime de normatividade agravada. Naquilo que especificamente respeita ao*



direito de acesso à justiça, tal regime privilegiado impõe, sob pena de inconstitucionalidade da norma legal que impeça uma tal solução, uma interpretação completadora do texto legal, sempre que o intérprete verifique que a solução legislativa não assegurou o princípio segundo o qual a cada direito deve corresponder necessariamente uma acção, rectius, um meio processual que assegure uma tutela jurisdicional efectiva, nas suas três dimensões - declarativa, cautelar e executiva”;

- p) *“(...) o conteúdo essencial do direito fundamental de acesso à justiça impõe que se reconheça legitimidade a quem demonstre que não dispõe de outro meio processual no sistema jurídico que lhe permita obter a tutela de um direito ou interesse legalmente protegido que, na sua perspectiva, deve, ser reconhecido ou efectivado na sua esfera jurídica - ou, sob a perspectiva contrária, a quem demonstre que a insuficiência dos meios processuais previstos na lei provoca um prejuízo inevitável no direito ou interesse que alega dever-lhe ser reconhecido”;*
- q) *“(...) o adjudicatário do contrato objecto de uma decisão de recusa de visto não dispõe de outro meio processual no sistema jurídico que lhe permita obter a tutela do direito ou interesse que afirma ter sido lesado(...).(...) o ora Reclamante não dispõe de outro meio processual no sistema jurídico que lhe permita fazer valer o seu direito de receber os pagamentos pecuniários devidos pela entidade adjudicante fiscalizada;*
- r) *Desde logo, a tal obsta o disposto no artigo 4.º, nº 2, alínea b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, uma vez que exclui do âmbito da jurisdição administrativa "decisões jurisdicionais proferidas por tribunais não integrados na jurisdição administrativa e fiscal";*
- s) *(...) sem prejuízo do recurso autónomo para o Tribunal Constitucional em específica matéria de inconstitucionalidade ou*



de ilegalidade nos termos previstos no artigo 280.º da Constituição, a definição do Tribunal de Contas como "órgão supremo" e autónomo face as demais ordens jurisdicionais impede a interposição de recurso das suas decisões para qualquer outro Tribunal. Com efeito, "no quadro constitucional legal e vigente, não poderia uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo "desbloquear" a ineficácia do acto provocada pela decisão de recusa de visto pelo Tribunal de Contas".

- t) *Este entendimento é suficiente para concluir que o ordenamento não contempla hoje qualquer meio processual autónomo, fora da jurisdição própria do Tribunal de Contas, que permita a reacção contra uma decisão, proferida em primeira instância, por este Tribunal, que se repute como lesiva de um direito ou interesse legalmente protegido".*

18. E conclui a reclamação:

- a) *"Assim, uma vez que i) o co-contratante da entidade fiscalizada afectado por uma decisão de recusa de visto apresenta um interesse directo na revogação dessa decisão, tendo em vista a efectivação do direito com realização dos pagamentos pela entidade adjudicante, em sede de execução contratual, e que ii) a lei não lhe faculta um meio processual autónomo, fora da jurisdição própria do Tribunal de Contas, que permita a sua reacção, é inequívoco que do artigo 20º da Constituição resulta o mandato de interpretar o artigo 96º, nº 1, da LOPTC no sentido de admitir a legitimidade autónoma para a interposição de recurso de todos aqueles que apresentem um interesse em agir constitucionalmente tutelado e não estejam expressamente abarcados pela referida disposição legal";*
- b) *"(...) resta, senão pois, concluir que, sob pena de inconstitucionalidade, o SUCH tem legitimidade processual activa para a interposição de recurso da decisão de recusa de visto ao*



PROTOCOLO, celebrado com a ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO NORTE, I.P., justificando-se, nessa medida, a admissão do recurso por si interposto (...)”.

IV – FUNDAMENTAÇÃO

19. As questões essenciais suscitadas na reclamação já tinham sido antecipadas e, nos seus aspectos fundamentais, enfrentadas no despacho liminar de não admissão do recurso. Todas gravitam em torno da problemática da legitimidade processual para se recorrer das decisões de recusa do *visto* do Tribunal de Contas. Mais precisamente, suscita-se, como se tinha adiantado na decisão inicial, a questão da eventual desconformidade com o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva de uma interpretação da lei que aponte no sentido de não se reconhecer legitimidade aos particulares directamente afectados pela decisão de recusa do visto para recorrerem da mesma.

IV.A – O princípio da tutela jurisdicional efectiva

20. A Constituição da República Portuguesa consagra no art. 20.º o princípio da tutela jurisdicional efectiva, o qual postula, designadamente, que “[a] todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (...)”.

21. Sucede que a definição dos meios de tutela jurisdicional desses direitos e interesses carecem de consagração legal. Isto é, não resulta do princípio da tutela jurisdicional efectiva que os cidadãos podem recorrer a todo e qualquer meio processual que considerem adequado para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. É o legislador que, atendendo também a outros bens jurídicos, define os meios ao dispor dos cidadãos para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “[a] imposição constitucional da tutela jurisdicional efectiva impende, em primeiro lugar, sobre o legislador, que a deve tomar em consideração na



organização dos tribunais e no recorte dos instrumento processuais ...”⁸
Cabe ao legislador assegurar a operatividade do sistema judicial. A eficácia e a celeridade processuais, também postuladas pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva, impõem a definição legal dos meios processuais ao dispor dos cidadãos, bem como as regras atinentes à legitimidade processual activa.

22. Há situações em que, atenta a respectiva especificidade, o legislador é particularmente exigente na definição dos requisitos da legitimidade processual activa. É o que sucede, designadamente, no âmbito da jurisdição constitucional e é o que ocorre também na jurisdição financeira.

VI.B - A tutela jurisdicional efectiva no âmbito dos processos de fiscalização prévia

23. O Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, actua no exercício de função jurisdicional, na medida em que lhe cabe, na qualidade de órgão jurisdicional constitucionalmente reconhecido **assegurar a legalidade financeira** dos actos, contratos e outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas (art. 44.º, n.º 1, da LOPTC).

24. A actividade jurisdicional do Tribunal de Contas tem uma matriz objectivista, de defesa da legalidade financeira. É por esta razão que apenas estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas as entidades elencadas no art. 2.º da LOPTC. São apenas estas que podem, nos termos da lei, praticar actos e celebrar contratos que envolvam dinheiros públicos. Por esta razão, não faria sentido que intervissem nos processos jurisdicionais a correr no Tribunal de Contas outras entidades,

⁸ Vide *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I., 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 416.



Tribunal de Contas

sejam elas co-contratantes ou destinatárias de actos administrativos. Elas são “terceiros” em matéria de actividade financeira pública.

25. É verdade que pode haver pessoas, colectivas ou singulares, não elencadas no referido artigo 2º, que se considerem afectadas por decisões de recusa ou de concessão de *visto* pelo Tribunal de Contas. Sucede, porém, que os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares que se considerem lesados por uma decisão de recusa de *visto* emergem de uma relação jurídico-administrativa que deve ser tutelada no âmbito da jurisdição administrativa.

Note-se, aliás, que os actos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do *visto* ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos a que derem lugar, sem prejuízo de deverem ser pagos os trabalhos já realizados, nos termos do n.º 3 do art. 45.º da LOPTC.

26. Mas, efectivamente, a recusa de *visto* a um acto ou contrato gera a sua ineficácia jurídica, por força do disposto no n.º 2 do artigo 45º da LOPTC. Contudo, o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares afectados por uma decisão de recusa de *visto*, não passa necessariamente por obstar a tal ineficácia, através de meios de impugnação judicial daquela decisão por eles activados.

27. De facto, um co-contratante que se sinta prejudicado por uma decisão de recusa de *visto*, que inviabilize a integral execução do contrato – e que inviabilize, portanto, as prestações e contraprestações que ocorreriam se o contrato fosse integralmente executado⁹ - tem à sua disposição os meios processuais previstos pelo legislador no âmbito do contencioso administrativo, para fazer valer - e sublinhe-se este aspecto, com raízes constitucionais - os seus **direitos e interesses protegidos pela lei**.

⁹ A “contraprestação monetária”, “a contrapartida que lhe caberia pela execução das prestações contratuais” e a “realização dos pagamentos pela entidade adjudicante” a que alude a reclamação nos trechos acima transcritos nas alíneas g) e i) do n.º 17 e a) do n.º 18.



28. Recorde-se que os Tribunais Administrativos e Fiscais têm jurisdição em litígios que tenham por objecto questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos nas situações definidas nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF.

29. Não é pois necessária a reposição da eficácia do acto ou contrato a que foi recusado o *visto*¹⁰, para tutela de tais direitos e interesses. Não colhe pois o argumento de que, dadas as consequências da recusa de *visto* a um contrato, gerando a sua ineficácia, para a salvaguarda dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares deverão estes, na mesma ordem de tribunais – neste caso, o Tribunal de Contas – possuir instrumentos processuais de impugnação, em sede de recurso, sobre tais decisões de recusa. E, assim, não colhe também a conclusão de que só por via desses instrumentos processuais de impugnação, visando repor a eficácia do contrato, os direitos e interesses legítimos particulares estariam processualmente salvaguardados. Perde igualmente toda a relevância o argumento de que tem de ser admitida a legitimidade activa de terceiros nos recursos das decisões de recusa de *visto*, porque estão excluídas do âmbito da jurisdição administrativa as decisões jurisdicionais proferidas por tribunais não integrados na jurisdição administrativa e fiscal¹¹. E finalmente, por isso também, não colhe o argumento principal de que o “*ora Reclamante não dispõe de outro meio processual no sistema jurídico que lhe permita fazer valer o seu direito de receber os pagamentos pecuniários devidos pela entidade adjudicante fiscalizada*”¹².

30. Recorde-se finalmente que, contrariamente ao que sucede com a jurisdição financeira, de cariz objectivista (cfr. art. 214.º, CRP), a jurisdição administrativa assenta, hoje, num modelo subjectivista, vocacionado para a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos

¹⁰ Ou, seguindo o texto da reclamação, no trecho acima citado na alínea s) do nº 17: não é solução necessária para a protecção de tais direitos e interesses uma decisão para “*desbloquear a ineficácia do acto provocada pela decisão de recusa do visto do Tribunal de Contas*”.

¹¹ Como se argumenta no trecho da reclamação acima transcrito na alínea r) do nº 17.

¹² Vide acima alínea q) do nº 17.



dos particulares. Nesse sentido, relembre-se que dispõe o artigo 268.º, n.º 4, da CRP que “[é] garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos” e o artigo 2º do CPTA que concretiza, no plano legal, o princípio da tutela jurisdicional efectiva, no âmbito das relações jurídicas administrativas.

31. As decisões do Tribunal de Contas, no domínio da fiscalização prévia, prendem-se assim com a observância da legalidade financeira e a salvaguarda dos interesses financeiros públicos em actos e contratos celebrados pelas entidades que a ela estão sujeitas¹³. E deve igualmente afirmar-se que competindo ao Tribunal de Contas fazer tais juízos em matéria de legalidade financeira nos termos em que a Lei o exige, a este Tribunal os compete fazer em primeira e em última instância, com respeito integral das regras que concretizam o princípio geral da recorribilidade das decisões judiciais.

32. Por outro lado, aos Tribunais Administrativos cabe, pois, a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, neles se integrando aqueles que, tendo tutela legal, porventura sejam feridos pelo facto de determinado acto ou contrato ter violado a legalidade financeira e, por via de recusa de *visto*, se ter tornado ineficaz.

VI.C - A legitimidade para recorrer das decisões de recusa de visto – o art. 96.º da LOPTC

33. Face ao exposto, compreende-se que nos processos de fiscalização prévia, a LOPTC apenas reconheça legitimidade para recorrer ao Ministério Público e ao autor do acto ou à entidade que tiver autorizado o contrato a que foi recusado o *visto* (art. 96.º, n.º 1).

¹³ Não se aborda aqui a especificidade dos actos nulos, explicada já aliás na decisão inicial de não admissão do recurso.



34. Note-se e sublinhe-se que o não reconhecimento de legitimidade para recorrer aos particulares **não resulta de uma interpretação literal do preceituado no art. 96.º, mas antes da consideração dos elementos teleológico e sistemático**, que ficaram suficientemente evidenciados nas considerações expostas *supra*.

35. Ainda assim, importa recordar que o elemento literal da interpretação não pode ser ignorado – “[n]ão pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (art. 9.º, n.º 2, Código Civil).

Como refere João Baptista Machado, o texto é o ponto de partida da interpretação, cabendo-lhe, desde logo, uma função negativa: “*a de eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer ‘correspondência’ ou ressonância nas palavras da lei*”¹⁴.

Dispõe, ainda, o Código Civil que “[n]a fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (art. 9.º, n.º 3).

Um entendimento que viesse a admitir a legitimidade dos particulares para recorrerem das decisões de recusa de *visto* traduzir-se-ia na criação de uma norma nova pelo aplicador do direito e não na extensão teleológica do texto da norma, o que não é admitido pelo nosso ordenamento jurídico, sob pena de se infringir o princípio constitucional da separação de poderes. E não pode o aplicador do direito criar normas novas. A criação de normas “*ad-hoc*” apenas é admitida para integração de lacunas, e apenas subsidiariamente a outros critérios de integração das mesmas, nos termos do artigo 10.º do Código Civil. E claramente a questão que analisamos não se enquadra no conceito de “lacuna”. O

¹⁴ In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 17.ª reimp., Coimbra, 2008, p. 182.



legislador, claramente, não quis atribuir legitimidade activa a terceiros nos processos de fiscalização prévia.

36. Tal não significa, porém, que seja postergado o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Este é garantido, como já se referiu, através dos meios que a jurisdição administrativa coloca ao dispor dos particulares, designadamente quando em causa estão questões emergentes da execução de contratos (cfr. artigo 4.º n.º 1, al. e) e f), ETAF).

VI.D - Acerca da alegada inconstitucionalidade da norma contida no art. 96.º da LOPTC

37. Não está pois em causa o princípio da tutela jurisdicional efectiva.

A interpretação que sustentamos do artigo 96º é pois constitucionalmente conforme e assenta nos princípios e regras de interpretação legalmente admitidos.

38. Assim, um entendimento que considerasse inconstitucional a norma contida no artigo 96.º da LOPTC, o qual não sufragamos, fundar-se-ia num vício de omissão legislativa.

Isto é, ainda que se entendesse que a norma contida no artigo 96.º é inconstitucional por não contemplar a possibilidade de os particulares recorrerem de uma decisão de recusa de *visto*, o vício em causa seria o de inconstitucionalidade por omissão.

39. Ora, a Constituição da República reconhece aos tribunais o poder-dever de desapplicar normas inconstitucionais nos casos concretos submetidos a julgamento (fiscalização concreta, difusa, da constitucionalidade).



Todavia, em caso de omissão inconstitucional, não podem os tribunais criar uma norma em substituição do legislador¹⁵.

40. Somente o Tribunal Constitucional pode apreciar e verificar a inconstitucionalidade por omissão (controlo concentrado), mediante requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (art. 283.º, n.º 1, CRP).

E lembre-se que, caso o Tribunal Constitucional verifique a existência de inconstitucionalidade por omissão, disso dará conhecimento ao órgão legislativo competente. Ou seja, mesmo que verifique a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, não pode nenhum órgão substituir-se ao legislador na criação de uma norma tendente a suprir o vício de inconstitucionalidade; apenas se pode alertar o órgão legislativo competente para a existência de tal vício (art. 283.º, n.º 2, CRP).

VI.E – Conclusões

41. Em conclusão:

- a) A LOPTC, no seu artigo 96º, nº 1, só consagra legitimidade activa para interposição de recursos ao autor do acto ou à entidade que tiver autorizado o contrato, a que foi recusado o visto, e ao Ministério Público;
- b) Tal consagração é coerente com a natureza do Tribunal de Contas, com os processos que nele correm termos e com os valores de defesa da legalidade financeira que, nos termos da Constituição e da lei, lhe compete observar e fazer observar;

¹⁵ A “interpretação complementadora” a que se faz apelo na reclamação (vide acima alínea o) do nº 17) não pode pois significar criação de norma nova.



- c) A tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares não exige que estes tenham legitimidade processual activa para obter decisão no Tribunal de Contas que reponha a eficácia dos actos ou contratos que foram objecto de recusa de visto, em decisões de primeira instância, por nesta se ter declarado que neles ocorreu violação da legalidade financeira;
- d) A tutela desses direitos e interesses particulares está efectivamente salvaguardada na jurisdição administrativa, através de meios processuais próprios;
- e) Logo, o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva não está posto em causa;
- f) A interpretação que agora se faz do disposto no artigo 96º da LOPTC é conforme à Constituição e respeita os princípios e regras legalmente fixados em matéria de interpretação das leis;
- g) A possibilidade de serem admitidos recursos interpostos por entidades terceiras pressuporia criar norma nova e, logo, tendo em conta aqueles princípios e regras, tal norma constituiria o resultado de interpretação não admitida pela lei;
- h) De facto, o aplicador da lei não pode criar normas novas, excepto no caso de integração de lacunas, o que não é o caso;
- i) A existir inconstitucionalidade da norma – o que não se reconhece – seria uma inconstitucionalidade por omissão. Não compete a este Tribunal nem a outros criar norma que colmatasse tal omissão. Fazê-lo seria infringir o princípio da separação de poderes;
- j) Assim, face ao que se dispõe no artigo 96º, nº 1, da LOPTC, e com base no que antes se expôs, o recurso interposto pelo SUCH não pode ser admitido.

VII – DECISÃO





Tribunal de Contas

42. Pelos fundamentos indicados, nos termos do n.º 3 do artigo 98.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, reunidos em plenário da 1.ª Secção, em manter a decisão reclamada de não admissão do recurso interposto pelo SUCH no presente processo.
43. São devidos emolumentos nos termos do artigo 16.º, n.º 1, alínea a), do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 25 de Maio de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo – Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Carlos Morais Antunes)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Daciano Pinto)





Tribunal de Contas

Mod. TC 1999,001

