

Secção – 1.ªS/PL

Data: 30/10/2018

Recurso Ordinário: 22/2018

Processo: 744/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Sumário

1. A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do Tribunal de Contas (TdC) que enquanto «órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas», nos termos do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares.
2. Integra a jurisdição administrativa a declaração judicial de nulidades que afetam contratos administrativos atento, nomeadamente, o disposto no artigo 20.º da Constituição, e nos artigos 4.º, n.º 2, al. *d*), 37.º, n.º 1, al. *l*), 77.º-A, n.º 1, al. *d*) e 104.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem olvidar o disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos (CCP).
3. A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) integra o campo da reserva jurisdicional do TdC que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição.
4. O poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto, devendo o tribunal conformar-se com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

5. A decomposição analítica entre conhecimento e declaração de nulidade não se apresenta apenas de natureza doutrinária e jurisprudencial encontrando hoje direto suporte na lei, repercutido ao nível da competência jurisdicional, no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Procedimento Administrativo de 2015 (CPA), regime normativo que enquadra a suscetibilidade de sanção prevista no artigo 5.º, n.º 4, da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (LCPA) em linha com o estabelecido no n.º 3 do artigo 162.º do CPA.
6. O poder jurisdicional de atribuir efeitos ao ato nulo com base numa concreta concordância prática de valores é indissociável da reserva jurisdicional dos tribunais administrativos relativa ao poder de declaração judicial da nulidade de atos e contratos administrativos.
7. As decisões do TdC de recusa de visto podem ter efeitos reflexos na esfera contratual, nomeadamente, quando (independentemente de qualquer nulidade) obstam à eficácia do contrato por força do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, mas no processo de fiscalização prévia o TdC não pode declarar judicialmente a nulidade do contrato embora deva conhecer nulidades relevantes para a decisão sobre a concessão ou recusa de visto.
8. Existe um programa legal que restringe o espaço para operações de concordância prática a empreender pelo TdC perante a alternativa dicotómica entre a concessão e recusa de visto, um juízo de legalidade que apenas compreende uma ponderação conformada pelos princípios da adequação e proporcionalidade — atenta, nomeadamente, à lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade, aptidão em termos de impacto financeiro e anteriores processos de fiscalização prévia — quando a ilegalidade se enquadre na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
9. O enquadramento institucional e funcional do TdC, por outro lado, não permite a este órgão que em sede de fiscalização prévia se substitua à administração no suprimento de ilegalidades, e a respetiva independência jurisdicional articula-se com a autonomia da administração para adotar, ou não, mecanismos legais que permitam assegurar a legalidade necessária à concessão de visto.
10. A apreciação em sede de fiscalização prévia de um contrato que implica despesa e compreende a assunção de um compromisso sem que existam fundos disponíveis para o efeito é conformada por duas pautas centrais:
 - a. As normas dos artigos 3.º, 5.º e 11.º da LCPA têm, nos termos do artigo 13.º do mesmo diploma, «natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras

normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais que disponham em sentido contrário».

- b. A nulidade do contrato e a violação direta de normas financeiras são fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão (ainda que acompanhada de eventuais recomendações) — cf. artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.
11. Concluindo-se que foram violadas as normas previstas nas disposições conjugadas dos números 1 e 3 do artigo 5.º da LCPA e nos artigos 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1, do Regulamento da LCPA, atendendo a que as mesmas têm natureza financeira e o seu desrespeito gera nulidade do contrato, o TdC deve obrigatoriamente recusar o visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.

Secção – 1.ªS/PL

Data: 30/10/2018

Recurso Ordinário: 22/2018

Processo: 744/2018

TRANSITADO EM JULGADO EM 15-11-2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

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

I. Relatório

- 1 O Centro Hospitalar do Baixo Vouga (CHBV) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do acórdão n.º 27/2018-5.JUN-1.ªS/SS¹ que *recusou o visto* a contrato celebrado, em 21-2-2018, entre o recorrente e *EUREST (PORTUGAL) SOCIEDADE EUROPEIA DE RESTAURANTES*, pelo valor de 1.132.067,20 € (mais IVA).
- 2 O recorrente formulou alegações que culminam com as seguintes conclusões:
 - «I. *Nos termos da decisão de que se recorre “a principal questão jurídica suscitada – no presente processo de fiscalização prévia - prende-se com a [in]verificação de fundos disponíveis para o CHBV assumir o compromisso respeitante a despesa decorrente do contrato submetido a fiscalização prévia em articulação com os fundamentos para a recusa de visto previstos no art.º 44.º, n.º 3 da Lei Orgânica e de Processo no Tribunal de Contas (LOPTC).”*
 - «II. Isto porque *“visando assegurar que não são assumidos novos compromissos sem garantia de disponibilidades de tesouraria que lhes façam face, a Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso (LCPA) veio estabelecer a regra de que, para além do requisito tradicional de inscrição orçamental, um compromisso de despesa só pode ser assumido se for demonstrada existência de efetivos fundos disponíveis para o satisfazer.”*

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2017/ac-2017.shtm>, tal como os outros acórdãos do TdC citados no texto.

«III. E os *“titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis”*

«IV. Ora, no entendimento do Tribunal a quo *“A falta de fundos disponíveis para suportar as despesas com o contrato em causa gera nulidade do compromisso e do contrato nos termos dos artigos 5º, nº 1 e 3 da LCA e 7º nº 2 e 3 do DL nº 127/2012, normas imperativas e que revestem natureza financeira “.*

«V. Sendo que *“nos termos das alíneas a) e b) do nº 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) tanto a nulidade como a violação de normas financeiras constituem fundamentos absolutos de recusa de visto.*

«VI. Ora da redação do contrato submetido a visto resulta que *“no decurso da execução do contrato observar-se-á o disposto no presente título contratual, bem como nos documentos anexos abaixo indicados, os quais constituem parte integrante do contrato”* de entre os qual avulta como Documento nº 1, o respetivo caderno de encargos.

«VII. E das cláusulas 1ª, 2ª, 4ª, 5ª e 7ª do referido Caderno de Encargos pode extrair-se que (cfr DOC 1):

i. “o presente procedimento tem por objeto a celebração de um contrato de aquisição de serviços de confeção, fornecimento e distribuição de alimentos aos doentes e colaboradores do Centro Hospitalar do Baixo Vouga EPE (...) constituído pelas unidades de Águeda, de Aveiro e de Estarreja, (cfr. cláusula 1ª);

ii. sendo que o Preço Base de 1.187.000,00€ acrescido de IVA constitui o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar (cfr. cláusula 2ª);

iii. o contrato será válido ate que a primeira das seguintes condições ocorra (cfr. cláusula 4ª)

iii. um período consecutivo de doze meses,

iv. a faturação acumulada atinja o valor total da proposta adjudicada;

v. as quantidades constantes do anexo VI do referido Caderno de Encargos são meramente estimativas, tendo por base os consumos médios anuais verificados, pelo que as quantidades reais objeto da prestação de serviços poderão ser diferentes das indicadas” (cfr. cláusula 5ª),

vi. a faturação deverá ser processada mensalmente e apresentada de modo a identificar, por unidade (Águeda, Aveiro e Estarreja) e respetivo serviço

requisitante e o número de refeições por tipo de dieta efetivamente fornecidas aos serviços, conforme modelo do Anexo IX (cfr. cláusula 7ª).

«VII. Ou seja: da redação do contrato (no seu todo, nele incluindo, entre outros o respetivo Caderno de Encargos) resulta que, na prestação objeto do contrato em apreço,

- i. o número de refeições por tipo de dieta efetivamente fornecidas aos serviços, é contabilizado mensalmente,*
- ii. em função da faturação acumulada pode extinguir-se antes daquele prazo e logo que atinja o valor total da proposta adjudicada e*
- iii. pode até nem atingir aquele montante.*

«VIII. A prestação objeto do contrato (no seu todo, nele incluindo, entre outros o respetivo Caderno de Encargos) reconduz-se ao conceito de Fornecimento Contínuo, gerando por isso um Compromisso Continuado (orçamental) nos termos previstos no Sistema de Normalização Contabilística para as Administrações Públicas (SNC-AP), na medida em que configura uma necessidade permanente, que gera responsabilidades recorrentes durante um período indeterminado de tempo, pelo que se lhe aplica o regime previsto no nº 2 do artº 8º da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas, pelo que a *a assunção do compromisso far-se-á pelo montante efetivamente a pagar no período de determinação dos fundos disponíveis.*”

O douto acórdão recorrido viola o disposto no nº 2 do artº 8º da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas quando ali se refere que *“(...) independentemente da duração do respetivo contrato, se o montante a pagar não puder ser determinado no momento da celebração do contrato, nomeadamente, por depender dos consumos a efetuar pela entidade adjudicante, a assunção do compromisso far-se-á pelo montante efetivamente a pagar no período de determinação dos fundos disponíveis.*”

Quando assim não se entenda deve ainda ter-se sem consideração que

«X. A prestação de serviços de alimentação nos hospitais assume, hoje, características muito especiais, associadas à enorme vulnerabilidade dos pacientes, aos riscos microbiológicos e nutricionais, ao número elevado de indivíduos que se encontram expostos a esses mesmos riscos e, por fim, à perceção ou medo que as más práticas de higiene e fabrico podem resultar na rejeição das refeições fornecidas.

«XI. O fornecimento de refeições aos doentes (e porque não também aos funcionários e colaboradores dos três pólos – o de Aveiro, o de Águeda e o de Estarreja – que constituem o Centro Hospitalar do Baixo Vouga), é matéria de relevante interesse público e consubstancia a concretização da proteção de direitos fundamentais das populações delas beneficiárias. estando o CHBV obrigado a prestá-las para adequado cumprimento da sua principal obrigação legal que consiste na prestação de cuidados de saúde à população, designadamente aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde e aos beneficiários dos subsistemas de saúde (cfr. Anexo II ao Decreto-Lei n.º 233/05, de 29 de dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro).

«XII. A inexecução do contrato dos autos implica necessariamente a incapacidade de o CHBV fornecer essas refeições e, por essa via, de fornecer aos doentes ao seu cuidado, o adequado acompanhamento na doença, a mais nobre das missões de que se encontra investido configurando uma grosseira violação dos princípios constitucionais vertidos nos artigos 9º, b) e d), 13º, 18º e 22º da Constituição da República Portuguesa.

«XIII. *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”* (artº 18º da CRP) e

«XIV. *“O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”* (artº 22º da CRP).

«XV. Em circunstâncias análogas o Tribunal de Contas já entendeu, e bem, que *“o incumprimento do estabelecido nos artigos 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 gera a nulidade do compromisso, do contrato ou da obrigação subjacente. O n.º 4 do artigo 5.º da LCPA, na redação dada pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, prevê que a nulidade em causa possa ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.”* (cfr Acórdão 3/2015 do Tribunal de Contas (acessível in www.tcontas.pt).

Nestes termos a decisão recorrida viola o exato sentido e alcance do disposto nos arts. 9º, b) e d), 13º, 18º e 22º da Constituição da República Portuguesa, devendo

em consequência, a nulidade decretada ser sanada nos termos previstos no n.º 4 do artigo 5.º da LCPA, na redacção dada pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio.

«XVI. Na sequência da recusa do visto, o CHBV já solicitou ao senhor Presidente do Conselho Diretivo da Administração Central do Sistema de Saúde IP, o aumento do limite de Fundos Disponíveis no montante de 1.279.383,72€, exclusivamente para a assunção do compromisso relativo aos SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO – REFEIÇÕES CONFECCIONADAS, tendo em vista o contrato para vista no Tribunal de Contas_(cfr DOC 3).

«XVII. Nessa circunstância foi solicitada a colaboração da ACSS para a obtenção da Declaração de Conformidade nos termos do n.º 5 do artigo 7º do DL n.º 127/2012, a fim de refletir o aumento supramencionado.

«XVIII. Atenta a conhecida e reconhecida fragilidade financeira em que se desenvolve a atividade dos Hospitais EPE e o elevado nível do compromisso do Governo com a regularização da situação do setor é expectável que a resposta a esta pretensão seja breve e positiva.

«XIX. Ora, a ser deferida esta solicitação, deve entender-se que passa a existir uma receita consignada prevista para assunção do compromisso de que nos ocupamos.

«XX. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 4.º e no n.º 5 do artigo 8.º da LCPA, introduzidos pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, *“quando existam receitas consignadas previstas, os seus valores podem acrescer ao montante dos fundos disponíveis mas apenas para efeitos de assunção de compromissos que por elas devam ser suportados e no que se refere à concreta despesa que se visa realizar.”*

«XXI. Deste regime decorre que o registo dos fundos disponíveis correspondentes a receitas consignadas e dos compromissos de despesa a elas referentes deve ser independente do registo dos fundos disponíveis comuns.

«XXII. Acolhendo este entendimento o Tribunal de Contas, no seu Acórdão n.º 3/2015, já decidiu que

a) *“Do estabelecido no n.º 3 do artigo 4.º e no n.º 5 do artigo 8.º da LCPA, introduzidos pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, conclui-se que, quando existam receitas consignadas previstas, os seus valores podem acrescer ao montante dos fundos disponíveis mas apenas para efeitos de assunção de compromissos que por elas devam ser suportados e no que se refere à concreta despesa que se visa realizar. Ou seja, esse aumento do montante dos fundos*

disponíveis não beneficia quaisquer outros possíveis compromissos de despesa, mas apenas os compromissos a que essas receitas se destinam e no respectivo limite.

b) Assim, os registos e controlo previstos nos artigos 3.º e 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 devem assegurar que o valor dos compromissos assumidos por conta de receitas consignadas não excede o montante previsto das correspondentes receitas e que, caso o valor dos compromissos assumidos seja inferior às receitas consignadas previstas, o valor remanescente não é considerado como fundo disponível nem é utilizado para outro tipo de compromissos. Tribunal de Contas 2/19

c) Deste regime decorre que o registo dos fundos disponíveis correspondentes a receitas consignadas e dos compromissos de despesa a elas referentes deve ser independente do registo dos fundos disponíveis comuns. Só a existência de registos separados e não comunicáveis assegura o controlo dos requisitos acima referidos. Decorre também que para o registo e controlo dos fundos disponíveis e compromissos relativos a receitas consignadas é indiferente qual seja o saldo dos fundos disponíveis comuns. O que interessa é que aquele encargo esteja coberto por fundos oriundos das receitas que a ele se destinam.”

«Termos em que na procedência do presente recurso deve ser revogada a decisão de recusa de visto e a mesma ser substituída por outra que o conceda ou que, se entender necessário suspenda a decisão final até a pronuncia do senhor Presidente do Conselho Diretivo da Administração Central do Sistema de Saúde IP quanto à concessão do aumento do limite de Fundos Disponíveis no montante de 1.279.383,72€, exclusivamente para a assunção do compromisso relativo aos SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO – REFEIÇÕES CONFECCIONADAS, tendo em vista a concessão deste visto ou, ainda subsidiariamente, conceda o visto com as recomendações que forem consideradas necessárias ou adequadas.»

- 3 Na fase processual de recurso foi aberta de vista ao Ministério Público (MP), nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8², tendo sido emitido parecer com o seguinte teor:

² 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.

«I. O Douto Acórdão recorrido recusou o Visto a um contrato de prestação de serviços de confeção, fornecimento e distribuição de alimentos, celebrado, em 21.02.2018, entre o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE e a EUREST PORTUGAL.

II. As questões objeto do presente recurso respeitam ao conceito de fundos disponíveis, constante dos arts. 5.º e 3.º, al. f) da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso e do art. 8.º do DL ° 127/2012, de 21 de junho e à adequação da recusa de visto à necessidade pública do serviço a prestar.

III.1. O Recorrente alega, em primeiro lugar, que, tratando-se de um contrato de fornecimento contínuo, o compromisso se mostra regulado no n.º 2 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, ou seja, “se o montante a pagar não puder ser determinado no momento da celebração do contrato, nomeadamente, por depender dos consumos a efetuar pela entidade adjudicante, a assunção do compromisso far-se-á pelo montante efetivamente a pagar no período de determinação dos fundos disponíveis”.

Esta norma foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 2.6, e visou “clarificar o conceito de compromisso plurianual de forma a englobar, também, neste conceito os compromissos que são assumidos num ano, gerando obrigação de pagamento no ano ou anos seguintes, de incluir os ativos e passivos financeiros no conceito de fundos disponíveis, e de aumentar o montante e o prazo para a assunção dos encargos relativos a despesas urgentes e inadiáveis” (preâmbulo respetivo).

Ora, o contrato cessa, de acordo com a cláusula 4.ª, ou no termo do período de 1 ano ou quando for atingido o valor do preço base.

Admitindo que no termo dos 12 meses de vigência possa a faturação não atingir o valor do preço base, certo é que este, o preço determinado, pode ser a causa de cessação da execução do contrato.

Ou seja, não só é determinável como, eventualmente, determinante.

A referida norma do diploma regulamentar da LCPA tem sido interpretada como resposta a situações de natureza especial como as de fornecimento de água, luz, gás e comunicações.

Neste ponto, acompanhamos, pois, a doutrina do Acórdão em recurso.

III.2.O objeto do contrato é, como vimos, a alimentação dos pacientes nas instalações do Centro Hospitalar recorrente.

Dispõe o n.º 4 do artigo 5.º da LCPA

4 - A nulidade prevista no número anterior pode ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.

O interesse público em causa parece demandar especial ponderação por emanar de uma necessidade primordial dos doentes internados e, portanto, da plena satisfação do direito fundamental à saúde.

A previsão desta faculdade, num contexto normativo altamente restritivo da autonomia local e dos poderes de gestão empresarial, traduz-se num encargo de ponderação casuística para o Tribunal.

Nessa medida e atendendo a jurisprudência anterior da 1.^a Secção (por ex., o Acórdão n.º 3/2015-27.Jan-1^aS/PL, no RO n.º 13/2014-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1297/2013), somos de parecer que deverá ser atendida a pretensão requerida de sanção da nulidade fundamento da recusa de Visto.»

4 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

II.1 Objeto do recurso

- 5 As conclusões das alegações de recurso (cf. *supra* § 2) delimitam o respetivo objeto, atento o disposto nos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável nos termos do artigo 80.º da LOPTC. No caso concreto, o poder de cognição do tribunal *ad quem* reporta-se exclusivamente a matéria de direito relativa à decisão de recusa do visto, sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC), não havendo lugar à apreciação de questões cuja análise se torne irrelevante por força do tratamento jurídico empreendido no aresto (cf. artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC).
- 6 Metodologicamente, deve-se enunciar a factualidade julgada provada pela decisão recorrida com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação jurídica das questões suscitadas pela recorrente.

II.2 Factos provados

7 Foram considerados provados pela decisão recorrida os seguintes factos:

«3.1 Por deliberação de 28 de setembro de 2017 o Conselho de Administração do *CHTS* aprovou a abertura de concurso público com publicação no JOUE para a aquisição de serviços de confeção, fornecimento e distribuição de alimentação aos doentes e funcionários do *CHBV* e atribuição da exploração dos refeitórios utilizados pelos seus colaboradores;

3.2 A adjudicação à EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda., concorrente que apresentou a única proposta admitida pelo júri, foi aprovada por deliberação do Conselho de Administração do *CHBV* de 24 de janeiro de 2018 e a minuta do contrato por deliberação de 7 de fevereiro de 2018;

3.3 Consta da cláusula 2.^a do contrato celebrado entre o *CHBV* e a EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda. que para fazer face à despesa originada pela execução do contrato foi emitido pelo *CHBV* o compromisso n.º 276;

3.4 Em 12 de fevereiro de 2018, data em que foi registado o referido compromisso, pelo valor de € 1.279.383,72 (1.132.067,20 + IVA), os fundos disponíveis do *CHBV* eram negativos, no montante de –(menos) € 12.677,444,86, passando depois de emitido e registado o referido compromisso a apresentar fundos disponíveis negativos no montante de –(menos) 13.956.828,58;

3.5 Em 31 de dezembro de 2017 o prazo médio de pagamento a fornecedores do *CHBV* era de 425 dias;

3.6 Tendo o anterior contrato com o mesmo objeto (visado no processo de fiscalização prévia n.º 631/2014) terminado a sua vigência em 18.11.2017, no período compreendido entre 19.11.2017 e 31.12.2017, o serviço foi assegurado por um contrato celebrado em 14.11.2017, entre o *CHBV* e EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda., ao abrigo de um procedimento por ajuste direto, promovido nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), cuja faturação atingiu o valor de 139.429,32€, acrescido de IVA;

3.7 E desde 01.01.2018 o serviço tem vindo a ser assegurado através de outro contrato celebrado em 29.12.2017, pelo valor de € 300.303,71, entre o CHBV e EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda., também ao abrigo de procedimento por ajuste direto nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, totalizando a faturação referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2018, no âmbito da execução do referido contrato, o valor global de 211.787,84€, acrescido de IVA.

3.8 Foi acordado neste último contrato que o mesmo teria início a 1 de janeiro de 2018 e vigoraria até ocorrer a primeira das seguintes situações:

- a) Um período de três meses;
- b) O valor da faturação atinja o valor total da proposta adjudicada;
- c) O contrato a celebrar por via do CP/00100001/2017 se encontre visado pelo Tribunal de Contas.

3.9 Os referidos contratos não foram submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

3.10 Confrontado com falta de fundos disponíveis para assumir o compromisso relativo ao contrato submetido a fiscalização prévia, o *CHBV* veio dizer o seguinte:

"No que concerne à assunção de compromissos sem que existam fundos disponíveis, em consonância com a informação que tem sido prestada pelo Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE, a todas as entidades externas, vimos, por este meio, informar que, de forma a não colocar em causa a prestação de cuidados de saúde, o Centro Hospitalar tem assumido um montante de compromissos superior aos seus fundos disponíveis, calculados de acordo com o previsto na Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, vulgarmente designada por "Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso". Importa, ainda assim, salientar que, apesar da insuficiência de fundos do Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE, não estavam reunidas as condições necessárias aos pedidos de aumento temporário de fundos disponíveis, dada a impossibilidade de indicar os montantes a cobrar ou a receber, dentro do período compreendido entre a data do compromisso e a data em que se iria verificar a obrigação de efetuar o último pagamento relativo a esse compromisso. Contudo, o Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE tem procurado, de

forma continuada, obter receitas para assegurar os fundos necessários face aos compromissos que é obrigatório assumir para não colocar em causa a prestação de cuidados de saúde através, nomeadamente, de reuniões com o Secretário de Estado da Saúde e com a Administração Central do Sistema de Saúde, IP e de ofícios remetidos ao Secretário de Estado da Saúde e ao Presidente do Conselho Diretivo da ACSS onde, reiteradamente:

- i) Se alertou para o subfinanciamento crónico do Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE e as suas consequências;*
- ii) Se solicitou que o Contrato Programa do Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE fosse adequado à produção efetiva deste Centro Hospitalar (e à LEC e LIC existentes) mas, também, que o financiamento do Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE fosse equiparado ao dos Hospitais e Centros Hospitalares de características similares.”»*

II.3 Apreciação das questões jurídicas suscitadas no recurso

II.3.1 Questões jurídicas relevantes

8 Tendo presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações da recorrente (cf. *supra* §§ 1, 2 e 5) e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, o recurso reporta-se ao problema das estatuições e força imperativa da norma do artigo 5.º da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (LCPA) aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21-2³, em articulação com os fundamentos para recusa de visto previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC, sendo os temas essenciais objeto do recurso dois:

8.1 Estando assente a ausência de fundos disponíveis positivos no momento do registo do compromisso relativo ao contrato *sub judice* questiona-se se a nulidade identificada no acórdão recorrido deve ser, ao abrigo do disposto no artigo 5.º n.º 4 da LCPA, «sanada por decisão judicial» pela circunstância de «ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato» se revelar «desproporcionada e contrária à boa-fé»;

³ Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14-5, 64/2012, de 20-12, 66-B/2012, de 31-12, e 22/2015, de 17-3.

- 8.2 Complementarmente, embora o recorrente não formule de forma expressa uma segunda questão, ainda que se concluísse pela sanabilidade da nulidade o tribunal teria sempre de apreciar se a decisão de recusa de visto deve ser revogada e, conseqüentemente, concedida procedência ao recurso visando-se o contrato objeto de fiscalização prévia, nomeadamente, por via da ausência de outro fundamento imperativo de recusa de visto.
- 9 A apreciação dos dois temas exige o prévio enquadramento dos vícios suscetíveis de determinar a recusa de visto no caso concreto.

II.3.2 Regime legal aplicável sobre fundos disponíveis e assunção de compromissos

- 10 A interpretação das regras financeiras centrais no enquadramento jurídico do presente caso é conformada por duas categorias conceptuais com direta regulação legal:
- 10.1 *Compromissos* para efeitos da LCPA que são as «obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições» (artigo 3.º, alínea *a*), da LCPA).
- 10.2 *Fundos disponíveis* para efeitos da LCPA constituídos «pelas verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos: *a*) a dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes; *b*) as transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes; *c*) a receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento; *d*) a previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes; *e*) o produto de empréstimos contraídos nos termos da lei; *f*) As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) e de outros programas estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas; *g*) outros montantes autorizados nos termos do artigo 4.º da LCPA» — artigos 3.º, alínea *f*), da LCPA e 5.º, n.º 1, do Regulamento da LCPA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21-6⁴.
- 11 Quanto à articulação entre assunção de compromissos e fundos disponíveis, o artigo 5.º, n.º 1, da LCPA é taxativo ao determinar que «os titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e

⁴ Alterada pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20-12, e 66-B/2012, de 31-12, e pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 2-6.

responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis» e o n.º 3 desse mesmo artigo prescreve que «os sistemas de contabilidade de suporte à execução do orçamento emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos».

- 12 Por outro lado, em matéria de assunção de compromissos encontra-se estabelecido que:
- 12.1 Sob pena da respetiva nulidade, «nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: *a)* verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; *b)* registado no sistema informático de apoio à execução orçamental; *c)* emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento da LCPA).
- 12.2 No âmbito dos contratos com duração limitada ao ano civil, a assunção deve ser «efetuada pelo seu valor integral aquando da outorga do respetivo contrato, emissão da ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento da LCPA).
- 13 As normas analisadas sobre assunção de compromissos e fundos disponíveis decorrem de um programa legislativo sobre controlo da despesa pública e transparência orçamental determinado historicamente pela solicitação, pelo XVIII Governo Constitucional, ainda no quadro da XI Legislatura, da 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 maio de 2011, entre a República Portuguesa e três instituições internacionais (Banco Central Europeu, União Europeia e Fundo Monetário Internacional), o qual, embora estabelecido durante a XI Legislatura, veio a ser sobretudo executado no âmbito da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, tendo sido concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.
- 14 Como se destacou no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 40/XII que esteve na base da LCPA este diploma compreende um regime dirigido à eficácia do controlo da despesa o qual obriga a que o mesmo fosse «antecipado para o momento da assunção do compromisso, momento a partir do qual a despesa é incorrida, não havendo alternativa que não seja o pagamento», pretendendo-se obstar «à acumulação de pagamentos em atraso» através de «um novo modelo legislativo

que permita inverter a tendência de acumulação de dívida» de acordo com o «princípio fundamental» «de que a execução orçamental não pode conduzir à acumulação de pagamentos em atraso».

- 15 Os termos em que as informações relativas à cobertura orçamental da despesa devem ser prestadas pelas entidades fiscalizadas constam do artigo 9.º da Resolução n.º 14/2011 do TdC.
- 16 Em face da matéria de facto provada, concluiu-se que a despesa gerada pelo contrato no momento em que foi inscrito o compromisso não podia ser assegurada por fundos disponíveis positivos.
- 17 Desta forma, constata-se a violação de dois complexos normativos de natureza financeira constituídos pelas disposições conjugadas:
- 17.1 Dos artigos 5.º, n.º 1, da LCPA e 7.º, n.º 2, do Regulamento da LCPA que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis;
- 17.2 Do artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Regulamento da LCPA sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento: a nulidade do contrato.

II.3.3 Problema da declaração formal de nulidade e respetiva sanção judicial pelo Tribunal de Contas em processo de fiscalização prévia

- 18 Impõe-se analisar, de seguida, a suscetibilidade de derrogação da imperatividade do regime referido tendo presente o disposto no n.º 4 do artigo 5.º da LCPA que dispõe: «a nulidade prevista no número anterior pode ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé».
- 19 A questão da aplicação do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA no âmbito da fiscalização prévia foi apreciada no acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL em termos que carecem de contextualização em face do respetivo caso concreto: recurso interposto por uma câmara municipal contra acórdão do TdC de recusa de visto a deliberação do executivo municipal que procedeu à renovação, para o ano letivo de 2013/2014, de um contrato de prestação serviços para o fornecimento de refeições nas escolas do 1.º Ciclo do Ensino Básico e Componente de Apoio à Família, tendo-se entendido, nomeadamente, no acórdão recorrido que a deliberação compreendia a assunção de

compromisso «sem fundos disponíveis para tal» o que «configura violação direta de normas financeiras, constituindo, por isso, fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea *b*) da LOPTC».

20 No acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL o núcleo da fundamentação é o seguinte:

«31. A respeito das referidas alegações [invocando estado de necessidade], considera-se que o regime introduzido pela LCPA, e pela correspondente regulamentação, não pode ser desaplicado com o argumento de que as entidades se encontram vinculadas a realizar as suas atribuições, legais e/ou contratuais. Nessa linha de pensamento, e considerando que a Administração Pública não pode realizar quaisquer atos que não se reconduzam à satisfação do interesse público, a realização das despesas a elas associadas, ainda que sem fundos disponíveis, estaria sempre legitimada pela alegada vinculação. Que sentido teria, então, a legislação financeira que impõe requisitos à realização das despesas e que sanciona com nulidade a sua inobservância? Não se esqueça, aliás, que o conjunto de medidas financeiras restritivas em que se insere a LCPA foi determinado, ele próprio, por um estado de necessidade financeiro, como assinalou o acórdão recorrido. Ao invés, e como resulta de toda a legislação aplicável, é a prossecução das obrigações legais das entidades públicas que deve considerar-se limitada pelos requisitos financeiros para a assunção das correspondentes despesas. [...]

«54. Deste regime [LCPA e Regulamento da LCPA] claramente decorre que o registo dos fundos disponíveis correspondentes a receitas consignadas e dos compromissos de despesa a elas referentes deve ser independente do registo dos fundos disponíveis comuns. Só a existência de registos separados e não comunicáveis assegura o controlo dos requisitos acima referidos. Parece-nos que decorre também que para o registo e controlo dos fundos disponíveis e compromissos relativos a receitas consignadas é indiferente qual seja o saldo dos fundos disponíveis comuns. O que interessa é que aquele encargo esteja coberto por fundos oriundos das receitas que a ele se destinam.

«55. No caso, e dada essa incomunicabilidade, apesar de os fundos disponíveis comuns do Município de Aveiro serem largamente negativos, a existência de receitas consignadas para as despesas de alimentação escolar e prolongamento do horário, maioritariamente provenientes do Estado, permitia que essas receitas fossem consideradas como fundos disponíveis positivos e que, por conta delas, fossem assumidos compromissos com esse destino, até ao limite das mesmas.

«56. Assim, o que está em causa não é o afastamento da regra contida nos artigos 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, como pretende o recorrente, mas antes o seu cumprimento com especificidades. [...]

«58. Considera-se [...] que a informação prestada no ofício n.º 2787, de 18 de fevereiro de 2014, transcrita no § 35 deste acórdão, dados os termos desse ofício e a circunstância de ser subscrita pelo Presidente da Câmara, se refere exclusivamente ao financiamento do contrato em apreço e comprova oficialmente e de forma credível que existiam fundos disponíveis consignados suficientes para lhe fazer face. Termos em que se deve concluir que, ainda em 1.ª instância, substancialmente se comprovou a existência dos fundos disponíveis necessários, assim se divergindo da decisão recorrida.

«59. Mas deve reconhecer-se que não foram cumpridas as formalidades impostas por lei nesta matéria. Não foram efetuados os registos, não foram apresentadas as declarações nem foram emitidos os números sequenciais exigidos pelos artigos 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012. Estas ilegalidades são geradoras de nulidade do compromisso, do contrato ou da obrigação subjacente e são ainda cominadas com as consequências previstas no n.º 6 do referido artigo 7.º (comunicação aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da administração local e ainda à DGO).

«60. O n.º 4 do artigo 5.º da LCPA, na redação dada pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, prevê que a nulidade em causa possa ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.

«61. Considerando a natureza do interesse público envolvido, considerando as dúvidas sobre a necessidade de fiscalização prévia, considerando que se evidenciou existirem fundos disponíveis consignados suficientes para a despesa, considerando que as irregularidades formais poderiam ter sido sanadas por oportunas diligências instrutórias, considerando ainda que o contrato foi entretanto integralmente executado, não tendo até agora o contraente privado recebido os correspondentes pagamentos, considera-se, por razões de proporcionalidade, ser de sanar a nulidade apontada.

«62. Por outro lado, o n.º 6 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 prevê que se tenha em conta a gravidade ou materialidade da situação. Tendo em atenção os esforços evidenciados pelo município, considera-se suficiente a emissão de recomendação por parte deste Tribunal.»

- 27 Os trechos transcritos revelam alguns aspetos nucleares do trilha argumentativo do acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL:
- 27.1 Defendeu-se a imperatividade do regime sobre a exigência de fundos disponíveis para a assunção de compromissos, preconizando que «não pode ser desaplicado com o argumento de que as entidades se encontram vinculadas a realizar as suas atribuições, legais e/ou contratuais».
- 27.2 Entendeu-se que no caso concreto «se comprovou a existência dos fundos disponíveis necessários, assim se divergindo da decisão recorrida».
- 27.3 Considerou-se que apenas tinham sido violadas regras de carácter formal («não foram apresentadas as declarações nem foram emitidos os números sequenciais exigidos»).
- 27.4 Foi entendido que a referida violação de regras formais estabelecidas na LCPA podia ser sanada pelo TdC ao abrigo do disposto no artigo 5.º, n.º 4, da LCPA.
- 27.5 Nada foi dito no aresto sobre a eventual violação direta de norma financeira prevista no artigo 44.º, n.º 3, alínea *b)*, da LOPTC.
- 22 Desta forma, a questão jurídica apreciada no acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL apresenta contornos substancialmente distintos da suscitada pelo caso *sub judice* na medida em que naquele o tribunal concluiu que existiam fundos disponíveis positivos para assunção do compromisso e no presente já se respondeu negativamente a esse problema prévio e, implicitamente, naquele acórdão terá sido considerado que a comprovação de fundos disponíveis determinaria a não violação direta de norma financeira, ao invés do que tinha concluído a decisão recorrida que se tinha baseado no pressuposto distinto da inexistência de fundos disponíveis para o concreto compromisso e consequente violação direta de norma financeira.
- 23 Sem embargo da diferença, no plano fenomenológico-jurídico, entre os casos objeto dos presentes autos e do julgado no acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL, em termos metodológicos impõe-se apreciar a componente atomizada da tese defendida pelo recorrente nos presentes autos que tinha sido acolhida pelo acórdão n.º 3/2015-27.JAN-1.S/PL sobre a suscetibilidade de no processo de fiscalização prévia o TdC poder sanar nulidades ao abrigo do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA.

- 24 A questão suscitada sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA tem de ser enquadrada no complexo funcional próprio do processo de fiscalização prévia da competência jurisdicional do TdC 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 e que, como destacou o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 336/2002, «tem por finalidade a fiscalização das despesas públicas pela instância constitucionalmente competente, ou seja, pelo Tribunal de Contas (cf. artigo 216º da Constituição)», reportando-se ao «controlo da legalidade e do cabimento orçamental das despesas inerentes à atuação das entidades públicas, necessário por força de princípios de transparência, adequação e racionalização aplicáveis na gestão das finanças públicas».
- 25 Continuando a acompanhar o aludido acórdão n.º 336/2002: «A sujeição legal à fiscalização do Tribunal de Contas de determinados contratos celebrados pelo Estado consubstancia uma condição de admissibilidade desses atos jurídicos que decorre do regime geral do relacionamento negocial entre particulares e entidades públicas. Essa fiscalização é, nessa perspetiva, um requisito necessário à própria negociação e o seu preenchimento o afastamento de um obstáculo ou restrição à negociação com o Estado. É, assim, também um fator que o particular tem de ponderar na decisão de celebrar o negócio com a entidade pública, não estando, aliás, obrigado a celebrar tais contratos.»
- 26 O âmbito da fiscalização prévia encontra-se regulado no artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC com as delimitações estabelecidas nos artigos 47.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da LOPTC e a recusa de visto pode, ou não, ser repercutida reflexamente na relação entre a entidade fiscalizada e a respetiva contraparte, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 45.º da LOPTC que estabelece um regime especial sobre ineficácia de atos e contratos.
- 27 Apreciando-se o problema da competência para uma declaração formal de nulidade importa, ainda, atender à sua localização ao nível do sistema constitucional de separação de poderes em face da especificidade das decisões do TdC no âmbito da concessão ou recusa de visto em sede de fiscalização prévia, que este tribunal tem consistentemente considerado não poderem ser enquadradas como atuações materialmente administrativas mas de natureza jurisdicional, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional (*v.g.* acórdãos números 214/1990, 251/1990, 76/1995).

- 28 Natureza jurisdicional do julgamento do TdC em sede de visto prévio que o Tribunal de Justiça (TJ) da União Europeia também teve oportunidade de destacar para efeitos do direito da União Europeia, sublinhando a dimensão jurisdicional das funções de controlo prévio da legalidade de atos e contratos — cf. § 10 do acórdão (Grande Secção), de 27 de fevereiro de 2018, no processo C-64/16 (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*) —, por confronto com a natureza materialmente administrativa da competência do TdC de verificação de contas e controlo *a posteriori* da atividade administrativa — cf. §§ 18 a 24 do Despacho do TJ, de 26 de novembro 1999, no processo C-192/98 (caso *ANAS*) —, tendo por referência a jurisprudência do TJ sobre o conceito de órgão jurisdicional nesse quadro jurídico — cf. § 23 do acórdão do TJ, de 17 de setembro de 1997, no processo C-54/96 (*Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*) e § 17 do acórdão do TJ, de 2 de março de 1999, no processo C-416/96 (*Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for the Home Department*).
- 29 A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do TdC que enquanto «órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas», nos termos do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares.
- 30 Os universos de contratos abrangidos pelas regras sobre compromissos da LCPA e do âmbito objetivo da fiscalização prévia da LOPTC são autónomos, existindo, apenas sobreposições parciais, pelo que há contratos sujeitos às regras sobre compromissos estabelecidas na LCPA que não integram o âmbito da fiscalização prévia e vice-versa.
- 31 Por outro lado, o regime sobre assunção de compromissos pode compreender potenciais efeitos no âmbito da relação contratual da entidade pública com o respetivo cocontratante relativamente a contratos que não são sujeitos a fiscalização prévia.
- 32 A apreciação judicial da recusa de visto integra, assim, a jurisdição própria do TdC que é independente e inconfundível com a jurisdição administrativa que tem como objeto litígios, designadamente, os previstos no artigo 37.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) — conflitos entre particulares e entidades públicas sobre responsabilidade pré-contratual, vícios de contratos públicos e/ou respetivo cumprimento integram a reserva jurisdicional, atentos, nomeadamente os n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º da Constituição os quais são, em regra, dirimidos nos tribunais administrativos.

- 33 Integra a jurisdição administrativa a declaração judicial de nulidades que afetam contratos administrativos atento, nomeadamente, o disposto no artigo 20.º da Constituição, e nos artigos 4.º, n.º 2, al. *d*), 37.º, n.º 1, al. *l*), 77.º-A, n.º 1, al. *d*) e 104.º, n.º 2, do CPTA, sem olvidar o disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos (CCP) — em que a nulidade derivada do contrato administrativo se relaciona com a circunstância de a nulidade do ato procedimental em que assentou a sua celebração ter «sido judicialmente declarada» ou poder «ainda sê-lo».
- 34 A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da LOPTC integra o campo da reserva jurisdicional do TdC que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição, por exemplo quanto aos eventuais danos negativos do cocontratante gerados por eventual *culpa in contrahendo* da entidade pública de contrato ineficaz por força da recusa de visto decidida pelo TdC — cf. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 18-6-2003 (proc. n.º 041969), de 23-9-2003 (proc. n.º 01527/02), de 17-3-2004 (proc. n.º 0962/03), de 31-10-2006 (proc. n.º 0875/05) de 12-2-2009 (proc. n.º 01068/08), e de 18-10-2011 (processo n.º 0322/11)⁵.
- 35 A recusa de visto constitui uma decisão judicial que integra a previsão de preceitos legais (*v.g.* n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 45.º da LOPTC), com repercussões jurídicas suscetíveis de preencher categorias designadas na teoria do processo como *efeito normativo*, *pressuposto factual*, *efeito lateral de direito material* ou *eficácia jurídico-material indireta ou reflexa* de decisões judiciais.
- 36 A jurisdição do TdC também é delimitada pela dos tribunais administrativos e a primeira questão que se deve suscitar na economia do presente acórdão é a de saber se o TdC tem competência para declarar nulidades no âmbito jurisdicional da fiscalização prévia, a qual constitui *conditio sine qua non* do eventual poder de sanção judicial da nulidade declarada — isto é, apenas quem pode declarar a nulidade pode decidir, através de uma concreta ponderação axiológica, a sanção da nulidade declarada.
- 37 A LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC), tal como o pode fazer no caso de uma ilegalidade sancionável

⁵ Publicados em <http://www.dgsi.pt>.

com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro (artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC).

- 38 Recusa de visto que compreende um regime específico sobre a consequente ineficácia do ato ou contrato objeto da respetiva decisão jurisdicional, com um conjunto diversificado de previsões e estatuições no artigo 45.º da LOPTC, não se podendo ainda olvidar o efeito suspensivo do recurso da decisão até ao trânsito em julgado do acórdão final (cf. artigo 97.º, n.º 4, da LOPTC).
- 39 Isto é, o poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto.
- 40 Plano em que o TdC se deve conformar com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 41 A decomposição analítica entre conhecimento e declaração de nulidade não se apresenta apenas de natureza doutrinária e jurisprudencial encontrando hoje direto suporte na lei, repercutido ao nível da competência jurisdicional, no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Procedimento Administrativo de 2015 (CPA): «a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação».
- 42 Regime normativo que enquadra a suscetibilidade de sanção prevista no artigo 5.º, n.º 4, da LCPA (*supra* § 18) em linha com o estabelecido no n.º 3 do artigo 162.º do CPA que admite «a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo».
- 43 O poder jurisdicional de atribuir efeitos ao ato nulo com base numa concreta concordância prática de valores é indissociável da reserva jurisdicional dos tribunais administrativos relativa ao poder de declaração judicial da nulidade de atos e contratos administrativos.
- 44 Solução normativa (do artigo 162.º, n.º 2, do CPA sobre a reserva do poder de declaração judicial de nulidade) congruente com o sistema de repartição funcional entre as jurisdições dos tribunais

administrativos e do TdC e com o próprio sentido teleológico de ato jurisdicional declarativo da nulidade que não é condição de ineficácia do ato nulo (ineficaz desde o início), mas visa um elemento de segurança e de tutela dos particulares interessados em tornar claro perante a administração e eventuais terceiros a inadmissibilidade de efeitos jurídicos do ato declarado nulo.

- 45 Em síntese, as decisões do TdC de recusa de visto podem ter efeitos reflexos na esfera contratual, nomeadamente, quando (independentemente de qualquer nulidade) obstam à eficácia do contrato por força do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, mas no processo de fiscalização prévia o TdC não pode declarar judicialmente a nulidade do contrato embora deva conhecer nulidades relevantes para a decisão sobre a concessão ou recusa de visto — a qual se repercute na ineficácia parcial ou total do contrato, não se justificando na economia do presente aresto, nomeadamente, aprofundar a questão do enquadramento das variantes previstas na lei sobre (in)eficácia, nomeadamente, no n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC.
- 46 Falecendo ao TdC competência para, em sede de fiscalização prévia, declarar a nulidade derivada ou própria de um contrato também não pode proceder à respetiva sanção judicial, nomeadamente ao abrigo do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA — questão diferente da sanção por via de uma operação de concordância prática judicial é o estrito conhecimento da operatividade de uma pretérita sanção *ope legis*, *v.g.* artigo 43.º, n.º 10, do CCP.
- 47 Quadro compreensivo sobre os limites constitucionais e legislativos do poder jurisdicional do TdC em sede de fiscalização prévia que deriva também de imperativos decorrentes de uma dimensão lógica-axiomática da metodologia jurídica.
- 48 Existe neste domínio um claro programa legal que restringe o espaço para operações de concordância prática a empreender pelo TdC perante a alternativa dicotómica entre a concessão e recusa de visto, um juízo de legalidade que apenas compreende uma ponderação conformada pelos princípios da adequação e proporcionalidade — atenta, nomeadamente, à lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade, aptidão em termos de impacto financeiro e anteriores processos de fiscalização prévia — quando a ilegalidade se enquadre na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 49 Solução legal que, por outro lado, não implica fatalmente que em todos os casos onde se identifica uma nulidade não sanada por entidade competente a entidade pública fique vinculada

à eliminação de toda a atividade procedimental subsequente, sem qualquer possibilidade de aproveitamento e tornando o eventual contrato insuscetível de celebração.

- 50 O enquadramento institucional e funcional do TdC, por outro lado, não permite a este órgão que em sede de fiscalização prévia se substitua à administração no suprimento de ilegalidades, a independência jurisdicional articula-se com a autonomia da administração para adotar, ou não, mecanismos legais que permitem assegurar a legalidade necessária à concessão de visto — por exemplo os poderes administrativos para aumento temporário de fundos disponíveis ao abrigo do disposto no artigo 4.º da LCPA.
- 51 Se as ilegalidades geradoras de nulidade determinante da recusa de visto forem supríveis (nomeadamente por apresentarem natureza meramente formal), a entidade adjudicante deve promover o respetivo suprimento na pendência do processo (ao ser confrontada com esse problema processual) ou, mesmo depois da recusa de visto, expurgando os vícios por via da anulação, reforma ou conversão administrativa (cf. artigos 162.º, n.º 2, e 164.º, n.º 2, do CPA e 43.º, n.º 9, do CCP) e eventual reinstrução procedimental na medida em que se afigure necessária tendo por referência o valor e limites do caso julgado do acórdão de recusa de visto.

II.3.4 Fundamentos de recusa do visto ao contrato em face da assunção de compromisso sem fundos disponíveis

- 52 Importa, por fim, retomar a apreciação da questão jurídica de fundo objeto de recurso conformada pela natureza teleologicamente vinculada do processo de fiscalização prévia sobre o efeito da violação das normas com força imperativa relativas a fundos disponíveis constantes do artigo 5.º da LCPA em articulação com os fundamentos para recusa de visto previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.
- 53 O TdC tem vasta e constante jurisprudência sobre as implicações da violação das regras em matéria de compromissos na recusa de visto prévio, podendo referir-se, nomeadamente, os recentes acórdãos n.º 8/2017-11.JUL-1.S/SS, n.º 10/2017- 17.JUL-1.S/SS, n.º 11/2017- 17.JUL-1.S/SS, n.º 17/2017-30.NOV-1.S/SS, n.º 10/2017 – 17.OUT-1.S/SS, n.º 11/2017 – 17.OUT-1. S/SS, n.º 18/2017-30.NOV-1.S/SS, n.º 3/2018-16.JAN-1.S/SS, n.º 6/2018-17.ABR-1.S/PL, n.º 10/2018-29.MAI-1.S/PL, n.º 14/2018-20.MAR-1.S/SS, 3/2018-20.MAR-1.S/PL, n.º 6/2018-17.ABR-1.S/PL, n.º 10/2018-29.MAI-1.S/PL, 14/2018-10.JUL-1.S/PL e 17/2018-4.SET-1.S/PL.

54 A apreciação em sede de fiscalização prévia de um contrato que implica despesa e compreende a assunção de um compromisso sem que existam fundos disponíveis para o efeito é conformada por duas pautas centrais:

54.1 As normas dos artigos 3.º, 5.º e 11.º da LCPA têm, nos termos do artigo 13.º do mesmo diploma, «natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais que disponham em sentido contrário».

54.2 A nulidade do contrato e a violação direta de normas financeiras são fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão (ainda que acompanhada de eventuais recomendações) — cf. artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.

55 Concluindo: foram violadas as normas previstas nas disposições conjugadas dos números 1 e 3 do artigo 5.º da LCPA e nos artigos 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1, do Regulamento da LCPA, as quais têm natureza financeira, gerando o seu desrespeito nulidade do contrato, o que implica a recusa do visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.

II.4 Improcedência do recurso

56 Como se destacou acima, o processo de fiscalização prévia é teleologicamente vinculado à prolação de uma decisão jurisdicional sobre a alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto.

57 O interesse em agir e a legitimidade para interpor recurso são conformados pelas dimensões decisórias referidas no § anterior, pelo que, no presente caso em que se impugnou uma decisão de recusa de visto e o tribunal de recurso manteve essa recusa, o recurso deve ser julgado improcedente.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

a) Recusar o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia;

b) Julgar improcedente o recurso.

Emolumentos pela entidade recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio⁶.

Registe e notifique.

Lisboa, 30 de outubro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Ernesto Cunha)

(José Manuel Santos Quelhas)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

⁶ Alterado pelas Leis n.º 139/99, de 28-8, e n.º 3-B/2000, de 4-4.