



Secção – 1.ªS/PL
Data: 12/11/2019
Recurso Ordinário: 8/2019
Processo: 949/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Sumário

I. Direito ordinário aplicável

- 1 A assunção por entidade prestadora do SNS na aquisição de bens ou serviços de *compromisso* sem *fundos disponíveis* para o efeito compreende a violação de dois complexos normativos de natureza financeira constituídos pelas disposições conjugadas:
 - 1.1 Dos artigos 5.º, n.º 1, da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (LCPA) e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis;
 - 1.2 Do artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento: a nulidade do contrato.

II. Questão suscitada sobre eventual inconstitucionalidade material de normas da LCPA e do Decreto-Lei n.º 127/2012

- 2 O Serviço Nacional de Saúde (SNS) foi instituído como «um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde» de âmbito nacional, ao qual cabe a responsabilidade da «efetivação, por parte do Estado, da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva», de carácter *universal*, porque dele pode beneficiar toda a população residente no território nacional, e *geral*, na medida em que abrange todos os serviços públicos de saúde e presta integralmente todos os cuidados de saúde (primários e diferenciados) ou garante a sua prestação, estendendo-se, por isso, a todos os domínios da proteção da saúde dando, assim, satisfação ao preceituado no artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, da Constituição.

- 3 A universalidade do SNS constitui um valor constitucional no sentido de que o acesso ao SNS é garantido a todos os cidadãos portugueses independentemente da sua condição económica e social sendo os respetivos direitos enquanto beneficiários do SNS a base da respetiva relação jurídico-administrativa com entidades prestadoras do SNS.
- 4 A questão de constitucionalidade dos artigos 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA suscitada pelo recorrente com relevo para o julgamento do presente caso é apenas a de saber se viola o artigo 64.º, n.º 2, alínea *a)*, e n.º 3, da Constituição o regime estabelecido naqueles preceitos, pelo que, não se reporta à relação jurídico-administrativa do cidadão com o SNS mas à repartição de competências administrativas e financeiras que têm de ser respeitadas por entidades do SNS e aos procedimentos administrativos e contabilísticos estabelecidos na LCPA, num quadro em que a execução do orçamento de Estado envolve poderes e responsabilidades constitucionais próprios do Governo, órgão constitucional ao qual compete, nomeadamente, no exercício de funções administrativas dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma, nos termos do artigo 199.º, alínea *d)*, da CRP.
- 5 No âmbito de recurso ordinário relativo a acórdão do Tribunal de Contas (TdC) de recusa de visto a contrato, a fiscalização concreta de alegada inconstitucionalidade normativa dos artigos 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA constitui uma operação hermenêutica inconfundível com a valoração casuística da atividade administrativa e financeira na prossecução ativa dos valores constitucionais, já que a fiscalização prévia da legalidade de atos e contratos não é a sede para sindicar o desempenho da missão constitucional das entidades com o poder jurídico de afetação e cativação de meios financeiros com origem no orçamento de Estado.
- 6 O julgamento no âmbito da fiscalização prévia desenvolvida pelo TdC não envolve escrutínio global sobre omissões e ações de entidades com obrigação de providenciar meios financeiros adequados e necessários para a prossecução das finalidades do SNS, plano em que a LCPA reconhece a membros do Governo poderes próprios para suprir problemas de *fundos disponíveis* de entidades integrantes do SNS.
- 7 As normas sobre os *procedimentos administrativos e contabilísticos* relativos a *fundos disponíveis* não implicam, por si só, violação de deveres do Estado no domínio do SNS, a qual a ocorrer constituirá o resultado de concretas opções dos órgãos administrativos competentes na afetação de recursos, nomeadamente, concretizados em atos e omissões relativos à

(in)disponibilização de *fundos disponíveis* necessários para finalidades que devem ser prosseguidas no âmbito do SNS.

- 8 Como se refere no Acórdão n.º 3/2018-20.MAR-1.ªS/PL, «não se pode imputar diretamente à LCPA qualquer efeito negativo em matéria de saúde dos cidadãos» e o julgamento da atuação administrativo-financeira dos órgãos competentes em matéria de afetação de recursos do orçamento de Estado a entidades do SNS não integra o objeto do presente julgamento.
- 9 O complexo normativo constituído pelas disposições conjugadas do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 e dos artigos 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA não padece de inconstitucionalidade material por violação do artigo 64.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Constituição.

III. Questão suscitada sobre alegada falta de lei habilitante para a norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012

- 10 O Ministério Público alega que o reconhecimento de carácter inovador ao artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 colide com «restrições constitucionais e do direito administrativo à capacidade de inovação dos regulamentos de execução», defendendo que o eventual carácter inovador «da norma regulamentar em causa, parece contender com as restrições constitucionais e do direito administrativo à capacidade de inovação dos regulamentos de execução», depois de se sublinhar não existir «norma habilitante para que o Decreto-Lei regulamentar atribuísse, às mesmas exatas violações [dos n.ºs 1 a 3 e 5 do art. 5.º da LCPA], consequências diversas» e de se invocar «os limites substantivos dos regulamentos de execução».
- 11 O desenvolvimento normativo operado pelo Decreto-Lei n.º 127/2012 constitui resultado do exercício de funções legislativas integradas na competência própria Governo que, nos termos do artigo 198.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, compreende o poder de «fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República», diplomas com valor igual ao das leis com origem no Parlamento, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos (atento o disposto no artigo 112.º, n.º 2, da Constituição).
- 12 O Acórdão reconhece que a norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 tem carácter deontológico não sendo meramente informativa, mas apresenta-se conforme a Constituição pois está integrada em ato legislativo do Governo e o seu conteúdo inovatório relativamente à LCPA não incide sobre matéria da competência reservada da Assembleia da República (atentos, nomeadamente, os artigos 112.º, n.ºs 1 e 2, 198.º, n.º 1, alínea *a*), 164.º e 165.º da Constituição).

IV. Questão suscitada sobre sanção pelo Tribunal *ad quem* da nulidade do contrato

- 13 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.
- 14 A declaração judicial de nulidades que afetam contratos administrativos integra a jurisdição administrativa 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).
- 15 O âmbito da fiscalização prévia encontra-se regulado no artigo 46.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (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 — matéria que integra o campo da reserva jurisdicional do TdC independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos sendo suscetível de gerar factos materiais com reflexos na jurisdição administrativa.
- 16 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 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.
- 17 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 LCPA em linha com o estabelecido no n.º 3 do artigo 162.º do CPA.

- 18 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.
- 19 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, 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 — ou seja a recusa de visto repercute-se na ineficácia parcial ou total do contrato, atentas as variantes sobre (in)eficácia previstas nos n.ºs 3 a 5 do artigo 45.º da LOPTC (normas referentes a um regime próprio sobre eventuais efeitos putativos de contrato a que se recusou o visto).

V. Questão suscitada sobre possibilidade de concessão de visto a contrato afetado por nulidade e que compreende violação direta de norma financeira

- 20 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 quando a ilegalidade se enquadre na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC — atenta, nomeadamente, a lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade, aptidão em termos de impacto financeiro e anteriores processos de fiscalização prévia.
- 21 O enquadramento institucional e funcional do TdC não permite a este órgão em sede de fiscalização prévia substituir-se 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.
- 22 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:
- 22.1 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 excecionais que disponham em sentido contrário».
- 22.2 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.

- 23 Sendo uma *violação direta de norma financeira* isoladamente considerada insuscetível de suprimimento pelo TdC em sede de fiscalização prévia, considerar que já o seria quando essa mácula se cumulasse com um outro vício relativo ao sancionamento como nulidade afigura-se, ainda, incongruente nos planos lógico e funcional (ainda que se aceitasse a tese, já rejeitada, de que a nulidade poderia ser sanada).
- 24 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 Decreto-Lei n.º 127/2012, 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: 12/11/2019

Recurso Ordinário: 8/2019

Processo: 949/2019

Não transitado em julgado

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

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

I. Relatório

- 1 O Hospital da Senhora da Oliveira – Guimarães EPE (HSOG) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 17/2019-18.JUN-1.ªS/SS¹ que *recusou o visto* a contrato celebrado, em 18-3-2019, entre o recorrente e PFIZER Biofarmacêutica, Sociedade Unipessoal, Ld.ª intitulado «Aquisição de Medicamento E451- ETANERCEPT (50 MG/1ML; SOL.INJ;CANETA), E473-ETANERCEPT (50MG/1 ML; SOL. INJ; SERINGA) E E471 ETANERCEPT (25 MG/0.5 ML; SOL.INJ;SERINGA), doentes em tratamento para as instituições do SNS», pelo valor de 1.193.410,81 € (acrescido de IVA), para vigorar até 31-12-2019.
- 2 O recorrente formulou alegações que culminam nas seguintes conclusões:
 - «1. O Tribunal de Contas deverá atender aos seguintes factos:
 - a) O objeto contratual da prestação de serviços é a aquisição de medicamento.
 - b) A aquisição de medicamentos permitem o tratamento de doentes.
 - c) Sem essa aquisição de medicamentos, o hospital tem que encerrar, pois não é possível prestar serviços de saúde sem os serviços em causa.
 2. A Lei 8/2012 LCPA, e o diploma que a desenvolve (Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho), contêm normas que, no caso concreto, a serem aplicadas, acarretam restrição ao direito á saúde dos cidadãos, garantida pela Constituição e a prossecução da atividade de prestação de cuidados de saúde pelo Recorrente ás populações e do direito á saúde dos cidadãos.
 3. Neste contexto, a interpretação que o Acórdão recorrido faz das normas do artº 7.º nº 3 al. a), b) e c) do DL n.º, 127/2012, de 21 de junho, e dos artigos 3º, 5º nº 1, 9º, 11º e 13º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, ao fazer aplicar essas normas ao ajuizado contrato, viola o artº 64º nº 2 e 3 da Constituição.

¹ O qual pode ser localizado e consultado a partir do sítio eletrónico <https://www.tcontas.pt/pt-pt/Pages/homepage.aspx>, tal como os outros acórdãos e decisões do TdC citados no texto.

4. Uma vez que constitui uma imposição desproporcional ao impedir que o Recorrente proceda a contratação de tratamento e lavagem de roupa hospitalar, por inexistência de fundos disponíveis à data do contrato, impedindo, desse modo, e durante o ano de 2019, de prestação de cuidados de saúde aos doentes.

5. Subsidiariamente, e sem embargo de tudo quanto vem alegado, a verdade é que o Tribunal poderá e deverá conceder o visto com recomendações que entender pertinentes.»

3 Na fase processual de recurso:

3.1 O Ministério Público (MP) teve oportunidade de responder ao recurso, ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, tendo, além de uma alegação, invocado e remetido para parecer anterior emitido pelo mesmo órgão do Estado (que juntou aos autos na fase de recurso como anexo à resposta) e, louvando-se da análise desenvolvida nesse texto, concluiu nos seguintes termos:

«A “sanação” da nulidade, prevista no n.º 4 do artigo 5.º da LCPA tem de ser interpretada à luz do regime de nulidades do CPA, nomeadamente do n.º 3 do seu art. 162.º, como um aproveitamento de atos nulos; “a nulidade do ato administrativo pode ser reconhecida, a todo o tempo, em qualquer procedimento administrativo ou processo jurisdicional (...) nos moldes e com os efeitos que sejam próprios da respetiva instância e meios procedimentais ou jurisdicionais usados”; O tribunal que reconhece a nulidade, extraindo consequências definitivas desse reconhecimento, pode considerar os efeitos putativos com impacto na realização do interesse público, colmatando “situações de injustiça derivadas da aplicação estrita do princípio da legalidade e da “absolutidade” da “nulidade”, ao abrigo do disposto no citado n.º 4 do artigo 5.º da LCPA.

O duto acórdão recorrido é omissivo quanto à aplicabilidade, “in casu” desta norma (“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.”).

Mas nele se reconhece que, no caso concreto, o “direito à proteção da saúde (...) colide com a obrigatoriedade de cumprir normas legais de natureza estritamente financeira” (ponto 18 do duto aresto).

Nesta conformidade, e com os fundamentos expressos no referido parecer do Ministério Público, é nosso entendimento ser legal e justificada a aplicação do citado preceito, não se impedindo a execução do contrato.»

3.2 O parecer mencionado no § 3.1 e junto aos autos com a resposta do MP culmina nas seguintes conclusões:

«Em suma, é nosso Parecer que:

1. Se verifica uma indissociabilidade entre os diversos elementos da decisão de contratar, relevantes no quadro da LCPA e Decreto-Lei n.º 127/2012, designadamente, os previstos no art. 5.º e 7.º, n.º 3, respetivamente;

2. Esta íntima conexão reflete-se na "extensão" da cominação de nulidade operada pela norma citada do Decreto regulamentar da LCPA;
3. Norma esta que, a não ser interpretativa (e dada a proximidade temporal entre os diplomas em relação) ultrapassa, numa juridicamente inaceitável criatividade, a norma habilitante;
4. A "sanação" da nulidade, prevista no n.º 4 do artigo 5.º da LCPA tem de ser interpretada à luz do regime de nulidades do CPA, nomeadamente do n.º 3 do seu art. 162.º, como um aproveitamento de efeitos de atos nulos;
5. "a nulidade do ato administrativo pode ser reconhecida, a todo o tempo, em qualquer procedimento administrativo ou processo jurisdicional nos moldes e com os efeitos que sejam próprios da respetiva instância e meios procedimentais ou jurisdicionais usados";
6. O Tribunal que reconhece a nulidade, extraindo consequências definitivas desse reconhecimento, pode considerar os efeitos putativos com impacto na realização do interesse público, colmatando "situações de injustiça derivadas da aplicação estrita do princípio da legalidade e da "absolutidade" da nulidade", ao abrigo do disposto no citado n.º 4 do artigo 5.º da LCPA.»

3.3 O recorrente foi notificado da resposta do MP.

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, atentas as disposições conjugadas do artigo 97.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e dos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, no contexto da regulação do recurso enquanto instrumento de impugnação de decisões jurisdicionais configurado como remédio jurídico que permite uma reapreciação delimitada de algumas das questões, selecionadas pelas partes, que integraram o julgamento realizado pela primeira instância.
- 6 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), devendo-se,

metodologicamente, começar por enunciar a factualidade julgada provada pela decisão recorrida com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação jurídica das questões suscitadas pelo recorrente.

II.2 Factos provados

7 É o seguinte o enunciado da matéria de facto que consta da decisão recorrida (cf. artigo 663.º, n.º 6, do CPC):

«a) O HSOG procedeu à celebração do contrato na sequência de ajuste direto (Ref.ª AD-2018-122), efetuado ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ou seja, por se tratar de medicamento abrangido por um direito exclusivo de comercialização;

b) O procedimento aquisitivo foi conduzido pela «SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E.», na sequência de contrato de mandato administrativo celebrado entre esta entidade e o HSOG, em 21.09.2018;

c) A adjudicação foi tomada por decisão de vogal do Conselho de Administração da SPMS, E.P.E., datada de 11.01.2019, posteriormente ratificada pelo órgão diretivo em 17.01.2019;

d) Relativamente a dados financeiros, a informação de controlo de fundos disponíveis, datada de 22.02.2019, referente ao compromisso n.º 94, efetuado na mesma data, evidencia que os fundos disponíveis apresentavam saldo negativo de (-) 44.265.730,92 €, antes do compromisso, passando a (-) 45.530.746,38 €, após o compromisso da despesa de 1.265.015,46 € (IVA incluído), conforme abaixo se reproduz:

Informação de controlo de fundos disponíveis
(Nos termos e para os efeitos do artigo 5.º da lei n.º 8/2012, de 21/02, e do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/06)

Designação da Entidade: HOSPITAL SENHORA OLIVEIRA GUIMARAES, EPE		Mês: (a) FEVEREIRO	
Orçamento para o ano de: 2019			
1	Fundos Disponíveis (b)	-	34.112.091,72€
2	Compromissos assumidos (c)	-	10.153.639,20€
3 = 1 - 2	Saldo de Fundos Disponíveis	-	44.265.730,92€
4	Compromisso n.º 94	relativa à despesa em análise (d)	1.265.015,46€
5 = 3 - 4	Saldo Residual	-	45.530.746,38€
Data do registo informático do compromisso referido em 4: 22-02-2019			

e) Solicitado a esclarecer como considera legalmente possível a assunção do compromisso prestado perante a existência de fundos negativos, o HSOG respondeu que:

“Relativamente ao ponto 4, o Hospital da Senhora da Oliveira de Guimarães, EPE, no exercício de 2019, primeiro exercício económico iniciado pelo atual Conselho de Administração, foi confrontado com a verificação de falta de fundos disponíveis, de modo a prosseguir a sua missão essencial, assegurar a prestação de cuidados de saúde à

população da sua área de influência. O hospital de Guimarães tem um serviço de urgência médico-cirúrgico, o qual funciona ininterruptamente 24 horas por dia, 365 dias por ano. O Contrato Programa, elaborado e proposto pela ARS-Norte, prevê uma remuneração pela produção contratada deste hospital que ascende a €93.555.682 para o corrente exercício de 2019. Deste modo, o adiantamento previsto para 2019, de acordo com o ofício 48268/2018/DFI/UOC/ACSS ascende a 7.157.277€. Este adiantamento permite comprometer as despesas integrantes do conceito de "despesa primária", no valor de 85.887.323€. Contudo, é insuficiente para comprometer a globalidade das despesas, a qual ascende a 10.062.723€, mensais.

Sucedem que, este adiantamento apesar de melhor se adequar à estrutura de despesa prevista, continua a ser deficitário, por causa da acumulação de EBITDA negativos sucessivos desde 2015.

Na verdade e porque o conceito de fundos disponíveis obedece a uma estrutura dinâmica de cálculo contínuo, e não a uma lógica orçamental, como seria coadunável com a realidade de, um hospital público, tal significa que a determinação dos fundos não se esgota no ano económico, mas são perspectivados para o ano seguinte. Porquanto, os fundos disponíveis respeitantes aos meses de janeiro e fevereiro de 2019 foram considerados no cálculo dos FD do ano de 2018. O que impossibilita a inclusão no exercício económico de 2019. Consequência direta desta lógica implica que os FD do mês de janeiro de 2019, em rigor, apenas estarão disponíveis para inclusão no cálculo respetivo ao mês de março. O que acarreta um importante condicionalismo, a impossibilidade de registar compromissos previsionais relativos aos meses seguintes ao mês em consideração.

Objetivamente, se apenas é considerado o valor de um mês de adiantamento, também, só é possível comprometer a despesa para um mês. O segundo condicionalismo consiste na insuficiência de fundos para registar a totalidade de despesa do mês. Respingando o supra identificado, o valor do adiantamento é inferior à despesa global mensal da Instituição, pelo que haverá e há períodos, como o presente, em que os FD são insuficientes para comprometer a despesa indispensável ao normal funcionamento da Instituição. Considerando que esta insuficiência de fundos resulta de fortes desequilíbrios de financiamento ocorridos em exercícios anteriores, a presente insuficiência de FD apenas poderá ser definitivamente sanada com a inclusão da regra de "orçamento base zero" no cálculo de FD para o ano de 2019. A persistência na definição do FD na lógica dinâmica que extravasa o período de exercício a que respeitam conduzem inelutavelmente a este caminho. O Conselho de Administração tem alertado a Tutela para a verificação desta realidade. Sucede que, in casu, está em causa a aquisição de medicamentos, pelo hospital, essenciais para a prestação de cuidados de Saúde. A eventual impossibilidade de aquisição de medicamentos, por causa desta regra orçamental e financeira, constituiria uma grave violação do princípio da proporcionalidade e do direito à saúde constitucionalmente consagrados (sublinhado nosso)."

f) O prazo médio de pagamento a fornecedores do HSOG era, em 31.12.2018, de 175 dias, conforme informação disponível no portal da Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS, IP).»

II.3 Apreciação das questões jurídicas suscitadas no recurso

II.3.1 Questões jurídicas relevantes

- 8 Na delimitação dos temas do recurso deve o Tribunal ter presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações do recorrente (cf. *supra* §§ 1, 2 e 5) e a resposta do MP (cf. *supra* §§ 3.1 e 3.2).
- 9 Quanto aos temas do recurso importa sublinhar que, o MP, embora não tenha sido recorrente, na argumentação desenvolvida no parecer que juntou aos autos como anexo à resposta (§§ 3.1 e 3.2) suscita questões novas que serão apreciadas, por força do disposto no artigo 100.º, n.º 2 da LOPTC que permite a esse órgão de justiça, quando respondente, ampliar o âmbito de cognição do Tribunal («nos processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo MP no respetivo parecer, cumprindo-se o disposto no n.º 3 do artigo 99.º») — a intervenção do MP como respondente em recursos ordinários foi enquadrada e analisada nos §§ 11 a 35 do Acórdão n.º 35/2019-17.SET-1.ªS/PL, para onde se remete.
- 10 Atentos os referidos elementos delimitadores e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, os temas essenciais objeto do recurso são os seguintes
- 10.1 Regime legal sobre compromissos e pagamentos em atraso das entidades públicas e aplicação do complexo normativo pertinente ao caso *sub judice*.
- 10.2 Alegada, pelo recorrente, inconstitucionalidade da interpretação normativa que o Acórdão recorrido adotou sobre o complexo constituído pelo artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de Junho², e artigos 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso das entidades públicas (LCPA) aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro³, por violação do Artigo 64.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição.
- 10.3 Alegada, pelo MP, inconstitucionalidade da norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012;
- 10.4 Sanabilidade pelo Tribunal de Contas da nulidade identificada no Acórdão recorrido;

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

³ Revista 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.

10.5 Decisão sobre o pedido do recorrente relativo à concessão de visto.

- 11 No julgamento do recurso deve estar presente, além da delimitação do respetivo objeto (*supra* §§ 2, 5 e 6), o princípio de que o tribunal *ad quem* pode apreciar todas as questões selecionadas pelas partes não estando sujeito às respetivas alegações quanto à interpretação e aplicação das normas jurídicas (artigo 5.º, n.º 3, do CPC).
- 12 A apreciação dos vários temas exige que se comece pelo enquadramento jurídico das ilegalidades suscetíveis de determinar a recusa de visto no caso concreto.

II.3.2 Legalidade do contrato objeto de fiscalização prévia

II.3.2.1 Regime legal sobre compromissos e pagamentos em atraso das entidades públicas e aplicação do complexo normativo pertinente ao caso *sub judice*

13 A fundamentação do Acórdão recorrido culmina nas seguintes asserções conclusivas nucleares:

«20. Resumindo, a falta de fundos disponíveis para suportar a despesa com o contrato em apreço é geradora de nulidade do compromisso e do respetivo contrato, nos termos dos artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, normas imperativas e que revestem natureza financeira.

21. Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tanto a nulidade como a violação direta de normas financeiras constituem fundamentos de recusa de visto.»

14 A interpretação das regras financeiras centrais relativas à LCPA no enquadramento jurídico do presente caso é conformada por duas categorias conceptuais com direta regulação legal:

14.1 *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).

14.2 *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 Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho⁴, que aprovou as normas legais disciplinadoras dos procedimentos necessários à aplicação da LCPA).

- 15 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 responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis».
- 16 Por outro lado, em matéria de assunção de compromissos encontra-se estabelecido que:
- 16.1 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, Decreto-Lei n.º 127/2012).
- 16.2 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, Decreto-Lei n.º 127/2012).
- 17 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, por parte do XVIII Governo Constitucional na 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 o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, o qual, embora estabelecido durante a XI Legislatura, veio a ser sobretudo executado no âmbito

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

da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, tendo sido concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.

- 18 Como se destacou no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 40/XII que esteve na base da LCPA este compreende um modelo 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».
- 19 Em face da matéria de facto provada, conclui-se que a despesa gerada pelo contrato no momento em que foi inscrito o compromisso não podia ser assegurada por fundos disponíveis positivos.
- 20 O recorrente não colocou em causa os factos provados, nem apresentou qualquer motivo que permita, no plano jurídico e em termos de legislação ordinária, ultrapassar a violação de dois complexos normativos de natureza financeira constituídos pelas disposições conjugadas:
- 20.1 Dos artigos 5.º, n.º 1, da LCPA e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012 que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis;
- 20.2 Do artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento: a nulidade do contrato.
- 21 Por último, importa ter presente ser pacífico no atual quadro normativo que as «entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde» estão sujeitas ao referido regime legal, atento o disposto no artigo 2.º, n.º 1, da LCPA.

II.3.2.2 Alegada inconstitucionalidade do complexo constituído pelo artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 e artigos 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA

- 22 Como se refere no § 58 do Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL, a fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais opera no quadro de um sistema de controlo difuso com um elemento de verticalidade que compreende como vértice superior do triângulo o Tribunal Constitucional (TC) e, em fase de recurso, tem como objeto normas que integram a *ratio decidendi* do direito aplicado em decisões judiciais.

23 O recorrente, depois de analisar o regime legal aplicado pelo Acórdão recorrido, suscita uma inconstitucionalidade normativa nos seguintes termos:

«O acórdão recorrido decide que a inexistência de compromisso válido no momento em que a obrigação de pagamento de despesa surgiu gera a sua nulidade nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da LCPA: inexistindo àquela data número de compromisso válido e sequencial o contrato ou a obrigação subjacente são, para todos os efeitos, nulos.

Todavia esta interpretação padece de inconstitucionalidade.

[...]

A Lei n.º 8/2012 (LCPA), e o diploma que a desenvolve (Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho), contêm normas que, no caso concreto, a serem aplicadas, acarretam restrição ao direito à saúde dos cidadãos (garantida pela Constituição), à prossecução da atividade de prestação de cuidados de saúde pelo Recorrente às populações e ao direito à saúde dos cidadãos.

[...]

Como se escreveu no Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 39/84, Diário da República n.º 104/1984, Série I de 1984-05-05, em abstrato, o direito à proteção da saúde — doravante designado abreviadamente por direito à saúde —, tal como a generalidade dos restantes “Direitos sociais” em cuja categoria genérica se integra, comporta, entre o mais, duas componentes distintas, a saber:

- a) Uma, que se pode designar por vertente negativa, consiste em dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) atue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral;
- b) Outra, a que se poderá chamar vertente positiva, consiste em conferir ao cidadão direito a exigir do Estado a atividade e as prestações necessárias para salvaguardar a saúde e tratar as doenças.

[...]

No entanto, é só na sua vertente positiva, enquanto “direito social propriamente dito, que o direito à saúde assume configuração própria e autonomia, enquanto direito fundamental específico; e é predominantemente nessa veste que ele adquire lugar autónomo nas cartas internacionais de direitos sociais e nas constituições de muitos países.

É também especialmente nessa perspetiva que no seu artigo 64.º a Constituição da República Portuguesa encara o direito à saúde, enquanto direito fundamental, integrado no subgrupo dos “direitos sociais”, do grupo dos “direitos económicos, sociais e culturais”.

Elemento característico da definição do direito à saúde enquanto direito social é o que deriva do n.º 2 do citado artigo 64.º, onde a Constituição enuncia os instrumentos de realização desse direito. À cabeça deles surge a “criação de um serviço nacional de saúde”, que é um elemento essencial do âmbito legislativo referente ao direito à saúde.

Como se decidiu nesse Acórdão, o direito à saúde é um direito social propriamente dito, e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito “positivo”, ou seja, um direito às adequadas atividades e prestações do Estado. É, não um direito à abstenção do Estado, mas sim um direito a ações do Estado.

Prossegue-se nesse aresto, citando-se J. J. Gomes Canotilho, na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (Coimbra, 1983), o qual, após distinguir também vários níveis de relevância jurídica dos direitos sociais (“dimensão subjetiva”, “dimensão programática” e “dimensão igualitária”) e depois de afirmar que essa “dimensão subjetiva” resulta, além do mais, da “radicação subjetiva de direitos através da criação por lei, atos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos”, conclui pela irreversibilidade dessa concretização (aliás num enquadramento teórico mais vasto).

É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social [ob. cit., p. 374]. Pelo mesmo diapasão afina Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, tomo II, Coimbra, 1981, p. 670.

Decidiu-se nesse Acórdão o seguinte: “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los. Esta conclusão decorre naturalmente da conceção constitucional do direito à saúde como verdadeiro e próprio direito fundamental e do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização desse direito. E contra ela nenhum argumento de peso milita. Não se diga, designadamente, que uma tal tese equivaleria a conferir à lei do Serviço Nacional de Saúde valor da lei constitucional e a atribuir neste caso carácter paraconstituente ao poder legislativo ordinário”.

O princípio da constitucionalidade exige que os tribunais interpretem e apliquem as leis no sentido mais conforme à Constituição,

O dever de garantia de direitos fundamentais, não permite qualquer delimitação dos direitos, liberdades e garantias os direitos fundamentais são manifestações deste princípio da dignidade da pessoa humana, eles só existirão juridicamente, só se consubstanciarão em direitos subjetivos públicos, na medida em que a sua fruição seja garantida, ou seja, os direitos fundamentais deixam de o ser sem o específico regime que os protege e garante.

Daqui decorre, por exemplo a existência de um direito fundamental inominado, não incluído na categoria dos direitos, liberdades e garantias, mas a eles análogo, decorrente do artigo 266.º, n.º 2 da CRP como manifestação do princípio do Estado de Direito democrático: o direito fundamental à garantia de direitos fundamentais por parte da Administração.

O Estado português está vinculado e deve conformar-se com o que dispõe e prevê a Constituição, atuando por e através dela — atuando com vista a atingir os objetivos que esta consagra e legitimado pela sua consagração (artigo 3.º, n.º 2 da CRP), daí que nos

termos do artigo 3.º, n.º 3 da CRP, a prática de qualquer ato do Estado desconforme com a Constituição seja inválido.

Inclui-se na alínea b) do artigo 9.º da CRP a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, garantia essa que assume assim a expressão máxima de tarefa fundamental do Estado, a quem, assim incumbe, por intermédio de todos os seus serviços, órgãos e agentes, o dever de salvaguarda dos direitos de saúde direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, obrigando-o a adotar formas de organização e de procedimento adequadas à sua proteção efetiva.

E os Tribunais, por seu turno, não podem afastar-se na sua ação desta parametricidade constitucional interpretando e aplicando a lei de modo a assegurar o dever de garantia de um direito fundamental, quando chamados a sobre ela se pronunciar, sob pena de essa sua omissão consubstanciar uma violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, prevista e consagrada no artigo 20.º, n.ºs 1 e 5 da CRP.

Neste contexto, a interpretação que o Acórdão recorrido faz das normas do artº 7.º nº 3 al. a), b) e c) do DL n.º, 127/2012, de 21 de Junho, e dos artigos 3º, 5º nº 1, 9º, 11º e 13º⁵ da Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, ao fazer aplicar essas normas ao ajuizado contrato, viola o artº 64º nº 2 e 3 da Constituição.

Uma vez que constitui uma imposição desproporcional ao impedir que o Recorrente proceda a contratação de medicamentos, por inexistência de fundos disponíveis à data do contrato, impedindo, desse modo, e durante o ano de 2019, de prestação de cuidados de saúde aos doentes.»

- 24 Tese do recorrente sobre inconstitucionalidade material que culmina nas conclusões transcritas *supra* no § 2.
- 25 Sendo certo que o dever jurisdicional de conhecimento da alegada inconstitucionalidade abrange a aplicação de normas inconstitucionais ou a adoção de interpretações normativas inconstitucionais, no caso *sub judice* o recorrente parece apenas suscitar um estrito problema de aplicação de normas inconstitucionais, na medida em que não preconiza uma via hermenêutica alternativa em que o complexo normativo pudesse compreender uma interpretação sobre a legalidade financeira do contrato conforme a Constituição, nomeadamente por não implicar o sancionamento com nulidade e a recusa de visto — cujos pressupostos e implicações são analisados *infra* na parte II.3.3.
- 26 O complexo normativo cuja inconstitucionalidade foi suscitada pelo recorrente é constituído pelos artigos 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, 3.º, 5.º n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA constituiu suporte para a recusa de visto e, como vimos, é o direito ordinário positivo que na análise do

Tribunal *ad quem* deve, salvo inconstitucionalidade, conformar o julgamento do caso concreto (*supra* parte II.3.2.1, em particular § 20).

- 27 A Constituição da República Portuguesa determina, desde 1976, que o «direito à proteção da saúde» é «realizado», nos termos do artigo 64.º, n.º 2, «pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito», com a variante introduzida de, a partir de revisão de 1989, se passar a referir que a referida realização opera «através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito».
- 28 Norma da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição desenvolvida pelo n.º 3 do mesmo preceito que prescreve: «para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência».
- 29 O financiamento da prestação de cuidados de saúde realizados pelas unidades prestadoras de saúde do Serviço Nacional de Saúde (SNS), além do direto comando constitucional, encontrava-se previsto na Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, que, na redação originária do n.º 1 da Base XXXIII do diploma de 1990 prescrevia que o SNS é financiado pelo Orçamento do Estado, preceito revisto pela Lei n.º 27/2002 passou a estabelecer que «o Serviço Nacional de Saúde é financiado pelo Orçamento do Estado, através do pagamento dos atos e atividades efetivamente realizados segundo uma tabela de preços que consagra uma classificação dos mesmos atos, técnicas e serviços de saúde».
- 30 Por outro lado, na Lei de Bases de Saúde aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, a Base 23, n.º 1, estabelece: «o financiamento do SNS é assegurado por verbas do Orçamento do

Estado, podendo ser determinada a consignação de receitas fiscais para o efeito, sem prejuízo de outras receitas previstas em lei, regulamento, contrato ou outro título».

- 31 O direito a ser tratado como beneficiário do SNS constitui uma coordenada constitucional implicada pela *universalidade* do SNS (um serviço «dirigido à generalidade dos cidadãos», na fórmula de Gomes Canotilho / Vital Moreira⁶) que, embora exista um reenvio dinâmico para a lei ordinária na concretização desse direito, vincula o legislador, pois, como se destaca no Acórdão n.º 731/1995 do Tribunal Constitucional: «A *universalidade* confere a todos o direito de recorrer ao SNS, não impedindo naturalmente a existência e o recurso aos serviços particulares de saúde. A *generalidade* traduz a necessidade de integração de todos os serviços e prestações de saúde».
- 32 Como se refere no parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 34/2016, de 2-3-2017 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 29-8-2017): «o legislador criou um Serviço Nacional de Saúde, como “um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde” de âmbito nacional, ao qual cabe a responsabilidade da “efetivação, por parte do Estado, da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva”, de carácter *universal*, porque dele pode beneficiar toda a população residente no território nacional, e *geral*, na medida em que abrange todos os serviços públicos de saúde e presta integralmente todos os cuidados de saúde (cuidados primários e diferenciados) ou garante a sua prestação, estendendo-se, por isso, a todos os domínios da proteção da saúde — dando, assim, satisfação ao preceituado no artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, da Constituição».
- 33 A orientação constante do Tribunal Constitucional foi expressa, nomeadamente, no Acórdão n.º 745/2014 quando, em sintonia com jurisprudência precedente (*v.g.* Acórdãos n.º 39/1984, n.º 731/1995 e n.º 572/2014), se sublinhou: «o dever do Estado garantir o direito à saúde (artigo 64.º da CRP) “cumpre-se através do Serviço Nacional de Saúde (SNS), serviço público obrigatório e de existência irreversível”».
- 34 O Estatuto do SNS (ESNS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro, compreende sobretudo o desenvolvimento da dimensão orgânica do SNS no continente, perspetiva

⁶ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª ed., 2007, p. 827.

organicista revelada no artigo 1.º do ESNS que estabelece que o SNS «é um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, funcionando sob a superintendência ou a tutela do Ministro da Saúde», dimensão que terá de ser complementada pela regulação dos estatutos dos serviços de saúde das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

- 35 Pelo que, o princípio constitucional da universalidade do SNS compreende todo o território nacional, sem exclusão dos arquipélagos dos Açores e da Madeira, e as coordenadas estabelecidas na Lei de Bases da Saúde, cuja emanação se integra na competência reservada da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea *f*), da Constituição), sobre o SNS têm a mesma abrangência, incluindo o continente e as regiões autónomas (cf. bases 6 e 7 da Lei de Bases de Saúde de 2019).
- 36 Dimensão nacional do SNS que deve ser compreendida sem prejuízo da competência própria dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas dos Açores e da Madeira para definir e executar a política de saúde nos respetivos territórios, dentro das balizas estabelecidas pela Lei de Bases da Saúde, ao abrigo do disposto no artigo 227.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição (atenta ainda a base 7 da Lei de Bases da Saúde).
- 37 Consequentemente, a vertente orgânica do SNS em Portugal continental, sob a superintendência ou a tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde, tem de se articular com as autonomias orgânicas dos serviços sob superintendência ou tutela dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas.
- 38 Competência dos órgãos de governo das regiões autónomas que não afasta responsabilidade de financiamento do SNS pelo orçamento de Estado, a qual deve ser articulada pelo princípio da solidariedade do Estado relativamente às regiões autónomas, nomeadamente em matéria de saúde, enquanto matéria de interesse específico das regiões autónomas, conforme reconhecido nos artigos 3.º, alínea *j*), 12.º, n.º 1, 59.º, 116.º, n.º 3, alínea *b*), do Estatuto Político-Administrativo dos Açores aprovado pela Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro, e nos artigos 40.º, alínea *m*), e 103.º, n.º 1, do Estatuto Político-Administrativo da Madeira, aprovado pela Lei n.º 130/99, de 21 de agosto.
- 39 De qualquer modo, a responsabilidade dos órgãos das Regiões Autónomas escapa ao objeto presente acórdão.

- 40 No plano financeiro, o legislador beneficia de alguma margem de conformação em matéria de financiamento público do SNS, nomeadamente, através de transferência direta de verbas ou, em contraponto, por vias indiretas de outras transferências de verbas (necessariamente condicionadas pelos regimes jurídicos sobre finanças públicas).
- 41 Existem complexos orgânicos conformados pelo princípio constitucional e pela Lei de Bases da Saúde sobre a universalidade do SNS enquanto valor constitucional, aliás, reafirmado no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, que criou o SNS no sentido de que o acesso ao SNS é garantido a todos os cidadãos portugueses independentemente da sua condição económica e social sendo os respetivos direitos enquanto beneficiários do SNS a base da respetiva relação jurídico-administrativa com entidades prestadoras do SNS.
- 42 Em sintonia com as considerações precedentes, Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha também defendem que a situação do beneficiário do SNS é definida primariamente pela Constituição e Lei de Bases de Saúde e a relação do utente do SNS (que pode ou não ser beneficiário do SNS) com as entidades prestadoras organicamente integradas no SNS é configurada como uma relação jurídico-administrativa (*Direito da Saúde — Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 207-212), neste segmento, em linha com a grelha de leitura igualmente adotada por Licínio Lopes («Direito Administrativo da Saúde», *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, eds. Paulo Otero / Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2010, p. 304).
- 43 Paradigma constitucional repercutido na Base 21 da Lei de Bases da Saúde de 2019 onde se prescreve que são beneficiários do SNS: «1) Todos os cidadãos portugueses. 2) São igualmente beneficiários do SNS os cidadãos, com residência permanente ou em situação de estada ou residência temporárias em Portugal, que sejam nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou equiparados, nacionais de países terceiros ou apátridas, requerentes de proteção internacional e migrantes com ou sem a respetiva situação legalizada, nos termos do regime jurídico aplicável. 3) A lei regula as condições da referência para o estrangeiro e o acesso a cuidados de saúde transfronteiriços dos beneficiários do SNS. 4) A lei regula a assistência em saúde aos beneficiários do SNS reclusos em estabelecimentos prisionais ou internados em centros educativos».

- 44 A questão de constitucionalidade com relevo para o julgamento do presente caso, em face do enquadramento sobre regime legal ordinário empreendido no presente aresto (*supra* §§ 14 a 21) é apenas a de saber se viola o artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, da Constituição o regime estabelecido nos complexos normativos constituídos pelos artigos: (a) 5.º, n.º 1, da LCPA e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012 que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis e (b) 5.º, n.º 3, da LCPA e 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento (a nulidade do contrato).
- 45 Pelo que, a questão de constitucionalidade suscitada no presente caso não se reporta à relação jurídico-administrativa do cidadão com o SNS, mas à repartição de competências administrativas e financeiras que têm de ser respeitadas por entidades do SNS e procedimentos administrativos e contabilísticos estabelecidos na LCPA, num quadro em que a execução do orçamento de Estado envolve poderes e responsabilidades constitucionais próprios do Governo, órgão constitucional ao qual compete, nomeadamente, no exercício de funções administrativas dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma, nos termos do artigo 199.º, alínea *d*), da CRP.
- 46 A eventual inconstitucionalidade do regime da LCPA quanto a *fundos disponíveis* e *compromissos* por entidades do SNS já foi diretamente apreciada pelo TdC no Acórdão n.º 3/2018-20.MAR-1.ªS/PL nos seguintes termos:

«34. Pretende a entidade recorrente que a interpretação das normas da LCPA adotada na decisão recorrida viola, essencialmente, o artigo 64.º da Constituição, que consagra o direito à proteção da saúde, na medida em que o regular fornecimento dos serviços de tratamento de roupas é condição necessária para o normal funcionamento dos hospitais, implicando a sua cessação um inultrapassável impedimento à prestação de cuidados de saúde aos utentes nessas instituições, com o seu consequente encerramento.

35. Não se duvida da relevância dos serviços em causa para a manutenção da devida prestação de cuidados de saúde. No entanto, não se nos afigura possível afirmar que o regime da LCPA encerra em si uma qualquer restrição ou condicionamento do direito constitucional à saúde.

36. Ajuizando sobre a desconformidade constitucional das normas dos artigos 2.º da LCPA e 2.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 (ainda que num contexto de aplicação diverso do que se suscita a propósito da atividade hospitalar), pronunciou-se o Tribunal Constitucional em sentido contrário a tal desconformidade — no Acórdão n.º 109/2015, de 11/2 (acessível in www.tribunalconstitucional.pt) —, pela essencial razão de que as normas em apreço

determinam apenas um “constrangimento financeiro, incidente unicamente sobre a assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis”, o qual “deixa intocado o direito e a capacidade efetiva do recorrente prosseguir livremente a realização das suas atribuições, (...) optando, em matéria de gestão financeira e administrativa e dentro das soluções legais disponíveis a cada momento”, entre os diferentes modos de atuação mais adequados à prossecução das suas tarefas públicas.

37. Ainda que esse aresto se tenha concentrado em questões relacionadas com o âmbito subjetivo da LCPA, sem ter equacionado a desconformidade constitucional das normas que condicionam materialmente a assunção de compromissos (como as dos artigos 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, ora em aplicação), o certo é que a sua doutrina contribui para separar águas entre aquilo que é uma opção política ou gestionária na distribuição de meios financeiros e a verificação em concreto da carência desses meios para realização de uma específica despesa: a inexistência de fundos disponíveis será uma consequência daquelas opções, sendo nestas que radica, em última instância, o fundamento da privação de verbas para atender a determinada necessidade, seja ou não urgente ou indispensável. Dito de outro modo: a afetação do direito à proteção da saúde dos cidadãos decorre, em primeira linha, da inadequação da previsão orçamental relativa à dotação para aquisição de bens ou serviços em determinado setor da atividade pública, e não da simples verificação contabilística da inexistência de fundos disponíveis, ainda que com consequências negativas, em que se consubstancia, afinal, a aplicação das normas da LCPA.

38. E tanto é exato que não se pode imputar diretamente à LCPA qualquer efeito negativo em matéria de saúde dos cidadãos que o regime legal dos compromissos acaba por acautelar precisamente situações limite de urgência e de risco pessoal grave, permitindo nesses casos que a assunção do compromisso ocorra posteriormente à despesa. Segundo o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, essa assunção quanto a despesas urgentes e inadiáveis pode ser, em certas condições, efetuada até às 48 horas posteriores à realização da despesa (n.º 1) e, quanto a situações envolvendo excecional interesse público ou a preservação da vida humana, pode ser efetuada no prazo de 10 dias após a realização da despesa (n.º 2).

39. Por este conjunto de considerandos entendemos, pois, que não se evidencia a existência de qualquer inconstitucionalidade do regime legal dos compromissos, sendo de manter a aplicação dos artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento da LCPA, com a consequência da nulidade do contrato em presença e do respetivo compromisso — do que se extrai a ocorrência dos fundamentos de recusa de visto previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, conforme declarado na decisão recorrida.»

- 47 Em sede de fiscalização concreta de alegada inconstitucionalidade normativa dos artigos 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, 3.º, 5.º n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA reitera-se a transcrita orientação jurisprudencial cujos fundamentos se adotam, júízo, sublinhe-se, reportado a uma operação hermenêutica inconfundível com a valoração da atividade administrativa e financeira à luz dos valores constitucionais, pois a fiscalização prévia da legalidade de atos e contratos não

é a sede para sindicar o desempenho da missão constitucional das entidades com o poder jurídico de afetação e cativação de meios financeiros com origem no orçamento de Estado.

- 48 Julgamento no âmbito da fiscalização prévia desenvolvida pelo TdC que não envolve escrutínio global sobre omissões e ações de entidades com obrigação de providenciar meios financeiros adequados e necessários para a prossecução das finalidades do SNS, plano em que, atenta a alegada inconstitucionalidade normativa suscitada pelo recorrente, se deve sublinhar que a LCPA reconhece a membros do Governo poderes próprios para suprir problemas de *fundos disponíveis* de entidades integrantes do SNS — *v.g.* artigos 4.º, n.º 1, alínea *a*), sobre *Aumento temporário dos fundos disponíveis* e 4.º-A sobre *Reafetação de fundos disponíveis*.
- 49 Tendo presente categorias conceptuais empregues no Acórdão n.º 767/2013 do Tribunal Constitucional, as normas sobre os *procedimentos administrativos e contabilísticos* relativos a *fundos disponíveis* não implicam, por si só, violação de deveres do Estado no domínio do SNS, a qual a ocorrer constituirá o resultado de concretas opções dos órgãos administrativos competentes na afetação de recursos, nomeadamente, quanto a atos e omissões relativos à (in)disponibilização de *fundos disponíveis* necessários para finalidades que devem ser prosseguidas no âmbito do SNS.
- 50 Isto é, como se refere no Acórdão n.º 3/2018-20.MAR-1.ªS/PL, «não se pode imputar diretamente à LCPA qualquer efeito negativo em matéria de saúde dos cidadãos» e o julgamento da atuação administrativo-financeira dos órgãos competentes em matéria de afetação de recursos do orçamento de Estado a entidades do SNS não integra o objeto do presente recurso.
- 51 Acrescente-se que, como referimos, a questão de constitucionalidade suscitada no presente caso não se reporta à relação jurídico-administrativa do cidadão com o SNS, mas a problemas de competências e regras financeira no âmbito do SNS, plano em que o n.º 4 do artigo 64.º da Constituição estabelece que o SNS «tem gestão descentralizada e participada».
- 52 Dimensão muito moderada de conformação constitucional em que, mesmo à luz do entendimento do Acórdão n.º 39/1984 do Tribunal Constitucional, no sentido de que a «gestão “descentralizada” que o n.º 4 do artigo 64.º da Constituição impõe ao SNS só pode significar que este não deve fazer parte da administração direta do Estado [...], mas antes da administração indireta do estado, constituindo uma ou várias pessoas coletivas distintas deste», tem de se reconhecer que nas restantes vertentes administrativo-financeiras o legislador subsiste com

ampla margem de conformação nas escolhas de concretos modelos de repartição de competências, incluindo poderes governamentais sobre procedimentos contabilísticos e de distribuição pelas várias entidades do SNS de recursos provenientes do orçamento de Estado (desde que se preserve o orçamento de Estado como fonte de financiamento efetivo e fundamental do SNS), pois, como refere Rui Medeiros, «a Constituição não se ocupa, no artigo 64.º, de questões competenciais» [«Anotação ao artigo 64.º» in Jorge Miranda / Rui Medeiros (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2010, p. 1318].

- 53 Não estando demonstrado que as normas cuja constitucionalidade foi questionada se integrem num regime global da LCPA e do Decreto-Lei n.º 127/2012 que inviabiliza a missão constitucional do SNS, até porque, como já se referiu, a alegação não se pronuncia sobre os vários mecanismos existentes nesse regime que, nomeadamente, permitem aumentos de *fundos disponíveis*, nem sobre o processo causal que determinou a concreta situação financeira do recorrente (não se podendo inferir com base nos elementos trazidos ao processo que decorreu diretamente da lei e não da concreta distribuição de recursos do orçamento do Estado pelos entes do SNS).
- 54 Concluindo: o complexo normativo constituído pelas disposições conjugadas do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 e dos artigos 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA não padece de inconstitucionalidade material por violação do artigo 64.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Constituição.

II.3.2.3 Alegada, pelo MP, inconstitucionalidade orgânica da norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012

- 55 O MP no parecer junto como anexo (*supra* §§ 3.2, 8 e 9) suscita um eventual problema de inconstitucionalidade do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 quando «comina com a nulidade a violação dos diversos deveres previstos no art. 5.º da LCPA», no quadro de argumentação em que se defende que o eventual carácter inovador «da norma regulamentar em causa, parece contender com as restrições constitucionais e do direito administrativo à capacidade de inovação dos regulamentos de execução», depois de se sublinhar não existir «norma habilitante para que o Decreto-Lei regulamentar atribuísse, às mesmas exatas violações [dos n.ºs 1 a 3 e 5 do art. 5.º da LCPA], consequências diversas» e de se invocar «os limites

substantivos dos regulamentos de execução» (tese que culmina nas conclusões 1 a 3 desse parecer, cf. *supra* § 3.2).

- 56 No presente Acórdão, na aplicação do direito ordinário relevante para o caso concreto já se reconheceu o específico relevo normativo do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre o sancionamento de violação de imperativos em matéria de assunção de compromissos com nulidade do contrato (*supra* §§ 16.1 e 20.2) o qual integra a *ratio decidendi* do julgamento, pelo que, importa apreciar a questão de inconstitucionalidade suscitada pelo MP.
- 57 Embora o MP não identifique a concreta norma constitucional que estabelece o princípio que teria sido violado pela inovação introduzida pelo artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 relativamente à LCPA, essa tese parece sustentar-se na qualificação deste diploma como «regulamento de execução» e na alegada ausência de «norma habilitante» para regular a matéria da nulidade de forma inovatória relativamente à LCPA pelo que, aparentemente, a suposta inconstitucionalidade decorreria de violação do artigo 112.º, n.ºs 5 e 6, da Constituição.
- 58 A norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 tem carácter deontico, não sendo meramente informativa (neste ponto acompanha-se a terminologia adotada por David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 448) e foi interpretada nesse sentido pelo presente aresto (*supra* §§ 16 e 20).
- 59 Em termos jurídico-constitucionais, como lembra Jorge Miranda, «não pode um regulamento substituir-se à lei; nem a virtual inércia do legislador se converte em fonte de um poder constitucionalmente estranho à Administração» [«Anotação ao artigo 112.º» in Jorge Miranda / Rui Medeiros (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 263], contudo, no caso concreto, tendo presente o lastro da taxonomia doutrinária de distinção entre regulamentos independentes e regulamentos de execução, a qualificação do Decreto-Lei n.º 127/2012 como regulamento de execução afigura-se incorreta, pois esse diploma é um ato legislativo com abrigo no artigo 112.º, n.º 1, da Constituição.
- 60 O desenvolvimento normativo operado pelo Decreto-Lei n.º 127/2012 compreende-se, ao invés do que parece subjacente ao entendimento do MP, enquanto resultado do exercício de funções legislativas integradas na competência própria Governo que, nos termos do artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da Constituição compreende o poder de «fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República», diplomas com valor igual ao das leis com origem no

Parlamento, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos (atento o disposto no artigo 112.º, n.º 2, da Constituição).

- 61 A norma do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 é, no plano formal, conforme a Constituição pois estando integrada em ato legislativo do Governo e tendo conteúdo inovatório relativamente à LCPA essa dimensão deontica não incide sobre matéria da competência reservada da Assembleia da República (atentos, nomeadamente, os artigos 112.º, n.ºs 1 e 2, 198.º, n.º 1, alínea a), 164.º e 165.º da Constituição).
- 62 Em face do exposto, conclui-se que não se verifica qualquer inconstitucionalidade do artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, por força da alegada pelo MP carência de «norma habilitante».

II.3.2.4 Sanabilidade pelo Tribunal de Contas da nulidade identificada no Acórdão recorrido

- 63 Por último, o MP na sua resposta ao recurso também suscita a questão da sanabilidade pelo Tribunal de Contas da nulidade identificada no Acórdão recorrido, ao abrigo do disposto no artigo 5.º, n.º 4, da LCPA, considerando que o «douto acórdão recorrido é omissivo quanto à aplicabilidade» dessa norma (*supra* §§ 3.1 e 3.2).
- 64 Esta matéria que exige uma conjugação da LCPA com a LOPTC e o Código de Procedimento Administrativo (CPA) foi apreciada de forma desenvolvida nos Acórdãos n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL e n.º 28/2018-30.OUT-1.ªS/PL em termos que importa reiterar:

«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”.

[...]

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 Juizes 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)⁷.

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

⁷ Publicados em <http://www.dgsi.pt>.

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 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 direito 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 sanação judicial, nomeadamente ao abrigo do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA — questão diferente da sanação por via de uma operação de concordância prática judicial é o estrito conhecimento da operatividade de uma pretérita sanação *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.»

65 Essa orientação sobre a função do TdC relativamente ao conhecimento de nulidades para efeitos de recusa de visto tem sido reiterada de forma constante pela jurisprudência deste Tribunal (*v.g.*

nos Acórdãos n.º 30/2018-20.DEZ-1.ªS/PL, n.º 9/2019-28.MAR-1.ªS/PL, n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL, n.º 19/2019-25.JUN-1.ªS/PL, n.º 28/2019-15.JUL-1.ªS/SS, n.º 39/2019-8.OUT-1.ªS/PL e n.º 43/2019-5.NOV-1.ªS/PL) e os respetivos alicerces argumentativos não foram objeto de qualquer considerando na resposta e parecer anexo do MP.

66 Quanto aos mecanismos ao dispor das entidades administrativas responsáveis por assegurar os *fundos disponíveis* reitera-se que a recusa de visto não obsta a que ultrapassem essa limitação se supervenientemente reunirem os meios necessários (atentos, nomeadamente, os meios ao dispor do Governo para esse efeito) pois, como se refere no § 16 do Acórdão n.º 43/2019-5.NOV-1.ªS/PL, «as *nulidades* estão verificadas e só poderiam ser eventualmente *sanadas* por efeito da lei, se (e quando) esta o consentisse, e não por efeito de qualquer evento factual posterior», não estando «a entidade recorrente impedida de, perante essa nova situação financeira *positiva*, encetar *novo procedimento* conducente à celebração de *novo contrato* para os efeitos pretendidos, e mediante a assunção de novo *compromisso* que, agora sim, respeite as condições legais» (na linha do citado § 51 dos Acórdãos n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL e n.º 28/2018-30.OUT-1.ªS/PL, cf. *supra* § 64).

67 Pelo que, a inviabilização da aquisição objeto do contrato fiscalizado decorre única e exclusivamente dos atos e omissões das entidades administrativas responsáveis pelos *fundos disponíveis* que não os tendo assegurado no momento do contrato tendo sido informadas da situação não promoveram nenhuma das soluções possibilitadas pelo regime legal.

II.3.3 Decisão sobre o pedido do recorrente relativo à concessão de visto

68 Sendo o processo teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.

69 O TdC tem vasta e constante jurisprudência sobre as implicações da violação das regras em matéria de compromissos na recusa de visto prévio⁸, na qual se destacam duas pautas centrais:

⁸ Podendo referir-se, a título meramente ilustrativo, os Acórdãos n.º 8/2017-11.JUL-1.ªS/SS, n.º 10/2017-17.JUL-1.ªS/SS, n.º 11/2017-17.JUL-1.ªS/SS, n.º 17/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 10/2017-17.OUT-1.ª S/SS, n.º 11/2017-17.OUT-1.ª S/SS, n.º 18/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 3/2018-16.JAN-1.ª S/SS, n.º 12/2018-13.MAR-1.ª S/SS, n.º 14/2018-20.MAR-1.ªS/SS, 19/2018-2.MAI-1.ªS/SS, 35/2018-18.SET-1.ªS/SS, 18/2019-18.JUN-1.ªS/SS, 23/2019-10.JUL-1.ªS/SS, 43/2019-5.NOV-1.ªS/PL.

- 69.1 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».
- 69.2 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, atento o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.
- 70 A segunda das asserções enunciadas implica, aliás, que não só a nulidade inviabiliza uma eventual concessão de visto com recomendação como, ainda, a pacífica qualificação das normas violadas como de natureza financeira por si só também o tornaria inadmissível — refira-se que sendo uma violação direta de norma financeira isoladamente considerada insuscetível de suprimimento pelo TdC em sede de fiscalização prévia, considerar que já o seria quando essa mácula se cumulasse com um outro vício relativo ao sancionamento como nulidade (que também não pode ser suprido pelo TdC) afigura-se, ainda, incongruente nos planos lógico e funcional, por se tratar mais gravemente um fundamento de recusa quando é preenchido singularmente e mais benevolamente quando essa causa de recusa de visto se cumula com outra que impõe o mesmo efeito jurídico.
- 71 O entendimento firmemente assente por este Tribunal em sucessivos arestos é no sentido de que, mesmo não existindo qualquer nulidade, a inequívoca *violação direta de normas financeiras* (artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012) integra um motivo de recusa de visto previsto na alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, para o qual não se encontra legalmente prevista qualquer forma de suprimimento.
- 72 Concluindo: no caso concreto foram identificadas ilegalidades subsumíveis às alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, o que impõe ao Tribunal de Contas a recusa de visto ao contrato.

II.4 Improcedência do recurso

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

74 O interesse em agir e a legitimidade para interpor recurso são conformados pelas dimensões decisórias referidas no § anterior, pelo que, tendo sido a recusa de visto e concluindo o tribunal de recurso pela manutenção desse sentido decisório, o recurso deve ser julgado improcedente.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- a) Manter a recusa do 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.

Comunique-se à área V da 2.ª Secção do Tribunal de Contas com cópia do presente Acórdão.

Registe e notifique. DN.

Lisboa, 12 de novembro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Helena Abreu Lopes) com a seguinte declaração:

Voto o acórdão, considerando, designadamente, que a entrada em vigor do novo CPA (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro) e do seu artigo 162.º, n.º 2, obsta a que o Tribunal de Contas possa hoje aplicar ao caso o disposto no artigo 5.º, n.º 4, da Lei n.º 8/2012 (o Acórdão n.º 3/2015-27.jan-1.ªS/Pl, de que fui relatora, fê-lo antes dessa entrada em vigor, perante normação diferente e em circunstâncias factuais diversas). Em abstrato, e face à relevância dos interesses e deveres em causa, admitiria como possível a ponderação da aplicação do n.º 3 do artigo 162.º do CPA, como alegado pelo

Ministério Público, já que qualquer tribunal pode conhecer a nulidade de um ato (cfr. o n.º 2 do mesmo artigo) e desaplicá-lo, podendo, nesse processo, ponderados os interesses ou deveres em confronto, considerar os seus efeitos putativos (a conjugação do n.º 3 com o n.º 1 do artigo significa que “*independentemente da declaração de nulidade*” poderão ao ato nulo ser atribuídos efeitos jurídicos, daí resultando que o reconhecimento desses efeitos não é um poder exclusivo dos tribunais administrativos ou dos órgãos competentes para a anulação). No entanto, neste caso, isso não implica o meu desacordo com a decisão, porquanto no mesmo sempre subsiste a violação direta de norma financeira, a qual impõe a recusa do visto nos termos explicitados no acórdão.

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

A Procuradora-Geral-Adjunta,
