

Secção - 1.ª S/PL
Data: 10/07/2018
Recurso Ordinário: 11/2018
Processo: 265 e 266/2018

TRANSITADO EM JULGADO EM 10-09-2019.

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

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

I – RELATÓRIO

1. O Município do Porto submeteu a fiscalização prévia dois instrumentos contratuais conexos, com a seguinte caracterização:

- no processo de fiscalização prévia n.º 265/2018: contrato de transmissão de 3.600 ações detidas pelo «Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana, IP» (IHRU, IP) na «Porto Vivo, SRU — Sociedade de Reabilitação Urbana da Baixa Portuense, SA» (Porto Vivo, SRU), celebrado, em 5/10/2015, entre aquele Município e o IHRU;

- no processo n.º 266/2018: contrato-programa, dirigido à regulação da atividade da Porto Vivo, SRU e à concessão a esta entidade, por parte do Município do Porto e do IHRU, de «*uma participação financeira, no montante de 10.000.000 € (dez milhões de euros), à razão de 2.000.000 € (dois milhões de euros) por ano, repartidos em partes iguais entre o IHRU, em representação do Estado Português, e o Município*», celebrado, em 5/10/2015, entre o Município do Porto e o IHRU, por um lado, e a Porto Vivo, SRU, por outro.

2. Ambos os contratos já tinham sido anteriormente submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, no âmbito dos processos n.ºs 2186 e 2187/2015, tendo os mesmos sido objeto de Acórdão desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob o n.º 3/2016 (de 2/2), que recusou os respetivos vistos prévios e que transitou em julgado em 22/2/2016. Nesse aresto entendeu-se, essencialmente, o seguinte: ocorrer nulidade das deliberações autárquicas subjacentes aos referidos contratos, por não ter sido demonstrada a racionalidade e viabilidade económica e financeira da «Porto Vivo, SRU», que se estenderia aos próprios contratos (contrato de transmissão de ações e contrato-programa), ao abrigo do artigo

32.ºs 1 e 7, da Lei n.º 50/2012, de 31/8; verificar-se ainda nulidade dessas deliberações, por determinarem ou autorizarem despesas não permitidas por lei, nos termos dos artigos 4.º, n.º 2, da Lei n.º 73/2013, de 3/9, e do artigo 59.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 75/2013, de 12/9; e haver nulidade do contrato de transmissão de ações, conforme o disposto nos artigos 283.º, n.º 1, e 284.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, e no artigo 161.º, n.º 2, alínea k), do Código do Procedimento Administrativo.

3. São precisamente os mesmos contratos que foram objeto de recusa de visto no âmbito dos referidos processos n.ºs 2186 e 2187/2015, e que ostentam a respetiva menção de «recusado» que agora foram novamente remetidos a este Tribunal.

4. Para fundamentar esse reenvio invocou-se, por um lado, uma alteração legislativa (introduzida pelo Decreto-Lei n.º 88/2017, de 27/7) ao artigo 79.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23/10, e, por outro lado, uma deliberação da Assembleia Municipal do Porto, de 18/12/2017, que aprovou a «renovação da ratificação» daqueles dois contratos (e por referência a uma primeira ratificação, alegadamente operada por deliberação do mesmo órgão, datada de 29/12/2015).

5. Na sessão diária de visto de 28 de fevereiro de 2018, foi proferida decisão que julgou verificada a exceção dilatória de caso julgado e, conseqüentemente, ao abrigo do disposto nos artigos 577.º, alínea i), 578.º, 580.º, n.º 1, e 581.º, todos do CPC, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC, não conheceu do mérito da pretensão de concessão de vistos aos referidos contratos.

6. Decisão de que foi interposto recurso pelo Município do Porto e pelo Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana, IP, tendo na sua alegação, formulado as seguintes conclusões:

A. A decisão recorrida, que julgou verificada uma exceção de caso julgado e, por isso, não apreciou o pedido então formulado pelo Requerente, por materialmente corresponder a uma decisão de recusa de visto, é recorrível para o Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal ao abrigo do artigo 96.º, n.º 1, al. b), da Lei da Organização e Processo no Tribuna de Contas.

B. Qualquer interpretação do artigo 96.º, n.º 2, daquele diploma, que sustentasse que o “Despacho” recorrido é um mero despacho interlocutório e, por Isso, insuscetível de recurso, implicaria a inconstitucionalidade daquele preceito por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa;

C. A decisão recorrida sofre de diversos vícios;

D. Desde logo, ela é nula por força da violação do princípio do contraditório, dado que não foi conferida oportunidade ao Requerente de se pronunciar sobre a exceção oficiosamente suscitada (cf. artigo 3.º, n.º 3, do Código do Processo Civil) - o que, por si só, determina a procedência do presente recurso;

E. Qualquer norma interpretada no sentido de que é possível suscitar oficiosamente, e decidir, sem prévia audiência das "partes" uma determinada exceção dilatória, será sempre inconstitucional por violação do direito a um processo equitativo (cf. artigo 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) - questão que desde já aqui se suscita para todos os efeitos legais.

SEM PREJUÍZO,

F. Depois, a decisão recorrida é ainda nula pelo facto de uma decisão com este teor que corresponde materialmente a uma decisão de recusa de visto - não poder ser adotada em Sessão Diária de Visto (cf. artigo 77.º, n.º 3, da Lei da Organização e Processo no Tribunal de Contas);

G. O que é também, só por si, motivo para julgar pela procedência do presente recurso.

AINDA SEM PREJUÍZO,

H. A "decisão" recorrida - que julgou verificada uma exceção de caso julgado - é ainda nula por enfermar de um manifesto erro de julgamento;

I. Na verdade, ambos os pressupostos de que parte (i) as decisões do tribunal de Contas de recusa de visto têm efeito preclusivo, formando caso julgado material; ii) existe identidade de partes, pedidos e causas de pedir entre os processos n.ºs 2186 e 2187/2015 e os dois processos n.ºs 285 e 286/2018) encontram-se errados;

J. Em primeiro lugar, e ao contrário do que se deu por assente no douto despacho recorrido, as decisões de recusa de visto não têm efeito preclusivo - e não formam caso julgado material -, tal como sucede de resto, com as decisões do Tribunal Constitucional que não declaram determinada norma inconstitucional;

K. Com efeito, nos processos de fiscalização prévia, e ao contrário do que se sustentou no douto acórdão recorrido, não se anulam ou declaram nulos atos ou contratos - uma interpretação do artigo 44.º, n.º 3, da Lei da Organização e Funcionamento do Tribunal de Contas nesse sentido seria sempre inconstitucional por violação do artigo 111.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa;

L. Tal como resulta do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, apenas compete ao Tribunal de Contas verificar: i) se os atos ou contratos a visar são conformes com as leis em vigor nesse momento e ii) se os encargos assumidos têm cabimento orçamental;

M. Qualquer destes juízos é volátil e efémero, pelo que bem se compreende que esses juízos não sejam suscetíveis de formar caso julgado material.

N. Assim, o Acórdão proferido nos processos n.ºs 2186 e 2187/2015, pelo qual foi recusado o requerido visto aos contratos então apresentados não tem efeitos preclusivos – não tem força de caso julgado material -,

O. pelo que nunca se poderia considerar aqui verificada a exceção de caso julgado;

AINDA SEM PREJUÍZO,

P. Ainda que assim não fosse - o que se admite por dever de patrocínio - nunca se poderia considerar verificada a exceção de caso julgado, pois não há identidade entre as causas de pedir nos dois processos

Q. Nos processos de fiscalização prévia, a "causa de pedir" é um facto complexo, e assenta no facto de os atos ou contratos submetidos a visto serem conformes com as leis em vigor e terem a devida cabimentação orçamental;

R. Assim, as leis em cada momento aplicáveis (bem como o orçamento em vigor nesse momento) integram a causa de pedir;

S. Ora, as regras aplicáveis em 2015 - momento em que os contratos foram então submetidos a visto - são muito diversas das atuais, pelo que é inequívoco que não há identidade entre as causas de pedir de cada um dos processos aqui em causa.

Termos em que, se requer que seja revogado o duto acórdão recorrido e que seja concedido o devido visto prévio aos dois contratos em acusa.

7. Admitido o recurso, o Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do mesmo na parte em que foi arguida a nulidade da decisão recorrida por ter sido proferida em sessão diária de visto, e pela procedência, na restante parte, ainda que com fundamentos não totalmente coincidentes, concluindo nos seguintes termos:

«1.ª – **É subsidiariamente aplicável** aos processos de fiscalização prévia da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, a figura do caso julgado prevista no artigo 577.º, alínea i) do Código do Processo Civil *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC;

2.ª – Sendo o **visto** do Tribunal de Contas uma **condição de eficácia jurídica do ato ou contrato** submetidos a fiscalização prévia, pode ser renovada a instância quando ocorra o suprimento/sanação/validação legal das ilegalidades que fundamentaram a decisão de recusa de visto;

3.^a – Tendo sido alegada uma alteração das circunstâncias legais que motivaram a recusa do visto, deve o Tribunal exercer os seus poderes de cognição, próprios da jurisdição financeira, em obediência ao princípio da tutela jurisdicional efetiva;

4.^a Em face do exposto, o Ministério Público emite parecer no sentido do **provimento do recurso** interposto pelo Município do Porto».

II- Questões a decidir

8.O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões das alegações do recorrente (cf. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º 1 do Código de Processo Civil, supletivamente aplicáveis nos termos do artigo 80.º da LOPTC), sem prejuízo do conhecimento das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cf. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Por outro lado, conforme resulta dos citados artigos 608.º n.º 2 e 663.º n.º 2, do CPC, o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as questões que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações de recurso (e suas conclusões), e não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada pela solução dada a outras.

9.Ora, do teor das conclusões das alegações de recurso extraem-se as seguintes questões a apreciar e decidir:

- a) Se a decisão recorrida é nula por violação do princípio do contraditório;
- b) Se é nula por ter sido proferida em sessão diária de visto;
- c) Se enferma de erro de julgamento, na parte em que considerou que as decisões do Tribunal de Contas formam caso julgado material e que a causa de pedir nestes autos é idêntica à dos processos em que foi recusado o visto aos mesmos contratos;
- d) E se a invocada alteração legislativa, entretanto ocorrida, impõe o conhecimento do pedido de concessão de visto aos contratos em causa, sob pena de violação do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

III- FUNDAMENTAÇÃO

- DE FACTO

10.Relevam para a apreciação do presente recurso os factos descritos nos pontos 1 a 5 do antecedente relatório, e que aqui se dão por reproduzidos.

- DE DIREITO

A) Da arguida nulidade da decisão recorrida por violação do princípio do contraditório

11. Vem arguida a nulidade da decisão recorrida com fundamento na alegada violação do princípio do contraditório, por não sido conferida oportunidade ao Requerente de se pronunciar sobre a exceção oficiosamente suscitada, nos termos do artigo 3.º n.º 3 do CPC.
12. Defendem ainda os Recorrentes que qualquer norma interpretada no sentido de que é possível suscitar oficiosamente, e decidir, sem prévia audiência das “partes” uma determinada exceção dilatória, “será sempre inconstitucional por violação do direito a um processo equitativo (cf. artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa)”.
13. No seu parecer o Ministério Público pronunciou-se no sentido da procedência da arguida nulidade, dizendo o seguinte:
 - «É hoje irrefutável o entendimento de que as decisões proferidas pelos juízes do Tribunal de Contas nos processos de fiscalização prévia consubstanciam o exercício da função jurisdicional, devendo, conseqüentemente, considerar-se os respetivos processos como processos de natureza jurisdicional (cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.º Volume, 2010, pág. 575 e Acórdão n.º 214/90, do Tribunal Constitucional, publicado no DR, 2ª Série, de 17 de setembro de 1990).
 - De acordo com a norma remissiva do artigo 80.º da LOPTC são aplicáveis aos processos jurisdicionais que correm termos no Tribunal de Contas as normas constantes do Código de Processo Civil.
 - Verificando-se que os interessados não foram previamente ouvidos sobre o conteúdo e extensão da exceção dilatória julgada procedente pela formação de juízes em sede de Sessão Diária de Visto, e atendendo a que tal audiência é obrigatória nos termos do artigo 3.º, n.º 3 do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, dado que não estamos perante uma manifesta desnecessidade de tal diligência, somos de parecer que existe fundamento para a declaração da nulidade arguida pelo recorrente.».
14. A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que estabelece os atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia.

15. A entidade requerente tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas², aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da mesma Lei.
16. A necessidade de pedido, os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 3.º 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC³.
17. E trata-se de um processo sujeito a um prazo perentório de 30 dias para ser proferida decisão, cujo decurso implica o visto tácito (cf. artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC).
18. O processo em que foi proferida a decisão impugnada através do presente recurso, foi apresentado à sessão diária de visto, após verificação preliminar pelo DECOP, em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 82.º e do n.º 1 do artigo 84.º n.º 1, ambos da LOPTC.
19. Apresentado um processo de fiscalização prévia à sessão diária de visto, previamente a qualquer decisão de mérito, cabe ao Tribunal verificar se ocorrem exceções dilatórias insupríveis e de conhecimento oficioso.
20. Como sucede, nos casos em que o processo é apresentado a despacho liminar, a que se refere o n.º 1 do artigo 590.º do CPC, aplicável subsidiariamente e com as devidas adaptações à tramitação do processo de fiscalização prévia, nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
21. Nos termos do citado n.º 1 do artigo 590.º do CPC nos casos em que, por determinação legal ou do juiz, o processo seja apresentado a despacho liminar (situação similar à primeira apresentação do processo de fiscalização prévia à sessão diária de visto), a petição é indeferida quando ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente.

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

² Publicada no *Diário da República, II Série*, de 16-8-2011.

³ Vide, a decisão deste Tribunal n.º 59/2018, datada de 7.03.2018, proferida no processo n.º 103/2018.

22. «Embora não o qualificando como “um indeferimento liminar”, como acontecia no artigo 474.º do CPC, na redação anterior à que lhe foi introduzida pela reforma de 1995/1996, operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95 e Decreto-Lei n.º 180/96, o propósito é claramente esse, ou seja, permitir/impôr o indeferimento liminar da petição, nos casos mais graves, de “pedido manifestamente improcedente” ou ocorrência patente e evidente de “exceções dilatórias insupríveis”, de conhecimento oficioso.
23. O que se compreende, pois não deve permitir-se o seguimento de ações manifestamente inviáveis.
24. Como elemento de interpretação sistemático que pode aduzir-se no sentido de este indeferimento ser um indeferimento liminar pode invocar-se o facto de expressamente assim ser qualificado para efeitos de recorribilidade do mesmo (cf. artigo 629.º , n.º 3, alínea c)).»⁴
25. A norma do n.º 3 do artigo 3.º do CPC, introduzida pela Reforma de 1995/96, veio ampliar o âmbito tradicional do princípio do contraditório, como garantia de uma discussão dialética ou polémica entre as partes no desenvolvimento do processo.
26. Coloca-se, porém, a questão de saber se a exigência de audiência prévia também funciona (ou se funciona sempre) em relação ao despacho de indeferimento liminar.

Duas soluções têm sido apontadas:

- a) uma no sentido de que o indeferimento liminar não é exceção, logo impõe-se sempre um despacho de prévia audiência;⁵
- b) outra no sentido de que, em caso de indeferimento liminar da petição inicial, o princípio do contraditório não impõe a audiência prévia do autor sobre o motivo do indeferimento.⁶

⁴ Vide, Código de Processo Civil Anotado, Comentários e Anotações Práticas, António Martins, Almedina, 3.ª Edição, pág.266.

⁵ Vide, nesse sentido, entre outras, as decisões singulares da RC de 5/12/2017 (proc. n.º 6097/17) e de 29/1/2018 (proc. n.º3550/17), disponíveis em www.dgsi.pt):

⁶ Vide, nesse sentido, entre outros: o Ac. STJ de 24/2/2015, proc. n.º116/14.6YLSB, Ac. RP de 4/11/2008, proc. n.º 0826336, Ac. RL 27/9/2017, proc. n.º 10847/15, Ac. RL de 9/11/2017, proc. n.º 1375/04 e o Acórdão do TCA Sul de 18/6/2015, proc. n.º 08710/15, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

27. Adere-se, a esta última posição, com base, entre outros, nos seguintes fundamentos, que atenta a natureza e deveres impostos às entidades fiscalizadas, ganham especial relevância no âmbito do processo de fiscalização prévia:
- O despacho de indeferimento liminar é uma espécie dentro do género da “rejeição liminar”, e ocorre no caso de inviabilidade “lato sensu” da pretensão (onde se insere a falta insuprível de pressupostos processuais), em que a lei elenca taxativamente as causas relevantes da rejeição;
 - Neste contexto, a imposição de um despacho prévio ao despacho de indeferimento liminar parece ser em si mesmo contraditório porque se o despacho liminar está legalmente previsto como podendo ser de rejeição liminar, não faz sentido a parte (no caso do processo de fiscalização prévia a entidade que remete o processo ao Tribunal) ser ouvida preliminarmente;
 - Em rigor, a prolação de despacho de indeferimento liminar por falta insuprível de pressuposto processual porque é a própria lei que o prevê expressamente como causa específica de rejeição não constitui uma “decisão surpresa”;
 - A lei postula as causas de “indeferimento liminar”, consubstanciando-se em situações de inviabilidade “lato sensu”, e como tal insupríveis, tornando inútil qualquer instrução e discussão prévia sobre um projeto de indeferimento;
 - Dispensando a audiência prévia, porque desnecessária, mas permitindo-se o contraditório em sede de recurso, admissível independentemente do valor da causa, o que permite às partes reagir contra situações de erro de julgamento⁷.
28. Assim, e ao contrário do defendido pelos Recorrentes, entendemos que a decisão recorrida não violou o princípio do contraditório, improcedendo a arguida nulidade.
29. E que o facto de a exceção dilatória de caso julgado ter sido conhecida oficiosamente sem o Requerente ter sido previamente ouvido, também não viola o direito a um processo equitativo consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.
30. O Tribunal Constitucional tem defendido que o princípio do contraditório se integra no direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da CRP. Tal como se sublinhou no Acórdão n.º 358/98 (Diário da República, II série, de 17 de julho de 1998) “*o processo de um Estado de Direito (processo civil incluído) tem, assim, de ser um processo equitativo e leal. E, por isso, nele cada uma das partes tem de poder fazer valer as suas razões (de facto e de direito)*”

⁷ Vide, entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27.02.2018, proferido no processo n.º 5500/17.0T8 CBR.

perante o tribunal, em regra, antes que este tome a sua decisão. É o direito de defesa, que as partes hão-de poder exercer em condições de igualdade. Nisso se analisa, essencialmente, o princípio do contraditório, que vai ínsito no direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20 n.º1, da Constituição”.

31. O princípio do contraditório, enquanto princípio estruturante do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de “deduzir as suas razões (de facto e de direito)”, de “oferecer as suas provas”, de “controlar as provas do adversário” e de “se pronunciar sobre o valor e resultados de umas e outras” (cf. acórdão do TC n.º 177/2000, DR, II série, de 27/10/2000).
32. Porém, a “decisão surpresa” pressupõe que a parte não a possa perspetivar como sendo possível, ou seja, quando ela comporte uma solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse prognosticado no processo.
33. E o citado artigo 3.º do CPC não introduz no nosso sistema o instituto da proibição de decisões surpresa tal como foi configurado no direito alemão, mas apenas como possibilidade de, em plena igualdade as partes, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.⁸
34. O direito ao contraditório, como decorrência do princípio da igualdade das partes, é um direito que se atribui à parte de conhecer as condutas assumidas pela contraparte, de tomar posição sobre elas e de ser ouvida antes de ser proferida qualquer decisão. A essência do princípio do contraditório está pois no facto de cada parte processual ser chamada a apresentar as respetivas razões de facto e de direito, a oferecer as provas ou a pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras.
35. O âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 3.º do CPC inclui também o contraditório relativamente a “decisões surpresa”, com que as partes não podiam contar, por não terem sido objeto de discussão no processo.

⁸ Cf. Acórdão do STJ de 17/6/2014, proc. n.º 233/2000, disponível em www.dgsi.pt

36. Não são esses, porém, os casos das situações que conduzem ao indeferimento liminar da petição. Com efeito, para haver lugar a indeferimento liminar é necessário que se trate de uma razão evidente, indiscutível, em termos de razoabilidade, que permita considerar dispensável em termos de razoabilidade, a audição das partes, em sintonia com o preceituado no citado n.º 3 do artigo 3.º do CPC, e que torne inútil qualquer instrução e discussão posterior isto é, quando o seguimento do processo não tenha razão alguma de ser, seja desperdício manifesto de atividade judicial.⁹
37. E contra a audiência prévia sempre se poderia invocar o princípio da economia processual, que contém na sua expressão máxima a proibição da prática de atos inúteis (*cf. art. 130º do CPC*). As situações de indeferimento liminar são assim casos em que é manifesta a desnecessidade de se ouvir o autor (no caso do processo de fiscalização prévia a entidade que remeteu o processo ao Tribunal de Contas) sobre o “projeto” ou a “intenção” de se indeferir a petição¹⁰.
38. «Acresce que a regra decorrente do citado artigo 3.º, n.º 3, que integra um princípio de proibição da decisão surpresa, tem uma função essencialmente programática, conferindo ao juiz, fora dos casos em que a audição da contraparte esteja expressamente prevista, o dever de verificar, em função das circunstâncias do caso, a conveniência de as partes se pronunciarem sobre qualquer questão de direito ou de facto que possa ter relevo para a apreciação e resolução da causa (quanto ao carácter programático da imposição constante do artigo 3.º, n.º 3, 1.ª parte, do CPC, Teixeira de Sousa, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lisboa, 1997, pág. 48).
39. Por outro lado, o julgador mantém a sua liberdade de qualificação jurídica dos factos (atual artigo 5.º n.º 3 do CPC) e conserva os seus poderes de direção do processo - aqui se incluindo o dever de prévia audição das partes sobre matéria tida como pertinente (atual artigo 6.º do CPC), pelo que só quando se conjecture uma nova questão de direito ou um diferente enquadramento jurídico com que as partes não pudessem razoavelmente contar é que poderia configurar-se com nitidez uma violação do princípio da proibição da decisão surpresa que pudesse ter relevância no plano jurídico-constitucional (sobre este aspeto, Lopes do Rego, Comentários ao Código de Processo Civil, Coimbra, 1999, págs. 24-25).

⁹ Cf. Acórdão do TCA Sul, de 18-.06.2015, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁰ Cf. Acórdão do TCA Sul, proferido no processo n.º 787/2012, de 27-02-2013, disponível in www.dgsi.pt.

40. Tratando-se, além disso, de uma audiência excecional e complementar das partes, realizada fora dos momentos processuais normalmente idóneos, e que decorre da aplicação de um princípio geral, cabe ao julgador verificar, em cada caso, a existência dos respetivos pressupostos processuais, mormente quanto à caracterização da questão como suscetível de se repercutir, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão.
41. Em todo este condicionalismo, a entender-se que está ainda em causa, na aplicação da norma do artigo 3.º, n.º 3, do CPC, o princípio do processo equitativo, na vertente de garantia do contraditório, só nos casos em que o tribunal tenha postergado claramente o critério legal, preterindo, sem justificação, o direito de audiência quando este fosse evidentemente exigível, é que poderia considerar-se a interpretação normativa como afetada de inconstitucionalidade.¹¹».
42. No presente caso, perante a ocorrência, patente e evidente, de uma exceção dilatória insuprível e de conhecimento oficioso, que cabia ao Tribunal conhecer liminarmente, conforme acima exposto, verificava-se um caso de manifesta desnecessidade do convite ao Município do Porto (entidade que reenviou os referidos contratos) para exercer o contraditório, previamente ao conhecimento da referida exceção.
43. Acresce que o Município do Porto ao reenviar a este Tribunal os mesmos contratos a que tinha sido recusado o visto, por anterior decisão transitada em julgado, (sem cuidar, como bem sublinha a decisão recorrida, de reproduzir novamente o procedimento conducente aos contratos pretendidos celebrar e de submeter a visto novos instrumentos contratuais substitutivos dos anteriormente recusados) podia/devia ter equacionado a possibilidade de ocorrer a exceção de caso julgado, que se apresentava como uma das soluções plausíveis de direito, o que também tornava desnecessário o convite para exercer o contraditório, antes da prolação da decisão que julgou verificada a referida exceção dilatória.
44. Improcedem, pois, as conclusões C, D e E, da alegação dos Recorrentes, não ocorrendo a arguida nulidade da decisão recorrida, com fundamento na alegada violação do princípio do contraditório, nem a violação do direito a um processo equitativo consagrado no citado n.º 4, do artigo 20.º, da CRP.

¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 19/2010, publicado no DR série II, de 2010-12-10.

B) Da arguida nulidade da sentença, com fundamento na alegada violação do n.º 3, do artigo 77.º da LOPTC, por ter sido proferida em sessão diária de visto

45. Defendem ainda os Recorrentes que, pese embora não se esteja perante uma decisão de mérito, na medida em que foi decidido não apreciar as concretas pretensões apresentadas pelo Município do Porto (concessão de visto a dois contratos celebrados pelo Recorrente), a decisão recorrida equivale, materialmente, a uma decisão de recusa de concessão de visto.
46. E que nos termos do disposto no n.º 3, do artigo 77.º da LOPTC, nas sessões diárias de visto (compostas apenas por dois juízes) nunca é possível adotar decisões finais desfavoráveis aos requerentes, nomeadamente decisões que neguem a pretensão dos requerentes, ou dito de outro modo, que correspondam, materialmente, a decisão de recusa de visto.
47. Invocam em apoio da sua posição o Acórdão n.º 6/2015, do Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal, de 24 de fevereiro de 2015.
48. Posição que se respeita, mas da qual se discorda.
Vejamos:
49. Nos termos do artigo 77.º n.º 2, da LOPTC, compete, além do mais, à 1.ª Secção, em subsecção:
- a) *Decidir sobre a recusa de visto, bem como, nos casos em que não houver acordo dos juízes de turno, sobre a concessão, isenção ou dispensa de visto;*
- b) *Julgar os recursos da fixação de emolumentos pela Direcção-Geral.*
50. E o n.º 3 do mesmo artigo, estabelece que “*Em sessão diária de visto, os juízes de turno, estando de acordo, podem conceder ou reconhecer a isenção ou dispensa de visto, bem como solicitar elementos adicionais ou informações aos respetivos serviços ou organismos*”.
51. Decore das citadas disposições legais a regra de que, em sessão diária de visto, estando de acordo, os juízes de turno, podem proferir nos processos de fiscalização prévia qualquer decisão de mérito ou processual, à exceção da recusa de visto.
52. Sendo essa a regra e podendo proferir decisões de mérito, não faz sentido que não possam conhecer de questões processuais, que formam apenas caso julgado formal e não obstam à

instauração de novo processo, ainda que no caso da exceção de caso julgado, a causa de pedir no novo processo deva ser diversa da que conduziu à procedência da exceção.

53. A única decisão que não pode ser tomada em sessão diária é a de recusa de visto.
54. Ora, os fundamentos de recusa, são apenas os tipificados no n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
55. E não existe qualquer equiparação legal da exceção dilatória de caso julgado a uma decisão de recusa de visto.
56. Pelo contrário, enquanto a decisão de recusa de visto constitui uma decisão de mérito, o caso julgado é uma exceção dilatória e como tal apenas obsta a que o tribunal conheça do mérito da causa.
57. Improcedem, pois, também as conclusões F e G das conclusões do recurso.

C) Do invocado erro de julgamento

58. Defendem por último os Recorrentes que a decisão recorrida enferma de erro de julgamento, alegando que: as decisões do Tribunal de Contas não formam caso julgado material; nunca poderia julgar-se procedente a exceção de caso julgado por não existir identidade de causas de pedir; e que a alteração legislativa, entretanto verificada, obriga a que essa alteração seja atendida, sob pena de violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva.
59. A decisão recorrida julgou procedente a exceção de caso julgado, com a seguinte fundamentação:

«2. Ambos os contratos em presença foram já anteriormente submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, no âmbito dos processos n.ºs 2186 e 2187/2015, tendo os mesmos sido objeto de Acórdão desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob o n.º 3/2016 (de 2/2), que recusou os respetivos vistos prévios e que transitou em julgado em 22/2/2016. Nesse aresto entendeu-se, essencialmente, o seguinte: ocorrer nulidade das deliberações autárquicas subjacentes aos referidos contratos, por não ter sido demonstrada a racionalidade e viabilidade económica e financeira da «Porto Vivo, SRU», que se estenderia aos próprios contratos (contrato de transmissão de ações e contrato-programa), ao abrigo do artigo 32.º, n.ºs 1 e 7, da Lei n.º 50/2012, de 31/8; verificar-se ainda nulidade dessas deliberações, por determinarem ou autorizarem despesas não permitidas por lei, nos termos dos artigos 4.º,

n.º 2, da Lei n.º 73/2013, de 3/9, e do artigo 59.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 75/2013, de 12/9; e haver nulidade do contrato de transmissão de ações, conforme o disposto nos artigos 283.º, n.º 1, e 284.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, e no artigo 161.º, n.º 2, alínea k), do Código do Procedimento Administrativo.

3. Ora, são precisamente os mesmos contratos já anteriormente objeto de recusa de visto, e que ostentam a respetiva menção de «recusado», que agora voltam a este Tribunal. Para fundamentar esse reenvio invoca-se, por um lado, uma alteração legislativa (introduzida pelo Decreto-Lei n.º 88/2017, de 27/7) ao artigo 79.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23/10, e, por outro lado, uma deliberação da Assembleia Municipal do Porto, de 18/12/2017, que aprovou a «renovação da ratificação» daqueles dois contratos (e por referência a uma primeira ratificação, alegadamente operada por deliberação do mesmo órgão, datada de 29/12/2015).

4. Perante estes dados suscitam-se, desde logo, as seguintes questões: a admissibilidade de reenvio de espécimes contratuais já objeto de recusa (e, pelo menos, sem cuidar de reproduzir novamente o procedimento conducente aos contratos pretendidos celebrar e de submeter a visto novos instrumentos contratuais substitutivos dos anteriormente recusados); e a da possibilidade de ratificação de contratos declarados nulos (e tendo em conta a eficácia retroativa e a insanabilidade dessa nulidade).

5. Com efeito, a reiteração da sujeição a visto de contratos já objeto de decisão de recusa transitada em julgado permite, desde logo, equacionar a ocorrência de uma situação de repetição de causa, integradora da exceção processual dilatória de caso julgado. Afigura-se-nos indiscutível que o processo de fiscalização prévia reveste natureza materialmente jurisdicional e que à tramitação desse processo se aplica supletivamente o Código de Processo Civil (CPC), nos termos do artigo 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26/8. Por sua vez, prevê-se, na alínea i) do artigo 577.º do CPC, o caso julgado como exceção dilatória, a qual é de conhecimento oficioso (segundo o artigo 578.º do CPC), sendo aquele caracterizado como repetição de causa, quando a primeira causa já tenha sido decidida por sentença que não admite recurso ordinário (conforme artigo 580.º, n.º 1, do CPC), havendo identidade quanto a três elementos essenciais: sujeitos, pedido e causa de pedir (nos termos do artigo 581.º do CPC).

Ora, no processo de fiscalização prévia - e não obstante não ser um processo de partes - deve entender-se: que há identidade quanto ao sujeito quando a submissão a visto seja da iniciativa da mesma entidade; que há identidade quanto ao pedido (ou, mais propriamente,

quanto à pretensão) quando se visa obter a concessão de visto de um mesmo ato ou contrato; e que há identidade quanto à causa de pedir quando se repetem os aspetos nucleares do ato ou contrato submetido a visto.

6. No caso presente, considera-se não oferecer dúvida que ocorre identidade quanto aos mencionados três elementos. Apenas quanto ao último (causa de pedir) se poderia pretender argumentar que tal identidade estaria em crise - e isto apesar de os contratos serem até materialmente os mesmos já antes apreciados e recusados com trânsito em julgado - eventualmente alegando que a invocada alteração legislativa conferiria uma nova configuração aos contratos em apreço. Porém, causa de pedir é «o facto concreto que serve de fundamento ao efeito jurídico pretendido» (cf. Antunes Varela. Manual de Processo Civil, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 245 - ou seja, são *in casu* os próprios contratos submetidos a visto, no seu concreto clausulado e não qualquer norma legal que sobre eles se projete. E, quanto ao conteúdo dos contratos, nada mudou: como vimos, são até materialmente os mesmos já antes apreciados e recusados. Não pode, pois, deixar de se entender que estamos perante uma inequívoca repetição de causa, por haver integral identidade dos contratos submetidos a visto numa e noutra ocasiões.

7. Além disso, também a deliberação autárquica de ratificação dos dois contratos nada acrescenta ao conteúdo destes - pelo que aquela não obstará à verificação da constatada repetição de causa. Aliás, essa ratificação sempre suscitaria, em segunda linha, uma outra questão, já enunciada, igualmente apta a inviabilizar a apreciação substantiva dos contratos ora trazidos de novo a este Tribunal. É que não se vislumbra como poderia a nulidade dos contratos em presença, aqui anteriormente declarada, ser suprida por via de ratificação: a destruição *ex tunc* dos efeitos de tais contratos, por decorrência da sua declarada nulidade, toma-os insuscetíveis de sanção, já que não se pode sanar o que não chegou a produzir efeitos jurídicos. Na verdade, a ratificação não se revela meio adequado a suprir uma nulidade, na medida em que apenas se prevê a redução ou conversão de contratos administrativos nulos (cf. artigo 285.º n.º 4, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1, na versão anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, sendo aquela aplicável ao caso presente nos termos do artigo 12.º, n.º 1, deste diploma).

8. Em conformidade com a fundamentação supra explicitada, será, pois, de concluir pela ocorrência das condições de verificação da exceção dilatória de caso julgado (por identidade de sujeitos, pedidos e causas de pedir), obstando assim ao conhecimento de mérito da ora

apresentada pretensão de concessão de visto aos contratos em apreço, com a sua consequente devolução à entidade requerente.».

60. Decisão e fundamentação que merecem a nossa inteira concordância.
61. Ao contrário do que defendem os Recorrentes, como já referimos, temos como inquestionável que as decisões de mérito do Tribunal de Contas proferidas em sede fiscalização prévia formam caso julgado material.
62. Entendemos que mantém plena atualidade a afirmação de António Sousa Franco - escrita antes da publicação da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas em vigor - de que o carácter *'formalmente judicial do órgão configura-se indubitável, tanto nos termos da Constituição que o integra na hierarquia dos tribunais, como nos termos da Lei n.º 86/89, que para preservar as suas características deu passos muito significativos'*, ilustrando esta afirmação com a verificação de que *'o critério do Tribunal ao conceder o visto é sempre um critério de estrita legalidade, nunca um critério de apreciação da oportunidade e conveniência (que poderia caracterizar uma jurisdição voluntária ou um ato administrativo discricionário)'* (prefácio à obra de José Tavares e Lídio Magalhães, Tribunal de Contas - Legislação Anotada. Índice Remissivo, Coimbra, 1990, pág. 37).
63. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, compete ao Tribunal de Contas, fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades diretos ou indiretos para as entidades sujeitas à sua jurisdição.
64. «Verifica-se, deste modo, que o Tribunal de Contas é legalmente competente para apreciar previamente a legalidade de atos ou de contratos, não apenas no que respeita à respetiva legalidade financeira, associada à regular e adequada cabimentação orçamental, mas também a legalidade material e formal...»¹².
65. «Com efeito, é muito amplo o conteúdo da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei do Tribunal de Contas, quando refere que constitui fundamento de recusa de visto (qualquer) *nulidade* ou (qualquer) *ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro...*»¹³

¹² Tiago Duarte, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 71, setembro/outubro 2008, pág. 32.

¹³ Tiago Duarte, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 71, setembro/outubro 2008, pág. 32.

66. Sousa Franco referia mesmo que o visto prévio traduz um juízo sobre a legalidade do ato – que pode ser apreciada sem limites pelo Tribunal de Contas¹⁴.
67. Assim, e concordando com a decisão recorrida, também temos como inquestionável que o processo de fiscalização prévia reveste natureza materialmente jurisdicional, e que à tramitação desse processo se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil¹⁵, nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
68. Ao conceder ou recusar o *visto*, o Tribunal de Contas fá-lo ao abrigo de uma competência jurisdicional própria, sendo as suas decisões obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas. A recusa do visto por ser da competência jurisdicional exclusiva do Tribunal de Contas não pode sequer ser questionada em sede de jurisdição administrativa¹⁶.
69. Ou seja, ao contrário do que defendem os Recorrentes, as decisões de mérito proferidas pelo Tribunal de Contas nos processos de fiscalização prévia formam caso julgado material.
70. Tendo, depois de transitadas em julgado, força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos art.º 580.º e 581.º do C. P.C (cf. artigo 619.º, n.º 1, do mesmo código, aplicável ex vi do artigo 80.º da LOPTC).
71. Cumpre, por último, decidir se a invocada alteração legislativa, acarreta a improcedência da exceção de caso de julgado, por ter deixado de existir identidade de causas de pedir.
72. E, na negativa, se a referida alteração afasta o caso julgado formado pela anterior decisão de recusa de visto e obriga a conhecer do novo pedido, traduzido no reenvio dos mesmos contratos ao Tribunal de Contas para obtenção de visto prévio.
73. Ao contrário do que defendem os Recorrentes o caso julgado abrange todas as possíveis qualificações jurídicas do objeto apreciado, dado que o que releva é a identidade de causa de pedir, ou seja os factos concretos com relevância jurídica, e não a identidade das qualificações jurídicas que esse fundamento comporte (Miguel Teixeira de Sousa, in *Estudos Sobre O Novo Processo Civil*, 2ª ed., pág. 576).

¹⁴ Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 2.ª ed., 1988.

¹⁵ Vide Acórdão n.º 6/2015, de 24 de fevereiro – 1ª SECÇÃO/PL.

¹⁶ Vide, Ac. do STA, de 18.06.2003

74. A lei sem efeito retroativo que vem regular de modo diferente matéria sobre a qual recaiu caso julgado não altera a situação jurídica definida por anterior decisão transitada em julgado.
75. Não pode, por isso, sem ofensa de caso julgado, aplicar-se a situações de facto anteriores a lei nova que não os abrange.
76. Como resulta do já exposto, e da fundamentação da decisão recorrida, a causa de pedir é o «o facto concreto que serve de fundamento ao efeito jurídico pretendido» (cf. Antunes Varela. Manual de Processo Civil, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 245 - ou seja, são *in casu* os próprios contratos submetidos a visto, no seu concreto clausulado e não qualquer norma legal que sobre eles se projete. E, quanto ao conteúdo dos contratos, nada mudou: como vimos, são até materialmente os mesmos já antes apreciados e recusados. Não pode, pois, deixar de se entender que estamos perante uma inequívoca repetição de causa, por haver integral identidade dos contratos submetidos a visto numa e noutra ocasiões.».
77. Os contratos agora submetidos a fiscalização prévia foram celebrados em 2015, ou seja, em data muito anterior à invocada alteração legislativa, entretanto ocorrida.
78. Os outorgantes dos contratos submetidos a Visto terão conformado a sua vontade de contratar à luz do quadro legal então vigente de acordo com a data constante dos mesmos.
79. O representante de uma das partes (IHRU) é nesta data pessoa diferente por ter havido alteração dos respetivos órgãos sociais.
80. O visto foi recusado, por terem sido considerados nulos, à luz do quadro legal vigente à data da celebração dos contratos e do procedimento que antecedeu a celebração dos mesmos.
81. E como já referido, para efeitos de visto, compete ao Tribunal de Contas apreciar a legalidade dos atos e contratos submetidos a fiscalização prévia.
82. Constituindo a nulidade um dos fundamentos de recusa, tipificados no já citado artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.

83. Não cabe aqui apreciar a questão de saber se a invocada alteração legislativa permite agora a celebração de novos contratos, à luz do novo enquadramento legal, sem os vícios em que se baseou a recusa de visto aos contratos reenviados a este Tribunal.
84. Certo é que a legalidade da celebração dos referidos contratos e do procedimento que conduziu à celebração dos mesmos, foi apreciada, como não podia deixar de ser, à luz do regime vigente na altura em que foram celebrados e submetidos pela primeira vez a fiscalização prévia.
85. E tendo sido recusado, formou-se caso julgado material (não afastado pela posterior alteração legal não retroativa), verificando-se, ao contrário do que defendem os recorrentes, todos os elementos integrantes da exceção de caso julgado, nomeadamente a identidade de causas de pedir.
86. A invocada alteração legislativa, sem ser renovado o procedimento e serem celebrados novos contratos com base no novo enquadramento legal (ou seja, sem ser invocada nova causa de pedir), não permite afastar o caso julgado e conhecer de novo de mérito quanto ao pedido de concessão de visto aos mesmos contratos a que já foi recusado por decisão transitada.
87. Com o devido respeito, discordamos do parecer do Ministério Público na parte em que invocando o disposto do artigo 100.º n.º 2, da LOPTC, conclui que por “identidade de razão” e “evidente paralelismo” com o regime dos processos de jurisdição voluntária “não estará vedado à entidade requerente submeter a fiscalização prévia o mesmo ou outro ato, logo que se encontrem expurgadas as ilegalidades que estiveram na origem do visto.”
88. Na situação prevista no citado n.º 2 do artigo 100.º da LOPTC, aplicável à fase de recurso, ainda não há trânsito da decisão de recusa.
89. E em relação ao paralelismo com o regime dos processos de jurisdição voluntária, trata-se de processos com regimes totalmente opostos.
90. O processo de fiscalização prévia rege-se por um critério de estrita legalidade, enquanto nos processos de jurisdição voluntária o Tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita.
91. Discorda-se ainda do mesmo parecer na parte em que defende que com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 88/2017, de 27 de junho, “ocorreu uma validação legal” das ilegalidades que fundamentaram a anterior recusa de visto, e conclui ser possível a renovação da instância.

92. Como já acima referimos, o invocado Decreto-Lei n.º 88/2017, não tem efeito retroativo, nem afasta o caso julgado formado com a recusa de visto.
93. E carece também de total fundamento a invocada violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da CRP.
94. A nova lei, não retroativa, não valida as ilegalidades em que se baseou a recusa de visto. Poderá apenas permitir novo procedimento e a celebração de novos contratos, no âmbito do novo quadro legal e a submissão dos mesmos a visto.
95. Termos em que improcedem na totalidade as conclusões do recurso, impondo-se a confirmação da decisão recorrida.

IV– DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em negar provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

São devidos emolumentos legais, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

Lisboa, 10 de julho de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, relator)

(Fernando José Oliveira Silva)

(Maria dos Anjos Nunes Capote)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
