

TRIBUNAL DE CONTAS DE MACAU

Processos n.º 1 175 a 1 177/A/93
Rec.º n.º 8/C/93

Acordam no Tribunal de Contas de Macau

1. Por despacho de 19 de Março do ano em curso, o Excelentíssimo Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas autorizou a abertura de concurso comum de acesso, documental, condicionado aos funcionários da DSSOPT, tendo em vista o preenchimento de três (3) lugares de oficial administrativo principal, 1.º escalão, da carreira administrativa, do quadro da Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes.

Proposta a nomeação definitiva, por promoção, dos candidatos classificados nos três primeiros lugares — *Odete Castro Correia Niza Jacinto, Geraldina Maria dos Santos Sapage e Francisco Y Alves* — o mesmo Excelentíssimo Secretário-Adjunto veio a autorizá-la mediante despacho, que assinou com data de 29 de Junho último (cfr. fs. 4).

Submetido o expediente ao veredicto do Tribunal de Contas, o senhor juiz de turno, através de decisão de 29 de Julho, *recusou o visto*, fundamentando-se em que a Administração, no caso concreto, deu por aberto o referido concurso sem que todos os lugares do quadro em apreço tivessem sido preenchidos ou, não o tendo sido, sem que considerasse inoportuno ocupá-los (fs. 10 a 13).

Inconformado com o assim decidido veio o director dos respectivos Serviços dele interpor recurso para o Tribunal colectivo, o que fez sob a cobertura do estatuído nas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.º 4, alínea *a*), da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto, 8.º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 18/92/M, de 2 de Março, 38.º, n.º 1, alínea *d*), do E.T.A.P.M. e 46.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 17/92/M, de 2 de Março.

2. Na decisão posta em crise o *M.º Juiz recorrido* apoia-se na seguinte ordem de razões:

— A Administração «não prova que as oitenta vagas estejam integralmente preenchidas, «embora admita» que não o estão»;

— «Não justifica a conveniência em não as preencher pois que o argumento — se não se recorreu ao concurso comum de acesso geral é porque não se considerou oportuno preenchê-las — equivale à ausência de justificação», pretendendo os Serviços, com este argumento, «retirar da lei uma presunção, porventura inilidível, onde ela não existe»;

— «Não podemos aceitar o conceito, meramente literal de poder discricionário que resulta da informação dos Serviços», pois «não é o uso do termo «pode» em vez de «deve» pelo legislador que confere um poder discricionário, amplo, aos Serviços ou à tutela», já que o poder discricionário se mede «pelas alternativas que a lei coloca ao dispor da Administração para, através da prática de actos autorizados, prosseguir o interesse público», sendo certo que, perante o texto da lei, «não pode... falar-se em poder discricionário da Administração pois que à expressão invocada pelos Serviços «pode ser aberto» o legislador acrescentou em cada uma das alíneas o termo «quan-

do», sendo o «quando» «a fixação dos pressupostos» para abertura de concurso condicionado»;

— Como assim, o concurso condicionado só pode ser aberto *quando* todos os lugares se encontrem preenchidos, ou existindo vagas, não se considere oportuno ocupá-los.

Por seu turno a entidade *recorrente* argumenta assim (fs. 16 a 19):

— «Parece-nos irrelevante o conhecimento da existência ou não de vagas para efeitos do concurso em apreço, uma vez que se trata de um concurso comum de acesso condicionado e que... a coberto do mesmo apenas se pretende assegurar o direito à progressão na carreira que assiste a funcionários do Serviço, integrados numa carreira de dotação global...»;

— «A fundamentação da não oportunidade da abertura de concurso a funcionários de outros Serviços... não carece de ser demonstrada em sede de Tribunal de Contas», não só por razões ligadas à natureza do visto, mas também porque, «tratando-se do exercício de um poder discricionário conferido à Administração, reveste-se tal discricionariedade... de características que a configuram como meramente administrativa», não competindo ao Tribunal de Contas «apreciar o mérito de tal opção da Administração»;

— «A douta decisão... recorrida ao recusar o visto por não se encontrar demonstrada a inexistência de vagas no quadro e, sobretudo, por não se encontrar fundamentada a não oportunidade de preenchimento de eventuais vagas existentes naquele... ultrapassou o que, no caso em apreço, lhe era exigível, pretendendo ver demonstrados factos que os Serviços não estão obrigados a provar, logo o visto não deveria ter sido recusado com tal fundamento».

Solicitada informação sobre o mérito do pedido ao *Serviço de Apoio Técnico do Tribunal* (artigo 51.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/92/M), a assessora, Dr.ª Virgínia Silva, em lúcido e muito bem elaborado parecer, opinou no sentido da procedência do recurso, alinhando as seguintes conclusões:

— «... é nosso entendimento que ao Tribunal de Contas não compete, em sede de concessão ou recusa de visto, apreciar outros que não os aspectos exteriores ou aparentes do acto administrativo»;

— Ao contrário do decidido, que, com base em determinada interpretação da letra da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 49.º do E.T.A.P.M., negou carácter discricionário aos actos objecto de recusa do visto, «temos para nós que se está em presença do exercício de um poder de escolha, legalmente atribuído aos Serviços da Administração», conclusão a que facilmente se chega se ultrapassarmos a mera expressão legal, «pode ser aberto», e nos ativermos «ao restante teor da norma em questão»;

— «Na medida em que se esteja perante um acto praticado no exercício de poder discricionário, a apreciação dos aspectos não vinculados do mesmo não cabem na verificação da legalidade em sede de visto. A sede própria é, em nosso entender, a instância administrativa. A fiscalização prévia do acto, a cargo do Tribunal de Contas, cingir-se-á aos aspectos vinculados do acto, à estrita conformidade deste com a lei. Consequentemente não

somos de opinião que o órgão administrativo tenha de justificar de facto a escolha realizada. Aliás, a lei não o exige limitando-se a remeter tal opção para um critério de oportunidade».

O M.º P.º, citado para contra-alegar (artigo 51.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 18/92/M), fê-lo do seguinte modo:

— «A fiscalização prévia exercida através da concessão ou recusa do «visto» traduz-se na verificação da conformidade dos actos a ela sujeitos com as Leis em vigor e na análise da cabimentação orçamental;

— A função de fiscalização da legalidade dos actos submetidos à apreciação do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia tem natureza judicial;

— Ao examinar e visar os actos que lhe são apresentados o Tribunal de Contas exerce uma competência verdadeiramente jurisdiccional, sendo que o «visto» tem também carácter jurisdiccional;

— A submissão de um acto administrativo ao «visto» é um requisito da sua validade e a concessão deste um requisito da sua eficácia;

— Em sede de fiscalização prévia, ao Tribunal de Contas compete apreciar a legalidade do acto administrativo, tarefa que se traduz em indagar se são próprias e estão correctamente invocadas as disposições legais em que se apoia;

— No entanto, tais poderes não são ilimitados, não devendo o Tribunal de Contas alargar a sua apreciação a esferas que excedem a sua competência;

— Pelo que, o Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia apenas deverá proceder ao controlo externo da legalidade, sendo-lhe vedado o conhecimento de todos os vícios, porventura, verificados, sob pena de se imiscuir em matérias, cuja apreciação deve ter lugar em sede de contencioso administrativo;

— Nos termos do artigo 47.º do E.T.A.P.M., aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, o concurso é o processo normal e obrigatório de recrutamento e selecção de pessoal para ingresso e acesso nas carreiras;

— Os Serviços, ora recorrentes, apelaram ao concurso comum de acesso condicionado como forma de preencher três lugares de oficial administrativo principal, 1.º escalão, da carreira administrativa do quadro daquela Direcção;

— Recusar o «visto» com base na ausência de fundamentação da inoportunidade do preenchimento das vagas (cfr. artigo 49.º, n.º 3, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro) constitui uma decisão que excede a esfera de poderes cometidos ao Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia;

— Tais poderes devem-se esgotar no conhecimento da observância das formalidades legais essenciais pertinentes aos concursos, excluindo-se aquelas cuja omissão ou insuficiência devam ser objecto de impugnação contenciosa autónoma;

— A Lei é sempre um meio de valorar interesses e uma forma de intervenção do Estado para atingir os seus objectivos; esta asserção adequa-se inteiramente ao ramo do Direito Administrativo;

— O intérprete da Lei, em sede da sua aplicação, não deve limitar-se a simples operações lógicas, mas relevar sempre a necessidade de efectuar complexas apreciações de interesses;

— Tal tarefa interpretativa não deixará de captar o princípio da mobilidade dos recursos humanos na Função Pública, princípio esse que visa o aproveitamento racional dos efectivos;

— A DSSOPT, ora recorrente, ao actuar como se referiu, fê-lo com o intuito de melhor aproveitar o potencial humano de que dispõe;

— A regra contida no artigo 49.º, n.º 3, «maxime» na expressão «pode ser aberto», faculta à Administração a utilização de um poder discricionário, o qual se traduziu na utilização de modos de acção e de agir que se adequam ao fim querido pelo complexo normativo que estrutura e disciplina o exercício da função pública;

— Tal conduta não se confunde com qualquer atitude arbitrária ou outra sem suporte legal;

— O acto administrativo submetido a «visto» não enferma de quaisquer vícios que impliquem a sua inexistência ou invalidade e, nomeadamente, não está ferido de incompetência, violação de lei, ausência de forma e desvio de poder.

E, concluindo, acaba por reconhecer que «nenhuma razão legal ou fáctica pode impedir a recusa do «visto» no caso em apreço».

3. O recurso dirigido ao Tribunal competente, pelo meio adequado e no prazo legal (artigos 10.º, n.º 5, alínea a), da Lei n.º 112/91, e 46.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, e n.º 48.º, estes do Decreto-Lei n.º 18/92/M).

O recorrente é parte legítima (artigo 49.º, n.º 1, alínea c), ainda do mencionado Decreto-Lei n.º 18/92/M).

Não há excepções, nulidades ou irregularidades que cumpra apreciar e que possam impedir o conhecimento do mérito do recurso.

Corridos os vistos legais há que conhecer.

4. Para um devido enquadramento da matéria sujeita a recurso interessa saber qual o apoio que nos fornece o Direito.

O ingresso de funcionários nos quadros da Administração de Macau obedece a princípios que o legislador vazou para o complexo de normas que começa no artigo 46.º do E.T.A.P.M., aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro.

O procedimento respectivo inicia-se com o *recrutamento*, que é definido como o conjunto de acções destinadas a pôr à disposição dos serviços os meios humanos necessários ao preenchimento dos respectivos quadros (artigo 46.º, n.º 1), a que se segue a *selecção* que abrange o complexo de operações, inseridas no processo de recrutamento, que têm por objectivo avaliar as aptidões, capacidades e qualificações dos candidatos, escalonando-os face aos requisitos e exigências das funções a desempenhar (artigo 46.º, n.º 2).¹

¹ Marcello Caetano chama *recrutamento* ao «modo de selecção dos indivíduos a prover nos lugares». (*op. cit. II*, 661).

O recrutamento e selecção fazem-se, em regra, através de *concurso* (artigo 47.º, n.º 1)², que poderá assumir a forma *comum* (documental ou por prestação de provas e para vagas existentes no momento da sua abertura ou para as que vierem a ocorrer durante o período da sua validade) ou a forma *especial* (para constituição de reservas de recrutamento, independentemente da existência de vagas) — artigo 48.º, n.º 1 e 4.

O concurso comum, por seu turno, pode ser de *ingresso* (para preenchimento de lugares de ingresso) ou de *acesso* (para preenchimento de lugares de acesso), e este ainda poderá ser *geral* (aberto a todos os funcionários) ou *condicionado* (circunscrito aos funcionários de um serviço) — artigo 48.º, n.º 2 e 3.

Diz-se que um serviço assenta em *carreiras com dotação global* quando se não indica o número de unidades orgânicas que integram cada uma das categorias funcionais, indicando-se apenas o número total de elementos fixados para essas mesmas carreiras (tomando o caso específico do Tribunal de Contas, a carreira de contador-verificador seria com dotação global se, em vez de se indicarem 2 principais, 2 de 1.ª classe, 2 de 2.ª classe, e 4 auxiliares, se indicasse simplesmente: contador-verificador: 10).

O concurso de *acesso para carreira com dotação global* pode ser aberto ou só para os funcionários do respectivo serviço inseridos na carreira (quando todos os lugares se encontrem preenchidos ou, existindo vagas, não for julgado oportuno preenchê-las) ou para *todos* os funcionários em geral — os do respectivo serviço, inseridos na carreira, e os de outros serviços (quando existam lugares vagos que se querem preencher) — artigo 49.º, n.º 3.

A Administração, ao receber da lei atribuições dirigidas à satisfação do interesse público, colhe dela concomitantemente a competência para as prosseguir.

Se o legislador chama a si também o encargo de fixar na lei o modo, a forma e o tempo de agir da Administração com vista a tais finalidades, isto é, se a lei é *precisa* nessa regulamentação, o órgão administrativo fica sujeito ao figurino que o legislador definiu.

Diz-se então que a Administração, só podendo fazer uso de poderes vinculados, só *actos vinculados* igualmente pode produzir.³

Aqui «trata-se de aplicar a um caso concreto a vontade objectivada na lei, vontade de que o órgão administrativo foi mero instrumento».⁴

Se, porém, esse mesmo legislador entende que, sendo a Administração quem tem o encargo de cumprir as obrigações que a lei lhe comete, ela melhor saberá ajuizar sobre o modo, a forma e o tempo de o fazer, então apenas lhe oferece opções

alternativas, deixando ao seu critério seleccionar, dentre elas, a que melhor se adequar à realização dos fins a prosseguir.

Aí, perante a *imprecisão* da lei ao regulamentar a conduta do órgão administrativo, a Administração pode fazer uso de poderes livres, praticando *actos discricionários*.⁵

A discricionariedade nunca se expande até ao absoluto.

A Administração, ao receber da lei um poder discricionário para cumprir determinadas atribuições, tem que *adequar* o seu uso, isto é, o seu critério de escolha, ao *fim público* a que o acto se destina, respeitando princípios de *igualdade* (tratamento igual de situações iguais — artigo 13.º da C.R.P.), *proporcionalidade* (proibição do sacrifício excessivo dos interesses e direitos particulares — artigo 18.º, n.º 2, da C.R.P.), *justiça* (harmonização do interesse público com o particular) e *imparcialidade* (isenção na acção).⁶

Estes são, pois, desde logo, os *limites* fixados à actuação livre da Administração e que constroem essa sua liberdade.

Por outro lado, o legislador, ao cometer competências ao titular do poder, estabelece sempre na norma atributiva *específicos limites*, mais ou menos apertados, à sua conduta.

É assim que o órgão administrativo, ao praticar o acto discricionário, terá que ter presentes, por um lado as balizas que a lei no caso concreto lhe fixe, e por outro os princípios-padrão impostos genericamente pelos textos constitucionais ou outros de igual força.⁷

Respeitadas estas condicionantes a Administração fica a dispor do espaço de liberdade para fazer uso do seu poder discricionário.

Será ela própria quem vai então, *em seu critério*, fazer a opção perante as alternativas possíveis que se lhe apresentam, constituindo a solução encontrada aquela que, a partir daí, mais se adequa à situação em apreço.⁸

⁵ «Aqui a lei não vincula a actuação da Administração Pública. A Administração tem liberdade de decisão.» (Freitas do Amaral, *op. cit.*, II, 109).

«O poder será discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere.» (Marcello Caetano, *op. cit.*, I, 214).

A *discricionariedade* «consiste, pois, na liberdade conferida pela lei a um órgão administrativo para que este escolha, de entre uma série limitada ou ilimitada de comportamentos possíveis, aquele que lhe pareça em concreto mais adequado à satisfação da necessidade pública específica prevista na lei.» (Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, I, 242).

⁶ Artigo 266.º, n.º 2, da C.R.P.

«Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.»

⁷ É por isso que Marcello Caetano diz que «não há actos discricionários, existem apenas actos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados». (*op. cit.*, I, 485).

⁸ «É, portanto, absolutamente irrelevante, em sede de legalidade, que se venha a demonstrar que o comportamento escolhido não só não era, no caso concreto, o mais idóneo para a prossecução do interesse público, como era até, o menos adequado a esse efeito.

Para o legislador a escolha feita pela Administração é, sempre *objectivamente boa*, contanto que, *subjectivamente fosse a melhor*; por isso é que ... aos tribunais não é dado controlar a adequabilidade relativa de cada um dos comportamentos possíveis ao interesse público.» (Mário Esteves de Oliveira, *op. cit.*, 255).

² Não será assim se houver norma específica que o afaste (artigo 47.º, n.º 2).

³ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I, 486.

⁴ «O poder é vinculado na medida em que o seu exercício está regulado por lei.» (Marcello Caetano, *op. cit.*, I, 214).

Em tais situações a «lei regula em todos os aspectos aquilo que a Administração deve fazer». (Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, II, 107).

«No poder discricionário qualquer dos comportamentos por que o agente opte é legal, enquanto que a interpretação só pode conduzir a um sentido ou comportamento — o que for querido pelo legislador ou pela lei...

... A posição a assumir sobre esta questão é efectivamente um problema de interpretação da lei: em relação a certas noções como as de interesse, utilidade ou bem público, necessidade, conveniência, oportunidade e outras semelhantes, não pode, curialmente, negar-se que a sua utilização é significado da atribuição dum poder discricionário à Administração, não devendo o Tribunal controlar os actos da Administração...

... Nos restantes casos, quer se apure, indubitavelmente, que a lei não quis conferir um poder discricionário à Administração, quer subsista a dúvida de qual a verdadeira intenção do legislador, deve optar-se pela posição contrária: assim o exige, além do mais, a garantia constitucional da sujeição ao controlo jurisdiccional de todos os actos administrativos ilegais». ⁹

E conclui-se: «O Tribunal não pode, portanto, sob pena de invasão da esfera de funções materialmente administrativas, substituir o juízo discricionário do órgão administrativo pelo seu próprio juízo sobre a adequabilidade relativa de cada um dos comportamentos à realização do fim legal.» ¹⁰

A mesma regra é sufragada por Freitas do Amaral, quando nos testemunha que, fazendo-se o controlo do exercício do poder discricionário com base no mérito e na legalidade, só esta última (que incide sobre a conformidade ou não dos aspectos vinculados do acto com a lei que se lhe aplica) é susceptível de apreciação pelos Tribunais (administrativos), que não o primeiro (que recai sobre a conveniência ou oportunidade que está na base das decisões da Administração). ¹¹

*

Segundo o artigo 211.º da C.R.P. há várias categorias de Tribunais, nomeadamente *Tribunais Administrativos e Fiscais* e o *Tribunal de Contas*, categorias que a Lei de Bases (Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto) igualmente contempla para Macau (cfr. artigos 5.º, 9.º e 10.º).

Os Tribunais Administrativos dirimem litígios emergentes das *relações jurídico-administrativas* (no Território também as de natureza fiscal e aduaneira) estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares.

«Esta qualificação transporta duas dimensões caracterizadoras: 1 — as acções e recursos incidem sobre relações jurídicas em que, pelo menos, um dos sujeitos é titular, funcionário ou agente de um órgão de poder público (especialmente da Administração); 2 — as relações jurídicas controvertidas são reguladas, sob o ponto de vista material, pelo direito administrativo ou fiscal» (ou aduaneiro, acrescentamos nós para o caso de Macau). «Em termos negativos, isto significa que não estão aqui em causa litígios de natureza «privada» ou «jurídico-civil». Em termos positivos, um litígio emergente de relações jurídico-

-administrativas e fiscais (ou aduaneiras) será uma controvérsia sobre relações jurídicas disciplinadas por normas de direito administrativo e/ou fiscal» (ou aduaneiro). ¹²

Os *Tribunais de Contas*, por seu turno, são órgãos de administração da justiça cuja jurisdição se circunscreve à área financeira.

Consoante a filosofia que preside à criação de tais órgãos assim lhes são atribuídas as respectivas competências, umas de *carácter intrínseco ou principal* (fiscalização prévia de actos e contratos geradores de despesas; fiscalização sucessiva por meio de actos de mera apreciação — v.g. Parecer sobre as Contas Gerais; por actos de verificação de contas — v.g. auditorias aos serviços; por julgamento propriamente dito de contas; por aplicação de sanções; etc.); porventura outras de *feição extrínseca, complementar ou instrumental* (para gestão interna do departamento — v.g., aprovando regulamentos ou preparando o plano anual de actividades; para regularização de procedimentos — v.g., dirigindo instruções aos serviços; para dar notícia pública da sua acção — v.g., elaborando relatórios anuais, etc.).

Considerando o caso específico de Macau, o artigo 6.º da Lei de Bases (Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto) fixou para o Território um quadro judiciário constituído por Tribunais de 1.ª instância, pelo Tribunal de Contas e pelo Tribunal Superior de Justiça, funcionando este último como Tribunal de 2.ª instância e como Tribunal de revista.

Quanto ao Tribunal de Contas atribuiu-lhe a lei jurisdição e poderes de controlo financeiro (artigo 10.º, n.º 1), cabendo-lhe, entre outras tarefas, e funcionando como tribunal singular, julgar sobre a concessão ou recusa de visto de processos de fiscalização prévia [mesmo artigo 10.º, n.º 4, alínea a)].

Estão sujeitos a visto do Tribunal de Contas as situações respeitantes a pessoal consignadas no artigo 38.º do E.T.A.P.M., assim como as que se reportam a despesas com obras e aquisição de bens e serviços incluídas no Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 30/89/M, de 15 de Maio.

A *fiscalização prévia* cometida ao Tribunal de Contas exerce-se através da *concessão* ou *recusa de visto*, perseguindo duas finalidades:

— Verificação sobre se os actos ou contratos sujeitos a fiscalização estão *conformes* com as leis em vigor (*fiscalização da legalidade*);

— Verificação sobre se os respectivos encargos *cabem* em verba orçamental própria (*fiscalização do cabimento*).

A *fiscalização da legalidade* «deve ser aferida de acordo com o princípio da legalidade nos termos do qual a Administração não só não deve contrariar as normas em vigor como, mais do que isso, toda a sua actuação se deve fundar nelas». ¹³

Por outro lado, tal fiscalização comporta ainda «o cumprimento das disposições legais que, em relação a um acto ou contrato,

⁹ Mário Esteves de Oliveira, *op. cit.*, 246.

¹⁰ *Idem*, pág. 255.

¹¹ *Op. cit.*, II, 151 a 163.

¹² Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., 815, em anot. ao artigo 214.º

¹³ José Tavares e Lídio de Magalhães, *Tribunal de Contas*, 72.

disciplinam a própria despesa (na sua autorização, realização ou pagamento).¹⁴

Isto é: a fiscalização da legalidade compreende:

— O saber se a Administração actuou de acordo com as leis;

— O saber se a Administração, num acto ou contrato, em concreto, cumpriu a lei no que toca ao processamento da respectiva despesa.

Mantém-se acesa, a vários níveis, a discussão sobre o perfil jurídico assumido pelos Tribunais de Contas nos territórios que os elegeram como órgãos de controlo financeiro.¹⁵

Aqui quedar-nos-emos em outras questões, próximas dessa, e desde logo por aquela que se circunscreve à indagação da natureza jurídica do «visto» que o Tribunal é chamado a produzir nas situações expressamente consignadas na lei.

Na República a Doutrina está dividida: de um lado posicionam-se os que vêm no pronunciamento do Tribunal em matéria de visto uma verdadeira decisão jurisdicional (assim Águedo de Oliveira¹⁶; Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁷ e Guilherme de Oliveira Martins^{18,19}; do outro alinham-se os que lhe retiram esse carácter, considerando-o um acto meramente administrativo, produzido no uso de uma simples jurisdição graciosa do Tribunal (têm uma visão deste tipo, entre outros, Marcello Caetano²⁰, Pinheiro Farinha²¹, Teixeira Ribeiro²², Braz Teixeira²³ e a Procuradoria-Geral da República²⁴).

¹⁴ Idem, pág. 72.

¹⁵ Há quem entenda, com efeito, que, mesmo quando o processo corre sem litígio, como no caso do visto, o Tribunal de Contas se assume sempre como órgão jurisdicional. Outros, porém, advogam que isso só acontece quando julga contas, aplica sanções ou efectiva a responsabilidade financeira. Outros ainda, que qualquer que seja a matéria sobre que se debruça, o Tribunal de Contas nunca adquire essa qualidade (cfr., a propósito, Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, I, 466).

¹⁶ *A Fiscalização Financeira Preventiva no Direito Português*, Lisboa, 1959, págs. 69 e ss.

¹⁷ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., págs. 818 e 819.

¹⁸ *Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, Lisboa, 1984/185, II, págs. 351 e ss.

¹⁹ Ainda há bem pouco tempo o Tribunal Constitucional tirou o seguinte acórdão (n.º 239/90, de 4 de Julho, *BMJ* 399-551):

«No actual quadro constitucional, o Tribunal de Contas é um autêntico Tribunal, contando-se entre as suas competências a fiscalização da legalidade das despesas públicas, que é exercida *a priori*, através do visto... e se destina a averiguar se os documentos que envolvem despesas para o Estado estão conformes às leis em vigor e se as despesas que eles originam têm cabimento nos créditos orçamentais.

O visto é, assim, uma decisão proferida no exercício de uma competência que a própria Constituição atribui ao Tribunal de Contas e isto é quanto basta para se dever concluir que, seja qual for, em definitivo, a verdadeira natureza do visto (jurisdicional ou administrativa), ele é uma verdadeira decisão dos tribunais para os efeitos do disposto no artigo 280.º da Constituição, ou seja, para o efeito de se poder interpor dela um recurso de constitucionalidade.»

²⁰ *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., I, págs. 288, 289, 525 a 529.

²¹ *O Tribunal de Contas na Administração Portuguesa, Democracia e Liberdade*, pág. 11.

²² *Lições de Finanças Públicas*, págs. 121 e 122, nota.

²³ *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, págs. 194 a 196.

²⁴ *Par. de 16.06.77, BMJ*, 277-53.

O Prof. Sousa Franco, com a autoridade que lhe cabe na matéria, é nitidamente pelo carácter jurisdicional da decisão sobre o visto quando escreve:

«Parece-nos que, de acordo aliás com a jurisprudência do Tribunal... constitui um verdadeiro acto jurisdicional. Ele existe um processo no qual se aplica o direito a uma situação que o legislador, por natureza, considera controvertida: de facto é simultaneamente como garantia de legalidade financeira e como presunção de controvérsia relativamente aos actos tipicamente sujeitos à fiscalização preventiva que o processo se desencadeia e se desenvolve... constituindo caso julgado, ao menos formal, relativamente ao acto apreciado, e, parece-nos, caso julgado material pois o mesmo acto não pode ser sujeito a nova apreciação embora outro acto possa incidir sobre a mesma situação jurídica.»²⁵

A concessão ou recusa de visto, materializa-se numa decisão proferida por um juiz (no caso de Macau cfr. os artigos 3.º, 8.º, 15.º, n.º 2, e 30.º, todos do Decreto-Lei n.º 18/92/M, de 2 de Março).

Interessa, assim, também, saber o que pensam os operadores do Direito sobre o valor e feição jurídica desse acto decisório relativamente ao acto administrativo que lhe está na base.

A Jurisprudência tem reconduzido o visto a uma mera condição de eficácia do acto administrativo, não aceitando que o seja ou que também o seja de validade.

Assim o disse, por exemplo, nos Acs. do S.T.A., de 14 de Janeiro de 1965 (caso Almerindo Lessa), de 13 de Janeiro de 1966 (caso Natércia Ribeiro) e de 17 de Março de 1977 (caso Jorge Ramos).²⁶

²⁵ *Tribunal de Contas*, de José Tavares e Lídio de Magalhães, *Prefácio*, págs. 36 e 37.

²⁶ *Ac. do S.T.A., de 14.01.65, in Acs. Dout., IV, n.º 40, págs. 576 e 577* (reportando-se ao artigo 26.º do D.L. n.º 22 257, de 22.02.33, que preceituava que a recusa de visto pelo Tribunal de Contas importava a anulação do respectivo diploma):

«Importa saber de que «anulação» se trata neste preceito.

A do acto em si? Mas ele pode, sem ser ferido de nulidade, não estar apto a receber o visto por meras razões de ordem financeira, tais como a falta de verba — ou de cabimento nesta.

Na verdade, o visto do Tribunal de Contas não pode ter o efeito — menos, ainda, o fim — de definir com sinal de certeza a pura legalidade do acto.

A ser assim, estariam excluídos os recursos contenciosos em toda uma longa sucessão de actos a que fora concedido o visto do Tribunal de Contas.

E é sabido que o contrário se verifica.

Isso permite definir o âmbito e efeitos do visto em questão, sendo dado afirmar-se que a sua recusa — como a sua eventual concessão — não têm projecção relevante no que respeita à legalidade do acto em si, nem consequentemente em relação a contenciosa recorribilidade.

O que se conclui é que a concessão de visto assegura a eficácia — como a sua recusa determina a ineficácia — do acto sujeito à verificação do Tribunal de Contas.

O mesmo será que dizer que — tal como a concessão de visto não obstará à discussão contenciosa da validade do acto — também a sua recusa não implica — de per si — a sua invalidade.»

Ac. do S.T.A., de 13.01.66, in Acs. Dout., V, n.º 56/57, págs. 1150 e 1151:

«Ora, como se sabe, o visto do Tribunal de Contas constitui um requisito de executoriedade, embora, não tenha o carácter constitutivo, pois se limita a verificar a regularidade jurídica e orçamental do acto produtor da despesa pública.

Na realidade, e para recusar o visto, o Tribunal de Contas limita-se a exercer o controlo da legalidade da despesa e da regularidade do acto que lhe deu origem, na medida em que aquela não possa ser apreciada independentemente desta.

A Doutrina está significativamente repartida.

Para Marcello Caetano «a submissão ao visto é um requisito de validade do acto quando este não esteja perfeito por lhe faltarem ainda outros requisitos, como a publicação; a natureza do visto, um controlo que é requisito de eficácia. Sem visto o acto é ilegal; o visto permite ao acto produzir os seus efeitos assim como a respectiva recusa o torna ineficaz».²⁷

Na perspectiva de Freitas do Amaral o Tribunal de Contas quando é chamado a pronunciar-se em matéria de visto «intervém numa dupla perspectiva: a perspectiva da legalidade administrativa e a perspectiva da regularidade financeira. Por exemplo, no acto de nomeação de um funcionário público, o Tribunal de Contas vai primeiro examinar se, do ponto de vista do Direito Administrativo, não foi cometida nenhuma ilegalidade, isto é, se a pessoa nomeada tem as condições legais para ocupar um cargo público, se apresentou os documentos necessários, se não houve na sua nomeação nenhum vício de natureza administrativa; e, em segundo lugar, examina se no Orçamento está inscrita uma verba através da qual se possa fazer a despesa correspondente (vencimento, abonos, etc.), se a despesa a fazer, em função das já realizadas ao abrigo da mesma verba, ainda tem cabimento, etc.».²⁸

Subscvem também a tese da *condição de eficácia* atribuída ao visto, entre outros, Teixeira Ribeiro²⁹, Pinheiro Farinha³⁰, Braz Teixeira³¹ e a Procuradoria-Geral da República.³²

Era igualmente por aí que ia o D.L. n.º 146-C/80, de 22 de

Por isso a *recusa do visto* torna simplesmente ineficaz o acto da Administração que haja sido submetido ao seu exame; ou seja, faz com que esse acto fique *sem efeito*...

...Assim sendo, óbvio se torna que a *recusa do visto* não afecta de qualquer modo a *validade* do acto administrativo que lhe esteja na base, cuja legalidade, por tal razão, não é posta em causa.

Apenas lhe retira força executória.

Por outro lado, a apreciação dos actos da Administração feita por aquele Tribunal não lhes assegura *legalidade*, a não ser quanto ao respectivo ordenamento financeiro, já que e posteriormente ao visto, sempre poderão vir a ser anulados os actos respectivos, mediante impugnação contenciosa».

Ac. do S.T.A., de 17.03.77, in Acs. Dout., XVI, n.º 186, pág. 431:

«Tal visto, de natureza preventiva, assegura a legalidade financeira da despesa, objecto do acto visado, nomeadamente no tocante ao cabimento da verba, tal como esse acto se apresenta no Tribunal.

A apreciação da legalidade financeira pressupõe um juízo sobre a validade do acto, muito embora aquele juízo não contenda com a sindicabilidade contenciosa do referido acto.

Pode, assim, dizer-se que, embora a legalidade do acto constitua pressuposto do visto prévio, tal não quer dizer, de modo algum, que o Tribunal de Contas decida *definitivamente* sobre aquela legalidade.

O acto, que mereça o visto e seja publicado, adquire, todavia e de qualquer forma, eficácia em jeito de *exequatur*...».

Em anotação ao Ac. do S.T.A., de 14.01.65, escreveu-se:

«Estão fixadas a Jurisprudência e a Doutrina no sentido de que o visto do Tribunal de Contas, quando exigido por lei, é uma condição de *eficácia* do acto administrativo; a sua recusa faz com que o acto fique sem efeito...».

²⁷ Op. cit., I, 528 e 529.

²⁸ Curso de Direito Administrativo, I, 291.

²⁹ Op. cit., 123.

³⁰ Op. cit., 42 e ss.

³¹ Op. cit., 197 e 198.

³² Parecer citado na nota 24.

Maio, que antecedeu a lei reformuladora do Tribunal de Contas da República (n.º 86/89, de 8 de Setembro).³³

Em oposição a esta corrente – considerando que o visto será uma *condição de validade* do acto a que respeita, pelo que a sua recusa importará anulação – contam-se, entre outros, Sousa Franco³⁴, Guilherme de Oliveira Martins³⁵ e de alguma maneira Sérvulo Correia.³⁶

O Prof. Sousa Franco avança que «a *recusa do visto* representa uma declaração jurisdicional da ilegalidade (genérica – por contrariar a lei – ou específica – por contrariar o orçamento) do acto (o acto de autorização, note-se bem, e não acto posterior)», apreciando assim «um acto verdadeiro e próprio... não um projecto de acto» e constituindo por isso «caso julgado material» determinante da «cessação *ex tunc* da generalidade dos efeitos do acto, mesmo os não financeiros, e a cessação *ex nunc* de todos os outros efeitos».

E conclui: «A *recusa do visto por mera inconveniência* (no caso do exame das minutas de contratos...), essa sim, determinará simples ineficácia, dado não resultar de um juízo negativo de legalidade — embora, nos seus efeitos, essa ineficácia seja assimilada à invalidade substancial dos restantes casos de actos examinados pelo Tribunal de Contas».³⁷

A Doutrina tem igualmente procurado indagar até onde vai a *fiscalização prévia do Tribunal de Contas*, querendo saber se o controlo *ex ante* se fica pelos *aspectos extrínsecos* do acto sujeito a fiscalização ou se absorve também os *aspectos intrínsecos* desse mesmo acto.

Para Marcello Caetano a concessão do visto não constitui «uma sentença sobre a legalidade do acto visado, o qual posteriormente pode ser impugnado contenciosamente, nem a recusa do visto significa sempre a verificação de uma ilegalidade material, podendo o acto apenas sofrer de irregularidade financeira (falta de verba orçamentada para suportar os encargos a que der lugar)...

... No caso do visto – afirma – não há dúvida de que o Tribunal de Contas não julga da legalidade do acto, a qual é tomada em consideração apenas como fundamento da concessão ou recusa do *exequatur*».³⁸

E noutro passo acrescenta ainda:

«O visto não assegura a legalidade do acto que pode poste-

³³ Artigo 20.º:

«A recusa do visto pelo Tribunal de Contas determina a ineficácia dos respectivos diplomas ou despachos».

³⁴ «...o acto da recusa de visto não apenas impossibilita o acto recusado de produzir efeitos, mas pode declarar a sua invalidade se os fundamentos da recusa a tal conduzirem». (Tribunal de Contas, de José Tavares e Lídio de Magalhães, Prefácio, pág. 37).

³⁵ Op. cit., 351 e ss.

³⁶ Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, 303 e 304.

³⁷ Finanças Públicas e Direito Financeiro, 1987, pág. 414 a 416 e 1988, reimpressão, 415.

³⁸ Op. cit., I, 528.

riormente ser anulado em recurso contencioso; apenas verifica do ponto de vista financeiro as suas condições de eficácia». ³⁹

«A submissão ao *visto* é um requisito de validade do acto e a concessão dele um requisito de eficácia». ⁴⁰

Sousa Franco diz que o fim e o critério da fiscalização preventiva se resumem a: «verificar a legalidade e o cabimento orçamental..., legalidade e cabimento que se podem incluir num conceito mais amplo de legalidade «tout court» (pois o cabimento orçamental é uma forma específica de legalidade, resultante da conformidade do acto, nos seus efeitos quantificados financeiros, quando for gerador de despesa, com o orçamento vigente que dá cobertura a esses efeitos)». ⁴¹

E embora a indagação da legalidade não se circunscreva ao direito financeiro — diz ainda o insigne Mestre — e possa «dar relevância a elementos de validade intrínseca de um acto, mesmo de direito privado, ou da validade desse acto no domínio do direito administrativo...» ⁴², não se pode esquecer que o Tribunal de Contas «não é um Tribunal Administrativo, não exerce actividade de contencioso administrativo nem julga acções administrativas... A sua actividade diferencia-se... por não dirimir litígios entre o Estado e os particulares levantados por estes como meio de garantia dos seus direitos e interesses legítimos, mas antes por dirimir litígios entre o Estado e os particulares suscitados, *ex officio* por imposição da lei ou por actuação do Ministério Público... arrancando de um intuito de proteger o interesse público, com verificação da responsabilidade de particulares, em regra conexos com o interesse público porque seus responsáveis de autoridade, funcionários, agentes, ou mesmo beneficiários de dinheiros públicos». ⁴³

Na Jurisprudência, e em acórdão muito recente proferido pelo Tribunal de Contas da República em processo do Tribunal Administrativo de Macau, entendeu-se que o juízo do Tribunal sobre a concessão ou recusa do visto deve determinar-se «por um critério de legalidade, no sentido de que apenas tem de averiguar se o acto ou contrato está conforme à generalidade das leis que lhe forem aplicáveis (legalidade genérica) e se a despesa respectiva tem cabimento orçamental (legalidade financeira)», ficando fora do visto «a posterior execução do acto ou mesmo qualquer outra conduta anterior que tenha decorrido à margem dele e não se repercuta no seu conteúdo». ⁴⁴

*

A fiscalização prévia, além do mais, e como se disse a seu tempo, verifica se os actos e contratos *estão conformes com as leis em vigor* (cfr., para Macau, o artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/92/M, de 2 de Março).

³⁹ *Manual ... I*, 289, nota.

⁴⁰ *Idem*, I, 289.

⁴¹ *Tribunal de Contas*, de José Tavares e Lídio de Magalhães, *Prefácio*, pág. 34.

⁴² *Idem*, pág. 35.

⁴³ *Idem*, pág. 30.

⁴⁴ in *Recurso n.º 1 MC/92*, de 9.03.93.

Esta referência leva-nos até ao acto administrativo que motivou o pedido de fiscalização apresentado ao Tribunal de Contas.

Os actos administrativos têm, pois, que conformar-se com a lei para poderem merecer veredicto positivo por banda daquele Tribunal.

Se há divergência entre as normas condicionadoras do acto e o próprio acto, este fica viciado, isto é, torna-se ilegal.

As sanções para a ilegalidade do acto administrativo são, no nosso Direito, de duas espécies:

— a *nulidade* (nulidade absoluta, que se equipara à inexistência jurídica);

— a *anulabilidade* (nulidade simples).

A primeira resulta da lei: será nulo e de nenhum efeito o acto que lei anterior considere como tal.

A nulidade poderá ser invocada a todo o tempo, e é susceptível de ser conhecida pela própria Administração. ⁴⁵

Enquanto a sanção da nulidade é a excepção em matéria de ilegalidade do acto administrativo a anulabilidade é a regra.

Isto é: sempre que o acto não seja inexistente ou a lei o não fulmine com a nulidade absoluta, torna-se o mesmo anulável.

A anulabilidade não pode, porém, ser declarada pela Administração, mas tão-só pelos Tribunais, e apenas dentro de certo prazo, mediante a interposição de recurso contencioso.

«Não sendo impugnada a sua validade dentro do prazo de recurso, não pode mais invocar-se a invalidade, por ataque directo ou em defesa, o que equivale à eliminação do vício, à conversão do acto viciado em acto são e ao desamparo dos direitos subjectivos ofendidos, uma vez que se verificou a caducidade do direito de acção que lhes respeita.» ^{46 47 48 49}

A lista definitiva dos candidatos admitidos ao concurso, uma vez publicada e não impugnada no prazo de 10 dias (artigo 59.º do E.T.A.P.M.), constitui «acto definitivo e executório quanto aos candidatos excluídos». ⁵⁰

⁴⁵ Cfr., para Portugal, os artigos 133.º e 134.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo D.L. n.º 442/91, de 15 de Novembro, quanto à nulidade do acto.

⁴⁶ Marcello Caetano, *Manual ... I*, 518.

⁴⁷ Cfr., para Portugal, os artigos 135.º e 136.º do Código de Procedimento Administrativo quanto à anulabilidade do acto.

⁴⁸ Cfr. *Assento n.º 1193*, de 24 de Março, do Tribunal de Contas da República, in *D.R. n.º 132, I série-B*, de 7.06.93:

«A ilegalidade da admissão a estágio da carreira técnica superior que implique anulabilidade, sanada pelo decurso do prazo do respectivo recurso contencioso, não pode fundamentar a recusa do visto à subsequente nomeação para a categoria base da carreira.»

⁴⁹ Cfr. Freitas do Amaral, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, 216: «o decurso do prazo para interposição do recurso contencioso sem que se haja verificado a impugnação do acto tem por consequência a sanção dos vícios que determinam a ilegalidade do mesmo, que deixam de poder ser jurisdicionalmente apreciados.»

Cfr. ainda mesmo Autor, *Direito Administrativo*, III, 324 a 330.

⁵⁰ Cfr. Marcello Caetano, *Manual ... II*, 663.

É de 2 meses o prazo para a interposição de recurso contencioso de anulação de actos definitivos e executórios praticados pelo Governador e Secretários-Adjuntos do território de Macau (cfr. primeiro os artigos 19.º, n.º 5, do E.O.M. e 28.º, n.º 1, do D.L. n.º 267/85, de 16 de Julho, publicado no *B.O.* n.º 52, de 29 de Dezembro de 1986, *ex vi* do disposto no D.L. n.º 220/86, de 7 de Agosto, e actualmente o artigo 16.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 112/91).

5. Senhores do quadro legal bem como das contribuições dadas pela Doutrina e pela Jurisprudência relativamente às questões abertas pelo recurso, há que proceder à respectiva aproximação.

Transportando para aqui a situação trazida ao julgamento do Tribunal colectivo recordaremos que a Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes, que na carreira de oficial administrativo dispõe de um quadro orgânico com uma dotação global de 80 unidades, (Mapa I, anexo ao Decreto-Lei n.º 38/90/M, de 16 de Julho), apoiando-se no preceituado na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 49.º do E.T.A.P.M., e sem que haja preenchido todos os lugares vagos desse quadro, decidiu abrir concurso de acesso condicionado aos funcionários do respectivo Serviço, permitindo assim que *Odete Castro Correia Niza Jacinto, Geraldina Maria dos Santos Sapage e Fransciso Y Alves* ascendessem, por promoção, a oficiais administrativos principais, 1.º escalão, da carreira administrativa, do quadro daquela Direcção-Geral.

O recorrente começa por sustentar que, no caso concreto, a Administração era livre de escolher o caminho que escolheu, pelo que a opção feita não enferma de qualquer ilegalidade.

Vejamos se tem razão.

Consoante resulta da lei (n.º 2 do artigo 49.º do E.T.A.P.M.) a inexistência de vagas nas carreiras com dotação global na Administração Pública não é impeditiva da realização de concursos de acesso.

Assim sendo, livre fica a Administração de os abrir ou não, desde logo lhe sendo oferecida uma primeira possibilidade de acção, traduzida na liberdade para definir *se e quando* o há-de fazer.

Se o fizer, inequívoco se mostra que a Administração mais não intenta do que pôr em movimento um poder cujo uso a lei deixou ao seu prudente critério, isto é, um poder discricionário.

Um poder discricionário quanto ao *desencadeamento do processo* em si e quanto ao *momento de actuação*.

Foi o que aconteceu no caso vertente.

Com efeito, através de um despacho do órgão superior de tutela — o Excelentíssimo Secretário-Adjunto da área —, autorizou-se, com indiscutível suporte legal, que a Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes abrisse concurso comum de acesso, para o preenchimento de três lugares de oficial administrativo principal, 1.º escalão, do quadro respectivo.

A Administração agiu, pois, neste primeiro momento, da forma livre que a lei lhe consentia, não havendo, portanto, e para já, nada de ilegal a apontar-lhe.

Num segundo momento, e sem que para dentro ou para fora de si própria se tivesse pronunciado explicitamente quanto à

oportunidade ou inoportunidade no preenchimento de vagas existentes na aludida carreira, a Administração decidiu-se pela modalidade do concurso de acesso condicionado.

Não enjeitamos que será por aqui e já neste segundo momento de opção que algumas questões poderão despontar.

O M.º juiz recorrido releva desde logo uma, qual seja a da necessidade de fundamentação da decisão dos Serviços de não preencherem as vagas existentes, antes de se lançarem num concurso de tipo condicionado.

Cremos, com todo o respeito, que sem razão.

Na realidade, afigura-se-nos incontestável que o reconhecimento da oportunidade ou inoportunidade no preenchimento de vagas existentes numa carreira com dotação global, como no caso em análise, constitui um acto interno da Administração, de feição discricionária, que entra necessariamente no processo de formação da vontade do órgão administrativo.

O que significa que a Administração, por um lado é livre de ajuizar dessa oportunidade ou inoportunidade, e por outro que não tem que se explicar, *para fora de si própria*, por que razão optou por esta ou por aquela alternativa.

São as regras da discricionariedade.

Assim, tendo-se decidido, no caso concreto, por um concurso de acesso condicionado, a Administração *quis dizer* que ao escolher tal modalidade não considerava oportuno preencher as vagas existentes.

Isto é: tratando-se, como se tratou, de um acto livre e não vinculado, a justificação da conduta da Administração estaria feita com a escolha do tipo de concurso, dispensando, assim, qualquer outra e mais explícita fundamentação.^{51 52}

Diremos mais e mais claramente: quer no primeiro, quer no segundo dos momentos apontados não só não havia na norma atributiva padrões ou regras que vinculassem o órgão administrativo a agir de determinada maneira (para além, naturalmente, daquelas que constituem sempre a parte vinculada do poder discricionário e que contendem com a competência do órgão executor e com a finalidade a prosseguir — e que no caso foram respeitadas), como também se não mostra ter a Administração, ao utilizar tais poderes, deixado de ter em conta as condicionantes que sempre acompanham o exercício de um poder desse tipo.

Isto é: a Administração, no caso concreto, tinha competência para agir como agiu (abrir o concurso), reconheceu ser a sua escolha (julgar inoportuno preencher previamente as vagas existentes) a mais adequada à realização dos fins que a lei lhe cometeu, não privilegiou quem quer que fosse em prejuízo de outrem, não sacrificou excessivamente interesses ou direitos individuais, não criou desarmonia entre o interesse público e o particular, não actuou com parcialidade.

⁵¹ Quanto ao problema de saber se e em que circunstâncias os actos produzidos no exercício de poderes discricionários carecem ou não de fundamentação, cfr., por exemplo, Osvaldo Gomes, *Fundamentação do Acto Administrativo*, 37 e ss.

⁵² Com interesse para a compreensão destas matérias pode ver-se também J. C. Vieira de Almeida, in *o Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, nomeadamente, págs. 110 e ss.

Respeitados que se mostram, assim, os limites impostos pela lei de atribuição de competência, bem como os princípios constitucionais da *adequação*, da *igualdade*, da *proporcionalidade*, da *justiça* e da *imparcialidade* — únicos limites ao exercício do poder discricionário —, há que concluir que o uso que dele fez a Administração no caso concreto foi correcto.

Afigura-se-nos, assim, pois, que até aqui a Administração não pecou.

E assim sendo parece-nos prejudicada a questão (prévia) de saber «se o concurso de acesso geral constitui regra geral e nessa medida deve sempre preceder o condicionado», já que é da competência dos Serviços escolher, de entre os dois tipos de concurso figurados pelo legislador, aquele que se mostrar mais adequado ao fim em vista.

Na verdade, aqui «a pedra de toque radica, naturalmente, na oportunidade do preenchimento das vagas existentes, o que só perante a situação é possível determinar. Só a partir de tal constatação os Serviços determinam a abertura de um daqueles concursos». (*mesmo Parecer*).

Tem, pois, razão o recorrente quando sustenta que a Administração, na situação concreta, ao abrir concurso de acesso condicionado, fez uso de poderes discricionários, não tendo que fundamentar a decisão que a levou a não julgar oportuno preencher as vagas existentes na carreira.

Mas mesmo que assim se não entendesse o recurso procederia por outras razões que o recorrente também invoca e que passaremos a apreciar.

Assentam essas razões, como se viu a seu tempo, na incompetência do Tribunal de Contas para se pronunciar sobre aspectos ligados à formação do acto administrativo que levou à intervenção deste Tribunal.

Aceita-se sem esforço — no que nos identificamos com alguma Doutrina respeitada — que os Tribunais de Contas, quando são chamados a pronunciar-se em sede de fiscalização prévia, não devam auto-excluir-se em absoluto da verificação sobre se a Administração, ao produzir o acto, se pautou pelo respeito da lei.

Isso seria abrir a porta a incontidos atropelos.

Mas tem que se ser comedido nessa verificação.

Com efeito, não pode af o Tribunal ir tão longe que, sem utilidade e pertinência para a fiscalização que lhe cabe fazer, se transforme num autêntico Tribunal Administrativo, invadindo assim domínios que a lei reserva ao respectivo contencioso.

Não pode, por exemplo, ir ao «interior» da Administração e sindicá-lo bom ou mau uso que ela fez de poderes discricionários, nomeadamente se ajuizou bem da oportunidade ou inoportunidade de uma opção assumida.

Pedindo-se ao Tribunal de Contas que ajufze da *legalidade financeira* do acto, seria inconcebível que, para o fazer, fosse além daquilo que, mesmo ao nível administrativo, se tivesse por razoável com vista à emissão de tal juízo, propondo-se «julgar» a Administração em matérias e domínios confiados ao controlo de outras instâncias.

No caso concreto, apurado que foi pelo Tribunal de Contas que a Administração, ao abrir o concurso de acesso condicionado, tinha competência para o fazer, que não se desviou ao abri-lo do fim visado pela lei e que respeitou os princípios constitucionais limitativos, fechado ficou o circuito de fiscalização do Tribunal, não lhe sendo consentido que prossiga na invasão da área dos Serviços, para ajuizar também se o acto que estes produziram está ou não intrinsecamente ferido de ilegalidade administrativa.

Não será essa, convenhamos, a vocação dos Tribunais de Contas.

Assiste também por af, pois, razão ao recorrente quando sustenta essa insindicação por banda do Tribunal de Contas.

Mas ainda que não lograssem vencimento as motivações que foram avançadas como fundamento do recurso, sempre seria de ponderar sobre os efeitos do silêncio mantido pelos interessados em relação a eventuais vícios na condução do processo de concurso.

Na verdade, mesmo dando por adquirido que a Administração se terá desviado nesse processo das regras da legalidade, estar-se-ia perante uma nulidade susceptível de sanção pela não impugnação atempada, uma vez que não há regra expressa que sancione mais severamente esse eventual desvio.

Como testemunham os autos encerrou-se o prazo de apresentação de candidaturas, o júri elaborou a lista definitiva a que deu publicidade através do *Boletim Oficial* (n.º 18, de 3 de Maio de 1993), enfim, cumpriu-se todo o ritualismo exigido pelos artigos 57.º e 58.º do E.T.A.P.M.

Apesar da ampla divulgação que foi dada à abertura do concurso não consta que alguém, eventualmente afastado dele, e portanto prejudicado, tenha reagido pelos meios legais, e dentro do prazo da lei (10 dias — artigo 59.º do mesmo E.T.A.P.M.), a qualquer ilegalidade porventura cometida no seu desenvolvimento.

Assim, a lista final dos candidatos passou a constituir, após publicação (em 3 de Maio de 1993, como se disse), *acto definitivo e executório*, susceptível de recurso contencioso através dos Tribunais Administrativos.

Ora esse recurso contencioso não foi desencadeado no prazo legalmente fixado para o efeito (2 meses — artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 112/91), ou seja, até 3 de Julho último, pelo que, a partir dessa data, actos eventualmente irregulares até af cometidos pela Administração no processo de concurso ficaram a valer como bons para a ordem jurídico-administrativa, livres, pois, de qualquer futura apreciação por banda dos Tribunais.

E isso já acontecia — diga-se — quando foram submetidas a visto em 29 de Julho do ano corrente as nomeações definitivas (promoção) a que se reportam os presentes autos.

Sendo assim, se os actos praticados pela Administração ganharam tal estatuto de bondade no âmbito administrativo, por sanção de possíveis irregularidades cometidas no processo de concurso, não seria curial que viéssemos agora ressuscitar esses vícios em outra jurisdição, precisamente naquela onde tais actos são tidos para fins *exclusivamente* financeiros.

Portanto, e em conclusão, não podemos mais hoje falar em irregularidades, que, a terem existido, se apagaram pelo decurso do tempo (falta de impugnação atempada).

Por esta razão também — acrescentamos agora nós — nada haveria a censurar, pelo que o visto seria de conceder.

6. Por tudo quanto exposto fica chega-se às seguintes conclusões:

— O acto pelo qual a Administração decide abrir concurso de acesso condicionado segundo critérios de oportunidade traz o exercício de um poder discricionário;

— Esse exercício não está sujeito à regra da fundamentação, ficando apenas limitado pelos aspectos vinculados constantes da norma atributiva e pelos princípios constitucionais da adequação, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade;

— O controlo feito pelo Tribunal de Contas em sede de visto tem por escopo a apreciação da legalidade financeira do acto sujeito à sua jurisdição e embora não postergue a análise da sua legalidade administrativa, só a faz se e enquanto a mesma for indispensável à apreciação da primeira;

— O controlo financeiro feito pelo Tribunal de Contas, em sede de visto, não pode invadir a área de competência dos Tribunais administrativos;

— Os vícios cometidos pela Administração no processo de concurso de ingresso ou acesso nas carreiras da Função Pública não ocasionam, em regra, inexistência ou nulidade insanável dos actos, mas apenas anulabilidade, que ficará sanada se não impugnada, no prazo legal, por via de recurso.

7. Por tudo quanto dito fica, o Tribunal de Contas de Macau, reunido em sessão colectiva, decide, na procedência do recurso, *anular a decisão* posta em crise neste processo e *conceder o visto* à promoção a oficial administrativo principal, 1.º escalão, da carreira administrativa, do quadro da Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes, dos funcionários *Odete Castro Correia Niza Jacinto, Geraldina Maria dos Santos Sapage e Francisco Y Alves*.

Sem custas (quanto ao recurso) por não serem devidas.

Registe e notifique.

*

Ao abrigo do preceituado no artigo 62.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 18/92/M, de 2 de Março, e dada a importância da matéria levantada no recurso, mais se decide ordenar a publicação do acórdão no *Boletim Oficial*.

Macau, 14 de Dezembro de 1993.

Manuel de Oliveira Leal-Henriques (relator). — *José Luís da Silva Teixeira* (com a seguinte declaração: entendo que a publicação em *B.O.* só deverá ser efectuada após o respectivo trânsito em julgado). — *José Luís Pinto Almeida* (com a declaração de voto anexa). — *Fu* presente, *José Alberto Varela Martins* (Procurador da República).

Declaração de voto

Voto o acórdão apenas pelo último dos fundamentos, ou seja, por o vício de falta de fundamentação conduzir tão-só à anulabilidade do acto que, dado não ter sido o mesmo impugnado contenciosamente dentro do prazo previsto na lei (dois meses), se sanou.

Não subscrevo os restantes fundamentos que suportam o acórdão por entender que:

1) A decisão de abrir concurso comum, de acesso, condicionado, mesmo no exercício de poderes discricionários e segundo critérios de oportunidade deve ser fundamentada como resulta, aliás, do disposto no n.º 1, alíneas *a*) e *b*) (designadamente esta última) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 23/85/M, de 23 de Março, que dispõem:

1) Para além dos casos em que a lei especialmente o exija devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente:

a) Nuguem, extingam, restrinjam ou, por qualquer modo, afectem direitos ou agravem deveres, encargos ou sanções;

b) Afectem, de igual modo, e no uso de poderes discricionários, interesses legalmente protegidos.

Ora, quando a Administração decidiu abrir um concurso de acesso condicionado aos funcionários do seu serviço e não estando integralmente preenchidas as vagas do quadro (com dotação global) restringiu o direito à carreira, consagrado no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 86/89/M, de 21 de Dezembro, dos restantes funcionários que reunissem os requisitos de promoção a oficial administrativo principal. E este direito, por força do princípio da intercomunicabilidade, especialmente previsto nos artigos 12.º e 13.º do citado Decreto-Lei n.º 89/89/M, exerce-se perante qualquer quadro onde existam carreiras com vagas para cujo preenchimento os interessados reúnam os requisitos.

Dito de outra forma, o exercício do direito à carreira concretiza-se com a possibilidade que é dada a todos quantos reúnam os requisitos necessários para concorrer ao preenchimento de lugares postos a concurso.

2) O conceito de legalidade financeira é um conceito amplo e a análise da sua verificação abrange, no caso concreto, a indagação dos requisitos de validade do concurso subjacente às promoções em causa.

E não há, com a análise em questão, qualquer invasão da esfera de competência do Tribunal Administrativo pois que a relação jurídica controvertida por este dirimida é diferente da que aprecia e resolve o Tribunal de Contas, ainda que seja a mesma a questão de direito que lhes está na origem.

O Tribunal Administrativo julga os litígios resultantes das relações jurídico-administrativas estabelecidas entre o Ente Público e os particulares, enquanto o Tribunal de Contas aprecia e julga, de ofício, as questões que emanam da relação jurídico-financeira que se estabelece entre o Ente Público e os seus gestores financeiros ou sejam, aqueles que autorizam a realização de uma despesa ou seu pagamento.