



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Parcialmente alterada pelo acórdão
27/2014-3ª S, de 17/12/2014

Proc.º n.º 6 JRF 2013

SENTENÇA N.º 5/2014-JRF

I – RELATÓRIO

Em processo jurisdicional de responsabilidade financeira sancionatória, o Ministério Público (MP) requereu o julgamento de:

1. **António Henrique Machado Capelas, ex-presidente** do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente em Casa do Pedrógão Jorjais – Mouços – 5000-354 Vila Real, com vencimento mensal de €3689,06.
2. **António Alberto Coelho Marçôa**, vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Av. Abade de Rabaçal, com vencimento mensal de €3375,26.
3. **Cláudia Maria Fileno Miranda**, na qualidade de ex-vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Rua Amália Rodrigues, lote 87, apartamento 73, 5300-430 Bragança, com vencimento mensal de €2887,12.
4. **José Carlos Fonseca Cardoso**, ex-vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Rua S. José, n.º 1 – 3.º dt.º, 5000-407 Vila Real, com o vencimento mensal de €2915,18.
5. **Isabel Maria Branco Barreira**, ex-vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Rua Clemente Meneres, n.º 1B, 1.º esq., 5370-321 Mirandela, com o vencimento mensal de €2915,18.
6. **Manuel Pinto Sampaio da Veiga**, vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Av. Abade de Rabaçal, 5301-852 Bragança, com o vencimento mensal de €4155,83.
7. **Maria da Conceição Saraiva Bernardino Vieira**, vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., residente na Av.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Abade de Rabaçal, 5301-852 Bragança, com o vencimento mensal de
€2866,67

Imputando-lhes:

- A António Capelas, uma infracção financeira prevista e punida pelo art.º 65.º, n.º 1, al. h), com referência aos art.ºs 5.º, n.º 1, al. c), 46.º, n.º 1, al. b), 48.º e 81.º, n.º 4, todos da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC), e duas infracções previstas e punidas pelo art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos;
- Aos restantes demandados imputa o MP duas infracções previstas e punidas pelo art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, al. a), do Código dos Contratos Públicos.

O MP pede a condenação de cada um dos demandados na multa de 15 UC, a que corresponde €1530,00, por cada uma das infracções financeiras indicadas.

Os demandados, citados, contestaram.

II - FUNDAMENTAÇÃO

A – Factos provados

1. Os demandados integraram o Conselho de Administração (CA) do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), tendo sido nomeados para o triénio 2009-2011, por despacho conjunto do ministro de Estado e das Finanças e da ministra da Saúde, de 16 de Abril de 2009, publicado no Diário da República, n.º 79, 2.ª série, de 23 de Abril de 2009, com efeitos reportados a 1 de Abril de 2009, sendo que exerciam idênticas funções desde 29 de Dezembro de 2005 (demandado António Henrique Machado Capelas), 31 de Dezembro de 2005 (demandada Maria da Conceição Saraiva Bernardino Vieira), 19 de Janeiro de 2009 (demandado Manuel Pinto Sampaio da Veiga), desde 2006 (Cláudia Maria Fileno Miranda), 29 de Dezembro de 2005 (demandado António Alberto Coelho Marçôa).



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

2. O Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., com sede social em Bragança, foi criado pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, revestindo a natureza de entidade pública empresarial, dotada de autonomia administrativa, patrimonial e financeira.
3. O Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., celebrou com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) os seguintes contratos/acordos com vista à execução de empreitadas de obras públicas:
4. Em 5 de Abril de 2007, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras centrais técnicas na Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.785.008,31 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 1.669.351,49 euros.
5. Em 30 de Julho de 2007, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras na área de consulta externa da Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.470.872,07 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 1.530.640,46 euros.
6. Em 8 de Fevereiro de 2008, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras nos cuidados continuados Unidade Hospitalar de Macedo de Cavaleiros, no valor de 1.773.181,88 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 465.047,89 euros.
7. Em 8 de Fevereiro de 2008, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras no sector da urgência da Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.354.341,99 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 507.107,41 euros.
8. Tais contratos foram executados sem submissão à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
9. Incumbia ao presidente do Conselho Administrativo (CA), demandado António Henrique Machado Capelas, enviar os contratos em causa ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

10. O demandado António Henrique Machado Capelas, porém, não enviou tais contratos ao Tribunal de Contas e promoveu a execução dos mesmos.
11. Por deliberação de 4 de Março de 2009, o Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), com intervenção dos 1.º, 2.º, 3.º, 6.º e 7.º demandados, adjudicou à empresa Abel Luís Nogueira & Irmãos, Lda., a empreitada para realização de obras de beneficiação do serviço de Internamento de Pediatria/Neonatologia, no valor de 201.550,51 euros, tendo o respectivo contrato sido outorgado em 20 de Abril de 2009.
12. Por deliberação de 18 de Junho de 2009, o Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), com intervenção de todos os demandados, adjudicou à empresa Projenor – Projectos e Construções do Norte, Lda., a empreitada para realização de obras de conservação e pintura do exterior do edifício da Unidade Hospitalar de Bragança, no valor de 77.637,18 euros, tendo o respectivo contrato sido outorgado em Julho de 2009.
13. Nos procedimentos pré-contratuais adjudicatários acima referidos (n.ºs 11 e 12 supra), indicou-se como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta dois factores: preço – 70%, garantia de boa execução – 30%, mas, além de não se identificarem os critérios que determinam a apreciação relativamente à garantia de boa execução, o único factor efectivamente tido em consideração nas apreciações das propostas foi o preço.
14. Por despacho de 2 de Fevereiro de 2009, o demandado António Alberto Coelho Marçôa, no uso de competência delegada pelo Conselho de Administração, adjudicou à empresa Mecatérmica a aquisição de uma central de bombagem e pressurização de águas das redes de abastecimento e incêndio, no valor de 24.960,00 euros, sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados.
15. Por deliberação de 9 de Julho de 2009, o Conselho de Administração, com intervenção de todos os demandados, adjudicou à empresa Novabase a aquisição de unidade de alimentação ininterrupta (UPS) para *Data Center* na Unidade Hospitalar de



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Macedo de Cavaleiros (UHMC), pelo preço de 52.167,60 euros, sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados e inexistência de comissão de avaliação.

16. Os demandados agiram livre e voluntariamente, sem a diligência inerente às suas funções de gestão, podendo e devendo ter agido em conformidade com as disposições legais indicadas que acabaram por desrespeitar.
17. A ACSS - Administração Central de Sistemas de Saúde IP remeteu ao primeiro demandado a Informação n.º 070/07/26, da Sociedade de Advogados Barrocas, Sarmento, Neves, sob o assunto *Sujeição a visto dos actos praticados e contratos celebrados pelos Hospitais E.P.E.*, em que se concluíu que:

...a alteração à LOPTC operada pela Lei n.º 48/2006 veio concretizar a sujeição dos Hospitais EPE, como das demais empresas públicas, à totalidade dos poderes de controlo do Tribunal de Contas, maxime acrescentando às anteriores modalidades de controlo financeiro (que se mantêm) a sujeição plena ao regime da responsabilidade financeira de todos os agentes das empresas públicas. Contudo, não foi de todo a intenção desta alteração sujeitar essas entidades a um regime-regra de visto prévio, o que constituiria uma significativa regressão no regime jurídico destas empresas públicas, em sentido contrário à natureza empresarial destas entidades e também em sentido contrário ao da própria evolução do sistema de visto prévio, genericamente considerado. O que ficou consagrado na LOPTC foi antes uma sujeição ao sistema de fiscalização prévia dos actos e contratos geradores de despesa que pelas suas características (v. desenvolvimento acima) constituam uma forma ilegítima de tornear esse mesmo sistema por parte das entidades a ele sujeitas - fls. 664-686.

**

A convicção do Tribunal assenta na documentação junta aos autos, especialmente no processo de auditoria e nos testemunhos prestados em audiência, designadamente os de:

- Fernando Araújo, médico do Centro Hospitalar de S. João, que foi vogal e vice-presidente da Administração Regional de Saúde do Norte, de 2005 a 2011;
- Paulo Sousa, jurista, que de 1991 a 2010 foi director regional do norte dos Serviços de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) e de 2010 a 2013 foi presidente da mesma entidade;



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- António Martins, Director do Serviço de Compras e Logística da Unidade Local de Saúde do Nordeste, desde Julho de 2006, tendo nessa qualidade acompanhado os processos em causa.

Todas as testemunhas demonstraram conhecimento dos factos e depuseram com segurança.

**

B – O direito

Na contestação, os demandados concluem que actuaram no pressuposto de que a sua conduta era lícita e que inexistia culpa. Cumpre apreciar.

1. *Enquadramento legal*

O Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., como organismo de direito público, é uma entidade adjudicante nos termos e para os efeitos da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, conforme previsto no art.º 1.º, n.º 9, al. c), deste diploma comunitário. Com efeito, esta E.P.E. é uma pessoa colectiva de direito público, financiada maioritariamente pelo Estado, a cujo controlo a sua gestão está sujeita, sendo também o Estado que designa os titulares dos seus órgãos de administração. Esta mesma entidade tem natureza empresarial e dispõe de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, tendo sido criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, encontrando-se também sujeita ao Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03 de Outubro, vigente desde 2 de Dezembro de 2013 e que contém agora os princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas.

Nos termos do art.º 2.º, n.º 1, do Anexo da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, sobre o regime jurídico da gestão hospitalar: «[o]s hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde podem revestir uma das seguintes figuras jurídicas: a)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial».

O art.º 6.º do referido Anexo, fixa os poderes do Estado sobre os hospitais do seguinte modo:

1 — O Ministro da Saúde exerce em relação aos hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde e na parte das áreas e actividade, centros e serviços nela integrados, os seguintes poderes:

- a) Definir as normas e os critérios de actuação hospitalar;*
- b) Fixar as directrizes a que devem obedecer os planos e programas de acção, bem como a avaliação da qualidade dos resultados obtidos nos cuidados prestados à população;*
- c) Exigir todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da actividade dos hospitais;*
- d) Determinar auditorias e inspecções ao seu funcionamento, nos termos da legislação aplicável.*

2 — Os hospitais devem facultar ao Ministro da Saúde, sem prejuízo da prestação de outras informações legalmente exigíveis, os seguintes elementos, visando o seu acompanhamento e controlo:

- a) Os documentos oficiais de prestação de contas, conforme definido no Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde;*
- b) Informação periódica de gestão sobre a actividade prestada e respectivos indicadores.*

Por sua vez, o artigo 9.º, do mesmo Anexo legal, fixa assim o regime aplicável a estes hospitais:

1 — Os hospitais previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º regem-se pelas normas do capítulo I, pelas normas do presente capítulo, pelas normas do SNS, pelos regulamentos internos e, subsidiariamente, pelas normas aplicáveis ao SPA.

2 — A atribuição da natureza jurídica referida no número anterior a hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde efectua-se mediante diploma próprio do Governo.

O art.º 10.º do aludido Anexo fixa os [p]rincípios específicos da gestão hospitalar do Sector Público Administrativo, segundo os quais (n.º 1) [a] gestão dos hospitais abrangidos pelo n.º 1 do artigo 9.º observa os seguintes princípios específicos:

- a) Garantia da eficiente utilização da capacidade instalada, designadamente pelo pleno aproveitamento dos equipamentos e infra-estruturas existentes e pela diversificação do regime de horário de trabalho, de modo a alcançar uma taxa óptima da utilização dos recursos disponíveis;*
- b) Elaboração de planos anuais e plurianuais e celebração de contratos-programa com a administração regional de saúde (ARS) respectiva, de acordo com o princípio contido na alínea d) do artigo 5.º, nos quais sejam definidos os objectivos a atingir e acordados com a tutela, e os indicadores de actividade que permitam aferir o desempenho das respectivas unidades e equipas de gestão;*
- c) Avaliação dos titulares dos órgãos de administração, dos directores dos departamentos e de serviços e dos restantes profissionais, de acordo com o mérito do seu desempenho, sendo este aferido pela eficiência demonstrada na gestão dos recursos e pela qualidade dos cuidados prestados aos utentes;*
- d) Promoção de um sistema de incentivos com o objectivo de apoiar e estimular o desempenho dos profissionais envolvidos, com base nos ganhos de eficiência conseguidos, incentivos que se traduzem na melhoria das condições de trabalho, na participação em acções de formação e estágios, no apoio à investigação e em prémios de desempenho;*
- e) Articulação das funções essenciais da prestação de cuidados e de gestão de recursos em torno dos directores de departamento e de serviço, sendo-lhes reconhecido, sem prejuízo das competências dos órgãos de administração, autonomia na organização do trabalho e os correspondentes poderes de direcção e disciplinar sobre todo o pessoal*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

que integra o seu departamento ou serviço, independentemente da sua carreira ou categoria profissional, com a salvaguarda das competências técnica e científica atribuídas por lei a cada profissão;

f) Nos casos em que a garantia da satisfação dos utentes de acordo com padrões de qualidade e a preços competitivos o justifique, a possibilidade de cessão de exploração ou subcontratação, nos termos da alínea f) do artigo 12.º, de um centro de responsabilidade, ou de um serviço de ação médica, a grupos de profissionais de saúde ou a entidades públicas ou privadas que demonstrem capacidade e competência técnicas.

2 - Os directores de departamento e de serviço respondem perante os conselhos de administração dos respectivos hospitais, que fixam os objectivos e os meios necessários para os atingir e definem os mecanismos de avaliação periódica.

3 - As comissões de serviço dos directores de departamento e de serviço para além das situações previstas no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, quando se trate de profissionais designados ao abrigo desta lei, podem ser dadas por findas, a todo o tempo, pelo respectivo conselho de administração, em resultado do incumprimento dos objectivos previamente definidos.

O artigo 12.º, ainda do Anexo da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, impõe uma tutela específica, nestes termos:

1 — Para além das competências referidas no artigo 6.º, compete ainda ao Ministro da Saúde, com faculdade de delegação na ARS:

a) Aprovar os planos de actividade e financeiros plurianuais;

b) Aprovar os planos de actividade e os orçamentos de exploração e investimento anuais, bem como as respectivas alterações;

c) Aprovar os documentos de prestação de contas;

d) Aprovar as tabelas de preços a cobrar, nos casos previstos na lei;

e) Homologar os contratos-programa;

f) Autorizar os contratos de cessão de exploração ou subcontratações previstas na alínea f) do artigo 10.º;

g) Criar, extinguir ou modificar departamentos, serviços e unidades hospitalares.

Na Secção II do Anexo da mesma lei, sobre estabelecimentos públicos com natureza empresarial, o art.º 18.º estabelece o regime aplicável, nestes termos:

1 — Os hospitais previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º regem-se pelo respectivo diploma de criação, pelos seus regulamentos internos, pelas normas em vigor para os hospitais do SNS que não sejam incompatíveis com a sua natureza jurídica e, subsidiariamente, pelo regime jurídico geral aplicável às entidades públicas empresariais, não estando sujeitos às normas aplicáveis aos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos autónomos.

2 — O disposto no número anterior não prejudica o cumprimento das disposições gerais constantes do capítulo I.

3 — Os hospitais que revistam a natureza jurídica de estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial constam de diploma próprio do Governo.

Quanto ao regime jurídico imposto pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, que criou, entre outros, o Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., importa ter presente os seguintes preceitos deste diploma:

Artigo 6.º

Superintendência

1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área da saúde:

a) Aprovar os objetivos e estratégias dos hospitais E. P. E.;



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

- b) Dar orientações, recomendações e diretivas para prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E., designadamente nos seus aspetos transversais e comuns;
- c) Definir normas de organização e de atuação hospitalar;
- d) (Revogada.)
- e) (Revogada.)

2 - O membro do Governo responsável pela área da saúde pode delegar os poderes referidos no número anterior nos conselhos diretivos da Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e da administração regional de saúde territorialmente competente.

Artigo 6.º-A

Tutela setorial e financeira

1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área da saúde:

- a) Exigir todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da atividade dos hospitais E. P. E., sem prejuízo da prestação de outras legalmente exigíveis;
- b) Determinar auditorias e inspeções ao funcionamento dos hospitais E. P. E., de acordo com a legislação aplicável;
- c) Homologar os regulamentos internos dos hospitais E. P. E.;
- d) Praticar outros actos que, nos termos da lei, careçam de autorização prévia ou aprovação tutelar;

2 - Compete ao membro do Governo responsável pela área das finanças, mediante proposta apresentada pelo membro do Governo responsável pela área da saúde:

- a) Aprovar os planos de actividade e os orçamentos;
- b) Aprovar os documentos de prestação de contas;
- c) Autorizar a aquisição e venda de imóveis, bem como a sua oneração, mediante parecer prévio do fiscal único;
- d) Autorizar a realização de investimentos quando as verbas globais correspondentes não estejam previstas nos orçamentos aprovados e sejam de valor superior a 2 % do capital estatutário, mediante parecer favorável do fiscal único;
- e) Determinar os aumentos e reduções do capital estatutário;
- f) Autorizar a contração de empréstimos de valor, individual ou acumulado, igual ou superior a 10 % do capital estatutário;
- g) Autorizar cedências de exploração de serviços hospitalares bem como a constituição de associações com outras entidades públicas para a melhor prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E.;
- h) Autorizar a participação dos hospitais E. P. E. em sociedades anónimas que tenham por objeto a prestação de cuidados de saúde cujo capital social seja por eles maioritariamente detido;
- i) Autorizar, sem prejuízo do disposto na alínea anterior, para a prossecução dos objetivos estratégicos, a participação dos hospitais E. P. E. no capital social de outras sociedades, nos termos do regime geral do setor empresarial do Estado e das empresas públicas;
- j) Autorizar os demais actos que, nos termos da legislação aplicável, necessitem de aprovação tutelar.

Artigo 7.º

Capacidade

1 - A capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto e das suas atribuições.

2 - É da exclusiva competência dos hospitais E. P. E. a cobrança das receitas e taxas provenientes da sua atividade.

Artigo 11.º

Controlo financeiro

Sem prejuízo do disposto na legislação aplicável às empresas públicas em matéria de controlo financeiro e deveres especiais de informação e controlo, devem os hospitais E. P. E. submeter aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde:

- a) Os planos de atividades e os orçamentos, até ao final do mês de novembro de cada ano;
- b) Os documentos de prestação de contas, até ao final do mês de março de cada ano;



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

c) Os indicadores de atividade, económico-financeiros, de recursos humanos e outros definidos pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde, com a periodicidade que for estabelecida.

2. Da ilicitude

A Ilicitude manifesta-se numa afronta à ordem jurídica na sua globalidade através de uma factualidade contrária ao direito ou numa ofensa material a determinados bens jurídicos, neste caso a transparência, concorrência e o controlo da boa gestão dos compromissos e da aplicação dos dinheiros públicos.

O primeiro demandado vem acusado por ter executado quatro contratos de empreitada sem os submeter ao visto prévio deste Tribunal, em violação dos art.ºs 5.º, n.º 1, al. c), 46.º, n.º 1, al. b), e 48.º da LOPTC. E todos os demandados vêm acusados de efectuarem adjudicações contratuais - dois contratos de empreitada - em que indicaram como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os factores preço e garantia de boa execução, sem identificação dos critério de aferição de tal garantia e o único factor efectivamente considerado na apreciação das propostas foi o preço. Isto em violação dos art.ºs 1.º, n.ºs 4 e 5.º, n.º 6, al. a), do CCP. Pesa também sobre os demandados a acusação de dois contratos de aquisição de uma central de bombagem e pressurização e de uma unidade de alimentação ininterrupta para *data center*, sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados, verificando-se ainda, no caso da segunda aquisição, a inexistência de comissão de avaliação. Isto em violação dos princípios da transparência e da concorrência protegidos pelos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, al. a), do CCP.

Nos termos do disposto no art.º 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos (CCP), *[a] contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência*. De harmonia com o artigo 5.º do CCP, que versa sobre contratação excluída da parte II do mesmo diploma¹:

¹A parte II versa sobre contratação pública e o título I sobre tipos e escolha de procedimentos, o capítulo I sobre tipos de procedimentos e o art.º 16.º trata de procedimentos para a formação de contratos.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

1 - A parte ii do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.

2 - A parte ii do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:

a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e

b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

3 - A parte II do presente Código não é igualmente aplicável à formação dos contratos, a celebrar pelos hospitais E. P. E. e pelas associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, bem como, exclusivamente no âmbito da actividade científica e tecnológica, pelas instituições de ensino superior públicas e pelos laboratórios de Estado:

a) De empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março; (ou seja, 6.242.000 euros).

b) De locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

4 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º, a parte ii do presente Código não é igualmente aplicável à formação dos seguintes contratos:

a) Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis;

b) Contratos mediante os quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º se obrigue a alienar ou a locar bens móveis ou a prestar serviços, excepto quando o adquirente ou o locatário também seja uma entidade adjudicante;

c) Contratos cujo objecto principal consista na atribuição, por qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza;

d) Contratos de sociedade cujo capital social se destine a ser exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º;

e) Contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, nomeadamente os contratos relativos a operações de obtenção de fundos ou de capital pela entidade adjudicante, bem como os contratos a celebrar em execução das políticas monetária, cambial ou de gestão de reservas e os de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;

f) Contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no anexo ii-B da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como os contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confiram certificação escolar ou certificação profissional;

g) Contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante cujos serviços se encontrem instalados em território de Estado não signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que celebrados com uma entidade também nele sediada;



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

b) Contratos a celebrar, ao abrigo de um acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num dos Estados dele signatários e em benefício desse mesmo Estado, desde que este não seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;

i) Contratos abrangidos pelo disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 296.º do Tratado da Comunidade Europeia, desde que a respectiva formação seja regulada por lei especial.

5 - À formação dos contratos referidos na alínea f) do número anterior é aplicável o disposto nos artigos 49.º e 78.º

6 - À formação dos contratos referidos nos n.os 1 a 4 são aplicáveis:

a) Os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou

b) Quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações.

Conforme decidiu a 1.ª secção deste Tribunal no acórdão n.º 7/2011, de 22 de Fevereiro, em 1.ª instância, e o acórdão do plenário da mesma secção n.º 23/2011, de 14 de Julho, que confirmou aquele, no recurso n.º 8/2011,² se bem que, por força do disposto no art.º 5.º, n.º 3, als. a) e b), do CCP, as regras pré-contratuais estabelecidas na parte II o CCP não se apliquem à formação dos contratos a celebrar pelos hospitais E.P.E. de valor inferior aos montantes estabelecidos nas als. b) e c) do art.º 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, são aplicáveis – em toda a sua extensão - os princípios gerais da actividade administrativa e estruturantes da contratação pública – transparência, concorrência e igualdade -, bem como as normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo e as normas constantes desse Código, com as necessárias adaptações - art.º 5.º, n.º 3 e n.º 6 do CCP.

No caso em apreciação, os factos ilícitos materializaram-se, pois, quer nas omissões de remessa dos contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, quer pela falta de indicação e/ou publicitação de referências, critérios e características acima referidos. Os hospitais E.P.E. estão sujeitos à observação dos princípios da transparência, da concorrência efectiva e da publicitação dos critérios de apreciação das propostas, princípios estes que, além de previstos no n.º 6 do mencionado art.º 5.º do CCP, são também princípios comunitários.

Por outro lado, do acervo factual provado não resulta a alegada convicção dos

² Ambos disponíveis em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2011/ac-2011.shtm> 11-5-2014.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

demandados de que a sua infringente conduta era lícita. É verdade, que, como se viu supra, existe uma apertada tutela governamental sobre os hospitais, E.P.E., mas tal não lhes retira a capacidade e a independência, nem os dispensa da obrigação de cumprir as normas legais, quer as que impõem o visto prévio do Tribunal de Contas, quer as que no CCP exigem a observância de procedimentos determinados com o objectivo de defender e desenvolver a concorrência, a transparência e a igualdade em qualquer contratação pública nacional e comunitária.

3. Da culpa

Para que exista responsabilidade financeira é necessário que haja culpa na prática dos respectivos factos, nos termos do art.º 61.º, n.º 5, da LOPTC. E a culpa pode ser dolosa ou negligente. No caso em apreciação não vem configurada factualmente a existência de dolo, pois apenas se provou que os demandados agiram livre e voluntariamente, sem a diligência inerente às suas funções de gestão. Por estarmos no âmbito de um direito sancionatório de natureza contraordenacional, aplica-se supletivamente a matriz penal substantiva, nomeadamente os conceitos de dolo, negligência e respectivas causas de exclusão. Nos termos do artigo 15.º do Código Penal, age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

No caso presente os demandados entendem não existir culpa da sua parte, estribando-se nas orientações da tutela, na complexidade da legislação e num parecer jurídico acima referido.

Acontece, no entanto, que, como gestores públicos de uma empresa do Estado, autónoma, com capacidade jurídica para exercer todos os direitos e obrigações necessárias ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições, os demandados tinham o dever de efectuar todas as diligências que lhes competiam e de



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

que eram capazes para cumprirem as normas legais violadas. É certo que, no tocante à questão de saber se era obrigatória a submissão dos contratos visto deste Tribunal o primeiro demandado confiou num parecer de uma sociedade de advogados, veiculado pela Administração Central dos Hospitais. Contudo, se esta circunstância lhe diminui a culpa, não o desculpa totalmente, pois, na dúvida sobre a obrigação de submissão dos contratos a visto, não deveria ficar-se por opiniões alheias, ainda que especializadas, pois, atenta a delicadeza da matéria e o elevado nível da responsabilidade em causa, sempre seria mais prudente remeter os contratos ao Tribunal de Contas para esse efeito. Se, por hipótese, não estivessem sujeitos a visto, o Tribunal logo diria, devolvendo-os, ficando a situação esclarecida para o futuro. Além disso, as alegadas orientações da tutela, quaisquer que elas sejam, nunca podem ser contrárias à lei, nem poderão obrigar a violar qualquer norma jurídica. A complexidade da legislação é um problema geral que afecta todos os sectores da sociedade, não apenas o dos hospitais E.P.E., mas não é suficiente para desculpar o incumprimento ou a violação da lei.

Quanto aos restantes contratos, em que não foram cumpridas as referidas normas do CCP, todos os demandados omitiram o dever de cuidado que sobre eles recaía e de que eram capazes; se não fossem capazes – e isto vale para todas as condutas de todos demandados nestes autos - tinham a obrigação de tal confessar e cederem o lugar a outros, devidamente competentes. Com efeito, exercer um cargo público para o qual não se está preparado revela já de si uma violação dos deveres de cuidado e de diligência. Vem a propósito citar aqui um acórdão do Tribunal de Contas, n.º 9/2010-3.ª secção, recurso ordinário n.º 6-JC/2009, www.tcontas.pt: *...a impreparação dos responsáveis pela gestão e administração pública não pode nem deve ser argumento excludente da responsabilidade das suas decisões. Há muito que este Tribunal, e o Plenário da 3.ª Secção vem sustentando tal entendimento, como se evidencia, entre outros, nos seguintes Acórdãos. E cita os acórdãos n.º 3/7, de 27-06-07, www.tcontas.pt; n.º 02/08, de 13-03-08, *Revista do Tribunal de Contas*, n.ºs 49; 02/07, de 16-5-07, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 48.*

No mesmo aresto, lê-se a seguinte citação de Figueiredo Dias (Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, p. 445): na “*assunção de tarefas ou na aceitação de responsabilidades para as quais o agente não está preparado, porque lhe faltam condições objectivadas, os*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

conhecimentos ou mesmo o treino necessários ao correcto desempenho de actividades”, “...o que se passa é que a assunção ou aceitação da actividade como tal constitui já uma contradição com o dever de cuidado referido ao tipo que virá a ser preenchido”.

Agiram, assim, os demandados de modo negligente.

O Tribunal avalia o grau de culpa de harmonia com as circunstâncias do caso, tendo em consideração as competências do cargo ou a índole das principais funções de cada responsável, o volume e fundos movimentados, o montante material da lesão dos dinheiros e valores públicos, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal e os meios humanos e materiais existentes no serviço, o organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição – art.º 64.º, n.º 1, da LOPTC.

No caso dos autos, os demandado António Capelas conclui, nas suas alegações, que agiu sem culpa ao não remeter os contratos ao Tribunal de Contas para visto prévio; funda-se, como já se viu, no parecer jurídico que lhe foi remetido pela Administração Central dos Sistemas de Saúde, no qual se concluía que tais contratos celebrados pelo Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., não estavam sujeitos à fiscalização prévia.

Realmente provou-se a existência de tal parecer, com a designação de Informação n.º 070/07/26, da Sociedade de Advogados Barrocas, Sarmento, Neves e o seu envio ao demandado pela referida entidade tutelar, embora tal facto não seja completamente desculpante da omissão de submissão daqueles contratos a visto.

Deste modo, negligente, o demandado António Capelas cometeu três infracções respectivamente p. e p. pelo:

- Art.º 65.º, n.º 1, al. h), com referência aos art.ºs 5.º, n.º 1, al. c), 46.º, n.º 1, al. b), 48.º e 81.º, n.º 4, todos da LOPTC;
- Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do CCP.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do CCP.

Os restantes demandados, também negligentemente, cometeram duas infracções cada um p. e p. pelo art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do CCP.

4. Medida da sanção

As multas são graduadas em função da gravidade dos factos e suas consequências, o grau de culpa, o montante dos valores públicos em risco, o nível hierárquico do responsável, a sua situação económica, a existência de antecedentes e o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal (art.º 67.º, n.º 2, da LOPTC).

A moldura abstracta da multa aplicável, anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, é de 15 a 150 unidades de conta (UC), mas não sendo aqui o caso de dolo e sim de negligência, os limites são de 15 e 75 UC, nos termos do art.º 65.º, n.º 5, da LOPTC.

Neste caso, quanto ao demandado António Capelas, e em relação à sua infração financeira continuada (art.º 30.º do Código Penal), apesar de não se tratar da prática de crimes, importa ter em conta *bonam partem* o disposto no art.º 72.º, n.º 1, do Código Penal, segundo o qual *[q]uando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:*

- a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;*
- b) O dano tiver sido reparado; e*
- c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.*

Assim, atenta a diminuta culpa do demandado, que confiou num parecer de advogados, e não se opondo nenhum dos restantes requisitos supra, considero ajustado dispensá-lo de pena, relativamente à omissão de submissão a visto prévio dos aludidos contratos.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

No tocante às restantes infracções, cometidas por todos os demandados, afigura-se adequado condenar cada um no pagamento de 15 (quinze) Unidades de Conta (UC), por cada infracção, ou seja, 1.530,00 euros, cada.

III – DECISÃO

Pelo exposto, julgo a acção procedente e:

- a) Dispensar o demandado António Capelas de pena correspondente à infracção só por si cometida ao não submeter a visto prévio os referidos contratos - nos termos do art.º 72.º, n.º 1, do Código Penal;
- b) Condenar todos os demandados, pela prática de duas infracções cada um, p. e p. pelo art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com referência aos art.ºs 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do CCP, na multa de 15 UC (€1.530,00) por cada infracção, ou seja, em cúmulo (2x€1.530,00), vai cada demandado condenado na multa única de 3.060,00 euros.

Emolumentos legais a cargo dos demandados, nos termos dos art.ºs 14.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Registe e notifique.

Lisboa,

O Juiz Conselheiro

João Aveiro Pereira