

Sentença n.º 18/2023-3ªS
3.07.2023

Conselheiro Relator: José Mouraz Lopes

Sumário

1. As aquisições de uma molécula/medicamento e de próteses ocorridas durante vários períodos, no ano de 2016, através de procedimentos de ajuste direto, em colisão cm o quadro legal referido no CCP, nomeadamente nos artigos 1º, n.º 2, 2º, n.º 1 alínea d), 16º, 81º, 112º a 127º, comportam uma violação inequívoca dos normativos citados, consubstanciando uma dimensão ilícita da conduta dos demandados, membros de um conselho de administração de um hospital.
2. Nos termos do artigo 34º do Código Penal, aplicável às sanções financeiras nos termos do artigo 67.º n.º 4 da LOPTC, o direito de necessidade conforma uma causa de exclusão da ilicitude, desde que exercido nas condições e requisitos aí estabelecidos, a saber: quando o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro (i) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro (ii) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e (iii)ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.
3. Além disso, no também por via da aplicação das normas do direito penal ao caso, a situação de estado de necessidade, ainda que não exclua a ilicitude do facto, pode ainda eximir a culpa, nos termos a que se refere ao artigo 35º n.º 1, nomeadamente «agindo sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Pode, por último, funcionar ainda no domínio da atenuação da culpa quando e se,

nos termos do n.º 2 do artigo 35º, «o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excecionalmente, o agente ser dispensado de pena».

4. Para a aplicação, em concreto, da referida causa de justificação, exige-se sempre uma contextualização inequívoca no âmbito da ponderação de bens jurídicos a levar em conta, tanto como cláusula de exclusão da ilicitude como da culpa, em função das circunstâncias que caso a caso, enformem a situação em análise.
5. A aquisição de medicamento, perfeitamente individualizada para um único doente, num contexto de afastamento de perigo atual, e não removível de outro modo, que ameaçava a vida ou a integridade física de terceiro (o paciente “ tinha que ser tratado” com a referida molécula), uma situação de dúvidas procedimentais sobre onde seria seguido o doente e quem e como se adquiria a molécula, enquanto isso não fosse resolvido, conforma uma causa de exclusão da culpa, por via do estado de necessidade, não sendo exigível comportamento diferente.
6. Com a exclusão da culpa não há infração financeira
7. Com referência a gestão de serviços de saúde públicos, as regras de contratação pública têm que ser conhecidas, ainda que não pormenorizadamente, por quem desempenha funções decisórias em órgãos de gestão da administração pública, ainda que nestes órgãos, nomeadamente nas Unidades de Saúde, exerçam funções profissionais de saúde (vg. Médicos e enfermeiros), com competências próprias, na medida em que, tais elementos, são «gestores» da organização, ainda que conjuntamente com outros responsáveis do órgão de gestão.
8. Quem vai exercer essas funções de gestão pública, tem que ter (ou adquirir, se não as possuir) um mínimo de conhecimentos de matérias sobre as quais vai tomar decisões, nomeadamente decisões com impacto financeiro público». O que no caso dos demandados, não aconteceu.

9. A situação envolvendo as condições que exerceram funções – num hospital de pequena dimensão, mas grande atividade e de excelência clínica na atividade de ortopedia, uma gestão financeira positiva - e a suas situações pessoais relevam para uma diminuição da culpa, de modo a funcionar a atenuação especial, com reflexo da multa devida pela infração a de acordo com o artigo 65º n.º 7 da LOPTC.

Responsabilidade sancionatória; contratação pública; ajuste direto; estado de necessidade desculpante; atenuação da multa.



Secção – 3ª/S

Data: 03 /07/2023

Processo: JRF n.º 6/2023

José Mouraz Lopes

TRANSITADA EM JULGADO APÓS ACÓRDÃO N.º 5/2024

I. Relatório

- 1 O Ministério Público requereu o julgamento de D1, D2 e D3, membros do Conselho de Administração do Hospital Dr. Francisco Zagalo - Ovar como autores de uma infração financeira sancionatória, na forma negligente, prevista e punível nos termos da alínea 1) do nº 1, e nºs 2 e 5 do artº 65º da LOPTC, devendo por isso ser condenados no pagamento, cada um, de uma multa de 25 UC (a que corresponde o montante de € 2.550,00). Invoca, em síntese, que os mesmos, no exercício dessas funções terão praticado factos envolvendo procedimentos concursais relativos a aquisição de material clínico, efetuados em colisão com o disposto no Código de Contratos Públicos.
- 2 Os demandados contestaram, admitindo os factos, mas apresentando justificação para a sua ocorrência por ausência de culpa, a prescrição das infrações e, ainda, caso assim não se entenda, que lhes seja relevada a sua multa ou sejam dela dispensados, por também se verificarem no caso os pressupostos destes institutos.

- 3 Em despacho prévio à designação da data de julgamento foi conhecida a exceção da prescrição, julgando-se a mesma improcedente.
- 4 Procedeu-se a julgamento que decorreu com as formalidades legais, conforme decorre da ata.

II. Fundamentação.

A) Factos provados

Do requerimento inicial

1. Foi feita uma auditoria ao Hospital Dr. Francisco Zagalo (HFZ), integrada no Plano de Atividades da Inspeção-geral de Finanças — Autoridade de Auditoria (IGF) para 2017, aprovado por despacho do Senhor Ministro das Finanças n.º 365/17/MF, de 27/02/2017, que visou a avaliação do sistema e dos procedimentos de controlo interno das operações de execução do orçamento e de prestação de contas instituídos pelo HFZ, por forma a responder a questão sobre se os procedimentos de controlo interno são eficazes e asseguram a regularidade na gestão dos recursos públicos (Relatório IGF n.º 2020/132 e respetivos Anexos).
2. O HFZ assume a natureza de hospital do setor público administrativo.
3. A luz de tais estatutos, o HFZ enquanto hospital do SPA é um instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio, pertencente à rede de hospitais do Serviço Nacional de Saúde (SNS) desde 17 de setembro de 1976. Atualmente integra-se na Rede Hospitalar e na Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), em articulação com os Cuidados de Saúde Primários.
4. Na sequência dessa auditoria foi evidenciado, entre o mais, que se verificou a adjudicação direta de aquisição de bens, sem a prévia adoção de um dos procedimentos para a formação de contratos legalmente previstos e inerente tramitação e formalismo, em inobservância do regime da contratação pública.

5. As situações em causa respeitam a compra de bens de consumo clínico, em que se verificou a violação das regras da contratação pública.
6. Em 15/01/2016 foi feita uma aquisição através de adjudicação direta a empresa SANOFI Produto Farmacêuticos, Lda, ao abrigo de acordo-quadro para aquisição de Imiglucerase 400 U Pó conc sol inj Fr IV, no valor de €148.210,92 - Contrato referido na alínea a) do n.º 7 do anexo 6 - (Anexo 10-36 -fls.234 do Relatório de auditoria).
7. No entanto, sem o cumprimento dos formalismos legalmente previstos, designadamente: (i) não foi elaborado e enviado um convite e; (ii) não foram observadas, com as necessárias adaptações, as regras previstas para o concurso público, nomeadamente quanto a avaliação das propostas, a respetiva adjudicação e não foi formalizado o respetivo contrato escrito.
8. Esta aquisição de bens foi autorizada genericamente por deliberação de 13/01/2016 do Conselho de Administração (CA) de então - (Anexo 10-36 -fls.241 do Relatório de auditoria).
9. A documentação de suporte relativa a esta aquisição resume-se, essencialmente, a um documento designado de "*Mapa de Adjudicação*", em que se solicita autorização para a abertura do procedimento de aquisição deste medicamento para 2016, cujo tipo de procedimento indicado foi o de "AD-Centrais Compras-Med.", no valor total de adjudicação de 84.896,28 € (valor sern IVA), em que consta o despacho do então Presidente do CA (primeiro demandado) de 15/01/2016, em que se lê: "*Autorizado em ata, com cabimento mensal por duodécimos a executar manualmente*" (Anexo 10-36 -fls.235 do Relatório de auditoria).
10. Posteriormente, em idênticos documentos, foi autorizada a aquisição deste bem e a alteração do respetivo cabimento, por despachos da então Enfermeira Diretora (terceira demandada), de 04/03/2016 (Anexo 10-36 -fls.237 do Relatório de auditoria), e da então Diretora Clínica segunda demandada), de 04/02/2016 (Anexo 10-36 -fls.236), de 14/04/2016 (Anexo 10-36 -fls.238, do Relatório de auditoria), 20/06/2016 (Anexo 10-36 -fls.239) e de 02/09/2016 (Anexo 10-36 -fls.240 do Relatório de auditoria).
11. Esta última adjudicação respeita ao valor total de 148.210,92 € (sem IVA), correspondente ao valor do contrato publicado, autorizada por despacho da citada então Diretora Clínica (terceira

demandada), do seguinte teor: "Autorizada, atenta prescrição e plano de tratamento em curso. Continuidade dos cuidados." - (Anexo 10-36 -fls.240).

12. Aqueles documentos não contêm a justificação específica sobre a necessidade de contratação, o tipo de procedimento de contratação a adotar (embora tenham apostado o código relativo ao tipo de procedimento, de acordo com a nomenclatura adotada, "AD-Centrais Cornpras-Med."), a fundamentação legal, a razão da escolha desta entidade, nem qualquer fundamento para o não cumprimento dos trâmites legalmente previstos para este tipo de aquisições.
13. Em 13/07/2016 foi feita uma aquisição através de ajuste direto a empresa ORTOIMPLANTE-Sociedade de Ortopedia Unipessoal, Lda., nos termos do art.º 20º. n.º 1, a) do CCP, para aquisição de próteses do joelho, no valor de € 3 9.800,00 - ponto 2.4.2., alínea a) do relatório, contrato referido na alínea a) do n.º 8 do anexo 6. (Anexo 10-39 -fls.246 do Relatório de auditoria).
14. Verificou-se a falta de adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos no CCP (conforme elenco previsto no seu artigo 16º), com a consequente inobservância das respetivas regras e fases da tramitação processual, nomeadamente quanto a informação de abertura do procedimento, proferimento de decisão de contratar, elaboração e aprovação das correspondentes peças processuais, obtenção e análise de propostas, adjudicação por parte da entidade competente, habilitação da entidade adjudicatária e formalização do respetivo contrato.
15. Com efeito, o procedimento foi despoletado e aprovado num mero documento, designado de "*Mapa de Adjudicação*", em que se solicita a autorização para a abertura do procedimento, relativo a "Aquisição de Prótese do Joelho para 2016", o que mereceu despacho favorável da então Diretora Clínica (segunda demandada), de 15/01/2016 (Anexo 10-39-fls.247 do Relatório de auditoria).
16. O referido despacho limita-se a expressar o seguinte: "*Autorizado no âmbito da deliberação de autorização na ata 112, atenta a cabimentação duodecimal*", ou seja, remete genericamente para uma deliberação de 13/01/2016 do Conselho de Administração (CA) de então- (Anexo 10-39 -fls.247 do Relatório de auditoria).

17. O valor da adjudicação constante deste documento foi de 29.854,50 € (valor sem IVA).
18. Posteriormente, em idênticos documentos, *foi* autorizada a aquisição destes bens e a alteração do respetivo procedimento, por despachos da então Diretora Clínica (segunda Demandada), de 27/06/2016, (Anexo 10-39 -fls.248), de 06/07/2016(Anexo 10-39 -fls.249) e de 13/07/2016(Anexo 10-39 -fls.250).
19. Esta última adjudicação respeita ao valor total de 39.800,00 € (sem IVA), correspondente ao valor do contrato publicado, autorizada por despacho da citada então Diretora Clínica (2 Demandada) do seguinte teor: *"Autorizada, atenta a necessidade do garante da prestação de cuidados e a irreversibilidade da mesma."*
20. Aqueles documentos não contêm a justificação sobre a necessidade de contratação, o tipo de procedimento de contratação a adotar (embora tenham apostado o código relativo ao tipo de procedimento, de acordo com a nomenclatura adotada, "42112 - AD — CONSUMO CLINTCO" correspondente ao ajuste direto), a fundamentação legal, a razão da escolha desta entidade, o valor das anteriores adjudicações.
21. Além deste contrato, verifica-se que, nos anos de 2015 e 2016, foram celebrados pelo HFZ com esta empresa outros dois contratos para a aquisição de próteses do joelho e de próteses da anca, respetivamente em 25/09/2015 e 15/01/2016, no valor de € 17.655,00 e 22.365,00, respetivamente, também por ajuste direto, autorizados pela segunda Demandada, e com fundamento no art.º 20.0, n.º 1-a) do CCP - (Anexos 10-37 e 38 -fls.242 a 245).
22. Também aqui se verificou a falta de adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos no CCP (conforme elenco previsto no seu artigo 16º), com a consequente inobservância das respetivas regras e fases da tramitação processual, nomeadamente quanto a informação de abertura do procedimento, proferimento de decisão de contratar, elaboração e aprovação das correspondentes peças processuais, obtenção e análise de propostas, adjudicação por parte da entidade competente, habilitação da entidade adjudicatária e formalização do respetivo contrato.

23. Constata-se, assim, a inobservância repetida, nos anos de 2015 e 2016, das regras da contratação pública quanto a aquisição destes bens, através da sua adjudicação direta, sem a prévia adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos, em violação dos artigos 1.º, n.º 2, 2.º n.º 1- alínea d), 16.º, 81.º e 112.º a 127.º do CCP.
24. A responsabilidade pela prática da citada ilegalidade recai, desse modo, consoante o descrito, sobre cada um dos demandados, visto que lhes competia cumprir e fazer cumprir os dispositivos legais citados, como lhes era imposto funcionalmente.
25. Os quais agiram livre, voluntária e conscientemente, sem o cuidado devido e sem a diligência necessária, no zelo pela observância das tais normas legais.
26. Os demandados assumiram o mandato em circunstâncias muito excecionais, com a informação da tutela de que a Unidade Hospitalar, Hospital Dr. Francisco Zagalo, iria ser entregue à gestão a União das Misericórdias Portuguesas, o que não veio a acontecer (depoimento do demandado).
27. Exerceram mandato num quadro de redução orçamental acentuada.
28. O hospital tinha dimensão pequena, mas grande atividade e de excelência clínica na atividade de ortopedia, tendo na altura efetuado adicionais de próteses, por solicitação do Ministério da Saúde.
29. O HPZ estava legalmente impossibilitado de contratar técnicos com competência para funções de Aprovisionamento e com a impossibilidade prática de o fazer, por redução acentuada dos meios financeiros.
30. Os demandados conseguiram finalizar os anos económicos com dois saldos positivos e um negativo, mas este de insignificante valor (2014 receita 10.483, despesa 10.487).
31. No que respeita à Imiglucerase, trata-se de substância para um doente com diagnóstico feito no Hospital Maria Pia do Porto (Pediatria), num período pré-disponibilidade terapêutica, remetido ao HFZ-Ovar, área de residência do Utente, para monitorização e tratamento de

complicações associadas a progressão da doença com acompanhamento em articulação com o Hospital Geral de S^tº António do Porto (Adulto), por maior proximidade, ainda que o HFZ-Ovar integre a ARS Centro.

32. Logo que encontrado e definido plano de tratamento para a Doença de Gaucher de que padecia o utente, com Imiglucerase, o Doente iniciou protocolo em estreita colaboração e suporte da Equipa técnica do fornecedor. O Doente é o 2º doente de Doença de Gaucher em Portugal a iniciar tratamento, e o primeiro em Portugal com quadro clínico padrão de apresentação e evolução da mesma doença.
33. Tratava-se de doente em grande condição de precaridade social e familiar, sendo muito dispendioso ao doente ir a Coimbra, sendo que Ovar é muito mais perto do Porto. Apesar disto ainda foram feitos esforços para inclusão e articulação com o Centro Hospitalar de Coimbra, tendo sido inscrito em lista, mas nunca lhe foi atribuído número.
34. Com indicação clínica absoluta, resposta à terapêutica confirmada e sustentada e sem qualquer margem técnica ou ética para interrupção por indefinição de atribuição de doente a um Centro de Referência, formalizou-se processo junto da ACSS, tendo sido indexado no final do mandato ao Centro no Centro Hospitalar do Porto, por respeito pelo histórico, proximidade e livre escolha do Doente.
35. O doente tinha que ser tratado no SNS com aquela molécula, sendo que a IMIGLUCERASE foi adquirida ao único fornecedor da molécula existente no Acordo Quadro- depoimento da demandada e doc. de fls 75.
36. Todo o processo de regularização da situação do doente foi muito demorado e na altura a opção foi comprar o medicamento o mais barato possível no único fornecedor que havia para garantir a saúde do mesmo.

37. A molécula era adquirida em função do peso do doente, de 4 em 4 semanas, adquirindo-se apenas o número de ampolas necessárias em função das condições.
38. Segundo a avaliação efetuada pela ERSA ao HFZ nos anos de 2014, 2015 e 2016, o HFZ « pugnou pelo cumprimento dos requisitos legais e regulamentares de funcionamento aplicáveis, pela prestação de cuidados de saúde mínimos de qualidade e segurança e dos direitos e interesses legalmente protegidos dos utentes (...)» doc. junto a fls. 235.
39. O HFZ tinha na altura um quadro de funcionários de apoios, deficitário, nomeadamente na área do apoio à contratação pública, sendo composto por cinco pessoas no total que tinham que dar apoios a todas as atividades do hospital, não sendo nenhuma jurista.
40. O primeiro demandado, que exerceu as funções de Presidente do Conselho de Administração do HFZ, é advogado e exerceu as funções de administração hospitalar entre 2013 e 2017. Nunca teve qualquer recomendação do Tribunal de Contas nem nunca teve qualquer sanção.
41. A demandada D2, que exerceu as funções de diretora clínica do mesmo hospital, é médica e nunca teve qualquer recomendação do Tribunal de Contas nem qualquer sanção.

B) Factos não provados (da contestação)

42. Não se provaram outros factos alegados (e não conclusões) para além dos referidos na factualidade provada supra e especificada.

Motivação de facto

43. A factualidade provada decorre da análise e valoração da documentação junta com o relatório de auditoria não impugnada (Processo n.º 2017/206/A9/268, Relatório n.º 2020/132 – IGF) e documentos anexos, referidos concretamente nos factos correspondentes. O Tribunal valorou o depoimento dos dois demandados que prestaram declarações, o Presidente do CA e a Diretora Clínica que esclarecem as condições que quem que iniciaram funções e exerceram as mesmas no Hospital. A segunda demandada, concretamente, referiu e esclareceu pormenorizadamente as razões que

levaram à aquisição do medicamento em causa bem com as próteses, ainda que fora dos condicionalismos legais, conforme decorre dos factos referidos nos § 31 a 37. Referiram ainda a sua situação pessoal. O tribunal valorou ainda as duas testemunhas arroladas pelo Ministério Público (testemunha A e testemunha B) que corroboram os factos que constam no relatório e que foi por elas subscrito nas funções de auditoria. Quanto aos restantes factos referidos e provados decorrentes da contestação o tribunal valorou o depoimento da testemunha C, funcionária do Hospital envolvida nos procedimentos e que relatou com isenção e verdade o que ocorreu, tendo referido os factos essencialmente as condições que existiam na altura no Hospital, situação corroborada pela testemunha D que como médico ortopedista referiu ainda o modo como fizeram os adicionais de cirurgias de próteses a pedido do Ministério da Saúde. O tribunal relevou ainda os documentos da ERSE e SPMS juntos e referidos nos factos

44. Quanto aos demais factos não provados, alegados na contestação, não foi feita qualquer prova dos mesmos.

Enquadramento jurídico.

45. A factualidade imputada aos demandados, constante do requerimento efetuado pelo Ministério Público, nunca posta em causa, envolve a ilicitude referente ao procedimento levado a termo pelos demandados, no exercício das suas competências legais como membros de um conselho de administração de um hospital público, e as consequências que daí podem resultar em termos sancionatórios em dois procedimentos distintos, ainda que lhe seja imputada uma única infração.
46. Conforme resulta da matéria provada (factos constantes nos §§4 a 20, supra referidos) os demandados, no exercício das suas funções como Membros do Conselho de administração do HFZ levaram a termo, sob sua responsabilidade, vários procedimentos aquisição de bens, sem a prévia adoção dos procedimentos para a formação de contratos legalmente previstos e inerente tramitação e formalismo, em flagrante inobservância do regime da contratação pública.

47. Trata-se, conforme decorre dos factos, das aquisições de uma molécula/medicamento e de próteses, que ocorreram durante vários períodos, conforme está demonstrado.
48. No caso da molécula Imiglucerase 400 U P6 (§§ 6 a 10 e §§ 32 a 39) tal ocorreu durante o ano de 2016, nas condições aí referidas.
49. No caso das próteses, a situação ocorreu em 2015 e 2016 (§ 13 a 16§) também nas condições aí referidas.
50. Em ambas as situações foram utilizados procedimentos de ajuste direto, em colisão cm o quadro legal referido no CCP, nomeadamente nos artigos 1º, n.º 2, 2º, n.º 1 alínea d), 16º, 81º, 112º a 127º.
51. É assim manifesto que ocorreu, no caso uma violação inequívoca dos normativos citados, não subsistindo por isso dúvidas sobre a dimensão ilícita da conduta dos demandados.
52. Da factualidade provada deve, no entanto, fazer-se uma diferenciação em relação aos dois «blocos» de factos ocorrido, nomeadamente a aquisição de Imiglucerase e aquisição de próteses.
53. Assim quanto ao primeiro, a factualidade demonstrada evidencia que as aquisições, sustentadas nos despachos do primeiro demandado (a primeira aquisição – factos 8 e 9) e da segunda e terceira demandadas (a segunda aquisição – facto 10) decorreram perante um imperativo de dar uma solução concreta (uma resposta a uma necessidade absoluta de aquisição de um medicamento para um único doente envolvendo uma patologia rara), numa altura que se encontrava um processo de identificação e seguimento do mesmo para outras unidades hospitalares. Da factualidade provada, a situação evidencia um conjunto de circunstâncias factuais que importa analisar à luz do quadro jurídico da exclusão da ilicitude e/ou da culpa.
54. Conforme foi referido no Ac. n.º 12/2018/ 3ª secção de 9 de julho, «o estado de necessidade é um principio geral de direito, aplicável a todos os ramos do direito sustentado essencialmente no sentido de «preservar a licitude de condutas que, à partida, seriam

desconformes com as diretrizes deonticas provenientes do sistema jurídico» (assim Sérvulo Correio, in «Revisitando o Estado de Necessidade», in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010,720). Ainda que nas várias formulações principiológicas ou normativas, seja no direito constitucional, no direito civil, no direito administrativo ou no direito penal, assumam especificidades, o que está em causa, na sua essência é a necessidade de justificar, pelo direito, a licitude de uma conduta que não observa as regras estatuídas porque, a fazê-lo «causariam um mal muito maior que aquele gerado por ou consistindo em comportamentos abnormes».

55. Nos termos do artigo 34º do Código Penal, aplicável às sanções financeiras nos termos do artigo 67.º n.º 4 da LOPTC, o direito de necessidade conforma uma causa de exclusão da ilicitude, desde que exercido nas condições e requisitos aí estabelecidos, a saber: quando o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro (i) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro (ii) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e (iii) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.
56. Além disso, no também por via da aplicação das normas do direito penal ao caso, a situação de estado de necessidade, ainda que não exclua a ilicitude do facto, pode ainda eximir a culpa, nos termos a que se refere ao artigo 35º n.º 1, nomeadamente «agindo sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Pode, por último, funcionar ainda no domínio da atenuação da culpa quando e se, nos termos do n.º 2 do artigo 35º, «o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excecionalmente, o agente ser dispensado de pena».

57. Para a aplicação, em concreto, da referida causa de justificação, exige-se sempre uma contextualização inequívoca no âmbito da ponderação de bens jurídicos a levar em conta, tanto como cláusula de exclusão da ilicitude como da culpa, em função das circunstâncias que caso a caso, enformem a situação em análise.
58. A situação factual demonstrada (especificamente referida nos §§ 32 a 39) evidencia que a aquisição dos medicamentos em causa, perfeitamente individualizada para um doente e naquele contexto, comporta uma situação de atuação adequada a afastar o perigo atual, e não removível de outro modo, que ameaçava a vida ou a integridade física de terceiro (o paciente “ tinha que ser tratado” com a referida molécula). Perante a situação de dúvidas procedimentais sobre onde seria seguido o doente e quem e como se adquiria a molécula, enquanto isso não fosse resolvido não lhes era exigível comportamento diferente. Assim parece claro que se está em presença de uma situação de estado que de necessidade excludente da culpa. E, excluindo-se neste caso a culpa não há infração financeira (assim o artigo 61º n.º 5 da LOPTC).
59. Quanto ao outro bloco de situações envolvendo a aquisição de próteses, para além da dimensão ilícita ficou provado que os demandados no desenvolvimento de todo o procedimento, não atuaram com o cuidado e a diligência que a situação requeria e que lhes era exigível, na qualidade e com as responsabilidades públicas em que agiram, podendo e devendo decidir de acordo com as normas referentes ao CCP.
60. Como se refere no § 32 do Acórdão do Tribunal de Contas n.º 24/2021, 3.ª S/PL, de 06.10.2021, e Ac. deste Tribunal n.º 13/2019, 3ªS/PL, de 19.09.2019, §63, “a apreciação da culpa, em concreto, na responsabilidade financeira, deve ter em conta as especificidades das funções em concreto desempenhadas pelos sujeitos que a ela estão obrigados, ou seja, tendo em conta o padrão de um responsável financeiro e diligente e prudente na gestão e afetação dos dinheiros públicos que lhe compete zelar e gerir”. Trata-se do padrão exigível quando está em causa a atuação de um responsável financeiro diligente e prudente na gestão e afetação dos dinheiros públicos, nomeadamente através da responsabilidade inerente aos procedimentos de contratação que, com muita frequência, são utilizados no exercício das suas funções.

61. Sobre esta dimensão da culpa, nomeadamente com referência a gestão de serviços de saúde públicos, deve sublinhar-se o que foi referido por este Tribunal no Ac. n.º 23/2020/ 3ª S de 27.05, nomeadamente que «as regras de contratação pública têm que ser conhecidas, ainda que não pormenorizadamente, por quem desempenha funções decisórias em órgãos de gestão da administração pública, ainda que nestes órgãos, nomeadamente nas Unidades de Saúde, exerçam funções profissionais de saúde (vg. Médicos e enfermeiros), com competências próprias, na medida em que, tais elementos, são «gestores» da organização, ainda que conjuntamente com outros responsáveis do órgão de gestão. Quem vai exercer essas funções de gestão pública, tem que ter (ou adquirir, se não as possuir) um mínimo de conhecimentos de matérias sobre as quais vai tomar decisões, nomeadamente decisões com impacto financeiro público». O que no caso dos demandados, não aconteceu.

62. Cometeram, por isso, uma infração financeira sancionatória, sob a forma continuada, prevista nas alíneas l) do n.º 1, do artigo 65º, da LOPTC que lhes era imputada, envolvendo as aquisições de próteses.

Da sanção

63. Face ao decidido importa atentar na sanção devida aos demandados pela infração sancionatória praticada.

64. Deve referir-se que em relação à factualidade imputada, as condutas ilícitas que conformam a infração reduzem-se agora aos factos envolvendo a aquisição de próteses.

65. Nos termos o artigo 64º n.º 1 da LOPTC, o Tribunal de Contas 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 ou valores públicos, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal e os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição.

66. Na situação concreta em causa estão em causa três contratos de com os valores financeiros

de € 39 800,00, € 17 655,00 e € 22 365,00 para aquisição de próteses. Não está demonstrado que tenha havido qualquer prejuízo para o interesse público. Por outro lado, ficou demonstrado que o hospital tinha dimensão pequena, mas grande atividade e de excelência clínica na atividade de ortopedia, tendo na altura efetuado adicionais de próteses, por solicitação do Ministério da Saúde. Igualmente se releva o facto de os demandados terem tido uma gestão financeira positiva na medida em que conseguiram finalizar os anos económicos com dois saldos positivos e um negativo, mas este de insignificante valor (2014 receita 10.483, despesa 10.487).

67. No que respeita à dimensão subjetiva, forma negligente da culpa, os factos ocorreram no exercício das suas funções de administração e gestão, funções que assumiram e para a qual demonstraram disponibilidade temporal para o exercício das mesmas. Valora-se o comportamento passado dos demandados, de forma positiva.
68. As circunstâncias apuradas evidenciam que não se está em presença de uma situação de culpa diminuta de nenhum dos demandados e que ainda que todos os factos tenham sido cometidos de forma negligente, não permite fazer funcionar o instituto da dispensa de multa. Foram três situações concretas cometidas em períodos de tempo espaçados, relativamente alargado.
69. Não ficaram demonstrados factos que permitam efetuar qualquer diferenciação entre os demandados, tendo em conta as funções que exerciam no órgão coletivo.
70. No entanto, a situação envolvendo as condições que exerceram funções, a inexistência de prejuízos para o Estado e a suas situações pessoais podem relevar para uma diminuição da culpa, de modo a funcionar a atenuação especial, com reflexo da multa devida pela infração a todos os demandados de acordo com o artigo 65º n.º 7 da LOPTC. Nesse sentido entende-se ser de aplicar a multa de 15 UCs, de acordo com o artigo citado, para cada demandado, para a infração praticada prevista na alínea I) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC

III. Decisão

Pelo exposto, julgo procedente a ação intentada pelo Ministério Público contra demandado D1, demandado D2 e demandado D3 e em consequência condeno-os pela prática de uma infração sancionatória, sob a forma negligente, p.p. pelo artigo 65º n.º 1 alínea I) da Lei n.º 98/97, de 26/08 (LOPTC), na multa de (15) quinze UC.

São devidos emolumentos legais pelos demandados.

Registe e notifique.

Publicite-se, sem a identificação das pessoas singulares.

Lisboa, 3 de julho de 2023

O Juiz Conselheiro

José Mouraz Lopes