



Secção: 1.ª S/PL

Data: 05/11/2019

Recurso Ordinário: 12/2019

Processo: 1429/2019

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO EM 21/11/2019

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

I – RELATÓRIO:

1. O «Hospital Garcia da Orta, E.P.E.» (HGO) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 28/2019, de 15/7/2019, desta 1.ª Secção, em Subsecção, que *recusou o visto*, ao abrigo das alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8¹), a contrato celebrado, em 28/3/2019, entre essa entidade e «General Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda.», tendo como objeto a «*Prestação de Serviços de Assistência Técnica a Dispositivos Médicos por Imagem*», pelo prazo de 5 anos após o visto e pelo valor global de 1.722.940,00 €, acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

2. O recorrente formulou alegações que culminam com as seguintes conclusões:

«1. O Acórdão n.º 28/2019 decidiu recusar o visto ao contrato de “*Prestação de Serviços de Assistência Técnica a Dispositivos Médicos por Imagem*”

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.



celebrado, em 28 de março de 2019, entre o HGO e a “General Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda.”.

2. Estamos na presença de uma recusa de visto estribada nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Mais precisamente,

3. E tal como se lê no Acórdão recorrido, considerou o Tribunal de Contas haver evidência quanto à *“inexistência de fundos disponíveis para suportar o encargo resultante do contrato submetido a fiscalização prévia, a suportar no ano de 2019”* (cf. Acórdão recorrido a fls. dos autos).
4. As circunstâncias que levaram o Tribunal de Contas a recusar o visto, nos termos indicados, não mais se verificam.

Dito de outra maneira,

5. Em razão de factos supervenientes à prolação do Acórdão recorrido é hoje perfeitamente segura a existência de fundos disponíveis para suportar o compromisso assumido pelo HGO, em conformidade com as normas legais aplicáveis.
6. À matéria de facto dada por provada devem ser aditados os factos supervenientes decorrentes dos documentos 1 a 5 ora juntos (als. A) a G) do ponto 2.1. *supra* – arts. 425.º, 651.º, n.º 1, e 662.º, n.º 1, do CPC), que aqui se dão por integralmente reproduzidos.
7. Deve ainda a matéria de facto ser ampliada, atenta a prova documental já produzida (artigo 662.º, n.º 1, do CPC), nos termos indicados nas alíneas AA) e BB) do ponto 2.2. *supra*, que aqui se dão por reproduzidas.
8. Da documentação superveniente ora junta resulta inquestionável que o HGO dispõe de *“fundos disponíveis”* para suportar integralmente o contrato submetido a fiscalização prévia no corrente ano de 2019.
9. Está, por conseguinte, verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei (cf. al. a) do n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho).



10. Estão, igualmente, preenchidas as demais condições impostas nas als. b) e c) do indicado artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho: registado o compromisso no sistema de apoio à execução orçamental (al. b) e emitido um número de compromisso válido e sequencial (al. c).
11. O que significa, em suma, que não mais se podem ter por violados os artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 (cf. parágrafo 39 do Acórdão recorrido a fls. dos autos).
12. O mesmo sucedendo, já se vê, com o artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), da LOPTC.
13. Do que resulta, tudo visto, a cabimentação e legalidade da despesa (artigo 44.º, n.º 1, da LOPTC), com as devidas consequências, ao nível da concessão do visto.
Subsidiariamente,
14. O presente contrato integra a exceção prevista na norma constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC.
15. O contrato dos autos tem obrigações acessórias e mesmo condicionais. O que não lhe retira a natureza de contrato de assistência técnica com um objeto perfeitamente definido: assistência técnica aos dispositivos médicos por imagem em funcionamento no HGO (cf. cláusula terceira do caderno de encargos e cláusula primeira do contrato).»

3. O Ministério Público (M.º P.º) emitiu parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da LOPTC, no sentido da admissibilidade da pretendida ampliação da matéria de facto, no segmento respeitante à *superveniência de fundos disponíveis positivos*, o que implicará (ainda que não o afirmando expressamente) a sua adesão à pretensão recursória do recorrente, na sua materialidade essencial, e que se consubstancia na obtenção de uma *decisão de concessão de visto*.

4. Em conformidade com o Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC, é pelas conclusões das alegações



de recurso que se define o seu objeto e se delimita o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cfr. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do CPC), sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cfr. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Saliente-se, ainda, que o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as *questões* que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações (e suas conclusões) de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.

5. Do teor dessas conclusões das alegações de recurso extraem-se as seguintes questões essenciais a dirimir:

a) *modificabilidade da decisão de facto*, mediante o *aditamento* de *novos factos*, dedutíveis de documentos juntos aos autos e analisáveis em *dois núcleos* distintos:

a.1) por um lado, e com base em *documentos* entretanto apresentados em sede de recurso, um primeiro *núcleo de factos*, qualificados como *factos supervenientes*, os quais, sem pôr em crise a *factualidade* que serviu de base à decisão recorrida (e que, no essencial, espelhavam uma situação de *insuficiência de fundos disponíveis* à data da assunção do *compromisso* a que se refere o contrato em apreciação nos presentes autos), se traduziriam na demonstração de que *atualmente* – *i.e.*, em momento posterior ao da prolação da decisão recorrida – a entidade recorrente já dispõe de *fundos disponíveis positivos*, estando superada a situação que fundou a *recusa de visto*;

a.2) por outro lado, e com base em *documento* já previamente existente nos autos (em concreto, o *caderno de encargos* do respetivo concurso), um segundo *núcleo de factos*, os quais correspondiam à transcrição do teor de *duas cláusulas* desse documento (especificamente, as cláusulas 3.ª, n.º 2, e 42.ª), de que se pretende extrair argumentação favorável à *tese* de que o contrato em apreço é um mero *contrato de assistência técnica*, que beneficiaria de



isenção de fiscalização prévia, ao abrigo do disposto no artigo 47.º, n.º 1, alínea *c*), *in fine*, da LOPTC (por contraposição ao entendimento sustentado pela instância *a quo*);

b) relevância (ou não) dos aludidos *factos supervenientes* para inviabilizar a formulação do juízo de *recusa de visto* constante da decisão recorrida (com base na situação de insuficiência de fundos disponíveis efetivamente verificada à data da prolação dessa decisão, mas posteriormente revertida);

c) subsidiariamente, possibilidade (ou não) de caracterização do contrato em presença como *contrato de assistência técnica*, para efeitos da *isenção de fiscalização prévia* prevista no artigo 47.º, n.º 1, alínea *c*), *in fine*, da LOPTC (atento, em particular, o teor de determinadas cláusulas do *caderno de encargos* do respetivo concurso).

6. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

7. A instância *a quo* considerou provados os seguintes factos, que se passam a reproduzir:

- «*a*) O HGO procedeu à celebração do contrato na sequência de ajuste direto, invocando a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.
- b*) A abertura do procedimento foi autorizada por deliberação do Conselho de Administração do HGO de 14/02/2019.
- c*) Fundamentou o recurso ao ajuste direto no facto da “*General Electric Healthcare Portugal, Lda.*” ser o representante exclusivo em Portugal na



prestação de serviços de manutenção e assistência técnica aos equipamentos da marca *General Electric*.

- d) Acrescentando que “(...) existindo no HGO um vasto conjunto de equipamentos de diagnóstico por imagem, com características únicas e cuja relevância no diagnóstico clínico é insubstituível na decisão clínica, assegurar a prestação de serviços de assistência técnica aos mesmos revela-se imprescindível, havendo necessidade, para o efeito, de contratar esses serviços ao único operador económico que do ponto de vista técnico está habilitado para prestar esses serviços, por força da sua qualidade de representante exclusivo da *General Electric (casa mãe)*.”
- e) Por deliberação de 14/03/2019, o Conselho de Administração do HGO autorizou a adjudicação à “*General Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda.*”, e aprovou a minuta do contrato.
- f) Nos termos da cláusula quinta do contrato, “São deveres da Segunda Outorgante:
- “a) Efetuar o número de manutenções preventivas anuais previsto para cada um dos equipamentos, garantindo um período uptime de 95%, com as coberturas, nos termos e condições do Caderno de Encargos e da sua Proposta;
 - b) Quando ocorram avarias ou falhas, garantir a assistência corretiva, remota ou presencial, dos Equipamentos com vista à reposição das condições normais de funcionamento, num prazo de 2 (duas) ou 8 (oito) horas, respetivamente, após a comunicação do Primeiro Outorgante, com as coberturas, termos e condições do Caderno de Encargos e da sua Proposta;
 - c) Prestar assistência técnica por substituição e/ou atualização parcial de Equipamentos (renovação tecnológica de equipamentos), com as coberturas, nos termos e condições constantes das “Cláusulas Técnicas Especiais” do Caderno de Encargos;
 - d) Transferir para o Primeiro Outorgante a propriedade dos Equipamentos e softwares instalados ao abrigo da alínea anterior, logo que cesse a vigência



do presente Contrato, nos termos e condições previstos no Caderno de Encargos;

e) Sempre que ocorra a renovação tecnológica de Equipamentos e/ou software:

i. *Ministrar, através dos seus profissionais especializados, ações de formação certificadas aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes fiquem aptos a utilizar o Equipamento e/ou software em perfeitas condições de eficiência, qualidade e segurança;*

ii. *Ministrar, através dos seus profissionais especializados, ações de formação certificadas aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes fiquem aptos a prestar assistência técnica de primeira linha ao Equipamento;*

iii. *Promover as atualizações de software e hardware, preconizadas pelo fabricante, que tenham como objetivo melhorar os Equipamentos existentes, nos casos em que esteja em causa a fiabilidade ou segurança dos mesmos;*

iv. *Assegurar a remoção e processamento, por entidade certificada para o efeito, dos Equipamentos substituídos;*

(...)

i) *Fornecer, a pedido do Primeiro Outorgante, quando a avaria se prolongue por mais de 5 (cinco) dias e até à conclusão da reparação, o competente equipamento de substituição;*

j) *Salvaguardar a correção de erros de conceção dos Equipamentos, problemas de segurança ou alterações impostas por nova regulamentação;*

(...)

m) *Garantir a continuidade do fabrico dos componentes que constituem os Equipamentos pelo período de 10 (dez) anos após a data de fabrico da última unidade;*

n) *Ministrar, através dos seus profissionais especializados, um curso técnico aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes*



fiquem aptos a prestar assistência técnica de primeira linha ao Equipamento objeto do Contrato, em perfeitas condições de eficiência, qualidade e segurança;

(...).”

- g) A empresa “*Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda.*” tem como objeto social “*A comercialização, importação e exportação de equipamentos e material elétrico, eletrónico, informático e electromedicina, instalações elétricas e mecânicas, redes informáticas, equipamento de imagiologia médica, prestação de serviços e atividades conexas.*”
- h) Na sequência do pedido de documentação comprovativa do registo do compromisso pela totalidade do valor a pagar em 2019, e de informação de controlo de fundos disponíveis, o HGO remeteu duas informações de controlo de fundos disponíveis com diferentes datas (29/04/2019 e 03/06/2019) e números diferentes de compromisso: n.º 7925, no valor de 423.843,24 €, registado em 29/04/2019, e n.º 10604, no valor de 211.921,62 €, registado em 03/06/2019.
- i) Das quais consta que, antes de efetuados os registos dos referidos compromissos, os fundos disponíveis do HGO eram negativos, no montante de (-) 79.442.932,28 €, em 29/04/2019, e de (-) 93.508.601,65 €, em 03/06/2019, passando após os referidos registos a apresentar saldos de fundos disponíveis negativos de, respetivamente, (-) 79.866.775,52 €, e (-) 93.720.523,27 €.
- j) Questionado sobre a falta de fundos disponíveis para assumir o compromisso relativo ao contrato em causa, o HGO veio aduzir o seguinte:
- «A abertura do procedimento pré-contratual sub judice e a subsequente celebração do contrato, ora objeto de fiscalização prévia, foram determinados pelo imperativo de assegurar a ininterrupta prestação dos serviços de assistência técnica aos equipamentos em causa, imperativo esse que consubstancia um verdadeiro estado de necessidade institucional, considerando a relevância que esta prestação de serviços assume nos cuidados de saúde prestados aos utentes do HGO, não obstante o seu carácter acessório.*



Neste sentido, a Deliberação do Conselho de Administração do HGO que autorizou a abertura do procedimento, bem como a subsequente adjudicação do mesmo à General Electric Healthcare, foram motivadas por ponderosas razões de interesse público, mormente a satisfação de necessidades coletivas a que um hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde cumpre prosseguir, pelo que se considera salvaguardado o mérito da realização da despesa pública subjacente à enfocada prestação de serviços, o qual se expressa nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, na sua redação atual (...)».

– DE DIREITO:

A) Do conteúdo da decisão recorrida:

8. Comece-se por recuperar o essencial da fundamentação da decisão recorrida, para melhor enquadrar as questões suscitadas no recurso em apreço.

a) Assentou tal decisão a sua fundamentação no conjunto da *matéria de facto* supratranscrita, de que se extraem, como dados mais significativos, os seguintes: por um lado, a verificação da *inexistência de fundos disponíveis* à data da assunção do compromisso relativo ao contrato em causa; e, por outro lado, a particular caracterização desse contrato emergente do teor das suas cláusulas (de que se transcreveram alguns excertos), daí se deduzindo, já no plano jurídico, e como veremos, não se tratar o mesmo de um mero *contrato de assistência técnica*.

b) Com base no conjunto dessa *matéria de facto* teceu a decisão recorrida a *fundamentação substantiva* que se passa, sucintamente, a enunciar.

b.1) Em primeira linha, procurou-se demonstrar que o contrato em causa se encontrava sujeito a fiscalização prévia, não sendo caso de aplicação da *isenção* estabelecida no artigo 47.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, da LOPTC para os *contratos de assistência*



técnica (a par de outros contratos expressamente indicados: os de arrendamento, os de fornecimento de água, gás e/ou eletricidade, os celebrados com empresas de limpeza e os de segurança de instalações). Considerou-se, por um lado, a ampla extensão do objeto social da empresa cocontratante, não confinado a serviços de simples assistência técnica (cfr. alínea g) da factualidade supra descrita), e, por outro lado, a pluralidade de obrigações emergentes do contrato para o cocontratante, segundo o respetivo clausulado (cfr. alínea f) da factualidade supra descrita), que abrange, designadamente, e segundo o acórdão recorrido, «substituição de equipamentos e transferência de propriedade para o HGO nas situações nele previstas, cursos de formação, atualização de hardware e software, correção de erros de conceção dos equipamentos, e garantia de continuidade do fabrico dos componentes que os constituem». Convocou-se ainda jurisprudência anterior deste Tribunal (concretamente, os Acórdãos n.ºs 15/2015, de 28/5, e 9/2019, de 28/3, ambos do Plenário desta 1.ª Secção), que sedimentou o entendimento condensado no último desses arestos nos seguintes termos: «O conceito de assistência técnica, para efeitos de isenção de fiscalização prévia ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, deve cingir-se a atividades reportadas a mero apoio e acompanhamento de verificação do funcionamento de equipamentos segundo normas técnicas e/ou legais relacionadas com a operação do equipamento e enquanto mero serviço complementar ou instrumental do contrato de aquisição, não abrangendo contratos em que as partes pretendem a execução de serviços técnicos de reparação, manutenção ou substituição de peças. Obrigações relativas a resultados operacionais independentes de contingências operativas, reparações extraordinárias (em virtude de incidentes prévios ou posteriores à contratação), ou formação e certificação de técnicos para atividades especializadas nunca podem ser qualificadas como assistência técnica para efeitos do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.» Em particular, o primeiro dos arestos citados pronunciou-se sobre produtos informáticos, tendo sustentado que «os conceitos de manutenção e assistência técnica no domínio informático não se confundem, mantendo, pois, individualidade e autonomia», sendo que o conceito de assistência técnica se circunscreve a «serviços portadores de apoio intelectual [conhecimentos], tecnológico [reparações e/ou substituição de peças] prestados ao utilizador e sempre com o propósito de solucionar dificuldades técnicas relacionadas com a



ativação de produtos tecnológicos abrigáveis a “hardware” e/ou “software” informáticos», ou seja, que se confinem a «habilit[ar] o utilizador a solucionar dificuldades inerentes a um determinado produto informático, assegurando a respetiva e boa operacionalidade». E, nessa base, pôde o acórdão recorrido concluir no sentido de que o contrato em apreço envolve a «prestação de serviços de manutenção em que a assistência técnica é apenas uma das componentes que não esgota todo o universo de direitos e deveres contratuais derivados de múltiplas prestações de serviços a cargo do cocontratante», sendo assim insuscetível de qualificação como contrato de assistência técnica para efeitos da citada alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC – o que determinou a sua sujeição à fiscalização prévia.

b.2) Em segunda linha, e perante a evidência da situação de *inexistência de fundos disponíveis* à data da assunção do *compromisso* respeitante ao presente contrato, entendeu-se na decisão recorrida estar verificada uma situação de incumprimento de determinadas normas da *Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas* (LCPA: Lei n.º 8/2012, de 21/2²) e do *Regulamento da LCPA* (Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/6³). Por sua vez, deduziu-se desse incumprimento, e também na medida em que consubstanciou a violação de normas de natureza financeira, a *nulidade* do contrato em apreço e do respetivo compromisso, com o conseqüente preenchimento dos *fundamentos de recusa de visto* consignados nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

B) Da viabilidade da pretensão de alteração da matéria de facto:

9. Como vimos, intenta o recorrente obter o *aditamento de novos factos* à factualidade declarada como provada em *dois planos* distintos e com fundamentos diversos, os quais merecem análise diferenciada – que se passará a empreender.

² Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14/5, 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, e 22/2015, de 17/3.

³ Alterada pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20/12, e 66-B/2012, de 31/12, e pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 2/6.



10.

a) Quanto ao primeiro núcleo factual, recorde-se que o recorrente pretende (e aqui com a concordância do M.º P.º) que sejam agora considerados *factos* ocorridos posteriormente à prolação da decisão recorrida – e que qualifica como *factos supervenientes*. Trata-se de *factos* que não infirmam a situação de *insuficiência de fundos disponíveis* constatada na decisão recorrida (e que o recorrente reconhece que ocorria efetivamente à data da assunção do *compromisso* a que se refere o contrato em apreço nos autos, tal como verificado pela instância *a quo*), mas que se traduzem numa alteração posterior da situação financeira do recorrente, que passou a ser de *fundos disponíveis positivos* já em momento posterior ao da prolação daquela decisão, situação *nova* essa que se pretende que seja agora ponderada em sede de recurso.

b) Uma tal *pretensão* tem de ser perspetivada, por um lado, em função da caracterização dos *recursos* no quadro do regime processual português, e, por outro lado, à luz das disposições legais específicas que permitem a apresentação de elementos probatórios já na fase de recurso.

c) A relevância do primeiro desses enfoques decorre da já referida aplicabilidade supletiva do CPC, estabelecida no artigo 80.º da LOPTC – o que nos remete para o enquadramento geral do nosso sistema de recursos. Ora, como é sabido, os recursos, no sistema processual português, têm uma finalidade de *reapreciação* pela instância superior de matéria ponderada na decisão recorrida, e não de apreciação de todas e quaisquer questões que os recorrentes entendam submeter-lhe, mesmo que não colocadas perante o tribunal recorrido⁴. Como sublinham LEBRE DE FREITAS *et alii*, «*os recursos ordinários são, entre nós, recursos de reponderação e não de reexame*», pelo que aos tribunais de recurso cabe «*controlar a correção da decisão proferida pelo tribunal recorrido, face aos elementos averiguados por este último*», ou seja, «*não [lhes] cabe conhecer de questões novas (o*

⁴ Sobre esta matéria, e ainda na vigência do anterior CPC (não substancialmente alterado pelo novo CPC neste domínio), cfr. LEBRE DE FREITAS *et alii*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 7-8; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 395; e, por todos, os Acórdãos RG de 3/11/2003, Proc. n.º 1573/03-1, RE de 27/11/2003, Proc. n.º 1640/03-3, e RL de 25/6/2008, Proc. n.º 3668/08-4, todos acessíveis in www.dgsi.pt.



chamado “*ius novorum*”), mas apenas reapreciar a decisão do tribunal a quo, com vista a confirmá-la ou revogá-la»⁵, apenas sendo ressalvadas, como também assinalam os citados autores, questões novas que sejam de conhecimento oficioso, como questões de inconstitucionalidade ou de caducidade em matéria excluída da disponibilidade das partes, designadamente se suscitadas em alegações de recurso⁶. Isto significa que, em regra, sobre questão não apreciada pela instância a quo (por não verificada ou não suscitada perante esta) também não se pode pronunciar o tribunal de recurso.

d) É neste quadro que devem ser analisadas as disposições legais específicas que regem sobre a junção de *documentos* em sede de recurso. Relevam neste ponto, particularmente, os artigos 425.º e 651.º, n.º 1, do CPC. A segunda dessas normas insere-se no Título V do diploma, precisamente respeitante à regulamentação própria dos recursos, na qual se dispõe, sob a epígrafe «Junção de documentos e de pareceres», que «*[a]s partes apenas podem juntar documentos às alegações nas situações excecionais a que se refere o artigo 425.º ou no caso de a junção se ter tornado necessária em virtude do julgamento proferido na 1.ª instância*». Por sua vez, estabelece o artigo 425.º do CPC que «*[d]epois do encerramento da discussão só são admitidos, no caso de recurso, os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento*». Perante estas disposições, podemos, desde já, afirmar que delas ressalta a clara perceção de que apenas são admitidos *novos documentos* para prova de *factos pré-existentes* ao encerramento da discussão da causa em 1.ª instância – aliás, em coerência com a regra geral da *atendibilidade de factos supervenientes* estabelecida no n.º 1 do artigo 611.º do CPC, segundo a qual o parâmetro dessa *atendibilidade* é determinado «*de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão*», i.e., perante a instância a quo. E daí que, *em recurso*, apenas se admita, por um lado (ou seja, *ex vi* do artigo 425.º do CPC), a junção de documentos de que ainda não se podia dispor no *momento do encerramento da discussão em 1.ª instância* (e que, logicamente, se têm de referir a factos já então verificados), e, por outro lado (ou seja, *ex vi* do artigo 651.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPC), a junção de documentos de que já se podia dispor (e, por isso, também logicamente

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.



reportados a factos já então verificados), mas que só devido ao sentido da decisão da 1.ª instância (certamente pelo seu caráter *inesperado*) se tornou necessário apresentar. Esta é, aliás, a orientação que essencialmente se colhe na *doutrina* e na *jurisprudência civil* sobre o tópico em apreciação.

e) Com efeito, sobre o regime relativo à junção de documentos em sede de recurso, e perante normas substancialmente idênticas do anterior CPC (contidas nos artigos 524.º, n.º 1, e 693.º-B, respetivamente correspondentes aos artigos 425.º e 651.º, n.º 1, atuais), pronunciavam-se LEBRE DE FREITAS *et alii* nos seguintes termos: «[...] os recursos são meios processuais de impugnação de anteriores decisões judiciais e não ocasião para julgar questões novas. [...] Daí que, em princípio, não devam ser juntos documentos novos na fase de recurso. [...] Em regra, os documentos têm de ser juntos pelas partes até ao encerramento da discussão [...]. [...] após o encerramento da discussão, só são admitidos, no caso de recurso, os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até aquele momento»⁷.

f) Já na vigência do atual CPC, e em anotação ao artigo 425.º, reiteram LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE aquele entendimento, formulando (em termos semelhantes aos constantes da correspondente anotação anterior) a indicação dos seguintes *exemplos* de impossibilidade de apresentação até ao encerramento da discussão em 1.ª instância: «[...] o de o documento se encontrar em poder da parte ou de terceiro, que [...] só posteriormente o disponibiliza, de a certidão de documento [...] só posteriormente ser emitida ou de a parte só posteriormente ter conhecimento da existência do documento»; e o de «[...] o documento, com que se visa provar um facto já ocorrido e alegado, só posteriormente se tenha formado»⁸. E, na mesma linha, rejeitam a possibilidade de junção de documento que «[...] posteriormente formado, prove um facto não alegado e, ele próprio, de ocorrência posterior»⁹. Por sua vez, são identificados como *exemplos* de situações em que a própria decisão motiva a apresentação de novos documentos os seguintes: quando a decisão se funde «em facto novo oficiosamente cognoscível» (nos termos do artigo 412.º do CPP: *i.e.*,

⁷ *Idem*, p. 98.

⁸ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 243-244.

⁹ *Ibidem*. E, a esse propósito, citam esses autores o Acórdão STJ de 13/1/2005, Proc. n.º 04B3830, acessível in www.dgsi.pt.



factos notórios ou do conhecimento do tribunal); ou quando essa decisão acolha «*solução de questão de direito nova (art. 5-3), com desrespeito do princípio do contraditório (art. 3-3)*»¹⁰. Mais adiante, e a propósito do atual artigo 611.º do CPC (respeitante à *atendibilidade de factos supervenientes* ainda em sede de 1.ª instância), declaram ainda esses mesmos autores que os factos supervenientes «*que ocorram ou sejam conhecidos posteriormente a este momento [do encerramento da discussão em 1.ª instância] só podem [...] ser feitos valer, como exceção, no processo executivo (art. 729-g), estando designadamente vedada a sua invocação em recurso*»¹¹. E, por sua vez, ABRANTES GERALDES *et alii*, em anotação ao mesmo artigo 611.º do atual CPC (depois de na anotação ao mencionado artigo 425.º não divergirem dos autores anteriormente referidos), também afirmam que «*[q]uanto aos factos posteriores ao encerramento da discussão [...], [s]e aproveitarem ao autor e este quiser prevalecer-se dos mesmos, mais não lhe resta do que instaurar nova ação*»¹².

g) Deve entender-se, pois, que só nestas limitadas condições será de admitir a apresentação de novos documentos em sede de recurso, sendo apenas nesse contexto que poderá a instância *ad quem* conceder numa *alteração da matéria de facto*, que contemple o aditamento de *factos novos* cuja prova se funde em documentos apresentados já na fase de recurso.

h) Atento o exposto, constatam-se, no caso presente, *duas evidências*:

h.1) por um lado, que o recorrente pretende que sejam considerados como relevantes *factos* ocorridos após o encerramento da discussão em 1.ª instância, os quais necessariamente não puderam ser apreciados pela instância *a quo*, e que, pela natureza própria dos recursos no nosso sistema processual, não podem (nem devem) ser considerados pela instância *ad quem*, sendo que a esta apenas cabe *reapreciar* a decisão da instância *a quo*, com base nos *factos* ocorridos até ao referido encerramento da discussão e nos *elementos de facto* de que aquela instância dispunha (ou podia dispor);

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, p. 724.

¹² *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 733.



h.2) e, por outro lado, que os *documentos* com que se pretendia provar esses *factos novos* não satisfazem as condições previstas nos artigos 425.º e 651.º, n.º 1, do CPC para a sua admissibilidade (e relevância) em sede de recurso, porquanto se referem a factos posteriores ao encerramento da discussão em 1.ª instância e cuja impossibilidade de apresentação anterior se deve à sua própria inexistência nesse momento, e sem que a sua apresentação seja motivada por qualquer desconformidade entre o sentido da decisão recorrida e a realidade factual então verificada.

i) Neste conspecto, é de entender que não ocorre situação que justifique, quer a consideração dos factos novos invocados pelo recorrente, quer a admissibilidade dos elementos documentais pelo mesmo apresentados. Daqui se deduz a necessária *improcedência* da pretensão do recorrente de *alteração da factualidade provada*, no segmento ora em apreciação, a qual se pretenderia alcançar a partir dos elementos documentais *desatendidos*.

j) Importa, neste ponto, sublinhar ainda que a *procedibilidade* da pretensão de *alteração da matéria de facto* deve ser equacionada, não apenas do ponto de vista do *valor intrínseco* dessa pretensão (que, como vimos, claudica por essa via no caso concreto), mas também do ponto de vista da sua *relevância* para a *questão de direito* com a qual se conexas. Ou seja: no âmbito da *decisão* sobre a *procedência* (ou não) de uma pretensão de *impugnação da matéria de facto*, nada obstará a que o tribunal faça um exercício de *prognose* que, hipotizando a admissibilidade formal dessa pretensão, pondere sobre a *relevância* para a decisão de direito da *factualidade* que se pretende alterar – sendo de admitir a *rejeição* dessa *alteração da factualidade* quando a mesma não tenha qualquer *relevância* para o objeto do processo. Apenas haverá, nesse contexto, e de modo a não condicionar univocamente o sentido da subsequente decisão jurídica do caso, que apelar ao *critério* que emerge do próprio modelo processual vigente: a *matéria de facto provada* só deve (ou só tem de) conter aquilo que se afigure *relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito* (de acordo com a fórmula, ainda pertinente e atual, adotada no n.º 1 do artigo 511.º do anterior CPC). Dito de outro modo: não será de considerar a inserção de *factualidade* sem *relevância* para o objeto do processo,



por manifesta *inutilidade* de tal inserção, sendo essa solução a que melhor se adequa ao *princípio da economia processual* (e atenta a proibição dele emergente, inscrita no artigo 130.º do CPC).

k) Ora, também por esta via se alcançaria a *impertinência* dos documentos apresentados em sede de recurso e da eventual alteração subsequente da *factualidade provada*. É que, como vimos, estamos perante *factos* posteriores ao encerramento da discussão em 1.ª instância e perante *documentos* que suportariam a sua prova, sem que tais factos (e respetivos documentos probatórios) pudessem ser considerados pela instância *ad quem*. Seria, pois, *inútil* a inserção de uma tal *factualidade irrelevante* na *matéria de facto provada*. E daí se extrairia igualmente, quanto ao primeiro núcleo factual em apreciação, a já enunciada *improcedência* da pretensão do recorrente de *alteração da factualidade provada*.

11.

a) Quanto ao segundo núcleo factual, relembre-se que o recorrente pretende que seja incluído na *factualidade provada* o teor de *duas cláusulas* do *caderno de encargos* que integrou o procedimento pré-contratual que deu origem ao presente contrato (concretamente, as cláusulas 3.ª, n.º 2, e 42.ª). Trata-se de cláusulas que o recorrente considera relevantes para a caracterização, que sustenta, desse contrato como *contrato de assistência técnica*, para efeitos da *isenção de fiscalização prévia* prevista no artigo 47.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, da LOPTC.

b) Numa primeira aproximação à questão, caberia dizer que a particular natureza dos processos de fiscalização prévia, quando respeitantes a contratos públicos, implica que neles esteja documentada a integralidade do procedimento pré-contratual – pelo que todo esse acervo documental, enquanto pressuposto do contrato, se deve ter necessariamente por assente e como parte integrante, ao menos implicitamente, da matéria factual a considerar, por força da simples *menção*, na *factualidade provada*, à existência do contrato e do seu respetivo procedimento pré-contratual. E isso sem que haja necessidade de uma *transcrição* parcial ou total de peças desse procedimento – e nem sequer de qualquer *nota*,



no enunciado dessa *factualidade provada*, no sentido de que todo esse procedimento, ou partes dele, se devem ter por *reproduzidos*. Donde, em bom rigor, se poderia concluir pela *desnecessidade* da expressa transcrição, na *factualidade provada*, de cláusulas específicas do caderno de encargos (ou de qualquer outro trecho de peças do procedimento) e até mesmo de determinadas passagens do texto contratual.

c) De todo o modo, compreende-se o *interesse* dos intervenientes processuais em conferir especial *ênfase* a um ou outro concreto segmento de peças do procedimento ou do próprio contrato, como suporte ou reforço da sua argumentação jurídica – e que ganha maior *expressividade* quando esse segmento merece destaque no enunciado da *factualidade provada*. Aliás, no caso concreto, a própria instância *a quo* sentiu necessidade de transcrever parte do texto contratual (cfr. alínea *f*) da *factualidade supra* descrita), sobre o qual depois discorreu argumentativamente na fundamentação da respetiva decisão.

d) Crê-se, por isso, ser razoável admitir alguma flexibilidade nesta matéria, concedendo na inclusão, em sede de *factualidade provada*, de excertos de elementos documentais tidos por mais relevantes, no quadro das *soluções plausíveis de direito*, ou mesmo de simples menções de remissão por reprodução, parcial ou total, de tais elementos documentais.

e) Neste conspecto, afigura-se-nos, *in casu*, ser de atender à pretensão do recorrente de integração, no enunciado da *factualidade provada*, do teor das cláusulas do caderno de encargos em referência, nos termos propostos – e isso independentemente do juízo que venham a proporcionar esses elementos documentais, na ponderação jurídica da argumentação que o recorrente neles sustenta, a que *infra* se irá proceder.

f) Nesta conformidade, entende-se considerar *procedente* a pretensão do recorrente de *alteração da factualidade provada*, no segmento ora em apreciação, com o conseqüente *aditamento* de *dois novos pontos de facto*, identificados sob as alíneas *k*) e *l*) da *matéria de facto provada* – e cujo teor corresponderá à pretendida transcrição das cláusulas 3.^a, n.º 2, e 42.^a do *caderno de encargos* que integrou o procedimento pré-contratual que deu origem ao presente contrato, nos termos que se passa a enunciar:



– «k) O n.º 2 da cláusula 3.ª do caderno de encargos é do seguinte teor:

“2. A prestação de serviços de assistência técnica compreende as seguintes vertentes:

- a) Revisões preventivas anuais, de acordo com o constante no Anexo II, com a finalidade de garantir o correto funcionamento dos equipamentos;*
- b) Intervenções corretivas, necessárias para corrigir as avarias técnicas que ocorreram no período de vigência do contrato;*
- c) Substituições de componentes, independentemente do número e valor dos mesmos, de acordo com o tipo de cobertura por equipamento definidas no Anexo III.”»;*

– «l) A cláusula 42.ª do caderno de encargos é do seguinte teor:

“1. Preventiva

No âmbito do contrato a celebrar, os serviços de assistência técnica a prestar pelo Adjudicatário são classificados da seguinte forma:

- a) No início de cada ano civil, o Adjudicatário elabora um plano de assistência técnica preventiva em que se incluem os protocolos do fabricante e as frequências de intervenção que não podem ser inferiores ao número previsto na lista de equipamentos e coberturas por equipamento que se encontra no Anexo II.*
- b) Os protocolos possuem os planos do fabricante e são aprovados pelo Serviço de Instalações e Equipamentos da Entidade Adjudicante.*

2. Corretiva

- a) Cabe ao Adjudicatário a reparação das avarias decorrentes do normal funcionamento dos equipamentos, que se verifiquem durante o período de vigência do contrato.*
- b) Considerando a relevância dos equipamentos incluídos no Anexo I e a natureza do serviço objeto do contrato, considerasse um uptime de 95%, o qual deve ser calculado tendo por base, apenas, as paragens resultantes de*



intervenções corretivas. Para efeitos de cálculo dever-se-á considerar 8 horas por dia apenas nos dias úteis.

- c) As avarias são reportadas através de contacto telefónico e, posteriormente, formalizadas através de email ou fax.*
- d) Para efeitos de contabilização dos tempos decorrentes da participação de avaria deve ser considerada a hora da participação da avaria constante no fax ou email.*
- e) A participação de avarias por email ou fax é da exclusiva responsabilidade do Serviço de Instalações e Equipamentos da Entidade Adjudicante.*
- f) Qualquer anomalia detetada e reportada pela Entidade Adjudicante, deve ter uma intervenção por parte do Adjudicatário nas 8 (oito) horas úteis subsequentes, considerando-se que decorrido esse tempo o Adjudicatário pode incorrer na aplicação de penalizações previstas no presente Caderno de Encargos.*
- g) Após a participação da avaria compete ao Adjudicatário repor o normal funcionamento do equipamento, num prazo que não pode exceder os 5 (cinco) dias úteis, caso esse prazo seja ultrapassado, pode o mesmo incorrer na aplicação das penalizações previstas no presente caderno de encargos.*
- h) Os serviços de assistência técnica decorrem em todos os dias úteis entre as 9 horas e as 18 horas.*

3. Assistência técnica por substituição e/ou atualização parcial de equipamentos

- a) A assistência técnica por substituição e/ou atualização parcial de equipamentos, baseia-se na prestação de serviços corretivos e preventivos, substituindo ou atualizando os equipamentos em causa por outros da marca GE. A assistência técnica contempla, assim, a utilização dos equipamentos de substituição.*
- b) A substituição de equipamentos, ou de parte destes, ocorre sempre que:*
 - Deixar de ter utilidade clínica;*
 - Quando se verificar baixo rendimento ou perda de qualidade irreversível;*
 - Obsolescência funcional que prejudique os tempos de espera;*



- *Impossibilidade de obter sobressalentes originais;*
 - *Apresentar riscos para os profissionais ou pacientes;*
 - *Nova legislação que a isso obrigue.*
- c) *A ocorrerem os factos referidos na alínea anterior, o Adjudicatário deve ter em conta e incorporar no valor do contrato a celebrar uma percentagem não inferior a 26% (vinte e seis por cento) do valor total do mesmo, para este efeito.*
- (...)
- d) *A proposta de substituição de equipamentos deve ser enviada pelo Adjudicatário ao Serviço de Instalações e Equipamentos da Entidade Adjudicante.*
- e) *Se ocorrer a necessidade de trabalhos de adaptação, os mesmos são da responsabilidade da Entidade Adjudicante.*
- (...)”»

12. Esgotada a apreciação do recurso quanto à *matéria de facto*, cumpre passar à apreciação das questões suscitadas pelo recorrente quanto à *matéria de direito* – seguindo a ordem apresentada pelo recorrente (ou seja, em primeiro lugar, a relativa aos *fundos disponíveis* e, em segundo lugar, a relativa à *qualificação do contrato*), atendendo à *subsidiariedade* que aquele estabeleceu da segunda em relação à primeira de tais questões. Em todo o caso, sempre se dirá que, no *plano lógico*, a apreciação da *questão da qualificação do contrato*, pela sua repercussão em termos de sujeição (ou não) do contrato a fiscalização prévia, deveria *preceder* a apreciação da *questão da existência de fundos disponíveis* – mas o *princípio do pedido*, apesar da inusitada subsidiariedade inversa das questões pretendida pelo recorrente, parece aqui prevalecer e impor tal inversão.

C) Da (in)existência de fundos disponíveis:

13. Partindo do pressuposto da submissão a fiscalização prévia do presente contrato – tal como entendido pela instância *a quo* –, haverá então que equacionar, agora no plano



jurídico, se, em alguma circunstância, a *superveniência* de uma situação de *fundos disponíveis positivos* (i.e., ocorrida em momento posterior ao da assunção do respetivo *compromisso*, ocasião em que esses fundos apresentavam *saldo negativo*) poderia projetar-se sobre tal contrato, em termos de possibilidade de *aproveitamento* do procedimento que culminou na celebração do contrato, bem como do próprio contrato.

14. Já vimos como o nosso regime processual impede a consideração de *factualidade* (e respetivos *documentos probatórios*) ocorrida já em momento posterior ao encerramento da discussão em 1.ª instância – e daí se deduziu a *improcedência* de uma *alteração da matéria de facto provada* que integrasse aquela *superveniência* de uma situação de *fundos disponíveis positivos*. Porém, mesmo que se hipotizasse a inclusão desses *novos factos* na *factualidade provada*, sempre nos depararíamos com uma dificuldade inultrapassável. É que essa *superveniência de fundos positivos* nunca poderia ter a virtualidade de produzir um *efeito retroativo*, como se se ficcionasse que a situação de *fundos negativos* verificada à data da assunção do compromisso respeitante ao contrato não tivesse existido: a *nova* situação financeira não pode *apagar* a realidade então existente, que era de indiscutível *carência de fundos disponíveis*, com todas as consequências legais que daí decorrem.

15. A lei é muito clara neste domínio.

a) Por um lado, há que atender à *Lei de Enquadramento Orçamental* (LEO: Lei n.º 91/2001, de 20/8¹³, ainda parcialmente em vigor ao abrigo dos artigos 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 151/2015, de 11/9¹⁴, que aprova a *nova* LEO), em que avulta o disposto no n.º 6 do artigo 42.º, segundo o qual «[n]enhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente: a) [o] facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis; b) [a] despesa em causa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na

¹³ Alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28/8, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2/7, 48/2004, de 24/8, 48/2010, de 19/10, 22/2011, de 20/5, 52/2011, de 13/10, 37/2013, de 14/6, e 41/2014, de 10/7.

¹⁴ Já alterada pelas Leis n.ºs 2/2018, de 29/1, e 37/2018, de 7/8. As mencionadas disposições do seu diploma preambular remeteram a entrada em vigor dos artigos 3.º e 20.º a 76.º da nova LEO para 1/4/2020, mantendo assim a parcial vigência da anterior LEO.



correspondente dotação, esteja adequadamente classificada e obedeça ao princípio da execução do orçamento por duodécimos, salvas, nesta última matéria, as exceções previstas na lei; c) [a] despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia», bem como o disposto no n.º 1 do artigo 45.º, no qual se estabelece que «[a]penas podem ser assumidos compromissos de despesa após os competentes serviços de contabilidade exararem informação prévia de cabimento no documento de autorização da despesa em causa».

b) Por outro lado, tem especial incidência neste domínio a *legislação específica sobre compromissos*¹⁵, sendo de salientar, desde logo, o n.º 1 do artigo 5.º da LCPA, que é inequívoco no sentido de obstar a que os responsáveis das entidades abrangidas por esse regime (entre as quais as «entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde», conforme artigo 2.º, n.º 1, da LCPA) assumam compromissos que excedam os seus fundos disponíveis, enquanto o n.º 3 da mesma disposição legal considera verificada a *nulidade* de contrato que não esteja suportado em compromisso válido, com a consequência de tal assunção em violação da lei poder determinar «*responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira, sancionatória e ou reintegratória, nos termos da lei em vigor*», conforme dispõe o artigo 11.º, n.º 1, da LCPA. É ainda de ter em conta a indiscutível «*natureza imperativa*» de normas como as dos aludidos artigos 5.º e 11.º da LCPA, conforme o seu artigo 13.º expressamente declara. Acresce que o artigo 7.º do respetivo diploma regulamentar, depois de no seu n.º 2 estabelecer que «*os compromissos assumidos não podem ultrapassar os fundos disponíveis*», comina, no seu n.º 3, com *nulidade* a assunção de compromisso «*sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) [v]erificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; b) [r]egistado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) [e]mitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente*».

¹⁵ Cfr. § 8.b.2), *supra*,



16. Perante este quadro legal, era inevitável que a instância *a quo*, confrontada com a situação financeira de *fundos disponíveis negativos* que a entidade ora recorrente enfrentava à data da celebração do presente contrato e da assunção do respetivo compromisso, considerasse verificada a *nulidade* do contrato e do inerente compromisso, bem como a violação das citadas disposições legais de óbvia natureza financeira – e daí deduzisse o preenchimento dos *fundamentos de recusa de visto* consignados nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. E não se vislumbra como uma *posterior* alteração positiva dessa situação financeira poderia ter qualquer efeito sobre essa situação pregressa: as *nulidades* estão verificadas e só poderiam ser eventualmente *sanadas* por efeito da lei, se (e quando) esta o consentisse, e não por efeito de qualquer evento factual posterior. Não estará é a entidade recorrente impedida de, perante essa nova situação financeira *positiva*, encetar *novo procedimento* conducente à celebração de *novo contrato* para os efeitos pretendidos, e mediante a assunção de novo *compromisso* que, agora sim, respeite as condições legais. O que não pode é fazer reverter a situação anteriormente constatada pela instância *a quo*.

17. As considerações anteriores merecem ainda algum desenvolvimento quanto ao aludido *tópico* referente a uma eventual possibilidade de *sanação de nulidade* – e que já foi equacionada noutras ocasiões por este Tribunal, em particular na perspetiva de uma eventual aplicabilidade do n.º 4 do artigo 5.º da LCPA.

a) Está aqui em causa a aferição da possibilidade de aplicação do mecanismo de *sanação judicial* que esse artigo 5.º, n.º 4, da LCPA contempla e cujo texto se apresenta nos seguintes termos: «A nulidade prevista no número anterior pode ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé».

b) Porém, e sem prejuízo de se reconhecer a relevância dos serviços ora em causa para a manutenção de uma adequada prestação de cuidados de saúde, o certo é que se nos afigura não ser possível proceder à *sanação judicial* da *nulidade* prevista no n.º 3 do artigo 5.º da LCPA, e ao abrigo do n.º 4 da mesma disposição legal. Trata-se de questão já



anteriormente ponderada por este Tribunal, a qual mereceu tal solução *negativa*, designadamente nos Acórdãos desta 1.ª Secção, em Plenário, sob os n.ºs 27/2018 e 28/2018 (de 30/10)¹⁶, com argumentação reiterada em arestos posteriores¹⁷, que aqui se acompanha e para a qual se remete na íntegra.

c) Retomando essa argumentação, são de salientar, por mais significativos, os seguintes excertos desses arestos:

«[...] A apreciação judicial da recusa de visto integra [...] a jurisdição própria do TdC [Tribunal de Contas] que é independente e inconfundível com a jurisdição administrativa que tem como objeto litígios, designadamente, os previstos no artigo 37.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) – conflitos entre particulares e entidades públicas sobre responsabilidade pré-contratual, vícios de contratos públicos e/ou respetivo cumprimento integram a reserva jurisdicional, atentos, nomeadamente, os n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º da Constituição, os quais são, em regra, dirimidos nos tribunais administrativos.

[...] Integra a jurisdição administrativa a declaração judicial de nulidades que afetam contratos administrativos atento, nomeadamente, o disposto no artigo 20.º da Constituição, e nos artigos 4.º, n.º 2, al. d), 37.º, n.º 1, al. l), 77.º-A, n.º 1, al. d), e 104.º, n.º 2, do CPTA, sem olvidar o disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos (CCP) – em que a nulidade derivada do contrato administrativo se relaciona com a circunstância de a nulidade do ato procedimental em que assentou a sua celebração ter “sido judicialmente declarada” ou poder “ainda sê-lo”.

[...] A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da LOPTC integra o campo da reserva jurisdicional do TdC que, sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos, pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição [...].

[...] A jurisdição do TdC também é delimitada pela dos tribunais administrativos e a primeira questão que se deve suscitar [...] é a de saber se o TdC tem competência para

¹⁶ Acessíveis em www.tcontas.pt.

¹⁷ V., por todos, o mais recente Acórdão n.º 28/2019, de 15/7, desta 1.ª Secção, em Subsecção (acessível em www.tcontas.pt).

declarar nulidades no âmbito jurisdicional da fiscalização prévia, a qual constitui conditio sine qua non do eventual poder de sanção judicial da nulidade declarada – isto é, apenas quem pode declarar a nulidade pode decidir, através de uma concreta ponderação axiológica, a sanção da nulidade declarada.

[...] A LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade, mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC), tal como o pode fazer no caso de uma ilegalidade sancionável com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro (artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC).

[...] Isto é, o poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto.

[...] Plano em que o TdC se deve conformar com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

[...] A decomposição analítica entre conhecimento e declaração de nulidade não se apresenta apenas de natureza doutrinária e jurisprudencial, encontrando hoje direto suporte na lei, repercutido ao nível da competência jurisdicional, no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Procedimento Administrativo de 2015 (CPA): “a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação”.

[...] Regime normativo que enquadra a suscetibilidade de sanção prevista no artigo 5.º, n.º 4, da LCPA [...], em linha com o estabelecido no n.º 3 do artigo 162.º do CPA, que admite “a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da



proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo”.

[...] O poder jurisdicional de atribuir efeitos ao ato nulo com base numa concreta concordância prática de valores é indissociável da reserva jurisdicional dos tribunais administrativos relativa ao poder de declaração judicial da nulidade de atos e contratos administrativos.

[...] Em síntese, as decisões do TdC de recusa de visto podem ter efeitos reflexos na esfera contratual, nomeadamente, quando (independentemente de qualquer nulidade) obstam à eficácia do contrato por força do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, mas no processo de fiscalização prévia o TdC não pode declarar judicialmente a nulidade do contrato, embora deva conhecer nulidades relevantes para a decisão sobre a concessão ou recusa de visto [...].

[...] Falecendo ao TdC competência para, em sede de fiscalização prévia, declarar a nulidade derivada ou própria de um contrato, também não pode proceder à respetiva sanção judicial, nomeadamente ao abrigo do artigo 5.º, n.º 4, da LCPA [...].

[...] Existe neste domínio um claro programa legal que restringe o espaço para operações de concordância prática a empreender pelo TdC perante a alternativa dicotómica entre a concessão e recusa de visto, um juízo de legalidade que apenas compreende uma ponderação conformada pelos princípios da adequação e proporcionalidade – atenta, nomeadamente, a lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade, aptidão em termos de impacto financeiro e anteriores processos de fiscalização prévia – quando a ilegalidade se enquadre na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

[...] O enquadramento institucional e funcional do TdC, por outro lado, não permite a este órgão que, em sede de fiscalização prévia, se substitua à administração no suprimento de ilegalidades, [e] a independência jurisdicional articula-se com a autonomia da administração para adotar, ou não, mecanismos legais que permitem assegurar a legalidade necessária à concessão de visto [...].»

d) Resta apenas afirmar, como já se sublinhou no Acórdão n.º 24/2018, de 9/10, desta 1.ª Secção, em Plenário¹⁸, igualmente acompanhado pelo citado Acórdão n.º 28/2019,

¹⁸ Acessível em www.tcontas.pt.



que «[...] ainda que estivesse na disponibilidade deste Tribunal proceder à sanção das nulidades que motivaram a recusa de visto ao contrato em questão, por força do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, é preciso não esquecer que a referida recusa de visto fundamentou-se não só na nulidade do contrato, mas também na “violação direta de normas financeiras” (no caso, os artigos 5.º, n.ºs 1 e 3 da LCPA e artigo 7.º, n.ºs 2 e do DL-LCPA [...]), motivo de recusa de visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, para o qual não se encontra legalmente prevista qualquer forma de suprimento».

e) Entendemos, pois, por todo o exposto, não ser de admitir a aplicabilidade, *in casu*, do n.º 4 do artigo 5.º da LCPA, gorando-se, assim, a possibilidade de procedência, por essa via, do recurso ora em apreciação.

18. Posto isto, e perante a evidenciada situação de *insuficiência de fundos disponíveis* para a entidade fiscalizada suportar os encargos resultantes do contrato em apreço à data da sua celebração e da assunção do respetivo compromisso, é de concluir que não poderia ser outra a decisão proferida pela instância *a quo*: estavam verificados *ilícitos* integradores dos *fundamentos de recusa de visto* inscritos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pelo que teria tal *recusa* de ser decretada.

19. E, de igual modo, pelos fundamentos *supra* expostos, também não se descortina qualquer viabilidade de a aludida *superveniência de fundos positivos* relevar em sede de recurso – pelo que, inelutavelmente, se imporá a esta instância de recurso a confirmação da decisão recorrida, quanto à verificação dos *ilícitos* integradores dos *fundamentos de recusa de visto* inscritos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Apenas se ressalvará ainda a possibilidade de a apreciação da questão relativa à *qualificação do contrato* poder determinar conclusão diversa da que sobre essa questão alcançou a instância *a quo* – questão essa de que passamos a conhecer.

D) Da qualificação do contrato e da sua sujeição (ou não) a fiscalização prévia:



20. Como vimos, o recorrente suscita, a título subsidiário, a questão da caracterização do contrato em presença, sustentando que se está perante um *contrato de assistência técnica* – assim impugnando o entendimento da instância *a quo* de que o contrato em apreço envolve a «*prestação de serviços de manutenção em que a assistência técnica é apenas uma das componentes que não esgota todo o universo de direitos e deveres contratuais derivados de múltiplas prestações de serviços a cargo do cocontratante*», sendo insuscetível de qualificação como mero *contrato de assistência técnica*, para efeitos da *isenção de fiscalização prévia* prevista no artigo 47.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, da LOPTC. E daí a conclusão da instância *a quo* de que o contrato se encontra sujeito a *fiscalização prévia*, solução que o recorrente pretende colocar em crise. Vejamos, pois.

21. Argumenta o recorrente, no essencial, que a instância *a quo* fez uma interpretação muito restritiva (e não conforme ao respetivo *enunciado linguístico*) do 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, na medida em que exigiria que o cocontratante tivesse de apresentar como seu objeto exclusivo a prestação de serviços de assistência técnica e que um contrato para ser qualificado de assistência técnica teria sempre de ser acessório de um outro contrato principal de aquisição. Alegou ainda que a instância *a quo* recorreu a jurisprudência anterior respeitante a situações de contratos do domínio informático, não transponíveis para o caso em apreço. E chamou à colação o *teor* do caderno de encargos do concurso que deu origem ao presente contrato (promovendo – e até obtendo – a sua inclusão na *matéria de facto provada*), por as atividades pretendidas contratar serem nele frequentemente identificadas com recurso à designação de *assistência técnica*.

a) Comece-se por dizer, como aliás já se sublinhou na decisão recorrida (por remissão para o *texto* do citado Acórdão n.º 9/2019), que pouco relevo deve ser conferido à «*rotulagem*» que as partes adotem no contrato, não sendo a designação de *assistência técnica* usada pelos contraentes para identificar a atividade ou atividades contratadas que será decisiva na caracterização jurídica do respetivo contrato: o *conteúdo material* de tais atividades é que determinará a qualificação a considerar. E o mesmo argumento é válido em relação ao *caderno de encargos*, cujo *texto* até será ainda menos relevante para essa caracterização do que o *teor* do próprio contrato, já que é deste que vão emergir as

concretas obrigações vinculativas para as partes, sendo este (e não aquele) que constitui o efetivo objeto da concessão (ou não) de *visto*.

b) Num outro plano, importa também deixar já clarificados dois *pontos prévios*.

b.1) O *primeiro* é o de que não resulta da argumentação inscrita na decisão recorrida qualquer interpretação no sentido de a isenção do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, da LOPTC apenas se aplicar a empresas que tenham a prestação de serviços de assistência técnica como seu objeto exclusivo. A alusão, pela instância *a quo*, ao objeto social do cocontratante privado serve apenas o propósito de salientar que não seria possível sustentar a qualificação do contrato em causa como sendo de *assistência técnica* pela mera invocação do objeto social da respetiva empresa, já que este se apresenta com um âmbito mais vasto – o que reconduz a questão da qualificação à estrita apreciação do *conteúdo material* do contrato (e sem que, à partida, estivesse excluída a sua qualificação como *contrato de assistência técnica*, desde que aquele *conteúdo* o permitisse).

b.2) O *segundo* é o de que não é exato que a jurisprudência invocada pela instância *a quo* seja apenas respeitante a situações de contratos do domínio informático. Se assim acontece com o contrato objeto do citado Acórdão n.º 15/2015 (aquisição de serviços de manutenção para licenças de software), o mesmo já não sucede com o contrato em causa no Acórdão n.º 9/2019 – o qual se refere à aquisição de serviços de manutenção de motores de helicópteros e integra uma significativa pluralidade de serviços associados a esse objeto nuclear. E, adiante-se desde já, reveste, em nosso entender, uma relevante afinidade com a situação equacionada no presente processo, como se verá *infra*.

c) Atento o teor do contrato em apreço, e olhando ao conjunto das atividades nele vertidas como *obrigações* do cocontraente privado, podemos verificar que, entre essas atividades, se integram *operações* que vão muito para além da *prevenção* ou *correção de avarias*, estando prevista, designadamente, a «*substituição e/ou atualização parcial de equipamentos (renovação tecnológica de equipamentos)*», a ministração de «*ações de formação certificadas*» a pessoal da entidade fiscalizada, a realização de «*atualizações de software e hardware*», a «*remoção e processamento de equipamentos substituídos*», a



«correção de erros de conceção dos equipamentos» ou a garantia de «continuidade do fabrico dos componentes dos equipamentos» (no que, aliás, o contrato não diverge significativamente do *caderno de encargos*, não obstante o relevo que o recorrente a este pretenderia conferir, na medida em que nele também se previa a «substituição e/ou atualização parcial de equipamentos»). Pretende o recorrente que tudo isso é ainda *assistência técnica*, mas certamente num conceito muito alargado que o recorrente constrói segundo o seu próprio critério, o qual, porém, não corresponde ao *conceito legal* utilizado pelo artigo 47.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, da LOPTC, em particular se atentarmos na *natureza* da norma e na *teleologia* do conceito (enquanto naquela inserido). E, sobre estes aspetos, já se pronunciou fundada e proficientemente o já citado Acórdão n.º 9/2019, em termos que merecem a nossa plena adesão.

d) Com efeito, e como ali bem se sublinhou, «[a] norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC apresenta um caráter de exceção à regra sobre o âmbito objetivo da fiscalização prévia estabelecida na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º, pelo que o respetivo preenchimento quanto a contratos de prestação de serviços depende da verificação de um elemento diferenciador e legitimador da exclusão do controlo». Essa natureza excecional da norma em causa postula, pois, uma *interpretação sistemático-teleológica do conceito de assistência técnica*, que reconduza este a uma dimensão que respeite esse «*fundamento legitimador da discriminação do respetivo controlo de legalidade financeira relativamente a outros contratos de prestação de serviços*». Neste conspecto, afigura-se fundada uma distinção entre *contratos de assistência técnica*, para efeitos da norma em análise, e outras soluções contratuais envolvendo a *prestação de serviços técnicos*, de que decorre haver um *conceito de manutenção de equipamentos* de caráter mais amplo que a mera *assistência técnica*.

e) Nessa medida, concorda-se com a asserção formulada pelo Acórdão n.º 9/2019, quando nele se afirma que «[o] conceito de assistência técnica para efeitos de isenção de fiscalização prévia carece de uma interpretação conformada pelo elemento funcional: associação de uma concreta atividade de prestação de serviços técnicos a uma matriz peculiar legitimadora da eliminação discriminatória (relativamente a outras prestações de



serviços) do controlo prévio da legalidade da despesa pública envolvida». E, consequentemente, acolhe-se o entendimento de que «[o] conceito de assistência técnica, para efeitos de isenção de fiscalização prévia ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, deve cingir-se a atividades reportadas a mero apoio e acompanhamento de verificação do funcionamento de equipamentos segundo normas técnicas e/ou legais relacionadas com a operação do equipamento e enquanto mero serviço complementar ou instrumental do contrato de aquisição [...]». Logo, e conforme se alcançou no Acórdão n.º 9/2019, já escapam ao conceito de assistência técnica (para efeitos do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC) contratos que envolvam, v.g., serviços técnicos de substituição de peças ou equipamentos, atualizações para melhorias de performance ou formação técnica especializada e certificação de agentes da entidade pública.

*f) Revertendo ao caso *sub judicio*, e acolhendo o essencial da aludida jurisprudência deste Tribunal já firmada sobre o tópico ora em discussão, forçoso é concluir no sentido de que o contrato em apreço não configura um contrato de assistência técnica para efeitos da citada alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC, na medida em que nele se preveem obrigações para o cocontratante privado que excedem o alcance daquele conceito, como sejam, entre outras, as mencionadas, e nas condições ali referidas, «substituição de equipamentos», «atualizações de software e hardware», «correção de erros de conceção dos equipamentos», «ações de formação certificadas» ou «continuidade do fabrico dos componentes dos equipamentos». E, sendo assim, perfilha-se o entendimento da instância *a quo* de que esse contrato se encontra sujeito a fiscalização prévia, *ex vi* do artigo 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC – pelo que sempre seria de apreciar a subsequente questão da *inexistência de fundos disponíveis*, igualmente suscitada no presente processo, e segundo os parâmetros de análise que já foram *supra* considerados.*

g) E, retomando os termos em que essa questão foi apreciada, impõe-se concluir pelo acerto da decisão recorrida quanto à verificação dos fundamentos de recusa de visto inscritos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, com a consequente confirmação dessa decisão de recusa, de que decorre a improcedência do presente recurso quanto à pretensão de impugnação dessa mesma recusa de visto.



E) Conclusão:

22. Em suma: não obstante a procedência parcial do recurso, quanto a um dos segmentos da impugnação de facto, com a subsequente alteração da factualidade provada *supra* admitida, consideram-se integralmente válidos os fundamentos de direito que sustentam a decisão sob recurso, concordando com o juízo decisório substantivo formulado em sede de 1.ª instância. E, desse modo, cumpre confirmar a decidida recusa de concessão de visto ao contrato em presença, com a consequente improcedência do recurso na parte sobrança, que abrange (para além do outro segmento da impugnação de facto) o núcleo essencial da impugnação de direito.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, acorda-se em conceder provimento parcial ao presente recurso nos termos *infra* indicados e em negar-lhe provimento na parte restante, decidindo, em conformidade:

- a) Alterar a *matéria de facto provada*, ao abrigo do artigo 662.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC, por aditamento de dois novos *pontos de facto*, identificados sob as alíneas *k)* e *l)*, nos termos e com o teor *supra* expostos;
e,
- b) Manter a decisão de recusa de visto ao contrato *supra* identificado, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.



Emolumentos pelo recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)¹⁹ – e pela totalidade, na medida em que, não obstante ter obtido provimento parcial do recurso quanto a um dos segmentos da impugnação da matéria de facto, daí não resultou alteração substantiva da decisão de direito, tendo decaído na matéria nuclear do seu recurso (cfr. artigo 17.º, n.º 2, *a contrario*, do RJETC).

Lisboa, 5 de novembro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Helena Ferreira Lopes)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

¹⁹ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.

