

Secção: 1ª S/SS
Data: 18/06/2019
Processo: 949/2019

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO

1. O Hospital da Senhora da Oliveira – Guimarães, E.P.E (doravante HSOG), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de «*Aquisição de Medicamento E451- ETANERCEPT (50 MG/1ML; SOL.INJ;CANETA), E473- ETANERCEPT (50MG/1 ML; SOL. INJ; SERINGA) E E471 ETANERCEPT (25 MG/0.5 ML; SOL.INJ;SERINGA), doentes em tratamento para as instituições do SNS*», celebrado com a PFIZER Biofarmacêutica, Sociedade Unipessoal, Ld.ª, em 18.03.2019, pelo preço contratual de 1.193.410,81€ (acrescido de IVA à taxa legal em vigor), para vigorar até 31.12.2019.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devolução ao HSOG para apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte do Tribunal de Contas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:



- a) O HSOG procedeu à celebração do contrato na sequência de ajuste direto (Ref.^a AD-2018-122), efetuado ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ou seja, por se tratar de medicamento abrangido por um direito exclusivo de comercialização;
- b) O procedimento aquisitivo foi conduzido pela «SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E.», na sequência de contrato de mandato administrativo celebrado entre esta entidade e o HSOG, em 21.09.2018;
- c) A adjudicação foi tomada por decisão de vogal do Conselho de Administração da SPMS, E.P.E., datada de 11.01.2019, posteriormente ratificada pelo órgão diretivo em 17.01.2019;
- d) Relativamente a dados financeiros, a informação de controlo de fundos disponíveis, datada de 22.02.2019, referente ao compromisso n.º 94, efetuado na mesma data, evidencia que os fundos disponíveis apresentavam saldo negativo de (-) 44.265.730,92 €, antes do compromisso, passando a (-) 45.530.746,38 €, após o compromisso da despesa de 1.265.015,46 € (IVA incluído), conforme abaixo se reproduz:

Informação de controlo de fundos disponíveis
(Nos termos e para os efeitos do artigo 5.º da lei n.º 8/2012, de 21/02, e do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/06)

Designação da Entidade: HOSPITAL SENHORA OLIVEIRA GUIMARAES, EPE		Mês: (a) FEVEREIRO \	
Orçamento para o ano de: 2019			
1	Fundos Disponíveis (b)	-	34.112.091,72€
2	Compromissos assumidos (c)		10.153.639,20€
3 = 1 - 2	Saldo de Fundos Disponíveis	-	44.265.730,92€
4	Compromisso n.º 94	relativa à despesa em análise (d)	1.265.015,46€
5 = 3 - 4	Saldo Residual	-	45.530.746,38€
Data do registo informático do compromisso referido em 4: 22-02-2019			

- e) Solicitado a esclarecer como considera legalmente possível a assunção do compromisso prestado perante a existência de fundos negativos, o HSOG respondeu que:

«Relativamente ao ponto 4, o Hospital da Senhora da Oliveira de Guimarães, EPE, no exercício de 2019, primeiro exercício económico iniciado pelo atual Conselho de Administração, foi confrontado com a



verificação de falta de fundos disponíveis, de modo a prosseguir a sua missão essencial, assegurar a prestação de cuidados de saúde à população da sua área de influência. O hospital de Guimarães tem um serviço de urgência médico-cirúrgico, o qual funciona ininterruptamente 24 horas por dia, 365 dias por ano. O Contrato Programa, elaborado e proposto pela ARS-Norte, prevê uma remuneração pela produção contratada deste hospital que ascende a €93.555.682 para o corrente exercício de 2019. Deste modo, o adiantamento previsto para 2019, de acordo com o ofício 48268/2018/DFI/UOC/ACSS ascende a 7.157.277€. Este adiantamento permite comprometer as despesas integrantes do conceito de "despesa primária", no valor de 85.887.323€. Contudo, é insuficiente para comprometer a globalidade das despesas, a qual ascende a 10.062.723€, mensais.

Sucedendo que, este adiantamento apesar de melhor se adequar à estrutura de despesa prevista, continua a ser deficitário, por causa da acumulação de EBITDA negativos sucessivos desde 2015.

Na verdade e porque o conceito de fundos disponíveis obedece a uma estrutura dinâmica de cálculo contínuo, e não a uma lógica orçamental, como seria coadunável com a realidade de, um hospital público, tal significa que a determinação dos fundos não se esgota no ano económico, mas são perspectivados para o ano seguinte. Porquanto, os fundos disponíveis respeitantes aos meses de janeiro e fevereiro de 2019 foram considerados no cálculo dos FD do ano de 2018. O que impossibilita a inclusão no exercício económico de 2019. Consequência direta desta lógica implica que os FD do mês de Janeiro de 2019, em rigor, apenas estarão disponíveis para inclusão no cálculo respetivo ao mês de março. O que acarreta um importante condicionalismo, a impossibilidade de registar compromissos previsionais relativos aos meses seguintes ao mês em consideração.

Objetivamente, se apenas é considerado o valor de um mês de adiantamento, também, só é possível comprometer a despesa para um mês. O segundo condicionalismo consiste na insuficiência de fundos para registar a totalidade de despesa do mês. Respingando o supra identificado, o valor do adiantamento é inferior à despesa global mensal da Instituição, pelo



que haverá e há períodos, como o presente, em que os FD são insuficientes para comprometer a despesa indispensável ao normal funcionamento da Instituição. Considerando que esta insuficiência de fundos resulta de fortes desequilíbrios de financiamento ocorridos em exercícios anteriores, a presente insuficiência de FD apenas poderá ser definitivamente sanada com a inclusão da regra de "orçamento base zero" no cálculo de FD para o ano de 2019. A persistência na definição do FD na lógica dinâmica que extravasa o período de exercício a que respeitam conduzem inelutavelmente a este caminho. O Conselho de Administração tem alertado a Tutela para a verificação desta realidade. Sucede que, in casu, está em causa a aquisição de medicamentos, pelo hospital, essenciais para a prestação de cuidados de Saúde. A eventual impossibilidade de aquisição de medicamentos, por causa desta regra orçamental e financeira, constituiria uma grave violação do princípio da proporcionalidade e do direito à saúde constitucionalmente consagrados (sublinhado nosso).

- f) O prazo médio de pagamento a fornecedores do HSOG era, em 31.12.2018, de 175 dias, conforme informação disponível no portal da Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS, IP).

– DE DIREITO

4. A questão jurídica relevante no presente caso relaciona-se tão só com a inexistência de fundos financeiros disponíveis, por parte do HSOG, para poder assumir o compromisso referente à despesa decorrente do contrato submetido a fiscalização prévia.
5. O artigo 10.º-D da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 41/2014, de 10 de julho (Lei de Enquadramento Orçamental)¹, estabelece que os organismos e entidades da Administração Pública estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade, o qual se traduz «na capacidade de financiar todos os compromissos assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo

¹ Mantida em vigor pelas disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.ºs 1 e 2 e 8.º, n.º 2, ambos da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (Nova lei de enquadramento orçamental).



orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia».

6. Em concretização deste princípio, o artigo 42.º, n.º 6 da mesma lei dispõe que nenhuma 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 disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação e esteja adequadamente classificada;
 - c) A despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia.

7. Tal normativo é ainda complementado com o disposto no artigo 45.º da citada lei, segundo o qual *«Apenas 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».*

8. Complementarmente, na senda do referido princípio da sustentabilidade e com vista a um melhor controlo e disciplina orçamental, veio a Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro (Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso, doravante LCPA²) e o Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho (DL-LCPA)³, que a regulamenta, a estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos por parte dos organismos e entidades públicas.

9. Nos termos do artigo 3.º, alínea a) da LCPA, compromissos são obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços. E estes consideram-se assumidos quando *«(...) é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo, podendo também ter um carácter permanente e estar associados a pagamentos durante um período indeterminado de tempo, nomeadamente salários, rendas, eletricidade ou pagamentos de prestações diversas».*

² Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 22/2015, de 17 de março.

³ Alterado pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 99-B/2015, de 2 de junho.



10. De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 2.º da referida lei, as entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde, onde se enquadra o HSOG, estão igualmente sujeitas ao referido regime, o qual é muito claro e objetivo ao dispor que os serviços e organismos não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis (artigo 5.º, n.º 1 da LCPA e artigo 7.º, n.º 2 do DL-LCPA).
11. O objetivo do legislador visa, pois, evitar que se proceda ao cabimento orçamental e ao compromisso de despesas sem que os fundos monetários necessários para o pagamento estejam disponíveis.
12. E o conceito de fundos disponíveis⁴ é igualmente claro e objetivo, tratando-se de verbas disponíveis a muito curto prazo, resultantes:
- a) Da dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes;
 - b) De transferências ou subsídios com origem no Orçamento de Estado, relativos aos três meses seguintes;
 - c) Da receita efetiva própria que tenha sido cobrada;
 - d) Da previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes;
 - e) Do produto de empréstimos contraídos nos termos da lei;
 - f) Das transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos de fundos estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas, e devidamente certificadas ou validadas;
 - g) De outros montantes autorizados, resultantes do aumento temporário de fundos disponíveis;
 - h) De saldos transitados do ano anterior cuja utilização tenha sido autorizada;
 - i) Dos recebimentos em atraso existentes entre as entidades do artigo 2.º da LCPA, desde que integrados em plano de liquidação de pagamentos em atraso da entidade devedora no respetivo mês de pagamento;
 - j) Da receita relativa a ativos financeiros e a outros passivos financeiros.

⁴ Cfr. Artigo 3.º, alínea f) da LCPA e artigo 5.º do DL-LCPA.



13. Dispõe o artigo 5.º, n.º 3 da LCPA que *«Os sistemas de contabilidade de suporte à execução orçamental emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos»*.
14. Por outro lado, compete à entidade fiscalizada o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção de visto, conforme decorre do disposto no artigo 81.º, n.º 1 da LOPTC e das Instruções aprovadas pela Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas (publicadas no DR, II.ª Série, n.º 156, de 16.08.2011), destacando-se, no que se refere à informação relativa à cobertura orçamental da despesa, o respetivo artigo 9.º.
15. Em consequência, deveria o HSOG ter comprovado junto deste Tribunal de Contas a existência de fundos disponíveis suficientes para fazer face aos encargos financeiros gerados pelo contrato submetido a fiscalização prévia.
16. Tal não sucedeu, uma vez que os fundos disponíveis apresentavam, à data do compromisso, um saldo negativo de (-) 44.265.730,92 €, o qual se deveu, na sua grande maioria, aos saldos negativos transitados de 2018.
17. Porém, como se explicitou no Acórdão n.º 19/2018 – 1.ª S/PL, de 24.09.2018, *«Resulta, pois, do que antecede [alínea h)], que os saldos transitados do ano anterior são considerados para efeitos de cálculo dos fundos disponíveis, o que bem se percebe uma vez que a gestão financeira dos organismos públicos é contínua, independentemente do ano orçamental a que respeite. Dito de outro modo, uma despesa comprometida e não paga no ano n-1 reflete-se inexoravelmente no ano n, como dívida vencida e não paga, incrementando, consequentemente, a lista de pagamentos em atraso»*.

Prosseguindo: *«Daí que o conceito de saldos transitados de anos anteriores deva ser considerado numa dupla perspetiva – positivo ou negativo – e não apenas na perspetiva positiva, como a entidade recorrente pretende. Assim, se o saldo transitado do ano anterior for negativo, isso significa que existem compromissos que estão por satisfazer, razão pela qual devem ser refletidos no saldo do ano em*



curso, influenciando o montante dos fundos disponíveis. Entender coisa diferente seria o mesmo que pretender “congelar” artificialmente os referidos compromissos de anos anteriores, ignorando que os mesmos aguardam pagamento, precisamente devido à falta de fundos disponíveis. O que constituiria uma irresponsabilidade e uma clara violação das regras da boa gestão pública plasmadas na LCPA, dado que os referidos compromissos, mais tarde ou mais cedo, terão que ser satisfeitos, naturalmente com fundos financeiros disponíveis.»

18. Por outro lado, tal como já se afirmou abundantemente em anteriores arestos deste Tribunal, de que se cita como exemplo o Acórdão n.º 6/2018 – 1ªS/PL, de 17.04.2018, sem pôr em causa o supremo interesse público invocado pelo HSOG, de ordem constitucional, como é “o direito à proteção da saúde”, que, no caso concreto, colide com a obrigatoriedade de cumprir normas legais de natureza estritamente financeira previstas na LCPA, a verdade é que tal lei se impõe indistintamente aos serviços e organismos públicos – incluindo os do SNS - sem valorar, sequer, de modo distinto, a natureza das despesas em causa em função da sua premência ou importância para assegurar o referido direito. Antes, pelo contrário, a referida LCPA apresenta-se como uma lei prevalecente sobre as demais, resultando do seu artigo 13.º que as normas da referida Lei têm natureza imperativa, *«prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais, que disponham em sentido contrário».*

19. Além do mais, recuperando as conclusões já produzidas em anteriores acórdãos do TdC, sobre matéria idêntica:

«(...) este Tribunal limita-se, assim, a cumprir e fazer cumprir a lei (no caso, a LCPA) que, como já se salientou, não distingue as entidades do SNS das demais entidades e organismos públicos a ela sujeitos, nem exceciona determinados tipos de aquisições face a outros, nomeadamente os relacionados com a aquisição de refeições, medicamentos ou dispositivos médicos. A responsabilidade pela impossibilidade de aquisição de determinados bens ou serviços, por ausência de fundos disponíveis, não pode, pois, ser atribuída a este Tribunal, que se limita a fazer uma interpretação da lei coerente com a sua essência e razão de ser.



Não se ignora que estamos neste caso - como em muitos outros idênticos já decididos por este Tribunal, todos relacionados com o normal funcionamento das instituições do SNS - perante um verdadeiro problema sistémico a carecer de resolução urgente por parte do legislador. O carácter sistémico apontado é bem visível na vasta jurisprudência produzida pelo Tribunal de Contas durante os anos de 2017 e 2018, em que foi recusado o visto a diversos contratos de entidades do SNS por ausência de fundos financeiros disponíveis. A saber: Acórdãos n.ºs 8/2017 (de 11.JUL), 10/2017 (de 17.JUL), 11/2017 (de 17.JUL), 15/2017 (de 24.NOV), 17/2017 (de 30.NOV), 18/2017 (de 30.NOV), 20/2017 (de 21.DEZ), 21/2017 (de 21.DEZ), 3/2018 (de 16.JAN), 12/2018 (de 6.MAR), 13/2018 (de 13.MAR), 14/2018 (de 20.MAR), 16/2018 (de 3.ABR), 17/2018 (de 3.ABR), 18/2018 (de 24.ABR), 19/2018 (de 2.MAI), 20/2018 (de 2.MAI), 21/2018 (de 2.MAI), 23/2018 (de 8.MAI), 24/2018 (de 15.MAI), 25/2018 (de 15.MAI), 27/2018 (de 5.JUN), 28/2018 (de 12.JUN), 30/2018 (de 26.JUN), 31/2018 (de 10.JUL), 32/2018 (de 8.AGO), 34/2018 (de 18.SET), 35/2018 (de 18.SET) e 40/2018 (de 7.DEZ), todos acessíveis in www.tcontas.pt.»

20. Resumindo, a falta de fundos disponíveis para suportar a despesa com o contrato em apreço é geradora de nulidade do compromisso e do respetivo contrato, nos termos dos 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, normas imperativas e que revestem natureza financeira.
21. Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tanto a nulidade como a violação direta de normas financeiras constituem fundamentos de recusa de visto.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com



as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 18 de junho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(Alzira Antunes Cardoso)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
