

Secção – 1.ªS/SS
Data: 16/08/2019
Processo: 1068/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO EM 16/09/2019

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

I. Relatório

7. O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 7.1 O Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE (CHTMAD) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de fornecimento de alimentação a utentes e colaboradores do CHTMAD, celebrado em 14-3-2019 entre essa entidade e EUREST (Portugal) Sociedade Europeia de restaurantes Ld.ª, pelo valor global de 6.609.125,40 € (acrescido de IVA).
- 7.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC à requerente para prestação de informação complementar.
- 7.3 Apresentado o processo ao TdC foi determinada uma devolução à requerente para prestar esclarecimentos factuais e, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas, tendo a entidade requerente remetido dados informativos adicionais (acompanhados de provas complementares) e apresentado a sua alegação, os quais foram ponderados no presente Acórdão.

II. Fundamentação

Factos provados

2. Com relevo para a decisão de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

- 2.1 O contrato celebrado entre o CHTMAD e a EUREST em 14-3-2019:
 - a) Tem por objeto fornecimento de alimentação a utentes e colaboradores;
 - b) Apresenta o encargo global de 6.609.125,40 € (acrescido de IVA);
 - c) De acordo com o clausulado do contrato, foi emitido o compromisso n.º 398 para satisfazer obrigações advenientes do contrato — existindo uma disparidade no valor constante das informações de controlo de fundos disponíveis (553.208,28 €) e na

informação de compromisso (602.164,77 €), que, segundo a requerente, se terá devido à circunstância de inicialmente ter sido «atribuído o valor à taxa de IVA de 13%» e detetado o erro e realizado novo «cálculo com o IVA a 23%» terá sido «efetuado um reforço do compromisso» o qual, contudo, «não é refletido no programa informático SICC».

- d) O contrato visa produzir efeitos, após visto do TdC, pelo período de 36 meses.
- 2.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso público.
- 2.3 O compromisso n.º 398 referido no contrato foi datado como de 13-3-2019, com o montante de 553.208,28 €, altura em que, de acordo com o teor da informação de controlo de fundos disponíveis, antes da assunção do compromisso, o valor de fundos disponíveis seria de - 44.678.887,83 €, passando, após a assunção daquele compromisso, a ser de - 45.232.096,11 €, isto é, fundos disponíveis negativos em montante superior a 45 milhões de euros.
- 2.4 O CHTMAD submeteu a aprovação de plano de liquidação de pagamentos em atraso em 31-12-2018 relativo a um valor global de 14.488.731,90 €.
- 2.5 Segundo o CHTMAD «a aprovação do Plano de Liquidação resulta numa alteração nos Fundos Disponíveis do CHTMAD, mas dado que o valor negativo dos Fundos Disponíveis é muito superior ao montante do Plano de Liquidação aprovado, o valor dos Fundos Disponíveis não fica positivo para o período a que se refere o encargo, não permitindo a inscrição do compromisso [n.º 398] com Fundos positivos».
- 2.6 Relativamente a anterior procedimento de formação contratual com o mesmo objeto do contrato indicado *supra* no § 2.1, mas preço base inferior e que veio a ficar deserto, tinha sido publicada a Portaria n.º 729/2018, que autoriza a assunção de um encargo plurianual até ao montante de 5.650.000,00 €, valor inferior ao da despesa plurianual objeto do contrato sob fiscalização.
- 2.7 A portaria de extensão de encargos relativa aos valores dos encargos plurianuais do contrato indicado *supra* no § 2.1 foi solicitada pelo CHTMAD à Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS) não tendo sido comunicada a sua emissão nem publicada até à data do presente Acórdão.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

3. Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:
- 3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, as

¹ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 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.

instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.
- 3.3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se em factualidade expressamente reconhecida pela requerente e na prova documental junta (em particular a fornecida pela requerente), derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do Tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

4. As principais questões jurídicas suscitadas no presente caso reportam-se:
- 4.1 Às estatuições e força imperativa da norma do artigo 5.º da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso das entidades públicas (LCPA) aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro², em articulação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo TdC, em particular os fundamentos para recusa de visto previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a*) e *b*), da LOPTC;
- 4.2 À inexistência de autorização para assunção da concreta despesa plurianual em incumprimento da imposição estabelecida pelo artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, norma ripristinada pela Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011, de 11 de abril.
5. A motivação vai compreender uma análise em três etapas:

² Revista 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.

- 5.1 Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre compromissos e pagamentos em atraso;
- 5.2 Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre assunção de despesas plurianuais;
- 5.3 Efeito das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre compromissos e pagamentos em atraso

- 6. A interpretação das regras financeiras centrais relativas à LCPA no enquadramento jurídico do presente caso é conformada por duas categorias conceptuais com direta regulação legal:
 - 6.1 *Compromissos* para efeitos da LCPA que são as «obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições» (artigo 3.º, alínea *a*), da LCPA).
 - 6.2 *Fundos disponíveis* para efeitos da LCPA constituídos «pelas verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos: a) a dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes; b) as transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes; c) a receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento; d) a previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes; e) o produto de empréstimos contraídos nos termos da lei; f) as transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) e de outros programas estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas; g) outros montantes autorizados nos termos do artigo 4.º da LCPA» (artigos 3.º, alínea *f*), da LCPA e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho³, que aprovou as normas legais disciplinadoras dos procedimentos necessários à aplicação da LCPA).
- 7. Quanto à articulação entre assunção de compromissos e fundos disponíveis, o artigo 5.º, n.º 1, da LCPA é taxativo ao determinar que «os titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis».
- 8. Por outro lado, em matéria de assunção de compromissos encontra-se estabelecido que:

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

- 8.1 Sob pena da respetiva nulidade, «nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; b) registado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 7.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 127/2012).
- 8.2 No âmbito dos contratos com duração limitada ao ano civil, a assunção deve ser «efetuada pelo seu valor integral aquando da outorga do respetivo contrato, emissão da ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 8.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 127/2012).
9. As normas analisadas sobre assunção de compromissos e fundos disponíveis decorrem de um programa legislativo sobre controlo da despesa pública e transparência orçamental determinado historicamente pela solicitação, pelo XVIII Governo Constitucional, ainda no quadro da XI Legislatura, da concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, o qual, embora estabelecido durante a XI Legislatura, veio a ser sobretudo executado no âmbito da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, tendo o mesmo sido concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.
10. Como se destacou no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 40/XII que esteve na base da LCPA este compreende um modelo dirigido à eficácia do controlo da despesa o qual obriga a que o mesmo fosse «antecipado para o momento da assunção do compromisso, momento a partir do qual a despesa é incorrida, não havendo alternativa que não seja o pagamento», pretendendo-se obstar «à acumulação de pagamentos em atraso» através de «um novo modelo legislativo que permita inverter a tendência de acumulação de dívida» de acordo com o «princípio fundamental» «de que a execução orçamental não pode conduzir à acumulação de pagamentos em atraso».
11. Em face da matéria de facto provada, conclui-se que a despesa gerada pelo contrato no momento em que foi inscrito o compromisso não podia ser assegurada por fundos disponíveis positivos.
12. Circunstância que não é alterada pelo plano de liquidação de pagamentos em atraso submetida pela requerente ao abrigo do artigo 227.º da Lei do Orçamento de Estado para 2019 aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 12 de dezembro, conjugado com o n.º 2 do artigo 16.º da LCPA, em face do respetivo valor por confronto com o dos fundos disponíveis negativos verificados no momento da inscrição do compromisso — cf. *supra* §§ 2.3 a 2.5.

13. A entidade fiscalizada não colocou em causa os factos provados, nem apresentou qualquer motivo que permita, no plano jurídico, ultrapassar a constatada violação de dois complexos normativos de natureza financeira constituídos pelas disposições conjugadas:
- 13.1 Dos artigos 5.º, n.º 1, da LCPA e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012 que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis;
- 13.2 Do artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento: a nulidade do contrato.

Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre assunção de despesas plurianuais

14. O contrato objeto do presente processo compreende a assunção de despesas plurianuais para os anos de 2020 a 2022.
15. Dos factos provados enunciados *supra* nos §§ 2.6 e 2.7 resulta a inexistência de autorização para assunção da concreta despesa plurianual em incumprimento da imposição estabelecida pelo artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99 norma reprimada pela Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011.

Efeito das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

16. O TdC tem vasta e constante jurisprudência sobre as implicações da violação das regras em matéria de compromissos na recusa de visto prévio⁴ em que se destacam duas pautas centrais que se voltam a reiterar:
- 16.1 As normas dos artigos 3.º, 5.º e 11.º da LCPA têm, nos termos do artigo 13.º do mesmo diploma, «natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais que disponham em sentido contrário».
- 16.2 A nulidade do contrato e a violação direta de normas financeiras são fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.

⁴ Podendo referir-se, a título meramente ilustrativo, os Acórdãos n.º 8/2017-11.JUL-1.ªS/SS, n.º 10/2017-17.JUL-1.ªS/SS, n.º 11/2017-17.JUL-1.ªS/SS, n.º 17/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 10/2017-17.OUT-1.ª S/SS, n.º 11/2017-17.OUT-1.ª S/SS, n.º 18/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 3/2018-16.JAN-1.ª S/SS, n.º 12/2018-13.MAR-1.ª S/SS, n.º 14/2018-20.MAR-1.ªS/SS, 19/2018-2.MAI-1.ªS/SS, 35/2018-18.SET-1.ªS/SS, 18/2019-18.JUN-1.ªS/SS, 23/2019-10.JUL-1.ªS/SS — os quais podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>, assim como todos os Acórdãos e Decisões citados sem menção da publicação.

17. Relativamente ao efeito imperativo das nulidades insuscetível de suprimento pelo TdC, como se destacou no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, «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» — orientação jurisprudencial sobre a função do TdC relativamente ao conhecimento de nulidades para efeitos de recusa de visto desde então adotada pacificamente, *v.g.* nos Acórdãos n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, n.º 30/2018-20.DEZ-1.ªS/PL, n.º 9/2019-28.MAR-1.ªS/PL e n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL.
18. Por outro lado, o desrespeito direto de normas de natureza financeira também implica obrigatoriamente e por si só a obrigatória recusa de visto por força do artigo 44.º, n.º 3, alínea *b*), da LOPTC.
19. Em síntese: foram violadas as normas previstas nas disposições conjugadas dos números 1 e 3 do artigo 5.º da LCPA e nos artigos 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012, as quais têm natureza financeira, gerando o seu desrespeito nulidade do contrato, o que implica a recusa do visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), da LOPTC.
20. Acresce que a natureza financeira da norma do artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99 também determina que a respetiva violação constitua motivo imperativo para a recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *b*), da LOPTC.
21. O preenchimento das previsões das alíneas *a*) ou *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC obriga à recusa de visto e no caso de contratos subsumíveis à previsão do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC à proibição de quaisquer efeitos jurídicos do contrato.
22. Em conclusão, o ordenamento jurídico impõe ao Tribunal de Contas a recusa de visto ao contrato *sub judice*.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;
- Remeter cópia do Acórdão à Área V da 2.ª Secção do TdC.
- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 16 de agosto de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(António Fonseca da Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
