



Secção: 1ª S/SS

Data: 17/12/2019

Processo: 3402/2019

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

MANTIDO PELO AC. 24/2020 PROFERIDO NO RO
1/2020

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

I – RELATÓRIO

1. O Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E (doravante CHTMAD), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um protocolo de prestação de serviços de recolha e tratamento de roupa do Centro Hospitalar, em regime de locação, celebrado com o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (doravante SUCH), em 01.10.2019, pelo preço contratual de 382.447,19 €, para vigorar entre 17.08.2019 e 31.12.2019.
2. Para melhor instrução do processo, foi o protocolo objeto de devolução ao CHTMAD 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) A presente prestação de serviços foi autorizada por deliberação de 20.09.2019, do Conselho de Administração do CHTMAD;
- b) A adjudicação ao SUCH foi feita ao abrigo da contratação excluída, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- c) O encargo máximo total do protocolo totaliza 382.447,19 € (acrescido de IVA);
- d) A adjudicação foi efetuada por deliberação do Conselho de Administração do CHTMAD, datada de 26.09.2019;
- e) O protocolo foi celebrado em 01.10.2019;
- f) Do respetivo preâmbulo consta a fundamentação da presente contratação como estando excluída do cumprimento da tramitação procedimental da Parte II do CCP:

«O SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, criado nos termos do Decreto-Lei n.º 46668, de 24 de novembro de 1965, é uma associação sem fins lucrativos que tem por finalidade a realização de uma missão de serviço público, orientada para garantir a autossatisfação das necessidades dos seus associados, e a quem foi reconhecido o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública administrativa.

A missão do SUCH encontra-se definida no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 209/2015, de 25 de setembro, ao dispor que o SUCH tem por finalidade realizar atividades de interesse público de prestação de serviços comuns aos hospitais nas áreas instrumentais à atividade da prestação de cuidados de saúde, contribuindo para o aumento da eficácia e eficiência do sistema de saúde e para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

O SUCH permite que os seus Associados se libertem da gestão de atividades que não constituem a sua função principal, orientando-os, assim, para a melhor prossecução da sua razão de ser: a prestação de cuidados de saúde.



No âmbito da prestação de serviços partilhados, o SUCH tem como atribuições a sustentabilidade financeira do SNS, otimizando o binómio custo-benefício, através da prestação de serviços de elevada qualidade, sem fins lucrativos.

No seu relacionamento com os associados, o SUCH pode prosseguir uma relação direta com os seus Associados através de protocolos ou contratos-programa entre estes e o SUCH, estabelecendo neles condições concretas de execução da prestação de serviços.

Na esteira do que já tinha sido, aliás, reconhecido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República em diferentes pareceres, também o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 209/2015, de 25 de setembro, dispõe que “as relações entre o SUCH e os seus associados (...) regem-se por protocolos ou contratos-programa celebrados ao abrigo da contratação excluída”.

Decorre do referido, designadamente a natureza desta prestação específica de tratamento de roupa hospitalar, das suas características específicas, bem como da posição relativa das partes, que esta prestação se encontra no âmbito da contratação excluída, regendo-se por uma relação direta entre o SUCH e o seu associado ao abrigo do presente Protocolo.

A prestação de serviços de tratamento de roupa hospitalar é bem a prova da lógica de atividade de serviços público exercida pelo SUCH, conforme preconizada no artigo 6.º do diploma supra mencionado, tendo em conta o facto de estes serviços serem prestados por uma unidade que, pela sua capacidade e vocação, foi concebida, está organizada e funciona como um conjunto de meios postos em comum, ao serviço dos associados do SUCH.»

- g) Na cláusula 5.ª do referido protocolo consta que o mesmo vigora de 17 de agosto a 31 de dezembro de 2019 e está sujeito à obtenção do visto prévio do Tribunal de Contas;
- h) No mencionado protocolo consta ainda que foi emitido o compromisso n.º 1350 e que a despesa anual inerente será suportada pela rubrica 02.02.02,



com a dotação de 813.252,00€, mediante a cabimentação orçamental n.º 1078;

- i) Do processo submetido a fiscalização prévia consta uma informação de controlo de fundos disponíveis, com referência à data de 30.09.2019, respeitante ao citado compromisso n.º 1350, na qual se evidencia que os fundos disponíveis apresentavam saldo negativo de (-) 49.518.335,66€, antes do compromisso, passando a (-) 49.988.745,70€, após o compromisso da despesa de 470.410,04€.
- j) O contrato foi devolvido ao CHTMAD, em 31.10.2019, para prestação dos seguintes esclarecimentos considerados necessários à instrução do respetivo processo de fiscalização:

Questão 1: «Tendo presente o disposto no n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, e nos n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, quanto à proibição de assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis, considerando esses compromissos nulos, esclareça como considera legalmente possível a assunção do compromisso prestado no presente processo perante a aparente existência de fundos negativos, considerando a jurisprudência recente do Tribunal de Contas neste âmbito»

Resposta CHTMAD: «Quanto ao facto de os fundos disponíveis se apresentarem negativos à data de emissão do número de compromisso, cumpre-nos referir que:

a) Fundos disponíveis acumulados de exercícios anteriores. A existência de fundos disponíveis negativos acumulados deve-se a problemas estruturais de financiamento deste Centro Hospitalar, que, sistematicamente, são assumidos, anualmente, pelo Conselho de Administração à Tutela e, por esta, corroborada aquando da assinatura do contrato-programa, assumindo, indiretamente a assunção de compromissos com fundos negativos, ao



permitirem a existência de EBITDA negativos (demonstrando a existência de insuficiência de financiamento ao Centro Hospitalar). Este assunto foi abordado e corroborado, em relatório, quer pela Auditoria Interna quer pela Inspeção Geral de Finanças, em auditorias realizadas sobre o cumprimento da LCPA.»

Questão 2: «Em especial tendo em conta o teor dos acórdãos n.º 30 e 31/2019, 1.ª S/SS, de 16 de agosto, justifique fundamentadamente, a autorização reiterada de assunção e autorização de despesa pública em violação de normas financeiras»

Resposta CHTMAD: «Quanto ao facto de os fundos disponíveis se apresentarem negativos à data de emissão do número de compromisso, cumpre-nos referir que:

a) As declarações de Fundos Disponíveis emitidas identificam, por assunção de saldos transitados (compromissos não liquidados), montantes negativos. Sem essa assunção de saldos transitados, é verificado a existência de saldo de Fundos Disponíveis positivos, que possibilita a realização da despesa em apreço.

b) A identificação de défices crónicos da atividade operacional do CHTMAD, consubstanciada na aprovação pelos seus acionistas de EBITDA negativos, é implicitamente assumido, que, o nível de financiamento, por via de receitas (sendo 95% à ACSS), não é adequado, implicando que o montante de receitas, para efeitos de cálculo de Fundos Disponíveis, seja deficitário no acumular do ano económico face ao volume de despesas.

c) Pelo que, o acumulado de défices de atividade operacional, expõe a 31 de dezembro de 2018, de montante de pagamentos em atraso elevado, sendo o prazo de pagamento médio de 265 dias.

d) Face a esta realidade, o CHTMAD apresentou um Plano de Liquidação de Pagamentos em Atraso, nos termos da prerrogativa do artigo 227.º da Lei n.º 71/2018, de 12 de dezembro (Orçamento de Estado), que conjugado com o n.º



2 do artigo 16.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, permite diferir no tempo, nos termos propostos no referido plano, o montante dos compromissos assumidos e não liquidados de exercícios anteriores, sendo estes relevados, no tempo e na proporção da sua liquidação, no mapa de fundos disponíveis.

e) Pelo exposto, consideramos que o CHTMAD, na presente data possui Fundos Disponíveis positivos que possibilite a assunção de compromisso para o procedimento de concurso em apreço».

Questão 3: «Atendendo ao princípio geral da proibição de retroatividade dos atos administrativos (cf. Artigo 155.º do CPA), justifique fundamentadamente o teor da cláusula quinta, na parte em que indica que o início da vigência do protocolo é a 17/08/2019, tendo ainda em conta que o início do procedimento só se deu por deliberação do Conselho de Administração de 20/09/2019 e que a outorga do contrato ocorreu a 01/10/2019, bem ainda que, à data do início da execução material estipulada, não se encontravam cumpridas as normas legais que obrigam ao compromisso orçamental prévio e respetivo registo com fundos disponíveis positivos».

Resposta CHTMAD: «No presente caso a eficácia retroativa está justificada por exigências imperiosas de direito público, nos termos do n.º 2 do artigo 287.º do CCP, uma vez que no período entre 17 de agosto e 1 de outubro de 2019, não fora a eficácia retroativa do contrato, o CHTMAD não teria condições operacionais para laborar durante esse período, o que obrigaria o CHTMAD a colocar em risco a saúde e bem-estar dos seus utentes de forma a evitar a interrupção da atividade cirúrgica e dar continuidade aos tratamentos, cumprindo o dever tutelar na prestação de cuidados de saúde com qualidade e humanidade fundamentais à população».

- k) Por via do Despacho n.º 5269/2019, dos Secretários de Estado do Orçamento, do Tesouro e Adjunto e da Saúde, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 103, de 29 de maio, foram aprovados os planos de liquidação dos pagamentos em atraso das entidades públicas empresariais do Serviço



Nacional de Saúde existentes a 31 de dezembro de 2018, respeitando ao CHTMAD a seguinte situação:

	Fornecedores fora da Adm Central	Fornecedores dentro da Adm Central	Total	2019	2020	2021	2022	2023
CHTMAD	12.083.837,55€	2.404.894,35€	14.488.731.90,€	12.083.837,55€	601.223,59€	601.223,59€	601.223,59€	601.223,59€

– DE DIREITO

4. O protocolo em apreço suscita duas questões jurídicas a merecer análise em sede de fiscalização prévia:
- a) A inexistência de fundos financeiros disponíveis;
 - b) A produção retroativa de efeitos.

A - A inexistência de fundos financeiros disponíveis

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 financeira, o qual se traduz «*na capacidade de financiar todos os compromissos assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo 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;

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).



- 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.** 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»*.
- 9.** Complementarmente, na senda do referido princípio da sustentabilidade financeira 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.
- 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 CHTMAD, estão igualmente sujeitas ao referido regime, o qual é muito claro e objetivo ao dispor que os serviços

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.



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 é, claro está, que não 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.

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*

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



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 CHTMAD ter comprovado junto deste Tribunal de Contas a existência de fundos disponíveis suficientes para fazer face ao encargo gerado pelo contrato em apreço: 470.410,04€ (IVA incluído).
- 16.** Questionado sobre o assunto – e tal como consta da matéria de facto – o CHTMAD apresentou informação de controlo de fundos disponíveis, com referência à data de 30.09.2019, referente ao compromisso n.º 1350, na qual se evidencia que os fundos disponíveis apresentavam saldo negativo de (-) 49.518.335,66€, antes do compromisso, passando a (-) 49.988.745,70€, após o compromisso da despesa de 470.410,04€.
- 17.** Por outro lado, argumentou, tal como já havia feito em processos anteriores, que, quanto ao facto de os fundos disponíveis se apresentarem negativos à data de emissão do número de compromisso, isso deve-se à existência de fundos disponíveis negativos acumulados de exercícios anteriores. E por esse motivo, foi aprovado pela tutela e pelas Finanças um plano de pagamentos em atraso a fornecedores do CHTMAD, conforme consta do Despacho n.º 5269/2019, antes mencionado.
- 18.** A verdade, porém, é que, como este Tribunal já teve ocasião de afirmar anteriormente (veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n.º 19/2018 – 1.ª S/PL, de 24.09.2018, disponível em <https://www.tcontas.pt>), *«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, conseqüentemente, a lista de pagamentos em atraso».

Entendendo-se, assim 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».

- 19.** E mesmo que se extraia do saldo de fundos disponíveis (que é 49.518.335,66€, negativos, antes do compromisso), o montante escalonado para pagamento em anos futuros (2.404.894,35€, a pagar entre 2020 e 2023), continuaremos com um saldo negativo de 47.113.441,31€.
- 20.** Não se verifica assim o que é afirmado no sentido de que «o CHTMAD, na presente data possui Fundos Disponíveis positivos que possibilite a assunção de compromisso para o procedimento de concurso em apreço».
- 21.** A falta de fundos disponíveis para suportar as despesas com o protocolo em apreço é geradora de nulidade do compromisso e do respetivo protocolo, 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 [cfr., nesse sentido, entre muitos outros, os acórdãos já proferidos em 2019 relativamente à mesma entidade: Acórdão n.º 6/2019, de 19 de março, transitado em julgado em 09.04.2019, bem como os



Acórdãos n.ºs 30 e 31/2019, ambos de 16 de agosto, e ambos transitados em julgado em 16.09.2019].

- 22.** 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.

B. Eficácia retroativa do protocolo

- 23.** Conforme se assinalou na matéria de facto, o protocolo foi celebrado em 01.10.2019, retroagindo a produção de efeitos a partir de 17.08.2019, nos termos da cláusula 5.ª, sendo certo que a deliberação de abertura do procedimento apenas foi tomada em 20.09.2019.

- 24.** A regra geral é, pois, a de que os contratos devem dispor para o futuro.

- 25.** O artigo 287.º, n.º 2 do CCP, admite, no entanto, a eficácia retroativa em determinadas condições, nomeadamente quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:

- a) Não seja proibida por lei;
- b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e
- c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo CCP relativamente à fase de formação do contrato.

- 26.** No caso concreto, verificam-se os pressupostos das alíneas b) e c), desde logo porque estamos em presença de uma contratação não submetida à concorrência, não existindo, assim, direitos ou interesse legalmente protegidos de terceiros que se considerem lesados pela produção retroativa de efeitos.

- 27.** Porém, a apontada retroatividade viola o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 287.º do CCP, conjugado com o artigo 45.º, n.º 1 da LOPTC, uma vez que é legalmente admitida a produção de efeitos antes do visto, ou seja, desde a data de assinatura do



contrato ou, no limite, retroagindo à data da adjudicação, mas não, como no caso *sub judice*, a uma data que é cerca de um mês anterior à da própria decisão de abertura do procedimento.

- 28.** Invoca em sua defesa o CHTMAD que *«No presente caso a eficácia retroativa está justificada por exigências imperiosas de direito público, nos termos do n.º 2 do artigo 287.º do CCP, uma vez que no período entre 17 de agosto e 1 de outubro de 2019, não fora a eficácia retroativa do contrato, o CHTMAD não teria condições operacionais para laborar durante esse período, o que obrigaria o CHTMAD a colocar em risco a saúde e bem-estar dos seus utentes de forma a evitar a interrupção da atividade cirúrgica e dar continuidade aos tratamentos, cumprindo o dever tutelar na prestação de cuidados de saúde com qualidade e humanidade fundamentais à população».*
- 29.** Porém, como se referiu antes, o invocado interesse público não pode postergar os pressupostos das alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 287.º do CCP.
- 30.** Donde decorre que o protocolo foi remetido ao Tribunal para fiscalização prévia para além do prazo legal, dado que o mesmo iniciou a sua produção de efeitos em 17.08.2019.
- 31.** Tal situação indicia o cometimento da infração prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 66º da LOPTC.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em:

- a) Decidir recusar o visto ao protocolo identificado no § 1 deste acórdão;**
- b) Mandar prosseguir o processo para apuramento de eventuais responsabilidades financeiras, nomeadamente em face do disposto nos §§ 26 a 31;**



c) Remeter cópia do Acórdão à Área V da 2.ª Secção do TdC.

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, 17 de dezembro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(Alziro Antunes Cardoso)

Fui presente



A Procuradora-Geral Adjunta,
