



Secção – 1.ªS/SS
Data: 06/02/2020
Processo: 2926/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I. Relatório

1. O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 1.1 O Centro Hospitalar Universitário de Lisboa Norte, EPE (CHULN) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de fornecimento de fator VIII recombinante (Octocog Alfa 3ª geração), celebrado em 2-9-2019 entre essa entidade e Shire Pharmaceuticals Portugal, Ld.ª pelo valor global de 750.118,56 € (acrescido de IVA).
- 1.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC e pelo próprio Tribunal ao requerente para prestação de informação complementar, 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 CHULN e CELGENE em 2-9-2019:
 - a) Tem por objeto fornecimento de medicamentos;
 - b) Apresenta o encargo global de 750.118,56 € (acrescido de IVA);
 - c) De acordo com o clausulado do contrato, foi emitido compromisso para satisfazer obrigações advenientes do contrato.

- d) O contrato visa produzir efeitos por 30 dias sendo, eventualmente, prorrogável por 2 períodos de 30 dias.
- 2.2 O contrato em apreço foi precedido de ajuste direto sem consulta, ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.
- 2.3 O Mapa de Fundos Disponíveis do CHULN extraído da base da DGO relativo ao mês de setembro reporta um valor de Fundos disponíveis(negativo) de -53.303.721 €.
- 2.4 O CHULN solicitou, em 30 de julho de 2019, o aumento temporário de fundos disponíveis à tutela, não tendo sido junta qualquer resposta do Ministério da Saúde a esse pedido até à presente data.
- 2.5 Em 28-1-2020, a entidade requerente comunicou o seguinte: «[...] cumpre evidenciar que esta instituição hospitalar se encontra numa situação financeira crítica, decorrente de um crónico subfinanciamento tendo em 2019 a instituição efetuado varias instâncias junto à tutela nos dias 30 Julho, 5 e 20 de Setembro e 24 de Outubro de 2019, o que justifica a circunstância evidenciada no pedido de esclarecimento desse douto Tribunal».

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 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

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.

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. A principal questão jurídica suscitada no presente caso reporta-se 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;
5. A motivação vai compreender uma análise em duas etapas:
- 5.1 Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre compromissos e pagamentos em atraso;
- 5.2 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

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.

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. Em matéria de assunção de compromissos encontra-se estabelecido que:
 - 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

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.

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. 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:
 - 12.1 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;
 - 12.2 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.
13. No caso concreto, a situação de fundos indisponíveis resulta insofismável, bem como a circunstância de a entidade requerente ter solicitado à tutela medidas que visavam superar o problema, não tendo esse pedido sido acolhido.
14. Plano em que importa, em termos de arquitetura jurídico-constitucional sobre responsabilidades jurídico-financeiras pela situação descrita, reiterar a jurisprudência deste Tribunal, nomeadamente, expressa no Acórdão n.º 44/2019-12.NOV-1.ªS/PL⁴:

⁴ O qual pode ser consultado no sítio eletrónico do TdC, assim como todos os Acórdãos e Decisões citados sem menção da publicação.

- 14.1 O Serviço Nacional de Saúde (SNS) foi instituído como «um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde» de âmbito nacional, ao qual cabe a responsabilidade da «efetivação, por parte do Estado, da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva», de carácter *universal*, porque dele pode beneficiar toda a população residente no território nacional, e *geral*, na medida em que abrange todos os serviços públicos de saúde e presta integralmente todos os cuidados de saúde (primários e diferenciados) ou garante a sua prestação, estendendo-se, por isso, a todos os domínios da proteção da saúde e dando, assim, satisfação ao preceituado no artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, da Constituição.
- 14.2 A universalidade do SNS constitui um valor constitucional no sentido de que o acesso ao SNS é garantido a todos os cidadãos portugueses, independentemente da sua condição económica e social, sendo os respetivos direitos enquanto beneficiários do SNS a base da respetiva relação jurídico-administrativa com entidades prestadoras do SNS.
- 14.3 A relação jurídico-administrativa do cidadão com o SNS não afasta a repartição de competências administrativas e financeiras que têm de ser respeitadas por entidades do SNS e os procedimentos administrativos e contabilísticos estabelecidos na LCPA, num quadro em que a execução do orçamento de Estado envolve poderes e responsabilidades constitucionais próprios do Governo, órgão constitucional ao qual compete, nomeadamente, no exercício de funções administrativas dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma, nos termos do artigo 199.º, alínea *d*), da CRP.
- 14.4 A fiscalização concreta de alegada inconstitucionalidade normativa dos artigos 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, 3.º, 5.º, n.º 1, 9.º, 11.º e 13.º da LCPA constitui uma operação hermenêutica inconfundível com a valoração casuística da atividade administrativa e financeira na prossecução ativa dos valores constitucionais, não sendo a fiscalização prévia da legalidade de atos e contratos a sede adequada para sindicar o desempenho da missão constitucional das entidades com o poder jurídico de afetação e cativação de meios financeiros com origem no orçamento de Estado.
- 14.5 O julgamento no âmbito da fiscalização prévia não envolve escrutínio global sobre omissões e ações de entidades com obrigação de providenciar meios financeiros adequados e necessários para a prossecução das finalidades do SNS, plano em que a LCPA reconhece a

membros do Governo poderes próprios para suprir problemas de *fundos disponíveis* de entidades integrantes do SNS.

- 14.6 As normas sobre os *procedimentos administrativos e contabilísticos* relativos a *fundos disponíveis* não implicam, por si só, violação de deveres do Estado no domínio do SNS, a qual a ocorrer constituirá o resultado de concretas opções dos órgãos administrativos competentes na afetação de recursos, nomeadamente, concretizados em atos e omissões relativos à (in)disponibilização de *fundos disponíveis* necessários para finalidades que devem ser prosseguidas no âmbito do SNS.
- 14.7 O julgamento da atuação administrativo-financeira dos órgãos competentes em matéria de afetação de recursos do orçamento de Estado a entidades do SNS não integra o objeto do presente julgamento.
- 14.8 Na medida em que, como se refere no Acórdão n.º 3/2018-20.MAR-1.ªS/PL, «não se pode imputar diretamente à LCPA qualquer efeito negativo em matéria de saúde dos cidadãos», o complexo normativo constituído pelas disposições conjugadas do artigo 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 não padece de inconstitucionalidade material por violação do artigo 64.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Constituição e a repartição de funções constitucionalmente estabelecida impõe aos tribunais o respeito dessas regras legais.

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

15. O TdC tem vasta e constante jurisprudência sobre as implicações da violação das regras em matéria de compromissos na recusa de visto prévio⁵ em que se destacam duas pautas centrais que se voltam a reiterar:

- 15.1 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 excecionais que disponham em sentido contrário».

⁵ Podendo referir-se, a título meramente ilustrativo, os Acórdãos n.º 8/2017-11.JUL-1ªS/SS, n.º 10/2017-17.JUL-1ªS/SS, n.º 11/2017-17.JUL-1ªS/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, 47/2019-11.DEZ-1.ªS/SS e 6/2020-28.JAN-1.ªS/SS (este último, no respetivo § 18, compreende ampla e atualizada recensão de Acórdãos deste Tribunal que se dá por reproduzida).

- 15.2 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.
16. 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.
17. Sublinhe-se que de acordo com essa jurisprudência, reiterada no Acórdão n.º 44/2019-12.NOV-1.ªS/PL, 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 (cf., ainda, *infra* § 20), 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.
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. Refira-se, por fim, que a recusa de visto imposta por lei ao Tribunal, sendo suscetível de se repercutir na ineficácia parcial ou total dos contratos em causa (atentas as variantes estabelecidas nos n.ºs 3 a 5 do artigo 45.º da LOPTC), não compreende um juízo final sobre a eventual execução pretérita (parcial ou total) do contrato, pois reporta-se a matéria que, além de ser objeto de um regime específico sobre eventuais efeitos putativos de contrato a que se recusou o visto, envolve apreciação casuística de factos que não integram o objeto do julgamento sobre a concessão ou recusa de visto, atento, nomeadamente, o disposto nas aludidas normas do artigo 44.º, n.º 3,

alíneas *a)* e *b)*, e do artigo 45.º, n.ºs 3 a 5, da LOPTC — sem olvidar que o processo de fiscalização prévia não constitui sede para sindicar o desempenho da missão constitucional, e respetivas responsabilidades, das entidades com o poder jurídico de afetação e cativação de meios financeiros com origem no orçamento de Estado (*supra* § 14).

21. 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.

*

- 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).

- Remeta-se cópia do Acórdão à Área V da 2.ª Secção do TdC.

- Remeta cópia do Acórdão aos Gabinetes dos Ministros das Finanças e da Saúde, atentas as anteriores comunicações do Tribunal sobre recorrentes situações de Centros Hospitalares em matéria de fundos disponíveis (cf., nomeadamente, §§ 2.4, 2.5, 14 e 15 do presente Acórdão).

- Registe e notifique.

Lisboa, 6 de fevereiro de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Alzira Cardoso)