



RECURSO ORDINÁRIO N.º 04-JRF/2014

(Processo n.º 06-JRF/2013)

ACÓRDÃO N.º 27 / 2014- 3ª SECÇÃO

I – RELATÓRIO

1. Em 12 de Maio de 2014, no âmbito do processo de julgamento de responsabilidade financeira n.º 06/2013, foi, na 3ª Secção do Tribunal de Contas, proferida a douta Sentença n.º 05/2014 que, julgando verificada a prática de duas infracções financeiras sancionatórias previstas na alínea b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC,¹ condenou os Demandados António Henrique Machado Capelas, António Alberto Coelho Marçoa, Cláudia Maria Fileno Miranda, José Carlos Fonseca Cardoso, Isabel Maria Branco Barreira, Manuel Pinto Sampaio da Veiga e Maria da Conceição Saraiva Bernardino Vieira, cada um, a duas penas de multa, no valor de 1.530,00€ cada, tendo dispensado da pena de multa o Demandado António Capelas pela prática de uma infracção financeira sancionatória prevista no art.º 65.º-n.º 1-h) da L.O.P.T.C.

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela pelas Leis n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro; 1/2001, de 4 de Janeiro; 55-B/2004, de 30 de Dezembro; 48/2006, de 29 de Agosto; 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril; 61/2011, de 7 de Dezembro; 2/2012, de 6 de Janeiro e Lei 83-C/2013, de 31 de Dezembro.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

2. Não se conformaram com a decisão os Demandados, que interpuseram o presente recurso, nos termos e para os efeitos do artº 96º-nº 3 da L.O.P.T.C.

Nas doutas alegações apresentadas, que aqui se dão como integralmente reproduzidas, os Recorrentes apresentaram as seguintes conclusões:

- *O Demandado António Henriques Machado Capelas, apesar de ter sido dispensado da pena, não praticou a infracção que lhe foi imputada pelo MP e que a Douta Sentença, ora em crise, acolheu como praticada.*
- *Ficou provado (ponto 17) que a ACSS, IP, Administração Central de Sistema de Saúde, IP datada de 19.07.2007, por ofício assinado pelo Presidente do Conselho Directivo remeteu ao Demandado António Capelas, Presidente do Conselho de Administração do CH Nordeste EPE a Informação nº 070/07/26, contendo parecer jurídico da Sociedade de Advogados Barrocas, Sarmento, Neves sob o assunto "Sujeição a visto dos actos praticados e contratos celebrados pelos Hospitais EPE" em que se concluía, além do mais, que não foi intenção do Legislador sujeitar aquelas entidades a um regime de visto prévio. Este parecer merecia a concordância da ACSS.*
- *O Demandado António Capelas não agiu com culpa, ainda que na forma de negligência, uma vez que, como aliás se refere na Douta sentença, confiou - e tinha razões para o fazer - que a sua conduta era a correcta, procedendo de acordo com orientação da tutela, e na plena convicção, consciência e certeza do referido demandado, de que tais contratos não se encontravam abrangidos pelos artº 5.º nº 1, c), 46º nº 1, b), 48º da LOPTC, na redacção introduzida pela Lei nº 48/2006, de 30 Agosto, até porque esse parecer jurídico foi remetido*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

pela ACSS ao Conselho de Administração do CHNE, com a menção da concordância deste instituto público tutelar.

- A todos os demandados foi imputada pelo MP a prática de duas infracções p.p. pelo art. 65 nº 1 al. b) da LOPTC, com referência aos arts. 1º, nº 4 e 5 nº 6 do CCP, tese que a Douta sentença igualmente acolheu punindo todos os demandados na mesma multa única de 3.060,00 Euros.*
- Os demandados Isabel Maria Branco Barreira e José Carlos Fonseca Cardoso apenas iniciaram funções como vogais executivos do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste (EPE) no dia 20/04/2009.*
- Deste modo não participaram em todas as deliberações mas apenas nas dos dias 18/06/2009 e 9/07/2009, pelo que a responsabilidade de todos os demandados nunca poderia ser idêntica, pelo que a sanção - a acontecer - deveria ter sido diferenciada.*
- Nestes contratos, porque o convite foi direccionado a entidades titulares de alvará de obras públicas, com historial conhecido na execução de obras públicas, o júri considerou que em termos de garantia de boa execução e valia técnica todas as empresas eram equivalentes, ou seja, teriam a mesma classificação, motivo pelo qual se simplificou o mapa comparativo apresentando apenas o preço total e por grupo de tarefas para se evidenciar que se comparavam situações idênticas.*
- Foram dados a todos os concorrentes a possibilidade de melhorarem as suas propostas e, conseqüentemente, foi adjudicada à empresa que apresentou o*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

melhor preço, uma vez que, quanto aos factor - garantia de boa execução - todos os concorrentes foram classificados por igualdade de circunstâncias.

- O facto de não constar da acta o factor de garantia de boa execução e valia técnica da proposta, isso não acarretou qualquer prejuízo ou desfavor de nenhum dos concorrentes, no que a este factor respeita.*
- O resultado final seria sempre o mesmo: partindo do pressuposto de que todas as propostas se encontravam em pé de igualdade relativamente a este factor do critério de adjudicação, a decisão seria, sempre e em qualquer caso válida.*
- Tendo a classificação da Qualidade Técnica sido igual para todos os concorrentes, porque efectivamente eram semelhantes e não foi detectada diferença técnica relevante entre eles, todos os concorrentes aceitaram e decisão da adjudicação e não houve reclamações, o que indicia que consideraram o processo transparente, que tiveram igualdade de tratamento e que perderam porque não foram suficientemente competitivos.*
- No que respeita ao contrato referido no ponto 14 da Doutra sentença atendendo aos valores da adjudicação em causa, poderia ter sido convidado apenas um concorrente, por ajuste directo, razão pela qual não haveria critério de adjudicação, mas apenas e tão-somente o preço.*
- A culpa dos Demandados é inexistente uma vez que não lhes era exigível outro comportamento, atento o circunstancialismo descrito.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *Os demandados não omitiram o dever de cuidado que sobre eles recaía e de que todos eram capazes pois que todos eles agiram na plena convicção da legalidade da sua conduta (tudo fruto das inúmeras alterações legislativas que tinham ocorrido).*
 - *Deste modo, porque não ficou demonstrada a culpa dos demandados, antes pelo contrário se demonstrou que agiram na plena convicção da legalidade das suas condutas, não só pelo facto de (o primeiro demandado) ser suportada num parecer enviado pela Tutela, como também pelo facto de todos os concorrentes terem aceite as regras estabelecidas e ainda porque um dos contratos podia ter sido celebrado por ajuste directo, entende-se que se impõe a improcedência da acusação do MP com a consequente absolvição de Todos os Demandados.*
- 3.** Concluem os Recorrentes que o recurso deve ser julgado procedente, revogando-se a douda sentença e absolvendo-se os Demandados.
- 4.** Tendo o recurso sido admitido, foi notificado o Ministério Público para emitir parecer nos termos do artº 99º nº 1 da Lei nº 98/97. Sustentou a improcedência do recurso, apresentando a seguinte súmula:
- *Os recorrentes alegam, essencialmente, que agiram sem culpa, pugnando pela sua absolvição. Salvo o devido respeito, afigura-se-nos que não assiste razão aos recorrentes.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *O demandado António Henriques Machado Capelas alega que "atuou, na sequência de situações de tutela, suportada em parecer jurídico que propugnava uma determinada interpretação para uma alteração legislativa inovatória".*
- *Ora, a questão da submissão a visto dos contratos em causa não era pacífica, havendo soluções interpretativas divergentes. Em caso de dúvida sobre a observância de um dever jurídico, deve naturalmente, optar-se pelo seu cumprimento particularmente no âmbito de normas de direito público.*
- *Acréscce que, independentemente da fundamentação do parecer jurídico em causa, o mesmo não era vinculativo para os demandados.*
- *Em face do conteúdo da douda sentença recorrida, ter-se-á de concluir que, a admitir-se o erro sobre a licitude, tal erro foi implicitamente considerado indesculpável.*
- *No mais, não vislumbramos qualquer erro de julgamento digno de censura, sendo manifesto que os demandados agiram com culpa.*

5. Obtidos os "vistos" dos Exmos. Adjuntos, nada obsta à prolação do Acórdão.

II – OS FACTOS

A factualidade apurada na douda sentença e que releva para a apreciação da decisão e que consta do processo da 1ª instância e é a seguinte :



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- 1. Os demandados integraram o Conselho de Administração (CA) do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), tendo sido nomeados para o triénio 2009-2011, por despacho conjunto do ministro de Estado e das Finanças e da ministra da Saúde, de 16 de Abril de 2009, publicado no Diário da República, n.º 79, 2ª série, de 23 de Abril de 2009, com efeitos reportados a 1 de Abril de 2009, sendo que exerciam idênticas funções desde 29 de Dezembro de 2005 (demandado António Henrique Machado Capelas), 31 de Dezembro de 2005 (demandada Maria da Conceição Saraiva Bernardino Vieira), 19 de Janeiro de 2009 (demandado Manuel Pinto Sampaio da Veiga), desde 2006 (Cláudia Maria Fileno Miranda), 29 de Dezembro de 2005 (demandado António Alberto Coelho Marçoa).*
- 2. O Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., com sede social em Bragança, foi criado pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, revestindo a natureza de entidade pública empresarial, dotada de autonomia administrativa, patrimonial e financeira.*
- 3. O Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., celebrou com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) os seguintes contratos/acordos com vista à execução de empreitadas de obras públicas:*
- 4. Em 5 de Abril de 2007, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras centrais técnicas na Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.785.008,31 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 1.669.351,49 euros.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

5. *Em 30 de Julho de 2007, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras na área de consulta externa da Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.470.872,07 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 1.530.640,46 euros.*

6. *Em 8 de Fevereiro de 2008, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras nos cuidados continuados Unidade Hospitalar de Macedo de Cavaleiros, no valor de 1.773.181,88 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 465.047,89 euros.*

7. *Em 8 de Fevereiro de 2008, na sequência de procedimento por ajuste directo, celebrou o contrato de empreitada para execução de obras no sector da urgência da Unidade Hospitalar de Bragança (UHB), no valor de 1.354.341,99 euros, tendo sido autorizados pagamentos no montante de 507.107,41 euros.*

8. *Tais contratos foram executados sem submissão à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.*

9. *Incumbia ao presidente do Conselho Administrativo (CA), demandado António Henrique Machado Capelas, enviar os contratos em causa ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

10. *O demandado António Henrique Machado Capelas, porém, não enviou tais contratos ao Tribunal de Contas e promoveu a execução dos mesmos.*

11. *Por deliberação de 4 de Março de 2009, o Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), com intervenção dos 1º, 2º, 3º, 6º e 7º demandados, adjudicou à empresa Abel Luís Nogueira & Irmãos, Lda., a empreitada para realização de obras de beneficiação do serviço de Internamento de Pediatria/Neonatologia, no valor de 201.550,51 euros, tendo o respectivo contrato sido outorgado em 20 de Abril de 2009.*

12. *Por deliberação de 18 de Junho de 2009, o Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E. (CHNE), com intervenção de todos os demandados, adjudicou à empresa Projenor - Projectos e Construções do Norte, Lda., a empreitada para realização de obras de conservação e pintura do exterior do edifício da Unidade Hospitalar de Bragança, no valor de 77.637,18 euros, tendo o respectivo contrato sido outorgado em Julho de 2009.*

13. *Nos procedimentos pré-contratuais adjudicatários acima referidos (nºs 11 e 12 supra), indicou-se como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta dois factores: preço – 70%, garantia de boa execução 30%, mas, além de não se identificarem os critérios que determinam a apreciação relativamente à garantia de boa execução, o único factor efectivamente tido em consideração nas apreciações das propostas foi o preço.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

14. *Por despacho de 2 de Fevereiro de 2009, o demandado António Alberto Coelho Marçoa, no uso de competência delegada pelo Conselho de Administração, adjudicou à empresa Mecatérmica a aquisição de uma central de bombagem e pressurização de águas das redes de abastecimento e incêndio, no valor de 24.960,00 euros, sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados.*
15. *Por deliberação de 9 de Julho de 2009, o Conselho de Administração, com intervenção de todos os demandados, adjudicou à empresa Novabase a aquisição de unidade de alimentação ininterrupta (UPS) para Data Center na Unidade Hospitalar de Macedo de Cavaleiros (UHMC), pelo preço de 52.167,60 euros, sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados e inexistência de comissão de avaliação.*
16. *Os demandados agiram livre e voluntariamente, sem a diligência inerente às suas funções de gestão, podendo e devendo ter agido em conformidade com as disposições legais indicadas que acabaram por desrespeitar.*
17. *A ACSS - Administração Central de Sistemas de Saúde IP remeteu ao primeiro demandado a Informação nº 070/07/26, da Sociedade de Advogados Barrocas, Sarmento, Neves, sob o assunto Sujeição a visto dos actos praticados e contratos celebrados pelos Hospitais E.P.E., em que se concluíu que:*
- ... a alteração à LOPTC operada pela Lei nº 48/2006 veio concretizar a sujeição dos Hospitais EPE, como das demais empresas públicas, à*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

totalidade dos poderes de controlo do Tribunal de Contas, maxime acrescentando às anteriores modalidades de controlo financeiro (que se mantêm) a sujeição plena ao regime da responsabilidade financeira de todos os agentes das empresas públicas. Contudo, não foi de todo a intenção desta alteração sujeitar essas entidades a um regime-regra de visto prévio, o que constituiria uma significativa regressão no regime jurídico destas empresas públicas, em sentido contrário à natureza empresarial destas entidades e também em sentido contrário ao da própria evolução do sistema de visto prévio, genericamente considerado. O que ficou consagrado na LOPTC foi antes uma sujeição ao sistema de fiscalização prévia dos actos e contratos geradores de despesa que pelas suas características (v. desenvolvimento acima) constituam uma forma ilegítima de tornear esse mesmo sistema por parte das entidades a ele sujeitas - fls. 664-686.

III – O DIREITO

A) DISPENSA DA PENA

- 1.** O Recorrente António Henriques Machado Capelas veio alegar que, apesar de ter sido dispensado da pena, não praticou a infracção que lhe foi imputada pelo M.P. e na Sentença da 1ª instância.

Vejamos:

- 1.1.** A factualidade integradora da infracção cometida pelo Demandado António Capelas e prevista no artº 65º-nº 1-h) da L.O.P.T.C. mostra-se provada na 1ª instância conforme decorre dos factos nº 8, 9 e 10.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Assim, os contratos de empreitada referenciados nos nºs 3, 4, 5, 6 e 7 do despacho sobre a matéria de facto foram executados sem submissão à fiscalização prévia do Tribunal de Contas apesar de todos excederem o valor de 326.750,00 e 333.610,00€, respectivamente, para 2007 e 2008, por força do disposto no artº 130º-nº 1 da Lei nº 53-A/06 e artº 121º-nº 1 da Lei nº 67-A/07, que aprovaram os Orçamentos de Estado para 2007 e 2008.

Esses contratos não estavam, pois, dispensados do envio à fiscalização prévia deste Tribunal por força do disposto no artº 48º da L.O.P.T.C., como se deu como provado no facto nº 8.

Nos termos do facto nº 9, *"incumbia ao Presidente do Conselho Administrativo (CA), o Demandado António Henrique Machado Capelas enviar os contratos à fiscalização prévia deste Tribunal, o que não fez tendo promovido a execução dos mesmos"*.

(Facto nº 10)

Alega o recorrente que não agiu com culpa porque se limitou a seguir o entendimento perfilhado pela Administração Central de Sistemas de Saúde (ACSS) que lhe remeteu uma informação da Sociedade de Advogados Barrocas, Sarmiento, Neves em que, sobre a questão da sujeição a visto dos actos praticados e contratos celebrados pelos Hospitais E.P.E. concluía que não foi intenção da alteração da Lei nº 98/97 pela Lei nº 48/06 *"sujeitar essas entidades a um regime-regra de visto prévio"*.

(Facto nº 17)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A circunstância de a ACSS ter remetido ao Recorrente António Capelas o teor do parecer supra-referido permite considerar diminuta a culpa daquele porque, embora não fosse expressa a concordância da ACSS com o teor do referido parecer, seria legítimo presumir que o teor do parecer teria sido acolhido pela Tutela.

Como bem se refere na douta decisão recorrida:

“(...) o primeiro demandado confiou num parecer de uma sociedade de advogados, veiculado pela Administração Central dos Hospitais. Contudo, se esta circunstância lhe diminui a culpa, não o desculpa totalmente, pois, na dúvida sobre a obrigação de submissão dos contratos a visto (...) sempre seria mais prudente remeter os contratos ao Tribunal de Contas para esse efeito (...)”.

Subscrevemos, integralmente, estas considerações. Não são entidades privadas ou a Tutela que definem e decidem se os contratos devem ou não ser remetidos à fiscalização prévia.

É a Lei que o determina ou não, e, em caso de dúvida, um gestor rigoroso e prudente deve solicitar a pronúncia do Tribunal de Contas, remetendo-lhe os contratos e aguardando a sua decisão.

Em síntese:

- **O Recorrente agiu com um grau diminuto de culpa quando, confiando num parecer que lhe foi enviado pela Tutela, não enviou os contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- **O diminuto grau de culpa justifica a dispensa da pena aplicada em 1ª instância ao abrigo do disposto no artº 74º-nº 1-a) do C. Penal como tem sido jurisprudência pacífica desta 3ª Secção.**
- **Improcede, pois, o recurso quanto a este ponto.**

B) DAS INFRAÇÕES SANCIONATÓRIAS DO ARTº 65º-Nº 1-b) da L.O.P.T.C.

- 1º.** Os Demandados ora Recorrentes foram condenados em duas multas pela prática de duas infracções sancionatórias decorrentes das deliberações de reuniões do Conselho de Administração de 18 de Junho e 9 de Julho de 2009 por violação do artigo 1º-nº 4, 5 e 6-a) do C.C.P.

Na verdade, foi dado como provado que na reunião deliberativa de 18 de Junho, para a adjudicação do contrato de empreitada, o único factor efectivamente tido em consideração nas apreciações das propostas foi o preço.

(Facto nº 13)

Por sua vez, foi dado como provado que na reunião deliberativa de 9 de Julho, a adjudicação foi decidida sem prévia definição dos critérios de apreciação das propostas e com utilização de referências, características e critérios não publicitados e sem existir a comissão de avaliação.

(Facto nº 15)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

2º. A ilicitude destas deliberações não oferece quaisquer dúvidas.

Os princípios básicos e estruturantes da contratação pública como o da transparência, da concorrência efectiva e da publicitação dos critérios de apreciação das propostas não só resultam do artº 5º do C.C.P. como são, igualmente, princípios comunitários.

Não ficou provado que os Demandados estavam convictos da licitude das suas condutas. Mas, mesmo que tal tivesse sido provado, a convicção adquirida seria sempre, censurável pois inadequada e imprópria de responsáveis financeiros diligentes, cuidadosos e conhecedores dos princípios estruturantes da contratação pública.

Alegam os Recorrentes que, relativamente a um dos contratos, atento o seu valor, poderia ser feito por ajuste directo.

Este entendimento não procede pela simples razão de que o procedimento em causa e em curso não era o ajuste directo pelo que, e como refere o Exmo. Magistrado do Ministério Público "*a entidade adjudicatária sempre estaria auto-vinculada aos termos e condições da consulta efectuada*".

3º. No que respeita à medida das penas aplicadas, entende-se que devem ser considerados factos que permitem e justificam um reenquadramento das sanções aplicáveis em 1ª instância.

Relembre-se que todos os Demandados foram condenados na mesma pena (15 UC = 1.530,00€) por cada infracção ou seja, na multa única de 3.060,00€.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Há, no entanto, que sublinhar o facto de dois dos Demandados só terem iniciado funções em Abril de 2009, quando todos os restantes foram renomeados pelo Despacho nº 10549/2009, de 23 de Abril.

Nos termos desse despacho, que produziu efeitos a partir de 1 de Abril de 2009 (fls. 82 do processo da 1ª instância), os Demandados José Carlos Fonseca Cardoso e Isabel Maria Branco Barreira são os únicos membros novos do Conselho de Administração (facto provado nº 1).

Ora, tais deliberações ocorreram nos meses seguintes ao seu início de funções, sendo compreensível que, relativamente a outros membros do Conselho de Administração, designadamente os que já exerciam aquelas funções desde 2005 e 2007, tivessem seguido o entendimento adoptado de viabilizar os contratos em análise.

Considera-se, pois, adequado e justo que, naquelas circunstâncias, o grau de culpa destes dois Demandados se diferencie dos restantes, o que tem consequência na medida das penas de multa.

- **Do exposto, e face à reduzida censurabilidade das condutas dos Demandados José Carlos Fonseca Cardoso e Isabel Maria Branco Barreira decide-se dispensar da pena estes Demandados nos termos do disposto no artº 74º-nº 1-a) do C. Penal.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

IV- DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, os Juízes da 3ª Secção, em Plenário, acordam em julgar parcialmente procedente o recurso e, em consequência:

- **Dispensar das penas de multa os Recorrentes José Carlos Fonseca Cardoso e Isabel Maria Branco Barreira;**
- **Confirmar, no restante, a decisão da 1ª instância.**
- **Emolumentos reduzidos a 2/3 (artº 17º-nº 2 do Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio que aprovou o regime jurídico dos emolumentos do Tribunal de Contas).**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- **Registe e notifique.**

Lisboa, 17 de Dezembro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes (Relator)

Helena Ferreira Lopes

Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira