



Secção – 3.ª Secção
Data: 28/02/2023
RO n.º 05/2023-3.ª Secção
Processo JRF n.º 6/2023-3.ªS

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Sentença nº 18/2023 - 3ª Secção
de 2023-07-03

SUMÁRIO

- 1 O objeto do recurso é mais restrito do que o da ação sendo delimitado pelas respetivas conclusões, compreendendo um ónus do recorrente reforçado em caso de impugnação da matéria de facto estabelecido no n.º 1 do artigo 640.º do CPC, pois o recorrente tem a obrigação de especificar: «a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas».
- 2 O poder / dever de cognição jurisdicional em matéria jurídica é conformado pela distinção entre *questões* a decidir e *argumentos*, não estando o tribunal obrigado à apreciação exaustiva de todos os *argumentos* invocados pelas partes e devendo o órgão jurisdicional desenvolver o seu raciocínio jurídico a partir de cânones metodológicos não cingidos ao arsenal argumentativo introduzido pelas partes.

Secção – 3.ª Secção
Data: 28/02/2024
RO n.º 05/2023-3.ª Secção
Processo JRF n.º 6/2023-3.ªS

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 3.ª Secção:

I. Relatório

- 1 O Demandado AA interpôs *recurso ordinário* da Sentença n.º 18/2023 que no processo jurisdicional de responsabilidade financeira n.º 6/2023 julgou procedente a ação proposta pelo Ministério Público (MP) e, nomeadamente, condenou esse Demandado na multa de 15 UC pela prática de uma infração financeira de natureza sancionatória.
- 2 O recorrente formulou alegações que culminam nas seguintes conclusões:
 - «1. A douda sentença é nula, por não ter conhecido de todas as questões essenciais, de que depende a aplicação das regras da responsabilidade.
 2. Omitiu dever de conhecer nulidade *ab initio* de órgão, em que os respetivos membros eram não menos do que a lei exige, como nem sequer lhes foi dado posse, não tendo o Ministério da Saúde respondido à interpelação que lhe foi feita.
 3. O dever de controlo do TC tem de ser feito no quadro dos recursos em conformidade com a Ordem Jurídica: houve ilegalidade no ato de nomeação e mesmo que inexistisse devia ter sido dada posse. Não o tendo sido por culpa do Ministério da Saúde não há nem pode sobrevir qualquer responsabilidade.
 4. O tribunal incorreu em erro de julgamento da matéria fáctica, ignorando quanto à aquisição de próteses, o circunstancialismo inerente ao dever do gestor de salvaguardar ativo e agir com eficiência, em razão dos recursos de que dispõe.
 5. Se as testemunhas da acusação reconhecem um apertado circunstancialismo quanto aos apertados limites orçamentais, quanto à definição da natureza jurídica da instituição e quanto à precaridade dos recursos humanos de aprovisionamento, e se essas testemunhas justificam que competia a elas as verificações objectivas, a interpretação dos factos à luz da lei, mas referem expressamente que confiam que é ao tribunal, como magnânimo que compete a valorização da conduta dos agentes, estão de forma expressa a reconhecer um específico circunstancialismo que deve afetar o sentido com que objectivamente olharam os factos, mas em que os referem ao tribunal por ser este o aplicador do direito.

6. Era, pois, de confiar que, havendo o tribunal decidido que havia um estado de necessidade quanto à aquisição de uma substância química, verifica-se ainda que quadro idêntico resultava para os gestores.

7. Se as testemunhas depõem de forma genérica, chegando a referir que havia todo o conjunto de procedimentos que acabaram por ter a ver com o fornecimento e disponibilidade de médicos e aquisições de bens foram feitos completamente à margem das regras da contratação pública.

8. Se o próprio MP interpela as testemunhas, dizendo-lhe *“Aqui o que está em causa 1:24:59) neste julgamento é apenas a questão de nos procedimentos contratuais que foram assumidos ou em que faltaram relativamente à próteses e outros para Imuglucerase. (1:25:15). O que gostaria era que presencialmente, esclarecesse nessas situações o que é que lá detetou? (1:25:32) e a testemunha responde “Ora bem, nós não estamos a fazer aqui uma discriminação em detalhe o que é que aconteceu relativamente a essas situações para as restantes.”*, então não há prova documental que resista a estas considerações genéricas, que não concretizam aquela, o que aliás se confirma ainda pelos depoimentos das testemunhas da acusação, uma das quais começa a depor dizendo:

“Bem, em termos genéricos, o que eu poderei dizer é que foram procedimentos aquisitivos (1:13:10) que não terão sido suportados nos tipos de procedimentos tal como estão previstos no Código do Contratos Públicos.(1:13:18).

Para mais detalhes teria de consultar o relatório onde está detalhada essa irregularidade 1:13:28), detalhes mais em pormenor. Digamos que o relatório falará seguramente melhor do que eu...”

9. A prova por documentos, no tribunal de contas é mera condição de procedibilidade, não é – como se confirma – condição suficiente para a condenação, sem que resulte, além de qualquer dúvida, a violação do código da contratação pública.

10. Se o próprio Ministério Público insistindo diz: *“mas concretamente, por exemplo, o que eu preciso também, mas de alguma forma já foi assumido ter havido falhas (1:27:00) qual é a relevância de algumas circunstâncias que foram aqui alegadas e ouvidas pelo tribunal, designadamente por um lado, quanto a questões de natureza financeira difícil que o hospital vivia, é por outro, relativamente, por exemplo, à falta de preparação técnica de quem tinha estas coisas a seu cargo (1:27:34)?*, não pode o tribunal deixar de concluir, pelas respostas dos depoimentos das testemunhas da acusação, de que sobreviria uma real excepcionalidade.

11. Que alias é patente no entendimento de uma das testemunhas de que em caso de fusão tinha na mesma que ser cumpridas as regras da contratação pública, confundindo a testemunha uma União das Misericórdias Portuguesas, que é sector social, em que se integraria o hospital, por devolução, com uma ULS (Unidade Local de Saúde, modelo atual em execução no hospital), em que apenas nesta se dá a fusão com outros hospitais. Pelo que na primeira jamais era de aplicar o código da contratação pública, infirmando-se, pois, todo o sentido como a auditoria olhou os factos em apreço.

12. Se tem a douta sentença o mérito de considerar um estado de necessidade quanto a uma substância química, excludente de culpa, mas ignorou não o quadro de necessidade mas a inexigibilidade de outra conduta aos gestores que ela, douta sentença, reconhece como sendo de apertados limites e de possível alteração institucional, por devolução da unidade ao parceiro do setor social, em cumprimento do compromisso com a TROIKA e na sequência da correspondente política pública, então padece essa sentença de reapreciação da matéria fática, não apenas porque a auditoria nada prova se não for concretizada em depoimentos

mas ainda porque desses depoimentos se retira o sentido de que fizeram verificações e interpretações mas confiaram que era ao tribunal que competia valorizar conduta dos agentes.

13. Deve acrescentar-se no facto 2:

“Os hospitais do sector público administrativo, estavam, na altura do mandato dos arguidos, a ser alvo de aturadas negociações entre o Estado Português e a União das Misericórdias Portuguesas (UMP) já que em razão do Memorando de Entendimento entre o Estado e a Troika tais hospitais eram para serem extintos. A forma para os extinguir era devolver à UMP os hospitais criados pelas Misericórdias locais que nessa altura ainda fossem SPA, nos termos da legislação então em vigor¹.

14. Este facto acrescentado resulta das declarações dos depoentes, do documento audição de interessados na auditoria, e dos documentos provindos da Secretaria-Geral do Ministério da Saúde cuja junção foi oportunamente requerida, e constante dos autos.

15. Facto 4 – deve ser eliminada a expressão “*sem observância do regime da contratação pública*”, que é conclusão jurídica e não facto.

Deve em sua substituição acrescentar-se que:

“Em 2015 foi instaurado e publicado em DR concurso público para aquisição próteses, para vigorar em 2016, mas tal concurso foi alvo de imprevistos, como pedidos de esclarecimento por concorrentes, impreparação de júri para lidar com certas questões, o que motivou atraso, vindo a ser concluído apenas em junho de 2016.”

16. O acrescento retira-se do isento depoimento da técnica BB, onde refere: “Fizemos um concurso público com publicação em Diário da República, concurso esse iniciado em 2015, para as próteses. O facto é que o concurso apenas teve adjudicação em 2016. Neste intervalo de tempo, tivemos a extinção de um contrato. Ora, tínhamos duas circunstâncias: o limite para autorizar despesa (artigos 197 e 199 do código dos contratos públicos) e a impossibilidade de fazer compromissos plurianuais, por ser entidade do setor público administrativo (1:47:35). Ora, o facto de não poder fazer compromisso plurianual por ser SPA, obrigava o Serviço de Aprovisionamento a fazer todos os procedimentos ano a ano. Ora, isto não é fazível, não há capacidade de resposta porque, para além das áreas da gestão e despesa corrente, (1:48:09), a capacidade de resposta não é possível. Acresce que todas as administrações querem fazer coisas, o que é entendível”, explicando que o serviço tem que dar resposta a muitas tarefas apenas com 5 pessoas, sem competência especializada, diga-se.

17. As alterações propostas resultam ainda dos depoimentos dos depoentes, nos termos indicados na motivação supra, e dos demais testemunhos expostos na parte a);

18. O facto 5 deve dizer-se que as próteses são dispositivos médicos e não bens de consumo clínico, e são mesmo objeto de legislação europeia e nacional, devendo ser eliminada a parte final por ser matéria de direito (de que se verificou violação de regras de contratação pública).

19. Todos os restantes factos não foram provados.

20. Mesmo admitindo-se que os factos 6 a 12 contêm-se nos documentos de auditoria, devem eles apenas mencionar aspeto, pelo que devem passar para a parte de factos não provados.

21. O mesmo vale dizer-se quanto aos factos 13 a 23, na medida em que o sentido que se retira é sempre de que não era exigível outra conduta aos administradores.

¹ Todos os outros eram EPE ou Unidades Locais de Saúde, fora do âmbito do DL que instituiu a política pública de devolução. Decreto-lei 138/2013, de 9 de Outubro

22. Não se entendendo assim, isto é, se mantidos como factos provados (13 a 23), devem, na parte da decisão jurídica ser alvo da condição de inexigibilidade e não culpabilidade dos gestores.

23. Os factos 23 e 24 devem ser eliminados, por serem conclusões jurídicas.

24. Todos os demais factos estão correctamente julgados.

25. Contudo, falta ainda acrescentar facto que, mesmo que fosse instrumental, deve ser considerado pelo tribunal, na medida em que resulta do depoimento isento e verdadeiro da técnica e testemunha BB que disse: *“...acresce a impossibilidade de parar uma linha de produção, como era ortopedia. Mudar de fornecedor, obrigaria por outro lado a alterar toda a logística exigível (para poder introduzir no utente outras próteses), dar nova formação e treino às equipas de suporte, enfermagem, médicos e outros técnicos., negociar apoio do fornecedor, mudar todo o instrumental do bloco operatório (1:50:50), tudo isso eram circunstâncias impactantes que se vivia naquele tempo (1:51:15) e que tinham de ser ponderadas).”*

Impõe-se, pois, dar por provado facto de que, se não se fizesse os ajustes diretos referidos nos factos supra, motivados pelo atraso na finalização do concurso público, era praticamente impossível manter não apenas a excelência da atividade de ortopedia como manter mesmo a cirurgia de próteses, já que a linha de produção, não conseguia operar com outro material a adquirir a outro fornecedor, porque a entidade teria que alterar toda a logística exigível (para poder introduzir no utente outras próteses), dar nova formação e treino às equipas de suporte, enfermagem, médicos e outros técnicos., negociar apoio do fornecedor, mudar todo o instrumental do bloco operatório (1:50:50), tudo isso eram circunstâncias impactantes que se vivia naquele tempo (1:51:15) e que tinham que ser ponderadas, não tendo o hospital recursos para o fazer atenta a acentuada redução orçamental.

26. Este facto tem de ser considerado por força do dever do tribunal atender a factos quer alegados em vias principais, mas também a factos instrumentais que resultem da discussão da causa.

27. Pelo que a solução jurídica tem de ser apreciada à luz da alteração processual, sem prejuízo da consideração de falta de fundamentação da sentença, por completa omissão de pronuncia em questões essenciais, relativas ao dever de o fazer, como é o caso do dever de apreciar a legalidade do órgão de administração, por despacho ministerial incorrecto, que omite dever de nomear acumulação de funções ao outro membro executivo.

28. Não o fazendo a nulidade inicial afeta a nulidade de todas as deliberações do órgão, incluindo as deliberações aquisitivas supra indicadas.

29. De todo o modo, essa declaração de nulidade é desnecessária por inexistência de culpa e inexigibilidade das obrigações deliberativas de aquisição *sub iudice*.

30. Se as testemunhas da acusação não são sequer inquiridas sobre a matéria da acusação, antes se limitam a referência muito genericamente, apenas uma delas, que foi ela que realizou a auditoria, sem se reportar aos concretos factos, então não existe prova, já que os documentos da auditoria da AT são mesmo contraditados por auditoria externa de idênticas matérias – controlo interno.

31. No mínimo devia imperar a dúvida.

32. Um gestor que não tem quadros técnicos suficientes na sua organização, que os não pode legalmente contratar, tem acentuada redução orçamental, tem menos um membro no órgão de gestão (por isso órgão ilegal), pode saber tudo de contratação pública, mas não pode nem tem condições para agir de forma diferente.

33. Tendo concluído os auditores que existiam, relativamente a anos anteriores a 2014, várias irregularidades consubstanciadoras de eventual responsabilidade financeira, mas que os não trouxeram a juízo por a terem considerado prescrita a respectiva responsabilidade, admitindo, pois, que os factos ora em julgamento eram factos que sobrevieram dessa prática anterior.

34. Mais reconheceram a insuficiência de recursos técnicos superiores no aprovisionamento, mas não entendiam que quem cumpriu em muitos procedimentos possa ter tido razões de inexigibilidade para incumprir nos procedimentos em julgamento, apenas 3 de um elenco grande de um conjunto de procedimentos ao longo de 4 anos de mandato.

35. Por esse motivo, estando o tribunal obrigado a considerar factos instrumentais por força do artigo 5.º do CPC, se testemunha, directora do serviço, sustenta que, além da acentuada redução financeira, não teria o hospital condições financeiras para adquirir instrumental cirúrgico se em resultado de cumprimento de um dos tipos pré contratuais viesse a ter que substituir as próteses, esse facto deve ser levado aos factos provados, por ser relevante em matéria de culpa.

36. Todo esse quadro é excludente de culpa, sendo ainda que se defendeu, mas a sentença omitiu pronúncia, que se cumpriram regras da contratação pública, mantendo-se a qualidade das prestações de saúde e o equilíbrio e eficiência financeira fazendo aquisições norteadas pelo dever de avaliar custo-benefício naqueles limites de previsível alteração do modelo de gestão organizacional de hospital a entregar ao setor social.

37. Se a CRESAP indica ao Ministério pessoa para cargo de presidente, sem que seja mesmo o Ministério a ter visto e ponderado as qualificações do presidente, ora recorrente, é violador do princípio da separação do poderes fazer incluir numa sentença que os gestores ‘não tinham um mínimo de competências’, confundindo largamente as competência do gestor com as do hospital que é altamente deficitário a esse nível.

38. Exigir-se-ia ainda que na ponderação da culpa -, se se considerar que não procede causa de exclusão, que atendendo à genérica caracterização do meio hospitalar feito em sentença naquele sentido, - devesse o julgador justificar das razões por que optou pela multa em vez do instituto de relevação da responsabilidade, que aliás lhe foi pedido.

39. A elevação não é um instituto jurídico que fique na dependência da discricionariedade do julgador, que não pode deixar de optar pela medida menos gravosa, verificados que são todos os demais requisitos para o ter aplicado.

40. Do aspeto de cidadania inerente à relevação em confronto até com o aspecto da responsabilidade financeira em que ainda se permite aquele, uma boa prática obriga no mínimo o julgador a considerar a existência de uma presunção fática no sentido pugnado pelo recorrente: aplicação da relevância em vez da multa.

41. Se um gestor que atualmente se encontra no desemprego apesar de décadas na advocacia alterada pela carreira de gestão e auditoria, é beneficiador de uma justa aplicação, mais não fossem por aspetos de carácter económico, tanto mais que nem sequer oferece qualquer subsídio e ainda teve de requerer apoio judiciário.

42. A entender-se que o controlo do Tribunal de Contas, a que se reporta o artigo 1.º n.º 1 da LOTC, no sentido de que fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras, mas não está sujeito ao dever de verificar a regularidade jurídica alegada por quem a invoca face a uma imputação da responsabilidade, então esse entendimento viola as regras dos artigos 12.º, os artigos 18.º e 20.º, 22.º – responsabilidade do Estado – o artigo 202.º n.º 2 e 205 n.º 1 da Constituição da República, sendo aquele inconstitucional.

43. Foi ainda violado o princípio constitucional da separação de poderes se o tribunal sufraga o entendimento de que os gestores não têm um mínimo de competências, gerando-se a competente inconstitucionalidade formal e orgânica.

44. Foram ainda violados os princípios da prova, e o dever da presunção de inocência por falta de prova em audiência, bem como os princípios da culpa, os artigos 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código de Processo Civil, os artigos 61.º e 64.º da LOPTC, bem como o artigo 69.º n.º 1 alínea e), da LOPTC».

3 Na fase processual de recurso:

3.1 O MP teve oportunidade de se pronunciar sobre o recurso, ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) tendo, depois de apreciar as pretensões do Recorrente, concluído «que o recurso apresentado não merece provimento, devendo manter-se a sentença recorrida».

3.2 O Recorrente foi notificado da pronúncia do MP.

4 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

II.1 Objeto do recurso

5 As conclusões das alegações de recurso (cf. *supra* § 2) delimitam o respetivo objeto, atento o disposto nos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC) supletivamente aplicável nos termos do artigo 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), no contexto da regulação do recurso enquanto instrumento de impugnação de decisões jurisdicionais configurado como remédio jurídico que permite uma reapreciação delimitada de algumas das questões, seleccionadas pelas partes, que integraram o julgamento realizado pela primeira instância. Sem embargo, podem existir problemas cujo conhecimento oficioso se impõe (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* artigo 663.º, n.º 2, do CPC), não havendo lugar à apreciação de questões cuja análise se torne irrelevante por força do tratamento jurídico empreendido no aresto (cf. artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC).

6 Metodologicamente, a apreciação do recurso em matéria de facto deve, em regra, preceder a interpretação e aplicação do direito aplicável aos temas objeto do recurso, impondo-se, em qualquer caso, começar por destacar a factualidade julgada provada com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação das questões suscitadas pelo recorrente.

II.2 Factos relevantes

- 7 São os seguintes os factos essenciais julgados provados pela sentença recorrida (cf. artigo 663.º, n.º 6, do CPC):

«Do requerimento inicial

1. Foi feita uma auditoria ao Hospital Dr. Francisco Zagalo (HFZ), integrada no Plano de Atividades da Inspeção-geral de Finanças — Autoridade de Auditoria (IGF) para 2017, aprovado por despacho do Senhor Ministro das Finanças n.º 365/17/MF, de 27/02/2017, que visou a avaliação do sistema e dos procedimentos de controlo interno das operações de execução do orçamento e de prestação de contas instituídos pelo HFZ, por forma a responder a questão sobre se os procedimentos de controlo interno são eficazes e asseguram a regularidade na gestão dos recursos públicos (Relatório IGF n.º 2020/132 e respetivos Anexos).

2. O HFZ assume a natureza de hospital do setor público administrativo.

3. A luz de tais estatutos, o HFZ enquanto hospital do SPA é um instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio, pertencente à rede de hospitais do Serviço Nacional de Saúde (SNS) desde 17 de setembro de 1976. Atualmente integra-se na Rede Hospitalar e na Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), em articulação com os Cuidados de Saúde Primários.

4. Na sequência dessa auditoria foi evidenciado, entre o mais, que se verificou a adjudicação direta de aquisição de bens, sem a prévia adoção de um dos procedimentos para a formação de contratos legalmente previstos e inerente tramitação e formalismo, em inobservância do regime da contratação pública.

5. As situações em causa respeitam a compra de bens de consumo clínico, em que se verificou a violação das regras da contratação pública.

6. Em 15/01/2016 foi feita uma aquisição através de adjudicação direta a empresa SANOFI Produto Farmacêuticos, Lda, ao abrigo de acordo-quadro para aquisição de Imiglucerase 400 U Pó conc sol inj Fr IV, no valor de €148.210,92 - Contrato referido na alínea a) do n.º 7 do anexo 6 - (Anexo 10-36 -fls.234 do Relatório de auditoria).

7. No entanto, sem o cumprimento dos formalismos legalmente previstos, designadamente: (i) não foi elaborado e enviado um convite e; (ii) não foram observadas, com as necessárias adaptações, as regras previstas para o concurso público, nomeadamente quanto a avaliação das propostas, a respetiva adjudicação e não foi formalizado o respetivo contrato escrito.

8. Esta aquisição de bens foi autorizada genericamente por deliberação de 13/01/2016 do Conselho de Administração (CA) de então - (Anexo 10-36 -fls.241 do Relatório de auditoria).

9. A documentação de suporte relativa a esta aquisição resume-se, essencialmente, a um documento designado de "*Mapa de Adjudicação*", em que se solicita autorização para a abertura do procedimento de aquisição deste medicamento para 2016, cujo tipo de procedimento indicado foi o de "AD-Centrais Compras-Med.", no valor total de adjudicação de 84.896,28 € (valor sern IVA), em que consta o despacho do então Presidente do CA (primeiro demandado) de 15/01/2016, em que se lê: "*Autorizado em ata, com cabimento mensal por duodécimos a executar manualmente*" (Anexo 10-36 -fls.235 do Relatório de auditoria).

10. Posteriormente, em idênticos documentos, foi autorizada a aquisição deste bem e a alteração do respetivo cabimento, por despachos da então Enfermeira Diretora (terceira demandada), de 04/03/2016 (Anexo 10-36 -fls.237 do Relatório de auditoria), e da então Diretora Clínica segunda demandada), de 04/02/2016 (Anexo 10-36 -fls.236), de 14/04/2016 (Anexo 10-36 -fls.238, do Relatório de auditoria), 20/06/2016 (Anexo 10- 36 -fls.239) e de 02/09/2016 (Anexo 10-36 -fls.240 do Relatório de auditoria).

11. Esta última adjudicação respeita ao valor total de 148.210,92 € (sem IVA), correspondente ao valor do contrato publicado, autorizada por despacho da citada então Diretora Clínica (terceira demandada), do seguinte teor: "Autorizada, atenta prescrição e plano de tratamento em curso. Continuidade dos cuidados." - (Anexo 10-36 -fls.240).

12. Aqueles documentos não contêm a justificação específica sobre a necessidade de contratação, o tipo de procedimento de contratação a adotar (embora tenham apostado o código relativo ao tipo de procedimento, de acordo com a nomenclatura adotada, "AD-Centrais Cornpras-Med."), a fundamentação legal, a razão da escolha desta entidade, nem qualquer fundamento para o não cumprimento dos trâmites legalmente previstos para este tipo de aquisições.

13. Em 13/07/2016 foi feita uma aquisição através de ajuste direto a empresa ORTOIMPLANTE-Sociedade de Ortopedia Unipessoal, Lda., nos termos do art.º 20.º n.º 1, a) do CCP, para aquisição de próteses do joelho, no valor de € 3 9.800,00 - ponto 2.4.2., alínea a) do relatório, contrato referido na alínea a) do n.º 8 do anexo 6. (Anexo 10-39 -fls.246 do Relatório de auditoria).

14. Verificou-se a falta de adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos no CCP (conforme elenco previsto no seu artigo 16º), com a consequente inobservância das respetivas regras e fases da tramitação processual, nomeadamente quanto a informação de abertura do procedimento, proferimento de decisão de contratar, elaboração e aprovação das correspondentes peças processuais, obtenção e análise de propostas, adjudicação por parte da entidade competente, habilitação da entidade adjudicatária e formalização do respetivo contrato.

15. Com efeito, o procedimento foi despoletado e aprovado num mero documento, designado de "*Mapa de Adjudicação*", em que se solicita a autorização para a abertura do procedimento, relativo a "Aquisição de Prótese do Joelho para 2016", o que mereceu despacho favorável da então Diretora Clínica (segunda demandada), de 15/01/2016 (Anexo 10-39-fls.247 do Relatório de auditoria).

16. O referido despacho limita-se a expressar o seguinte: "*Autorizado no âmbito da deliberação de autorização na ata 112, atenta a cabimentação duodecimal*", ou seja, remete genericamente para uma deliberação de 13/01/2016 do Conselho de Administração (CA) de então- (Anexo 10-39 -fls.247 do Relatório de auditoria).

17. O valor da adjudicação constante deste documento foi de 29.854,50 € (valor sem IVA).

18. Posteriormente, em idênticos documentos, foi autorizada a aquisição destes bens e a alteração do respetivo procedimento, por despachos da então Diretora Clínica (segunda Demandada), de 27/06/2016, (Anexo 10-39 -fls.248), de 06/07/2016(Anexo 10-39 -fls.249) e de 13/07/2016(Anexo 10-39 -fls.250).

19. Esta última adjudicação respeita ao valor total de 39.800,00 € (sem IVA), correspondente ao valor do contrato publicado, autorizada por despacho da citada então Diretora Clínica (2 Demandada) do seguinte teor: "*Autorizada, atenta a necessidade do garante da prestação de cuidados e a irreversibilidade da mesma.*"

20. Aqueles documentos não contêm a justificação sobre a necessidade de contratação, o tipo de procedimento de contratação a adotar (embora tenham apostado o código relativo ao tipo de procedimento, de acordo com a nomenclatura adotada, "42112 - AD — CONSUMO CLINTCO" correspondente ao ajuste direto), a fundamentação legal, a razão da escolha desta entidade, o valor das anteriores adjudicações.

21. Além deste contrato, verifica-se que, nos anos de 2015 e 2016, foram celebrados pelo HFZ com esta empresa outros dois contratos para a aquisição de próteses do joelho e de próteses da anca, respetivamente em 25/09/2015 e 15/01/2016, no valor de € 17.655,00 e 22.365,00, respetivamente, também por ajuste direto, autorizados pela segunda Demandada, e com fundamento no art.º 20.0, n.º 1-a) do CCP - (Anexos 10-37 e 38 -fls.242 a 245).

22. Também aqui se verificou a falta de adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos no CCP (conforme elenco previsto no seu artigo 16º), com a consequente inobservância das respetivas regras e fases da tramitação processual, nomeadamente quanto a informação de abertura do procedimento, proferimento de decisão de contratar, elaboração e aprovação das correspondentes peças processuais, obtenção e análise de propostas, adjudicação por parte da entidade competente, habitualo da entidade adjudicatária e formalização do respetivo contrato.

23. Constata-se, assim, a inobservância repetida, nos anos de 2015 e 2016, das regras da contratação pública quanto a aquisição destes bens, através da sua adjudicação direta, sem a prévia adoção de um dos procedimentos de formação de contratos legalmente previstos, em violação dos artigos 1.º, n.º 2, 2.º n.º 1- alínea d), 16.º, 81.º e 112.º a 127.º do CCP.

24. A responsabilidade pela prática da citada ilegalidade recai, desse modo, consoante o descrito, sobre cada um dos demandados, visto que lhes competia cumprir e fazer cumprir os dispositivos legais citados, como lhes era imposto funcionalmente.

25. Os quais agiram livre, voluntária e conscientemente, sem o cuidado devido e sem a diligência necessária, no zelo pela observância das tais normas legais.

26. Os demandados assumiram o mandato em circunstâncias muito excecionais, com a informação da tutela de que a Unidade Hospitalar, Hospital Dr. Francisco Zagalo, iria ser entregue à gestão a União das Misericórdias Portuguesas, o que não veio a acontecer (depoimento do demandado).

27. Exerceram mandato num quadro de redução orçamental acentuada.

28. O hospital tinha dimensão pequena, mas grande atividade e de excelência clínica na atividade de ortopedia, tendo na altura efetuado adicionais de próteses, por solicitação do Ministério da Saúde.

29. O HPZ estava legalmente impossibilitado de contratar técnicos com competência para funções de Aprovisionamento e com a impossibilidade prática de o fazer, por redução acentuada dos meios financeiros.

30. Os demandados conseguiram finalizar os anos económicos com dois saldos positivos e um negativo, mas este de insignificante valor (2014 receita 10.483, despesa 10.487).

31. No que respeita à migração, trata-se de substância para um doente com diagnóstico feito no Hospital Maria Pia do Porto (Pediatría), num período pré-disponibilidade terapêutica, remetido ao HFZ-Ovar, área de residência do Utente, para monitorização e tratamento de complicações associadas a progressão da doença com acompanhamento em articulação com o Hospital Geral de S.º António do Porto (Adulto), por maior proximidade, ainda que o HFZ-Ovar integre a ARS Centro.

32. Logo que encontrado e definido plano de tratamento para a Doença de Gaucher de que padecia o utente, com Imiglucerase, o Doente iniciou protocolo em estreita colaboração e suporte da Equipa técnica do fornecedor. O Doente é o 2º doente de Doença de Gaucher em Portugal a iniciar tratamento, e o primeiro em Portugal com quadro clínico padrão de apresentação e evolução da mesma doença.

33. Tratava-se de doente em grande condição de precaridade social e familiar, sendo muito dispendioso ao doente ir a Coimbra, sendo que Ovar é muito mais perto do Porto. Apesar disto ainda foram feitos esforços para inclusão e articulação com o Centro Hospitalar de Coimbra, tendo sido inscrito em lista, mas nunca lhe foi atribuído número.

34. Com indicação clínica absoluta, resposta à terapêutica confirmada e sustentada e sem qualquer margem técnica ou ética para interrupção por indefinição de atribuição de doente a um Centro de Referência, formalizou-se processo junto da ACSS, tendo sido indexado no final do mandato ao Centro no Centro Hospitalar do Porto, por respeito pelo histórico, proximidade e livre escolha do Doente.

35. O doente tinha que ser tratado no SNS com aquela molécula, sendo que a IMIGLUCERASE foi adquirida ao único fornecedor da molécula existente no Acordo Quadro- depoiamento da demandada e doc. de fls 75.

36. Todo o processo de regularização da situação do doente foi muito demorado e na altura a opção foi comprar o medicamento o mais barato possível no único fornecedor que havia para garantir a saúde do mesmo.

37. A molécula era adquirida em função do peso do doente, de 4 em 4 semanas, adquirindo-se apenas o número de ampolas necessárias em função das condições.

38. Segundo a avaliação efetuada pela ERSA ao HFZ nos anos de 2014, 2015 e 2016, o HFZ « pugnou pelo cumprimento dos requisitos legais e regulamentares de funcionamento aplicáveis, pela prestação de cuidados de saúde mínimos de qualidade e segurança e dos direitos e interesses legalmente protegidos dos utentes (...)» doc. junto a fls. 235.

39. O HFZ tinha na altura um quadro de funcionários de apoios, deficitário, nomeadamente na área do apoio à contratação pública, sendo composto por cinco pessoas no total que tinham que dar apoios a todas as atividades do hospital, não sendo nenhuma jurista.

40. O primeiro demandado, que exerceu as funções de Presidente do Conselho de Administração do HFZ, é advogado e exerceu as funções de administração hospitalar entre 2013 e 2017. Nunca teve qualquer recomendação do Tribunal de Contas nem nunca teve qualquer sanção.

41. A demandada CC, que exerceu as funções de diretora clínica do mesmo hospital, é médica e nunca teve qualquer recomendação do Tribunal de Contas nem qualquer sanção».

II. 3 Apreciação das questões suscitadas sobre a matéria de facto

II.3.1 Alteração da matéria de facto em fase de recurso e ónus dos recorrentes

- 8 A efetivação de responsabilidades financeiras é enquadrada pela destrição estrutural entre procedimento de recolha de indícios com vista a eventual exercício da ação e processo jurisdicional perante o tribunal.

- 9 O Direito Probatório aplicável nos processos de efetivação de responsabilidades financeiras é o Direito Probatório Civil complementado por algumas normas da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), apresentando-se estas últimas numa relação de especialidade relativamente àquelas, designadamente, em matéria de Direito Probatório Formal.
- 10 Regime probatório que opera num contexto processual que nasce com a ação de um demandante que, tal como os demandados, tem ónus e prerrogativas processuais que dependem de ações e valorações autónomas sobre a intervenção processual da sua responsabilidade.
- 11 As provas são qualificadas a partir de um critério funcional, no artigo 341.º do Código Civil (CC) como tendo «por função a demonstração da realidade dos factos» e quando dirigidas finalisticamente a julgamento num processo jurisdicional têm de obedecer, no plano procedimental, a um referente axiológico, o contraditório.
- 12 Princípio do contraditório com expressões ao nível do ónus da prova dos factos constitutivos do direito alegado (artigos 342.º, n.ºs 1 e 3, 343.º, n.ºs 1 e 3, do CC) e dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (artigos 342.º, n.º 2, 343.º, n.ºs 2 e 3, do CC) bem como o respetivo reverso, o direito à contraprova (artigos 346.º e 347.º do CC), coordenadas que conformam as margens de atuação processual das partes e o julgamento do tribunal, *v.g.* artigos 412.º, 414.º e 417.º, n.º 2, do CPC)
- 13 Princípio do contraditório relativamente a quaisquer meios de prova que se apresenta conexo com o direito à tutela jurisdicional efetiva, «todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão [...] mediante processo equitativo», nos termos do artigo 20.º/4 da Constituição (CRP).
- 14 A ação integra um sistema dialético em que o demandante se apresenta como entidade distinta do julgador e assume determinados ónus que conformam a interação paritária com as contrapartes no quadro de um processo jurisdicional, aspetos que, aliás, são condições da respetiva constitucionalidade (cf. §§ 66 a 72 da Sentença n.º 23/2022, de 7-10-2022).
- 15 O processo de efetivação de responsabilidades financeiras integra a reserva constitucional do TdC, atento o estabelecido no artigo 214.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição da República Portuguesa (CRP), sendo matéria da competência legal exclusiva da 3.ª Secção do TdC, órgão que no exercício das suas competências jurisdicionais é independente de todos os que levam a cabo procedimentos administrativos prévios a ação jurisdicional.

- 16 Contexto processual que conforma o procedimento probatório, i.e., *o esquema dos atos processuais relativos à utilização de um meio de prova*, que, em termos genéricos, envolve três dimensões:
- 16.1 Admissibilidade da prova definida por normas abstratas.
 - 16.2 Aquisição da prova suscetível de ser subdividida em duas etapas, a admissão e a subsequente assunção.
 - 16.3 Valoração da prova.
- 17 Os ónus de alegação do demandante articulam-se com ónus de iniciativa probatória e específicos deveres de sustentar a sua ação, designadamente o dever de que com o RI sejam «apresentadas as provas disponíveis indiciadoras dos factos geradores da responsabilidade» objeto da concreta ação (artigo 90.º/3 da LOPTC) em termos similares aos estabelecidos no Processo Civil («os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da ação ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes», artigo 423.º/1 do CPC).
- 18 Enquadramento sistemático-teleológico que delimita o âmbito do julgamento aos temas de prova necessários para a concreta ação e não envolve decisões sobre matérias estranhas ao respetivo âmbito jurisdicional, quer se reportem à reparação judicial de matéria decidida em procedimentos administrativos, quer compreendam apreciações sobre a economia, eficiência e eficácia de atividades gestionárias em aspetos que não se apresentem nucleares para o julgamento dos pedidos formulados.
- 19 No plano do Direito Probatório Formal, a iniciativa probatória das partes quanto à prova documental envolve uma específica responsabilização na seleção expressa de concretos meios de prova juntos e/ou requeridos devendo ser assegurado o contraditório antes da respetiva admissão, assunção e valoração pelo tribunal.
- 20 Em fase de recurso, o poder cognitivo do Tribunal sobre matéria de facto depende da satisfação de específicos ónus dos recorrentes além dos valores fundamentais decorrentes dos princípios do pedido, contraditório e tutela jurisdicional efetiva.

- 21 A apreciação do recurso em matéria de facto deve ser conformada pela decomposição entre dois campos em que a lei processual estabelece distintos deveres das partes processuais e poderes dos tribunais sobre:
- 21.1 Alegação e fixação da matéria de facto objeto do recurso;
- 21.2 Procedimento probatório perante o tribunal *ad quem* sobre matéria de facto previamente delimitada que pode envolver nova valoração de provas já admitidas ou produzidas na primeira instância, assunção e valoração de novas provas e/ou realização diligências probatórias, nomeadamente as previstas no artigo 99.º, n.º 5, da LOPTC e nos artigos 436.º, n.º 1, e 652.º, n.º 1, alínea *d*), do CPC.
- 22 No plano jurídico-processual tem, ainda, de se avaliar o preenchimento dos pressupostos para reapreciação da matéria de facto em face do princípio probatório da relevância tendo presente o cânone geral da proibição de atos inúteis.
- 23 O princípio da relevância integra a axiologia nuclear do direito probatório envolvendo componentes jurídicas relativas à regulação preventiva das atividades dos sujeitos processuais com impacto na iniciativa, admissão e produção de provas em todos os sistemas jurídicos.
- 24 O objeto da instrução ou prova acima referido em sede de recurso está logicamente contido nos poderes gnoseológicos do tribunal, e, como oportunamente se destacou (*supra* § 5), o objeto do recurso é mais restrito do que o da ação sendo delimitado pelas respetivas conclusões, compreendendo um ónus do recorrente reforçado em caso de impugnação da matéria de facto estabelecido no n.º 1 do artigo 640.º do CPC, pois o recorrente tem a obrigação de especificar: «*a*) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; *b*) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; *c*) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas».

II.3.2 Apreciação dos pedidos sobre a matéria de facto

II.3.2.1 Os vários pedidos formulados pelo Recorrente

- 25 O cumprimento dos ónus de impugnação no recurso em matéria de facto constitui *conditio sine qua non* do poder de indagação factual do tribunal *ad quem*, o qual é delimitado pelo objeto do

recurso relativamente às pretensões de alteração da matéria fáctica julgada provada pela Sentença recorrida (a base da materialidade já referida).

26 Relativamente ao concreto recurso em matéria de facto, tendo presente as conclusões (*supra* § 2), a respetiva motivação e a prova admitida em primeira instância, o recorrente pretende:

26.1 Aditamento ao enunciado do ponto n.º 2 da matéria de facto (conclusões 13 e 14);

26.2 Eliminação de um segmento e introdução de um aditamento ao enunciado relativo ao ponto n.º 4 da matéria de facto (conclusões 15 a 17);

26.3 Alteração do enunciado relativo ao ponto n.º 5 da matéria de facto (conclusão 18);

26.4 Passagem dos enunciados relativos aos pontos n.ºs 6 a 23 da matéria de facto provada para a não provada (conclusões 19 a 22);

26.5 Eliminação dos pontos n.ºs 23 e 24 da matéria de facto (conclusão 23);

26.6 Pedido de aditamento de um novo ponto à matéria de facto (conclusões 25 e 26).

II.3.2.2 A motivação da sentença recorrida sobre a matéria de facto

27 A motivação de facto da Sentença recorrida tem o seguinte teor:

«43. A factualidade provada decorre da análise e valoração da documentação junta com o relatório de auditoria não impugnada (Processo n.º 2017/206/A9/268, Relatório n.º 2020/132 – IGF) e documentos anexos, referidos concretamente nos factos correspondentes. O Tribunal valorou o depoimento dois demandados que prestaram declarações, o Presidente do CA e a Diretora Clínica que esclarecem as condições quem que iniciaram funções e exerceram as mesmas no Hospital. A segunda demandada, concretamente, referiu e esclareceu pormenorizadamente as razões que levaram à aquisição do medicamento em causa bem com as próteses, ainda que fora dos condicionalismos legais, conforme decorre dos factos referidos nos § 31 a 37. Referiram ainda a sua situação pessoal. O tribunal valorou ainda as duas testemunhas arroladas pelo Ministério Público (DD e EE) que corroboram os factos que constam no relatório e que foi por elas subscrito nas funções de auditoria. Quanto aos restantes factos referidos e provados decorrentes da contestação o tribunal valorou o depoimento da testemunha BB, funcionária do Hospital envolvida nos procedimento e que relatou com isenção e verdade o que ocorreu, tendo referido os factos essencialmente as condições que existiam na altura no Hospital, situação corroborada pela testemunha FF que como médico ortopedista referiu ainda o modo como fizeram os adicionais de cirurgias de próteses a pedido do Ministério da Saúde. O tribunal relevou ainda os documentos da ERSE e SPMS juntos e referidos nos factos.

44. Quanto aos demais factos não provados, alegados na contestação, não foi feita qualquer prova dos mesmos.»

II.3.2.3 Apreciação dos pedidos sobre a matéria de facto

II.3.2.3.1 Pedido de aditamento ao enunciado do ponto n.º 2 da matéria de facto:

- 28 A primeira alteração pretendida pelo Recorrente reporta-se a aditamento mencionado na conclusão n.º 13 relativa ao ponto n.º 2 da matéria de facto².
- 29 Em abono da sua pretensão o Recorrente limita-se a invocar de forma genérica «declarações dos depoentes, do documento audição de interessados na auditoria, e documentos providos da Secretaria-Geral do Ministério da Saúde», isto é, limita-se a mencionar fontes de prova sem mencionar concretos elementos de prova que sustentem a sua pretensão.
- 30 O enunciado em causa (transcrito supra no § 7) tem uma dimensão objetiva relativa à qualificação do hospital, não tendo fundamento o pedido do Recorrente visando o aditamento considerando com valorações da lavra desse sujeito processual, algumas de natureza especulativa e insuscetíveis de demonstração (v.g. «a forma para os extinguir era devolver à UMP os hospitais criados pelas Misericórdias locais que nessa altura ainda fossem SPA»).
- 31 Pelo que deve ser rejeitada a primeira pretensão do Recorrente relativa à matéria de facto.

II.3.2.3.2 Pedido de alteração do enunciado relativo ao ponto n.º 4 da matéria de facto:

- 32 A segunda alteração pretendida pelo Recorrente reporta-se ao enunciado do ponto n.º 4 da matéria de facto, formulada nas conclusões 15 a 17 do recurso³.

² Transcrito supra no § 2 com o seguinte teor: «Os hospitais do sector público administrativo, estavam, na altura do mandato dos arguidos, a ser alvo de aturadas negociações entre o Estado Português e a União das Misericórdias Portuguesas (UMP) já que em razão do Memorando de Entendimento entre o Estado e a Troika tais hospitais eram para serem extintos. A forma para os extinguir era devolver à UMP os hospitais criados pelas Misericórdias locais que nessa altura ainda fossem SPA, nos termos da legislação então em vigor».

³ Transcritas supra no § 2 com o seguinte teor:

«15. Facto 4 – deve ser eliminada a expressão “*sem observância do regime da contratação pública*”, que é conclusão jurídica e não facto.

Deve em sua substituição acrescentar-se que:

“Em 2015 foi instaurado e publicado em DR concurso público para aquisição próteses, para vigorar em 2016, mas tal concurso foi alvo de imprevistos, como pedidos de esclarecimento por concorrentes, impreparação de júri para lidar com certas questões, o que motivou atraso, vindo a ser concluído apenas em junho de 2016.”

16. O acréscimo retira-se do isento depoimento da técnica BB, onde refere: “Fizemos um concurso público com publicação em Diário da República, concurso esse iniciado em 2015, para as próteses. O facto é que o concurso apenas teve adjudicação em 2016. Neste intervalo de tempo, tivemos a extinção de um contrato.

- 33 Relativamente à pretensão de eliminação do segmento frásico «sem observância do regime da contratação pública», constitui o emprego de referência jurídica que no contexto em que surge não afeta o sentido das frases e a sua compreensão e, por outro lado, o referido trecho não tinge o juízo jurídico sobre o objeto processual que deve ser empreendido em sede de motivação de direito nem o conhecimento, com respeito do direito das partes ao contraditório, de todas as questões jurídicas relevantes devidamente suscitadas nesta instância.
- 34 Sem embargo, a integração daquele trecho na matéria de facto colide com a cisão entre factos e direito, nomeadamente, pressuposta no art. 94.º, n.º 3, da LOPTC compreende uma proposição insuscetível de ser julgada como tema de prova, pelo que, deve ser eliminada da factualidade provada o segmento frásico «sem observância do regime da contratação pública».
- 35 Pretende, ainda, o Recorrente acrescentar ao ponto n.º 4 da matéria de facto um novo segmento incongruente com o que consta do enunciado fixado pela Sentença com base apenas na invocação de um depoimento testemunhal com elevada carga opinativa sem que exista qualquer prova documental que suporte a existência de procedimento mencionado por essa fonte de prova que a ter existido teria de ser de provado por documento.
- 36 Desta forma, impõe-se rejeitar todas as pretensões do Recorrente quanto ao ponto n.º 4 da matéria de facto com exceção do referido no § 34 (eliminação do segmento frásico «sem observância do regime da contratação pública» da factualidade provada).

II.3.2.3.3 Pedido de alteração do enunciado relativo ao ponto n.º 5 da matéria de facto:

- 37 O terceiro enunciado que o Recorrente pretende que seja alterado é o relativo ao ponto n.º 5 da matéria de facto, de acordo com conclusão 18 do recurso⁴, clamando por novas qualificações e

Ora, tínhamos duas circunstâncias: o limite para autorizar despesa (artigos 197 e 199 do código dos contratos públicos) e a impossibilidade de fazer compromissos plurianuais, por ser entidade do setor público administrativo (1:47:35). Ora, o facto de não poder fazer compromisso plurianual por ser SPA, obrigava o Serviço de Aprovisionamento a fazer todos os procedimentos ano a ano. Ora, isto não é fazível, não há capacidade de resposta porque, para além das áreas da gestão e despesa corrente, (1:48:09), a capacidade de resposta não é possível. Acresce que todas as administrações querem fazer coisas, o que é entendível”, explicando que o serviço tem que dar resposta a muitas tarefas apenas com 5 pessoas, sem competência especializada, diga-se.

17. As alterações propostas resultam ainda dos depoimentos dos depoentes, nos termos indicados na motivação supra, e dos demais testemunhos expostos na parte a)».

⁴ Transcrita supra no § 2.

considerações, nomeadamente, de carácter jurídico (*v.g.* no sentido de que as próteses são «objeto de legislação europeia e nacional») sem cumprir na alegação do recurso o ónus estabelecido na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 640.º do CPC, pois não se invoca em nenhum passo da peça processual qualquer meio de prova ou sequer fonte de prova como motivo eventualmente legitimador da sua pretensão.

38 Por outro lado, quanto ao segmento final da frase relativa ao ponto n.º 5 julgado provado pela Sentença recorrida que a eliminação é pedida pelo Recorrente vale, *mutatis mutandis*, o que se afirma supra nos §§ 33 e 34, devendo ser eliminado o segmento frásico «que se verificou a violação das regras da contratação pública».

39 Pelo que, impõe-se rejeitar todas as pretensões do Recorrente quanto ao ponto n.º 5 da matéria de facto exceto o referido no § 38 (eliminação do segmento frásico «que se verificou a violação das regras da contratação pública»).

II.3.2.3.4 Pedido que os enunciados relativos aos pontos n.ºs 6 a 23 transitem da matéria de facto provada para a não provada

40 A quarta pretensão do Recorrente reporta-se a um vasto conjunto de enunciados que integram a matéria de facto provada da Sentença recorrida (pontos n.ºs 6 a 23) pretendendo o impugnante que os mesmos passem a ser considerados como não provados⁵.

41 O Recorrente nesta parte afirma de forma perentória a sua discordância sem apresentar qualquer fundamento suportado em apreciação de provas suscetível de colocar em causa o juízo judicial impugnado⁶.

42 Acrescente-se que as considerações adicionais que constam nesta parte das alegações do recurso se integram na divergência em matéria de direito [«não se entendendo assim, isto é, se mantidos como factos provados (13 a 23), devem, na parte da decisão jurídica ser alvo da condição de inexigibilidade e não culpabilidade dos gestores»].

⁵ Conclusões 19 a 22 transcritas supra no § 2.

⁶ É o seguinte o teor integral da argumentação que suporta as conclusões em que o Recorrente exprime o seu pedido: « Contudo, mesmo admitindo-se que os factos 6 a 12 contém-se nos documentos de auditoria, devem eles apenas mencionar aspeto, pelo que devem passar para a parte de factos não provados. O mesmo vale dizer-se quanto aos factos 13 a 23, na medida em que o sentido que se retira é sempre de que não era exigível outra conduta aos administradores».

43 Pelo que, devem também ser rejeitadas todas as pretensões do Recorrente quanto à alteração dos pontos 6 a 23 da matéria de facto da Sentença recorrida.

II.3.2.3.5 Pedido de eliminação dos pontos n.ºs 23 e 24 da matéria de facto

44 A quinta pretensão do Recorrente quanto à matéria de facto parece reporta-se à eliminação dos pontos n.ºs 23 e 24 da matéria de facto sem apresentar nenhum motivo para a pretendida eliminação que se sustente em provas admitidas no processo, mas apenas a sua ideia de que os referidos enunciados seriam *conclusões jurídicas*.

45 Neste caso, reiterando-se o afirmado supra no § 34, constata-se que as proposições impugnadas correspondem exclusivamente a juízos jurídicos sobre factualidade narrada em pontos anteriores e no plano factual nada acrescenta de relevante a esses enunciados constituindo uma mera apreciação de Direito, pelo que, se impõe a respetiva eliminação da matéria de facto na medida em que não resultam de inferências que, ainda que de forma indireta, possam ser suportadas em meios de prova ou elementos de prova sendo matérias suscetíveis de serem relevadas em sede de julgamento de direito.

46 Pelo que, decide-se eliminar as proposições constantes pontos números 23 e 24 da matéria de facto.

II.3.2.3.6 Pedido de aditamento de um novo ponto à matéria de facto

47 A última pretensão do Recorrente quanto à matéria de facto visa que se julgue provado um novo facto com a seguinte formulação: «se não se fizesses os ajustes diretos referidos nos factos supra, motivados pelo atraso na finalização do concurso público, era praticamente impossível manter não apenas a excelência da atividade de ortopedia como manter mesmo a cirurgia de próteses, já que a linha de produção, não conseguia operar com outro material a adquirir a outro fornecedor, porque a entidade teria que alterar toda a logística exigível (para poder introduzir no utente outras próteses), dar nova formação e treino às equipas de suporte, enfermagem, médicos e outros técnicos., negociar apoio do fornecedor, mudar todo o instrumental do bloco operatório (1:50:50), tudo isso eram circunstâncias impactantes que se vivia naquele tempo (1:51:15) e que tinham que

ser ponderadas, não tendo o hospital recursos para o fazer atenta a acentuada redução orçamental» (sic).

- 48 Neste ponto, o Recorrente pretende aditar à matéria de facto provada um conjunto de asserções relativas ao exercício de opinião constante de um depoimento cuja transcrição para a matéria de facto se afigura sem suporte em elementos de prova relativos a percepções da testemunha, não sendo a argumentação do Recorrente constante das conclusões 24 e 25 do recurso⁷ complementada por nenhum considerando constante das alegações relevante para o sucesso do seu pedido⁸.
- 49 Consequentemente, deve ser rejeitada a última pretensão do Recorrente quanto à alteração da matéria de facto da Sentença recorrida.

II.4 Apreciação das questões suscitadas no recurso sobre matéria de direito

II.4.1 Questões jurídicas relevantes, metodologia e sistematização adotada

50 Tendo presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações do Recorrente, a resposta do MP e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, os temas essenciais objeto do presente julgamento são conformados por pretensões do Recorrente suscetíveis da seguinte divisão:

- 50.1 Alegada nulidade da Sentença recorrida por omissão de pronúncia e argumento do recorrente sobre ausência de responsabilidade por «nulidade *ab initio* de órgão»;
- 50.2 Alegado estado de necessidade como causa de justificação ou exculpação;
- 50.3 Pedido subsidiário de relevação da responsabilidade do Recorrente;
- 50.4 Violação do princípio constitucional da separação de poderes.

51 Na apreciação do recurso em matéria de direito deve estar presente, além da delimitação do respetivo objeto (*supra* §§ 2, 5 e 6), o princípio de que o tribunal *ad quem* pode apreciar todas as

⁷ Transcritas *supra* no § 2.

⁸ *V.g.*, «é caso para dizer-se que a dita Sentença viu a árvore, mas olvidou todo o contexto da floresta, ou pelo menos aferir que o quadro de apertados limites não exigia outra conduta, em vez de se perder em consideração teóricas (respeitáveis, mas que nada tem de essencialmente relevante a gerir organizações complexas que se não resumem ao quadro de qualificativas do gestor de um hospital)»

questões selecionadas pelas partes para decidir segundo metodologia hermenêutica que considera fundada: quais as normas jurídicas relevantes e o sentido da respetiva interpretação e aplicação, operando de forma independente tanto das alegações das partes como da fundamentação da Sentença recorrida (artigo 5.º, n.º 3, do CPC).

52 O julgamento sobre eventual inconstitucionalidade da interpretação das normas sancionatórias aplicadas no quadro da fiscalização concreta da constitucionalidade não incide sobre apreciações abstratas ou hipotéticas, mas sobre a interpretação que o tribunal empreendeu na decisão e não as levadas a cabo por outras instâncias que não integram a *ratio decidendi* da específica decisão judicial.

53 Por esse motivo, no caso *sub judice* vai começar-se pelo julgamento sobre o direito ordinário aplicável (parte II.4.2), seguindo-se o julgamento sobre a matéria de constitucionalidade suscitada pelo Recorrente quanto à interpretação do direito ordinário adotada no presente Acórdão (parte II.4.3) para, no final, se extraírem as conclusões para efeitos da procedência dos pedidos dos recursos e decisões sobre emolumentos (parte II.4.4).

II.4.2 Julgamento sobre o direito ordinário aplicável

II.4.2.1 Alegada nulidade da Sentença recorrida por omissão de pronúncia e argumento do recorrente sobre ausência de responsabilidade por «nulidade *ab initio* de órgão»

54 O Recorrente argumenta que «omitiu o Tribunal *a quo* o dever de conhecer questões alegadas pelos arguidos, pelo menos uma essencial, excludente de responsabilidade, no seu modesto entender e reportada à ilegalidade do seu mandato, por erro de direito na constituição originária do órgão, em consequência do despacho de nomeação ministerial (Despacho 8522/2013, de 1 de Julho, Diário da República n.º 124/2013, Série II de 2013-07-01)» para concluir que «há nulidade da decisão, em conformidade com o estatuído no artigo 608.º n.º 2 do CPC».

55 O Recorrente invoca nulidade da Sentença sem identificar o preceito legal que a consagraria, pois o artigo 608.º, n.º 2, do CPC («o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras») não compreende qualquer sancionamento, o qual

apenas decorre da conjugação dessa norma com a da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC («é nula a sentença quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento»).

- 56 Neste domínio é nuclear a destriça entre *questões* e *argumentos*, temática em que emerge como ponto de referência central José Alberto dos Reis que sublinhava: «as questões suscitadas pelas partes só podem ser devidamente individualizadas quando se souber não só quem põe a questão (sujeitos), qual o objeto dela (pedido), mas também qual o fundamento ou razão do pedido apresentado»⁹.
- 57 Autor de referência que, à frente, impunha a aludida distinção analítica enquanto «coisas diferentes» entre, por um lado, *questões* que devem ser conhecidas e, por outro, *argumentos*, *considerações* ou *razões*¹⁰.
- 58 Plano em que o recorte acima estabelecido com o poder / dever de cognição jurisdicional em matéria jurídica (supra § 51) se conforma pela destriça entre *questões* a decidir e *argumentos*, não estando o tribunal obrigado à apreciação exaustiva de todos os *argumentos* invocados pelas partes¹¹ e devendo o órgão jurisdicional desenvolver o seu raciocínio jurídico a partir de cânones metodológicos não cingidos ao arsenal argumentativo introduzido pelas partes.
- 59 Nesta sede, a Sentença recorrida limitou-se a não atender a um argumento do ora Recorrente, que, sublinhe-se, não se integra na defesa por exceção, o suposto vício na constituição do órgão de administração que ele integrou entre 2013 e 2017 não constituía matéria objeto de qualquer pedido formulado ao tribunal *ad quo*, nem os factos julgados provados permitiam um juízo nesse sentido.
- 60 Em conclusão quanto ao primeiro pedido do Recorrente conclui-se que não se verifica a nulidade de sentença por ele invocada.
- 61 Sem embargo, o argumento do Recorrente que não foi acolhido pela Sentença recorrida, de qualquer forma, poderá ser apreciado no quadro do presente recurso em que o Recorrente retoma essa linha de argumentação visando com base na mesma lograr procedência do recurso.

⁹ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 54.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 143.

¹¹ Sublinhava sobre este segmento Alberto dos Reis: «o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão» (*idem, ibidem*).

- 62 O Recorrente argumenta «nulidade *ab initio* de órgão, em que os respetivos membros eram não menos do que a lei exige, como nem sequer lhes foi dado posse, não tendo o Ministério da Saúde respondido à interpelação que lhe foi feita».
- 63 A alegação jurídica do Recorrente nesta sede não tem qualquer suporte na matéria de facto julgada provada pela Sentença recorrida, nem sequer se reporta a hipotéticos factos que o Recorrente tenha pretendido introduzir no seu recurso sobre a matéria de facto.
- 64 Acrescente-se que o Recorrente, além de invocar factos sem conexão com a factualidade julgada provada pela Sentença recorrida, não indica o concreto vício de nulidade previsto no artigo 161.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo (CPA), abstendo-se, aliás de sequer mencionar quaisquer normas desse regime legal.
- 65 Pelo que também se apresenta manifestamente infundado o argumento apresentado em primeira instância e retomado pelo Recorrente nesta sede.

II.4.2.2 Alegado estado de necessidade como causa de justificação ou exculpação

- 66 O Recorrente alega o seguinte:

«O tribunal fez a cisão entre dois tipos de situações, uma em que considerou o estado de necessidade, outra em que nada considerou sobre isso, a não ser atenuação da pena.

Ora, julgamos que quer quanto à primeira, em que prevalecem as razões adiantadas pelo tribunal, mas também quanto à segunda há uma situação de excecionalidade, o que, diga-se, o tribunal reconhece. O que não reconhece é que a situação das aquisições de próteses devesse recair sobre o mesmo circunstancialismo e que (não) era de molde a afastar as regras da contratação pública de aquisição de próteses.

Porém, se como se espera o tribunal forme a sua convicção na impossibilidade legal e institucional de comprar instrumental para aplicar próteses de outro concorrente (como veremos, isso fica muito claro que se vencesse outro concorrente havia que alterar toda a logística e) treinar equipas, além de obrigar a gastos adicionais de contratar apoio do fornecedor) se, por outro lado, pesava sobre o hospital o dever de não contratar além do necessário, sob pena de cair num enorme ‘buraco’ caso houvesse entrega à gestão privada ou social, então não é exigível aos gestores outra conduta, aplicando-se uma condição de inexigibilidade tal como pediram na contestação, o que é diferente de um estado de necessidade para um doente concreto, como é o caso da Imiglucerase. [...]

Acresce que, mesmo que se mantenham esses factos, não se entende que o dito estado de necessidade sirva apenas para aquisição da substância química, mas já não sirva para aquisição de próteses, ainda por cima a pedido do Ministério da Saúde, e no quadro de especiais condições de gestão, que aliás se encontram provadas.

Entende-se, contudo, a diferença em atenção à proteção de um doente muito especial e concreto.

No entanto, entende-se que quanto a próteses não era exigível outra conduta.

Por isso, se pediu reapreciação de provas e alteração fática dos factos dados por provados por essas.»

67 A motivação jurídica da Sentença recorrida foi a seguinte:

«46. Conforme resulta da matéria provada (factos constantes nos §§4 a 20, supra referidos) os demandados, no exercício das suas funções como Membros do Conselho de administração do HFZ levaram a termo, sob sua responsabilidade, vários procedimentos aquisição de bens, sem a prévia adoção dos procedimentos para a formação de contratos legalmente previstos e inerente tramitação e formalismo, em flagrante inobservância do regime da contratação pública.

47. Trata-se, conforme decorre dos factos, das aquisições de uma molécula/medicamento e de próteses, que ocorreram durante vários períodos, conforme está demonstrado.

48. No caso da molécula Imiglucerase 400 U P6 (§§ 6 a 10 e §§ 32 a 39) tal ocorreu durante o ano de 2016, nas condições aí referidas.

49. No caso das próteses, a situação ocorreu em 2015 e 2016 (§ 13 a 16§) também nas condições aí referidas.

50. Em ambas as situações foram utilizados procedimentos de ajuste direto, em colisão cm o quadro legal referido no CCP, nomeadamente nos artigos 1º, n.º 2, 2º, n.º 1 alínea d), 16º, 81º, 112º a 127º.

51. É assim manifesto que ocorreu, no caso uma violação inequívoca dos normativos citados, não subsistindo por isso dúvidas sobre a dimensão ilícita da conduta dos demandados.

52. Da factualidade provada deve, no entanto, fazer-se uma diferenciação em relação aos dois «blocos» de factos ocorrido, nomeadamente a aquisição de Imiglucerase e aquisição de próteses.

53. Assim quanto ao primeiro, a factualidade demonstrada evidencia que as aquisições, sustentadas nos despachos do primeiro demandado (a primeira aquisição – factos 8 e 9) e da segunda e terceira demandadas (a segunda aquisição – facto 10) decorreram perante um imperativo de dar uma solução concreta (uma resposta a uma necessidade absoluta de aquisição de um medicamento para um único doente envolvendo uma patologia rara), numa altura que se encontrava um processo de identificação e seguimento do mesmo para outras unidades hospitalares. Da factualidade provada, a situação evidencia um conjunto de circunstâncias factuais que importa analisar à luz do quadro jurídico da exclusão da ilicitude e/ ou da culpa.

54. Conforme foi referido no Ac. n.º 12/2018/ 3ª secção de 9 de julho, «o estado de necessidade é um principio geral de direito, aplicável a todos os ramos do direito sustentado essencialmente no sentido de «preservar a licitude de condutas que, à partida, seriam desconformes com as diretrizes deonticas provenientes do sistema jurídico» (assim Sérvulo Correio, in «Revisitando o Estado de Necessidade», in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010,720). Ainda que nas várias formulações principiológicas ou normativas, seja no direito constitucional, no direito civil, no direito administrativo ou no direito penal, assumam especificidades, o que está em causa, na sua essência é a necessidade de justificar, pelo direito, a licitude de uma conduta que não observa as regras estatuidas porque, a fazê-lo «causariam um mal muito maior que aquele gerado por ou consistindo em comportamentos abnormes».

55. Nos termos do artigo 34º do Código Penal, aplicável às sanções financeiras nos termos do artigo 67.º n.º 4 da LOPTC , o direito de necessidade conforma uma causa de exclusão da

ilicitude, desde que exercido nas condições e requisitos aí estabelecidos, a saber: quando o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro (i) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro (ii) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e (iii) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

56. Além disso, no também por via da aplicação das normas do direito penal ao caso, a situação de estado de necessidade, ainda que não exclua a ilicitude do facto, pode ainda eximir a culpa, nos termos a que se refere ao artigo 35º n.º 1, nomeadamente «agindo sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Pode, por último, funcionar ainda no domínio da atenuação da culpa quando e se, nos termos do n.º 2 do artigo 35º, «o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excecionalmente, o agente ser dispensado de pena».

57. Para a aplicação, em concreto, da referida causa de justificação, exige-se sempre uma contextualização inequívoca no âmbito da ponderação de bens jurídicos a levar em conta, tanto como cláusula de exclusão da ilicitude como da culpa, em função das circunstâncias que caso a caso, enformem a situação em análise.

58. A situação factual demonstrada (especificamente referida nos §§ 32 a 39) evidencia que a aquisição dos medicamentos em causa, perfeitamente individualizada para um doente e naquele contexto, comporta uma situação de atuação adequada a afastar o perigo atual, e não removível de outro modo, que ameaçava a vida ou a integridade física de terceiro (o paciente “ tinha que ser tratado” com a referida molécula). Perante a situação de dúvidas procedimentais sobre onde seria seguido o doente e quem e como se adquiria a molécula, enquanto isso não fosse resolvido não lhes era exigível comportamento diferente. Assim parece claro que se está em presença de uma situação de estado que de necessidade excludente da culpa. E, excluindo-se neste caso a culpa não há infração financeira (assim o artigo 61º n.º 5 da LOPTC).

59. Quanto ao outro bloco de situações envolvendo a aquisição de próteses, para além da dimensão ilícita ficou provado que os demandados no desenvolvimento de todo o procedimento, não atuaram com o cuidado e a diligência que a situação requeria e que lhes era exigível, na qualidade e com as responsabilidades públicas em que agiram, podendo e devendo decidir de acordo com as normas referentes ao CCP.

60. Como se refere no § 32 do Acórdão do Tribunal de Contas n.º 24/2021, 3.ª S/PL, de 06.10.2021, e Ac. deste Tribunal n.º 13/2019, 3ªS/PL, de 19.09.2019, §63, “a apreciação da culpa, em concreto, na responsabilidade financeira, deve ter em conta as especificidades das funções em concreto desempenhadas pelos sujeitos que a ela estão obrigados, ou seja, tendo em conta o padrão de um responsável financeiro e diligente e prudente na gestão e afetação dos dinheiros públicos que lhe compete zelar e gerir”. Trata-se do padrão exigível quando está em causa a atuação de um responsável financeiro diligente e prudente na gestão e afetação dos dinheiros públicos, nomeadamente através da responsabilidade inerente aos procedimentos de contratação que, com muita frequência, são utilizados no exercício das suas funções.

61. Sobre esta dimensão da culpa, nomeadamente com referência a gestão de serviços de saúde públicos, deve sublinhar-se o que foi referido por este Tribunal no Ac. n.º 23/2020/ 3ª S de 27.05, nomeadamente que «as regras de contratação pública têm que ser conhecidas, ainda que não pormenorizadamente, por quem desempenha funções decisórias em órgãos de gestão da administração pública, ainda que nestes órgãos, nomeadamente nas Unidades de Saúde, exerçam funções profissionais de saúde (vg. Médicos e enfermeiros), com competências próprias, na medida em que, tais elementos, são «gestores» da organização, ainda que conjuntamente com outros responsáveis do órgão de gestão. Quem vai exercer essas funções de gestão pública, tem que ter (ou adquirir, se não as possuir) um mínimo de conhecimentos de matérias sobre as quais vai tomar decisões, nomeadamente decisões com impacto financeiro público». O que no caso dos demandados, não aconteceu.

62. Cometeram, por isso, uma infração financeira sancionatória, sob a forma continuada, prevista nas alíneas l) do n.º 1, do artigo 65º, da LOPTC que lhes era imputada, envolvendo as aquisições de próteses.»

68 Em larga medida, a alegação do Recorrente nesta matéria está associada a divergência com o julgamento da Sentença recorrida sobre a matéria de facto.

69 Tendo presente a factualidade julgada provada pela Sentença recorrida (supra § 7) que subsistiu inalterada na presente instância, inexistente motivo para relativamente à matéria da eventual verificação de causas de justificação ou exculpação dissidir da decisão impugnada quanto à falta de verificação dos pressupostos do direito de necessidade bem como do estado de necessidade desculpante previstos, respetivamente, nos artigos 34.º e 35.º, n.º 1, do Código Penal.

II.4.2.3 Pedido subsidiário de relevação da responsabilidade do Recorrente

70 O Recorrente, além do que deixou expandido nas conclusões 38 a 41 (supra § 2) em termos de direito ordinário, nada mais alegou que se apresentasse com relevo para a questão da relevação da infração.

71 Sobre esta vertente do recurso em matéria de direito apenas se justifica sublinhar que:

71.1 A infração praticada pelo Recorrente reportou-se a violação dos seus deveres funcionais nucleares de respeito da legalidade insuscetível de ser qualificada como situada no limiar de uma «quase ausência de culpa» (cf. Acórdãos n.ºs 13/2019-19.SET-3ªS/PL, 18/2019-12-DEZ-3ªS/PL e 43/2020-27.OUT-3ªS/PL), pelo que, não pode ser enquadrada na categoria «culpa diminuta» prevista no n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC como condição necessária para a dispensa de multa.

- 71.2 Não pode haver lugar à relevação da responsabilidade ao abrigo do n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC, na medida em que a mesma apenas pode ter lugar antes do processo jurisdicional de efetivação de responsabilidades financeiras.
- 71.3 A atenuação especial decidida pela sentença recorrida não pode em face das circunstâncias de ilicitude e culpa receber qualquer redução adicional.

II.4.3 Julgamento da questão relativa à eventual inconstitucionalidade da interpretação das normas sancionatórias aplicadas

72 As questões de inconstitucionalidade suscitadas pelo Recorrente não se apresentam claras, pelo que, dando por reproduzidas as conclusões 41 e 42 acima transcritas (supra § 2), vão ser transcritos os argumentos sobre alegadas inconstitucionalidades constantes de outros passos das alegações de recurso:

«O tribunal não se pronunciou por questões principais, que deixou de conhecer (deixou de fora), tornando a sentença nula. Ao não o fazer não cumpriu o dever constitucional de fundamentar decisão, explicando-a quanto a esses aspetos, não cumprindo a exigência de tutela jurisdicional efetiva, ao arrepio da norma do artigo 3.º n.º 3 da Constituição da República.

[...]

Toda a interpretação em Sentença, ou o despacho de nomeação que excluiu dever de nomear mais um membro, tem de estar de acordo com a norma constitucional, sendo que não o estando se viola o artigo 12.º, os artigos 18.º, 20.º e 22.º – responsabilidade do Estado – o artigo 202.º n.º 2 e 205.º n.º 1, da CRP.

Ou seja, se a norma do artigo, 1.º, n.º 1 da LOTC for entendido que a apreciação da responsabilidade é apenas quanto à “*legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas*”, então essa interpretação está ferida de inconstitucionalidade material, o que se invoca, cautelarmente.

Entende-se que essa norma não pode prescindir da apreciação da nulidade invocada.

Por outro lado, mesmo a manter-se os factos e a aplicação de direito, não se entende porque não foi relevada a responsabilidade, apesar de se ter admitido existir culpa diminuta.

Viola ainda aqueles normativos da CRP o entendimento de que a relevação de responsabilidade se contém apenas no artigo 65.º, n.º 9, quando a norma do artigo 69.º, indica ser isso possível nos termos desse artigo. Ou seja, o tribunal não se pronunciou sobre a pedida relevância, tornando a sentença nula e inconstitucional se se entender que na responsabilidade sancionatória pode existir a arbitrariedade do julgador, que se limita a considerar diminuição de culpa e até excepcionalidade, mas decide não relevar.

Se essas normas forem entendidas desse modo, há, com o devido respeito, inconstitucionalidade material do artigo 69 da Lei Orgânica e Processo do Tribunal de Contas, por violação dos citados preceitos constitucionais.»

- 73 A fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais opera no quadro de um sistema de controlo difuso com um elemento de verticalidade que compreende como vértice superior o Tribunal Constitucional e tem como objeto normas aplicadas nas específicas decisões judiciais.
- 74 As considerações do Recorrente sobre supostas inconstitucionalidades não apresentam qualquer conexão com o julgamento empreendido sobre as matérias objeto de recurso ou a motivação de direito da Sentença recorrida.
- 75 Para que dúvidas não subsistam impõe-se apenas sublinhar que a responsabilidade por infração financeira sancionatória não apresenta no regime legal dimensão exclusivamente objetiva pois depende de a ação ou omissão que integra o tipo de ilícito ser imputável a título de dolo ou negligência (artigo 61.º, n.º 5, *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, da LOPTC).
- 76 No caso *sub judice* a conduta do Recorrente quanto à infração em que foi condenado foi enquadrada pela Sentença recorrida como negligente.
- 77 O cargo exercido pelo Recorrente compreendia responsabilidades de defesa do interesse público e da legalidade, obrigações voluntariamente assumidas ao aceitar o exercício do cargo, assunção que transporta exigências de um nível de empenho, estudo e conhecimento das regras acima do homem médio que não foi incumbido dessas funções, nomeadamente, em termos de defesa e vigilância ativas em prol do integral respeito de regras e princípios consagrados nos regimes legais sobre finanças públicas e contratação pública.
- 78 Pelo que, ao Recorrente era exigível a tomada de precauções suficientes na contratação pública e em todos os outros procedimentos de despesa pública para assegurar o respeito de princípios e regras legais aplicáveis em cada uma das situações em que intervinha diretamente ou em que operavam os serviços sob sua direção.
- 79 Os parâmetros indicados conformaram a análise jurídica empreendida sobre os universos factuais relevantes para a condenação ocorrida em primeira instância.
- 80 As imputações de inconstitucionalidade nas alegações do Recorrente não apresentam qualquer conexão racional com a *ratio decidendi* dos julgamentos empreendidos em sede de interpretação e aplicação do direito ordinário na Sentença recorrida e no presente Acórdão.
- 81 Sem olvidar que a fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais se restringe à reapreciação da constitucionalidade normativa, acrescente-se que o Recorrente no recurso pediu

alteração do julgamento de facto empreendido em primeira instância sem qualquer sucesso e parte substancial dos seus considerandos sobre hipotéticas inconstitucionalidades são indissociáveis de divergências sobre matéria de facto jurisdicionalmente fixada.

82 Em conclusão, conclui-se que as normas aplicadas na interpretação adotada no presente Acórdão não padecem de inconstitucionalidade por violação dos artigos 12.º, 18.º, 20.º, 22.º, 202.º, n.º 2, e 205.º, n.º 1, da CRP.

II.4.4 Julgamento sobre a procedência dos recursos e os emolumentos

83 Encerrando a apreciação empreendida:

83.1 O recurso deve ser julgado totalmente improcedente.

83.2 Em matéria de emolumentos, as normas do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (RJETC) são de aplicação automática, pelo que o Recorrente deve ser condenado em 40% do valor de referência (VR) estabelecido no artigo 2.º, n.º 3, do RJETC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- 1) Julgar improcedente o recurso interposto por AA mantendo a sua condenação por uma infração financeira sancionatória em uma multa 15 UC;**
- 2) Condenar o Recorrente no pagamento de emolumentos no montante de 40% do VR.**

*

Registe e notifique. DN.

Lisboa, 28 de fevereiro de 2024.

Os Juízes Conselheiros,

Paulo Dá Mesquita – Relator

António Francisco Martins

Cristina Flora – participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o Acórdão