



Secção: 1.ª S/SS
Data: 18/09/2018
Processo: 1712/2018

RELATOR: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO:

1. O Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E. (*doravante CHTMAD*) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato para “Aquisição de Palbociclib – Várias Dosagens”, celebrado em 15.05.2018 entre aquele centro hospitalar e a Pfizer Biofarmacêutica, Sociedade Unipessoal, Lda., pelo preço global de € 847.000,17 (mais IVA), para vigorar desde a data do visto até 31 de dezembro de 2018.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções ao *CHTMAD* para apresentação de documentos e prestação de esclarecimento, quer quanto à demonstração de que a empresa adjudicatária é detentora de exclusividade do medicamento objeto do contrato (fundamento invocado para o recurso ao procedimento de ajuste direto), quer em relação à matéria financeira, designadamente no que se refere à demonstração da existência de fundos disponíveis.

II- FUNDAMENTAÇÃO

- DE FACTO:

3. Com relevo para a decisão de fiscalização prévia, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:



- 3.1. O contrato celebrado em 15.05.2018 entre o CHTMAD e a Pfizer Biofarmacêutica, Sociedade Unipessoal, Lda.:
- a) Tem por objeto o fornecimento de “Palbociclib- Várias Dosagens”;
 - b) Apresenta o encargo global de € 847.000,17 (ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor);
 - c) De acordo com a cláusula oitava, esse encargo será suportado ao abrigo do compromisso n.º 150.
- 3.2. A decisão de contratar foi tomada em reunião do conselho de administração do CHTMAD de 01.02.2018.
- 3.3. Foram juntas informações de controlo de fundos disponíveis, datadas de 30.04.2018 e 18.07.2018, das quais consta que o compromisso n.º 150 foi registado em 19.02.2018 pelo valor de 224.455,05 € (correspondente a um quarto do encargo global com o contrato, incluindo IVA).
- 3.4. Da informação de controlo de fundos disponíveis datada de 30.04.2018, consta que em 19.02.2018 os fundos disponíveis do *CHTMAD* apresentavam um saldo negativo de (-)21.451.616,33 €, passando após o registo do referido compromisso a apresentar um saldo negativo de (-)21.676.071,38 €.
- 3.5. E da informação datada de 18.07.2018 consta que em 19.02.2018 os fundos disponíveis do *CHTMAD* apresentavam um saldo negativo de (-)19.426.054,26 €, passando após o registo do referido compromisso a apresentar um saldo negativo de (-)19.650.509,31 €.
- 3.6. Foi também junto mapa de fundos disponíveis extraído do suporte informático da ACSS-SICC, denominado MAPAFD – Fundos Disponíveis (DGO), que apresenta, em relação ao mês de fevereiro de 2018 fundos disponíveis negativos de (-)28.797.231,69 €, e na data em que foi emitido (12.07.2018) um saldo negativo acumulado de (-)43.546.070,77 €.



3.7. Confrontado com a falta de fundos disponíveis para assumir o compromisso relativo ao contrato submetido a fiscalização prévia o CHTMAD veio alegar o seguinte:

«a) Antes de mais não se pode afirmar a existência de fundos negativos, atenta a declaração emitida pela DGO, referente ao período de celebração do contrato (maio de 2018), na qual os fundos disponíveis se apresentam positivos, conforme documento constante no anexo IV.

b) Os fundos disponíveis negativos apresentados no mapa retirado da aplicação SICC (Anexo III), deve-se ao facto do apuramento dos fundos disponíveis por parte da ACSS divergir da forma de apuramento dos mesmos por parte da DGO, sendo que, se encontram a decorrer trabalhos associados à revisão do mapa de fundos disponíveis retirados da aplicação SICC, estando o novo mapa em fase de testes, no sentido de assegurar a consistência das operações perspectivadas relativamente à forma de apuramento dos fundos disponíveis e assunção de compromissos, conforme informação da ACSS de 28.08.2018 (Anexo I).

c) Acresce que o objeto do contrato aqui em apreço, consiste no fornecimento de um fármaco para tratamento de doenças oncológicas, cuja aquisição é imprescindível para o tratamento dos doentes do CHTMAD, sob pena de, não o fazendo, os danos daí resultantes causarem prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para a saúde dos doentes que o mesmo tem aos seus cuidados.

Os prejuízos decorrentes da violação de direitos fundamentais são sempre potencialmente de difícil reparação. No caso concreto, existe uma necessidade “imperiosa” da aquisição do fármaco aqui em causa, por se verificar um perigo eminente de violação do direito à proteção da vida e da saúde, consagrados nos artigos 24.º e 64.º, da Constituição da República Portuguesa.»

- DE DIREITO:



4. A principal questão jurídica suscitada no presente caso prende-se com a [in]verificação de fundos disponíveis para o CHTMAD assumir o compromisso respeitante à despesa decorrente do contrato submetido a fiscalização prévia, em articulação com os fundamentos para a recusa de visto previstos no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
5. Até à publicação do regime dos compromissos e dos pagamentos em atraso (LCPA), plasmado na Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro (entretanto, alterada e republicada pela Lei n.º 22/2015, de 17 de março) e no diploma legal que a regulamentou — o DL n.º 127/2012, de 21 de junho (sucessivamente alterado pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12 e pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 02/06) —, a assunção de compromissos perante terceiros (fornecedores) dependia apenas da existência do correspondente cabimento, isto é, da cativação de determinada dotação visando a realização de uma despesa, constituindo tal dotação (ou crédito orçamental, inscrito em rubrica económica adequada) o limite máximo a utilizar na realização daquela despesa.
6. Visando assegurar que não são assumidos novos compromissos sem garantia de disponibilidades de tesouraria que lhes façam face, a LPCA veio estabelecer a regra de que, para além do requisito tradicional de inscrição orçamental, um compromisso de despesa só pode ser assumido se for demonstrada a existência de efetivos fundos disponíveis para o satisfazer.
7. Assim, de acordo com o regime instituído pela LCPA — cujos artigos 3.º a 9.º e 11.º, nos termos do artigo 13.º do mesmo diploma, prevalecem sobre quaisquer normas legais que disponham em contrário — conforme decorre do seu art.º 5.º, n.º 1, ao estabelecer que os *“titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis referidos na alínea f) do artigo 3.º”*, ou ainda do preceituado no art.º 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21.06, ao estatuir que *“Os compromissos assumidos não podem ultrapassar os fundos disponíveis”*, as entidades a ela sujeitas apenas podem assumir compromissos na medida dos fundos que têm disponíveis.



8. Regime que é aplicável a todas as entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde – cf. artigo 2.º, n.º 1, da LCPA.
9. E nos termos do n.º 3 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º. 172/2012 «*Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, bem como do disposto nos artigos 9.º e 10.º do presente diploma, nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; b) Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente*».
10. Dispondo o n.º 3 do artigo 5º da LCPA que "*Os sistemas de contabilidade de suporte à execução orçamental emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos*».
11. Cabendo à entidade fiscalizada o ónus de alegar e provar o preenchimento das condições necessárias à obtenção de visto, como decorre do disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e das instruções para que esta norma remete (constantes da Resolução do Tribunal de Contas n.º 14/2011, in Diário da República, II Série, n.º 156 – relevando no presente caso o seu artigo 9.º e o Anexo I).
12. No presente caso, conforme se extrai da factualidade descrita, o CHTMAD não demonstrou a existência de fundos disponíveis para suportar o compromisso assumido, em conformidade com as normas mencionadas.
13. Pelo contrário, a factualidade provada evidencia a inexistência de fundos disponíveis para suportar o encargo resultante do contrato submetido a fiscalização prévia.
14. Com efeito, a “Declaração de Conformidade” junta a fls.55, conforme da mesma consta, foi emitida com base em informação prestada pelo próprio CHTMAD, não comprovando a existência de fundos disponíveis para assumir o encargo resultante do contrato submetido a fiscalização prévia.



15. Resulta sim das informações de controlo de fundos disponíveis e do mapa de fundos disponíveis extraído do suporte informático da ACSS-SICC, denominado MAPAFD – Fundos Disponíveis (DGO), que na data em que o compromisso foi assumido e registado o CHTMAD não detinha fundos disponíveis para fazer face ao respetivo encargo.
16. Não se questiona a alegada necessidade da contratação em causa. Porém, os citados artigos 5.º, n.º 1, da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012, não permitem que sejam assumidos compromissos sem fundos disponíveis.
17. Invoca o CHTMAD a necessidade “imperiosa” da aquisição do fármaco objeto do contrato em causa, “*por se verificar um perigo eminente de violação do direito à proteção da vida e da saúde, consagrados nos artigos 24.º e 64.º, da Constituição da República Portuguesa*”.
18. Porém, como e escreveu no Acórdão n.º 3/2018, de 20.03.2018, do Plenário desta 1.ª secção:

«(...) não se nos afigura possível afirmar que o regime da LCPA encerra em si uma qualquer restrição ou condicionamento do direito constitucional à saúde.

Ajuizando sobre a desconformidade constitucional das normas dos artigos 2.º da LCPA e 2.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 (ainda que num contexto de aplicação diverso do que se suscita a propósito da atividade hospitalar), pronunciou-se o Tribunal Constitucional em sentido contrário a tal desconformidade – no Acórdão n.º 109/2015, de 11/2 (acessível in www.tribunalconstitucional.pt) –, pela essencial razão de que as normas em apreço determinam apenas um «constrangimento financeiro, incidente unicamente sobre a assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis», o qual «deixa intocado o direito e a capacidade efetiva do recorrente prosseguir livremente a realização das suas atribuições, (...) optando, em matéria de gestão financeira e administrativa e dentro das soluções legais disponíveis a cada momento», entre os



diferentes modos de atuação mais adequados à prossecução das suas tarefas públicas.

Ainda que esse aresto se tenha concentrado em questões relacionadas com o âmbito subjetivo da LCPA, sem ter equacionado a desconformidade constitucional das normas que condicionam materialmente a assunção de compromissos (como as dos artigos 5.º da LCPA e 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, ora em aplicação), o certo é que a sua doutrina contribui para separar águas entre aquilo que é uma opção política ou gestionária na distribuição de meios financeiros e a verificação em concreto da carência desses meios para realização de uma específica despesa: a inexistência de fundos disponíveis será uma consequência daquelas opções, sendo nestas que radica, em última instância, o fundamento da privação de verbas para atender a determinada necessidade, seja ou não urgente ou indispensável. Dito de outro modo: a afetação do direito à proteção da saúde dos cidadãos decorre, em primeira linha, da inadequação da previsão orçamental relativa à dotação para aquisição de bens ou serviços em determinado setor da atividade pública, e não da simples verificação contabilística da inexistência de fundos disponíveis, ainda que com consequências negativas, em que se consubstancia, afinal, a aplicação das normas da LCPA.

E tanto é exato que não se pode imputar diretamente à LCPA qualquer efeito negativo em matéria de saúde dos cidadãos que o regime legal dos compromissos acaba por acautelar precisamente situações limite de urgência e de risco pessoal grave, permitindo nesses casos que a assunção do compromisso ocorra posteriormente à despesa. Segundo o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, essa assunção quanto a despesas urgentes e inadiáveis pode ser, em certas condições, efetuada até às 48 horas posteriores à realização da despesa (n.º 1) e, quanto a situações envolvendo excecional interesse público ou a preservação da vida humana, pode ser efetuada no prazo de 10 dias após a realização da despesa (n.º 2).»

19. Acresce que, a título excecional, os fundos disponíveis podem ser temporariamente aumentados, desde que o aumento seja autorizado pelo

membro do Governo responsável pela área das finanças, quando envolvam entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde (cf. artigos 8.º da LCPA e 4.º do citado Decreto-Lei 127/2012).

20. Não estando em causa no presente caso nenhuma das situações excecionais previstas no citado artigo 9.º, a falta de fundos disponíveis para a entidade fiscalizada assumir as despesas com o contrato em causa gera a nulidade do compromisso e do contrato, nos termos do estabelecido nos citados artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, normas que revestem natureza financeira.
21. Nesse sentido, se tem pronunciado, sem divergências, a jurisprudência deste Tribunal de Contas, podendo referir-se, nomeadamente, os Acórdãos desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob os n.ºs 8/2017 (de 11/7), 10/2017 (de 17/7), 11/2017 (de 17/7), 15/2017 (de 24/11), 17/2017 (de 30/11), 18/2017 (de 30/11), 20/2017 (de 21/12), 21/2017 (de 21/12), 3/2018 (de 16/1), 12/2018 (de 6/3), 13/2018 (de 13/3), 14/2018 (de 20/38.º da L), 16/2018 (de 3/4), 17/2018 (de 3/4), 18/2018 (de 24/4), 19/2018 (de 2/5), 20/2018 (de 2/5), 21/2018 (de 2/5), 23/2018 (de 8/5), 24/2018 (de 15/5), 25/2018 (de 15/5), 27/2018 (de 5/6), 28/2018 (de 12/6), 30/2018 (de 26/6), 31/2018 (de 10/7) e 32/2018 (de 8/8), todos acessíveis in www.tcontas.pt. E, no mesmo sentido, os recentes Acórdãos desta 1.ª Secção, já em Plenário, sob os n.ºs 3/2018 (de 20/3), 6/2018 (de 17/4), 10/2018 (de 29/5) e 14/2018 (de 10/7), igualmente acessíveis in www.tcontas.pt.
22. E nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), tanto a nulidade como a violação direta de normas financeiras constituem fundamentos absolutos de recusa de visto.

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a) e b)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.



São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 18 de setembro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

A Procurador-Geral Adjunta,
