

Secção: 1ª S/SS

Data: 22/10/2019

Processo: 1036/2019

Não transitado em julgado

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

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

I – RELATÓRIO

1. O Hospital da Senhora de Oliveira Guimarães, E.P.E. (doravante HSOG), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato para aquisição do medicamento MIGALASTATE na Dosagem de 123 mg, celebrado, em 19.03.2019, com a empresa Alloga Logifarma, S.A., pelo preço contratual de 2.941.120,00€, acrescido de IVA à taxa em vigor, para vigorar até 31.12.2019, ou se tal ocorrer primeiro, até se esgotarem as quantidades objeto do contrato ou se atinja o valor máximo a pagar à cocontratante.
2. Para melhor instrução do processo, foi solicitada ao HSOG a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte do Tribunal de Contas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:



- a) O HSOG procedeu à celebração do contrato na sequência de ajuste direto, invocando a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, por a entidade adjudicatária ser fornecedora exclusiva, enquanto única titular da «Autorização de Introdução no Mercado» (AIM) respeitante ao medicamento adquirido;
- b) A abertura do procedimento foi autorizada por deliberação do Conselho de Administração do HSOG de 18.12.2018;
- c) Por deliberação de 27.12.2018 o Conselho de Administração do HSOG autorizou a adjudicação à Alloga Logifarma, S.A., e por deliberação de 13.02.2019, aprovou a minuta do contrato;
- d) O HSOG remeteu informação de controlo de fundos disponíveis, da qual consta que o compromisso (com o n.º 91) respeitante à despesa do contrato celebrado com a Alloga Logifarma, S.A., no montante de 3.117.587,20€ (incluindo IVA), foi registado em 20.02.2019, e que antes de efetuado o registo do referido compromisso os fundos disponíveis eram negativos, no montante de (-) 40.257.987,93€, passando o HSOG após o registo do referido compromisso a apresentar um saldo de fundos disponíveis negativos de (-) 43.375.575,13€;
- e) Foi ainda remetido pelo HSOG mapa de fundos disponíveis, denominado “MAPAFD – FUNDOS DISPONÍVEIS (DGO)”, datado de 20.02.2019, o qual apresenta um saldo negativo de fundos disponíveis de – (menos) € 40.257.987,93 no mês de fevereiro de 2019 (montante que inclui o saldo negativo de – 32.371.364,14 €, transitado do ano anterior) e uma previsão de igual saldo negativo de fundos disponíveis para os meses seguintes.
- f) Questionado sobre a falta de fundos disponíveis para assumir o compromisso relativo ao contrato em causa, o HSOG veio aduzir o seguinte:



«(...) o Hospital da Senhora da Oliveira – Guimarães, EPE, no exercício de 2019, primeiro exercício económico iniciado pelo atual Conselho de Administração, foi confrontado com a verificação de falta de fundos disponíveis, de modo a prosseguir a sua missão essencial de assegurar a prestação de cuidados de saúde à população da sua área de influência. O Hospital de Guimarães tem um Serviço de Urgência Médico-Cirúrgico, o qual funciona ininterruptamente 24 horas por dia, 365 dias por ano. O Contrato Programa, elaborado e proposto pela ARS-Norte, prevê uma remuneração pela produção contratada deste Hospital que ascende a 93.555.682€, para o corrente exercício de 2019. Deste modo, o adiantamento previsto para 2019, de acordo com o ofício 48268/2018/DFI/UOC/ACSS ascende a 7.157.277€. Este adiantamento permite comprometer as despesas integrantes do conceito de "despesa primária" no valor de 85.887.323€. Contudo, é insuficiente para comprometer a globalidade das despesas, a qual ascende a 10.062.723€, mensais. Sucede que, este adiantamento, apesar de melhor se adequar à estrutura de despesa prevista, continua a ser deficitário, por causa da acumulação de EBITDA negativos sucessivos desde 2015. Na verdade, e porque o conceito de fundos disponíveis obedece a uma estrutura dinâmica de cálculo contínuo e não a uma lógica orçamental, como seria coadunável com a realidade de um Hospital público, tal significa que a determinação dos fundos não se esgota no ano económico, mas são perspectivados para o ano seguinte. Porquanto, os fundos disponíveis, respeitantes aos meses de janeiro e fevereiro de 2019, foram considerados no cálculo dos FD do ano de 2018, o que impossibilita a inclusão no exercício económico de 2019. Consequência direta desta lógica implica que os FD do mês de janeiro de 2019, em rigor, apenas estarão disponíveis para inclusão no cálculo respetivo ao mês de março. O que acarreta um importante condicionalismo, a impossibilidade de registar compromissos previsionais relativos aos meses seguintes ao mês em consideração.

Objetivamente, se apenas é considerado o valor de um mês de adiantamento, também, só é possível comprometer a despesa para um mês. O segundo



condicionalismo consiste na insuficiência de fundos para registar a totalidade de despesa do mês. Respigando o supra identificado, o valor do adiantamento é inferior à despesa global mensal da Instituição, pelo que haverá e há períodos, como o presente, em que os FD são insuficientes para comprometer a despesa indispensável ao normal funcionamento da Instituição. Considerando que esta insuficiência de fundos resulta de fortes desequilíbrios de financiamento ocorridos em exercícios anteriores, a presente insuficiência de FD apenas poderá ser definitivamente sanada com a inclusão da regra de "orçamento base zero" no cálculo de FD para o ano de 2019. A persistência na definição do FD na lógica dinâmica que extravasa o período de exercício a que respeita conduz inelutavelmente a este caminho. O Conselho de Administração tem alertado a Tutela para a verificação desta realidade. Sucede que, in casu, está em causa a aquisição de medicamentos, pelo Hospital, essenciais, para a prestação de Cuidados de Saúde. A eventual impossibilidade de aquisição de medicamentos, por causa desta regra orçamental e financeira, constituiria uma grave violação do princípio da proporcionalidade e do direito à saúde constitucionalmente consagrados.»;

- g) Com a resposta juntou a “Declaração de Conformidade” extraída do sistema informático da DGO, reportada ao mês de fevereiro de 2019, da qual consta um saldo inicial de fundos disponíveis no montante de 27.649.619,00€, compromissos assumidos no total de 13.329.241,00€, e um saldo final de fundos disponíveis de 14.320.378,00€.
- h) Já na fase jurisdicional do presente processo instou-se o HSOG a demonstrar, de forma clara e inequívoca, a existência de fundos disponíveis (positivos) à data da assunção do compromisso de verba com o presente contrato.
- i) Respondeu nos termos constantes de fls. 109 a 113, pugnando “*pelo deferimento de visto prévio à aquisição do medicamento, o qual é essencial para assegurar a saúde dos utentes deste hospital*”, dizendo, em síntese, que:



«(...) a LCPA alterou o foco de controlo da despesa pública, deslocando-o do momento do pagamento para o momento da assunção do compromisso.

Enquanto anteriormente se privilegiava a fase de pagamento, em que não existia juridicamente outra opção que não fosse a sua efetivação, com a entrada em vigor da LCP o principal enfoque do controlo passou a ser efetuado ao nível (e no momento) da assunção do compromisso.

Porquanto, e concluindo, o HSOG demonstrou, inequivocamente que, na data de assunção de compromisso, respeita todas as obrigações da LCPA, não havendo razão para não ser concedido o visto.

Não sendo, por isso, necessária a junção de qualquer outro documento que demonstre o cumprimento do requisito.».

– DE DIREITO

A) Da relevância da falta de demonstração da existência de fundos disponíveis:

4. Nos termos do artigo 10.º-D da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 41/2014, de 10 de julho (Lei de Enquadramento Orçamental)¹, os organismos e entidades da Administração Pública estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade financeira, o qual se traduz *«na capacidade de financiar todos os compromissos assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia».*
5. Em concretização deste princípio, o artigo 42.º, n.º 6, da mesma lei, dispõe que nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente:
 - a) O facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis;

¹ Mantida parcialmente em vigor pelas disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.ºs 1 e 2 e 8.º, n.º 2, ambos da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (Nova Lei do Enquadramento Orçamental).



- b) A despesa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação e esteja adequadamente classificada;
 - c) A despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia.
- 6.** Tal normativo é ainda complementado com o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma legal segundo o qual «*Apenas podem ser assumidos compromissos de despesa após os competentes serviços de contabilidade exararem informação prévia de cabimento no documento de autorização da despesa em causa*».
- 7.** Reforçando o princípio da sustentabilidade financeira, e com vista a um melhor controlo e disciplina orçamental veio, entretanto, a Lei n.º 8/2012², de 21 de fevereiro (Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso, doravante LPCA) e o Decreto-Lei n.º 127/2012³, de 21 de junho, que a regulamenta, a estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos por parte dos organismos e entidades públicas.
- 8.** 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.
- 9.** Consideram-se «*Fundos disponíveis* as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos:
- i) A dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes;
 - ii) As transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes;
 - iii) A receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento;
 - iv) A previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses

² Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 22/2015, de 17 de março.

³ Alterado pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 99-B/2015, de 2 de junho.



seguintes; v) O produto de empréstimos contraídos nos termos da lei; vi) As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) e de outros programas estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas; vii) Outros montantes autorizados nos termos do artigo 4.º da LCPA» (cf. artigos 3.º, alínea f), da LCPA e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho).

10. Os titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade só podem assumir compromissos até ao montante dos fundos disponíveis (cf. artigo 5.º n.º 1 da LCPA e n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012).

11. E nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do citado Decreto-Lei n.º 127/2012 «*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».

12. Estabelecendo o n.º 3 do artigo 5.º 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».*

13. Os compromissos «*(...) consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo, podendo também ter um caráter permanente e estar associados a pagamentos durante um período indeterminado de tempo, nomeadamente salários,*



rendas, eletricidade ou pagamentos de prestações diversas» (citada alínea a) do artigo 3.º da LCPA).

- 14.** Esclarecendo o n.º 1, do artigo 8.º, do citado Decreto-Lei n.º 127/2012 que «*A assunção de compromissos no âmbito dos contratos com duração limitada ao ano civil, independentemente da sua forma e natureza jurídica, deve ser efetuada pelo seu valor integral aquando da outorga do respetivo contrato, emissão da ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente*».
- 15.** Nos termos do seu artigo 2.º n.º 1, a LCPA é aplicável a todas as entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde.
- 16.** E cabe 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).
- 17.** Porém, conforme se extrai da factualidade descrita, o HSOG não demonstrou a existência de fundos disponíveis para suportar o compromisso assumido, em conformidade com as normas mencionadas.
- 18.** Pelo contrário, juntou informação de controlo e mapa de fundos disponíveis que evidenciam a inexistência de fundos disponíveis para suportar o compromisso relativo à despesa resultante do contrato submetido a fiscalização prévia.
- 19.** Com efeito, resulta da informação de controlo de fundos disponíveis, junta pelo HSOG, que à data do registo do valor do compromisso relativo à despesa em causa não existiam fundos disponíveis positivos, mas sim, como também resulta do mapa de fundos disponíveis (DGO), um valor de notório e significativo saldo negativo desses fundos.
- 20.** A divergência entre os valores constante da informação de controlo de fundos disponíveis e da “Declaração de Conformidade”, extraída do registo informático da

DGO, resulta do facto desta última respeitar apenas ao ano de 2019, não incluindo o saldo negativo transitado do ano anterior.

- 21.** Aliás, o HSOG assume a falta de fundos disponíveis, resultante de saldos negativos transitados de anos anteriores, e considera que esta só poderá ser definitivamente sanada com a inclusão da regra de “orçamento zero” no cálculo de fundos disponíveis para o ano de 2019.
- 22.** Porém, como este Tribunal tem repetidamente afirmado (veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n.º 19/2018 – 1.ª S/PL, de 24.09.2018, disponível em <https://www.tcontas.pt>), *«os saldos transitados do ano anterior são considerados para efeitos de cálculo dos fundos disponíveis, o que bem se percebe uma vez que a gestão financeira dos organismos públicos é contínua, independentemente do ano orçamental a que respeite. Dito de outro modo, uma despesa comprometida e não paga no ano n-1 reflete-se inexoravelmente no ano n, como dívida vencida e não paga, incrementando, conseqüentemente, a lista de pagamentos em atraso»*. Entendendo-se, assim que *«o conceito de saldos transitados de anos anteriores deva ser considerado numa dupla perspetiva – positivo ou negativo – e não apenas na perspetiva positiva, como a entidade recorrente pretende. Assim, se o saldo transitado do ano anterior for negativo, isso significa que existem compromissos que estão por satisfazer, razão pela qual devem ser refletidos no saldo do ano em curso, influenciando o montante dos fundos disponíveis. Entender coisa diferente seria o mesmo que pretender “congelar” artificialmente os referidos compromissos de anos anteriores, ignorando que os mesmos aguardam pagamento, precisamente devido à falta de fundos disponíveis. O que constituiria uma irresponsabilidade e uma clara violação das regras da boa gestão pública plasmadas na LCPA, dado que os referidos compromissos, mais tarde ou mais cedo, terão que ser satisfeitos, naturalmente com fundos financeiros disponíveis»*.
- 23.** Defende ainda o HSGO que a eventual impossibilidade de aquisição de medicamentos, resultante da aplicação do regime da LCPA, viola o princípio da proporcionalidade e do direito à saúde constitucionalmente consagrados.



Argumentação que também tem sido repetidamente rebatida por este Tribunal. Como se afirmou no Acórdão desta 1.ª Secção, em Plenário, sob o n.º 3/2018 (de 20/3) «(...) 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».

B) Das consequências decorrentes da inexistência de fundos disponíveis:

- 24.** Conforme jurisprudência uniforme deste Tribunal, a falta de fundos disponíveis para suportar as despesas com o contrato em causa gera a nulidade do compromisso e do contrato (não sanável em sede de fiscalização prévia), nos termos dos 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 imperativas e que revestem natureza financeira.
- 25.** E nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tanto a nulidade como a violação direta de normas financeiras constituem fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão (ainda que acompanhada de eventuais recomendações) — cf. artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este a contrario *sensu*), da LOPTC.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as



alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 22 de outubro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
