

Secção: 1.ª S/SS

Data: 28/01/2020

Processos: 3095 a 3098/2019

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO 18-02-2020

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

I – RELATÓRIO:

1. O «Centro Hospitalar Universitário de Lisboa Central, E.P.E.» (doravante CHULC), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas quatro contratos de aquisição de endopróteses aórticas abdominais e torácicas, celebrados entre essa entidade e, respetivamente, «Overpharma, Lda.» (em 2/9/2019), «Medicinália Cormédica, Lda.» (em 29/8/2019), «Lusopalex, Lda.» (em 27/8/2019) e «Medtronic Portugal, Lda.» (em 26/8/2019), pelos correspondentes valores de 255.100,00 €, 233.531,00 €, 400.500,00 € e 576.500,00 €, para vigorar logo após as datas das outorgas e até 31/12/2019.

2. Para melhor instrução do processo, foram os contratos devolvidos ao CHULC para prestação de elementos e esclarecimentos, designadamente em matéria financeira.

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

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

- a) O «Centro Hospitalar e Universitário de Lisboa Central, E.P.E.» (CHULC) procedeu à celebração dos quatro contratos em apreço na sequência de um único procedimento de concurso público publicitado no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE), no qual se previu a adjudicação por lotes;
- b) Esses quatro contratos de aquisição de endopróteses aórticas abdominais e torácicas referem-se, respetivamente, aos lotes nºs 4, 7, 22, 23 e 24 (celebrado em 2/9/2019, com «Overpharma, Lda.», pelo valor de 255.100,00 €), 8, 11, 18, 19 e 20 (celebrado em 29/8/2019, com «Medicinália Cormédica, Lda.», pelo valor de 233.531,00 €), 1, 5 e 21 (celebrado em 27/8/2019, com «Lusopalex, Lda.», pelo valor de 400.500,00 €), e 2, 3 e 6 (celebrado em 26/8/2019, com «Medtronic Portugal, Lda.», pelo valor de 576.500,00 €);
- c) Quanto à respetiva documentação financeira enviada pelo CHULC, quer por sua iniciativa, quer na sequência de devoluções (a primeira administrativa e a segunda já na fase jurisdicional do processo, ambas para obtenção de informação atualizada sobre a situação financeira da entidade requerente), verifica-se o seguinte:
 - quanto a *informações de cabimento orçamental*, dispõe-se de uma primeira, datada de 29/7/2019, em que se observa a existência de um saldo negativo, no valor de (-) 52.675.876,54 €, e de uma mais recente, datada de 21/1/2020 (e remetida a 23/1/2020), em que se constata que, após a inscrição de montante correspondente, aproximadamente, ao encargo decorrente de todos os contratos em presença (*i.e.*, 1.555.608,86 €), o valor da dotação disponível, já anteriormente negativo, apresenta um saldo negativo, no valor de (-) 44.548.836,65 €;



– quanto a *informações de controlo de fundos disponíveis*, constata-se que, não obstante terem sido remetidos vários documentos desse teor, com referência a momentos diversos – ora aos meses de Julho (2), Novembro (2) e Dezembro de 2019 (5), ora a todo o ano de 2019 –, e com aparentes saldos positivos de fundos disponíveis, dos mesmos não consta a identificação dos contratos a que respeitam, nem deles se extrai uma correlação entre os valores de compromissos indicados e os contratos em apreço (cujo encargo global ascende a 1.465.631,00 €, o qual, acrescido de IVA, perfaz o montante total de 1.553.568,86 €), estando em falta os devidos comprovativos do registo dos compromissos de apoio à execução orçamental, com evidência da respetiva numeração, data de registo e pelo valor total dos contratos;

- d) Solicitados esclarecimentos ao CHULC sobre as disparidades verificadas e, em especial, sobre a situação de insuficiência de dotação orçamental, argumentou a entidade fiscalizada que *«os cabimentos atribuídos com saldo negativo são devidamente fundamentados e autorizados pelo Conselho de Administração, conforme a Declaração de “Invocação do direito de necessidade” de 26/07/2019»*, a qual foi remetida em anexo e apresenta o seguinte teor:

«[...] O Conselho de Administração foi na presente data confrontado com a necessidade imperiosa, absoluta e impreterível de proceder à aquisição de materiais de consumo clínico, medicamentos, meios complementares de diagnóstico, e outros bens e serviços, melhor identificados na documentação anexa, sem os quais não será possível garantir a prestação de cuidados de saúde aos doentes em observância das boas práticas clínicas e das legis artis.

A presente situação configura um perigo real e concreto para a proteção da saúde da população que é assistida por este Centro Hospitalar e representa uma ameaça efetiva e atual para os bens jurídicos, integridade física e vida, dos seus doentes, que já por si se encontram numa situação de vulnerabilidade.



A necessidade de aquisição agora identificada, encontra-se consistentemente fundamentada pelo corpo clínico deste Centro Hospitalar e devidamente sufragada pelas respetivas Direções de Área e Direção Clínica.

No presente conflito de cumprimento de deveres jurídicos, a obrigação de preservação dos bens jurídicos que consubstanciam a integridade física e a vida dos doentes, justificam no caso concreto, atendendo a um juízo ponderativo realizado com adequação e proporcionalidade, o sacrifício dos princípios e das regras orçamentais e financeiras.

Nestes termos, autoriza-se a despesa proposta, para efeitos de aquisição dos bens identificados na lista anexa, por não ser exigível, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.»

– DE DIREITO:

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que os contratos em presença suscitam.

A) Da sujeição a visto dos contratos em apreço:

5. Dos contratos em apreço apenas os últimos dois referenciados (dos Processos n.ºs 3097 e 3098/2019) excedem, pelo seu valor, o limiar de sujeição a visto, legalmente fixado em 350.000,00 €, nos termos combinados dos artigos 46.º, n.º 1, alínea b), e 48.º, n.º 1, da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8¹), e, neste caso, do artigo 255.º, n.º 1, da Lei n.º 71/2018, de 31/12 (Orçamento do Estado para 2019). Porém, em relação aos outros dois contratos (dos Processos n.ºs 3095 e 3096/2019), é de entender que estes têm uma evidente correlação com os demais, por se referirem a lotes de um mesmo procedimento a todos respeitante – o que convoca o n.º 2 desse artigo 48.º da LOPTC, segundo o qual «[p]ara efeitos da dispensa prevista no número anterior,

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.

considera-se o valor global dos atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si». Com efeito, tendo em conta que a soma total dos valores dos presentes quatro contratos ascende a 1.465.631,00 € e que o n.º 2 do artigo 255.º da mencionada Lei n.º 71/2018 estabeleceu, como limiar de sujeição a visto, um valor global de 750.000,00 € para os contratos relacionados entre si, é de concluir que o conjunto desses contratos se encontra submetido a fiscalização prévia, por referência ao citado artigo 48.º, n.º 2, da LOPTC.

B) Da relevância da inexistência de fundos disponíveis:

6. Posto isto, surge então como questão principal do presente processo, e perante a factualidade enunciada, a da não-demonstração de que os compromissos assumidos com a celebração dos contratos em presença sejam suportados pela ocorrência do adequado e necessário cabimento orçamental e pela existência de fundos disponíveis, por parte do CHULC e quanto à despesa gerada por esses contratos, à luz das disposições legais aplicáveis.

7. Está em causa, neste contexto, o seguinte quadro normativo:

– por um lado, o disposto na *Lei de Enquadramento Orçamental* (LEO: Lei n.º 91/2001, de 20/8², ainda parcialmente em vigor ao abrigo dos artigos 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 151/2015, de 11/9³, que aprova a *nova* LEO);

– e, por outro lado, o disposto na *Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas* (LCPA: Lei n.º 8/2012, de 21/2⁴) e no *Regulamento da LCPA* (Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/6⁵).

² Alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28/8, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2/7, 48/2004, de 24/8, 48/2010, de 19/10, 22/2011, de 20/5, 52/2011, de 13/10, 37/2013, de 14/6, e 41/2014, de 10/7.

³ Já alterada pelas Leis n.ºs 2/2018, de 29/1, e 37/2018, de 7/8. As mencionadas disposições do seu diploma preambular remeteram a entrada em vigor dos artigos 3.º e 20.º a 76.º da nova LEO para 1/4/2020, mantendo assim a parcial vigência da anterior LEO.

8. Esse quadro normativo deve, em contraponto, ser articulado com o regime de fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas, com especial incidência nos fundamentos de recusa de visto consignados nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

9. No que respeita à legislação de *enquadramento orçamental*, é de sublinhar o disposto no artigo 42.º, n.º 5, da LEO, que proclama que «*[a]s dotações constantes do orçamento das despesas constituem o limite máximo a utilizar na realização destas*», enquanto o n.º 6 dispõe que «*[n]enhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente: a) [o] facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis; b) [a] despesa em causa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação, esteja adequadamente classificada e obedeça ao princípio da execução do orçamento por duodécimos, salvas, nesta última matéria, as exceções previstas na lei; c) [a] despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia*». Por sua vez, o n.º 1 do artigo 45.º da mesma LEO declara que «*[a]penas 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*».

10. No que respeita à *legislação específica sobre compromissos*, há que atentar, desde logo, no artigo 2.º, n.º 1, da LCPA, segundo o qual as «entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde» se integram no âmbito subjetivo do diploma, assim abrangendo o centro hospitalar adjudicante. Por sua vez, o n.º 1 do seu artigo 5.º é inequívoco no sentido de obstar a que os responsáveis de tais entidades assumam compromissos que excedam os seus fundos disponíveis, enquanto o n.º 3 da mesma disposição legal considera verificada a *nulidade* de contrato que não esteja suportado em compromisso válido, com a consequência de tal assunção em violação da lei poder determinar «*responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira, sancionatória e ou reintegratória, nos termos da lei em vigor*», conforme dispõe o artigo 11.º, n.º 1, da LCPA. É ainda de ter em conta a indiscutível

⁴ Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14/5, 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, e 22/2015, de 17/3.

⁵ Alterada pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20/12, e 66-B/2012, de 31/12, e pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 2/6.



«*natureza imperativa*» de normas como as dos aludidos artigos 5.º e 11.º da LCPA, conforme o seu artigo 13.º expressamente declara. Acresce que o artigo 7.º do diploma regulamentar supra mencionado, depois de no seu n.º 2 estabelecer que «*os compromissos assumidos não podem ultrapassar os fundos disponíveis*», comina, no seu n.º 3, com nulidade a assunção de compromisso «*sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) [v]erificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; b) [r]egistado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) [e]mitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente*».

11. Para a adequada aplicação dessa normação ao caso concreto, importa ainda ter presente que a entidade fiscalizada tem 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 n.º 14/2011⁶ do Tribunal de Contas (aqui concretamente os seus artigo 9.º e Anexo I).

12. Conforme se extrai da factualidade descrita, verifica-se, *in casu*, que o CHUSJ não fez uma cabal demonstração da ocorrência do adequado e necessário *cabimento orçamental*, quanto à despesa gerada pelos contratos em apreço, nem da existência de *fundos disponíveis suficientes* por referência a esses específicos contratos, em conformidade com as normas mencionadas.

13. Importa, neste ponto, ter presente o que já se assinalou no Acórdão desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob o n.º 37/2019 (de 24/9)⁷, relatado pelo também aqui relator, recorrendo ao contributo dogmático de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA⁸, na leitura dos mencionados regimes normativos aplicáveis, nos seguintes termos:

⁶ In *Diário da República*, II Série, n.º 156, de 16/8/2011.

⁷ Acessível em www.tcontas.pt.

⁸ In *Direito da Despesa Pública*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 200-223.



«[...] nenhuma despesa, ainda que previamente prevista, pode ser efetuada sem cabimento numa dotação orçamental prévia ou para além do montante desse cabimento (regra da tipicidade quantitativa)». Acrescenta o autor mais adiante que «[...] a cabimentação pressupõe a impreterível existência de uma dotação orçamental». E, depois de salientar que a cabimentação impõe que «exista uma prévia libertação de créditos», prossegue: «O ato superior de libertação de créditos funciona assim como uma condição suspensiva de realização do gasto público, na medida em que consubstancia um evento futuro (e incerto) que pode condicionar a produção de efeitos do ato despesista. Enquanto não for o crédito libertado pela entidade competente – uma entidade hierarquicamente superior –, o procedimento despesista encontra-se impossibilitado de avançar». Refere em seguida que «[...] após a cabimentação, torna-se indispensável obter autorização para a realização da despesa pelo órgão legalmente competente», continuando o procedimento de despesa com «a fase da assunção do compromisso, a qual materializa o momento em que se efetua uma externalização [...] da vontade pública» e cujo ato de assunção está condicionado, além do mais, à existência de *fundos disponíveis*. Como acentua o autor que vimos de citar, «[...] se não existirem tais fundos, os compromissos pura e simplesmente não podem ser assumidos», sublinhando que o «controlo do Tribunal de Contas» será «particularmente rigoroso e apertado» e que «o exigente regime dos compromissos tem em vista evitar que os mesmos sejam assumidos sem que exista disponibilidade financeira para tal, onerando a esfera jurídica dos entes públicos com um encargo imprudente que os colocará numa situação de endividamento». E daí que o autor conclua que quaisquer «desvios legalmente admitidos ao procedimento despesista», como os que se referem a «despesas urgentes e inadiáveis» ou «em que estejam em causa o excepcional interesse público ou a preservação da vida humana» (do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012), sempre devam ser perspetivados como «desvios, de casos absolutamente excecionais, não sendo admissível a transformação dos mesmos em expedientes recorrentes ou ordinários, sob pena de desvalorização do procedimento e de perda da força normativa dos preceitos legais respetivos» [...]

14. No caso presente, é a própria entidade fiscalizada que reconhece a sua situação de *incapacidade* de assunção de *compromissos* respeitantes à *despesa* gerada pelos contratos em presença, ao aludir a uma *declaração* de “*Invocação do direito de necessidade*”, datada de 26/07/2019, supratranscrita (cfr. alínea *d*) da factualidade descrita), em que se apela a *valores fundamentais* como a *vida* e a *integridade física* dos utentes

hospitalares como *causa de justificação* do «*sacrifício dos princípios e das regras orçamentais e financeiras*».

15. Porém, a descrita *situação financeira* da entidade fiscalizada inviabiliza, inevitavelmente, a realização da *despesa* em que se consubstanciarium tais *contratos*, com necessárias repercussões sobre os *compromissos* que se lhes referem e sobre os próprios *contratos* – o que determina *consequências negativas* em matéria de *concessão de visto*.

C) Das consequências decorrentes da situação financeira verificada:

16. Com efeito, estamos perante situação que integra a previsão de vários dos *fundamentos de recusa de visto* constantes do artigo 44.º da LOPTC.

a) Desde logo, e perante o incumprimento das citadas normas do regime de *enquadramento orçamental* que proíbem qualquer despesa que não disponha de inscrição orçamental (cfr. artigo 42.º, n.ºs 5 e 6, da LEO), mostra-se preenchido o *fundamento de recusa de visto* inscrito no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 1.ª parte, da LOPTC, quando alude a «*encargos sem cabimento em verba orçamental própria*».

b) Por outro lado, constata-se que ocorreu uma indevida *assunção de compromissos* num contexto de falta de cabimentação orçamental, o que determina necessariamente a violação das normas ínsitas nos 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, gerando assim, em concreto, a *nulidade* dos *compromissos* emitidos com referência aos contratos em apreço e, consequencialmente, dos próprios *contratos*. Ora, tais *nulidades* preenchem o *fundamento de recusa de visto* inscrito no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC.

c) E, finalmente, acresce que o conjunto das mencionadas *disposições* dos regimes legais do *enquadramento orçamental* e dos *compromissos* que foram incumpridas, e na medida em que visam manifestamente a proteção de *interesses financeiros públicos*, revestem marcada *índole financeira*. Ora, a «*violação direta de normas financeiras*» integra,

por sua vez, um outro *fundamento de recusa de visto*, que se encontra previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *b*), 2.ª parte, da LOPTC.

17. De tudo isto se deduz a *imposição legal* da formulação de *decisão de recusa de visto*, nos termos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC (e sem que seja possível, por qualquer modo, suprir os vícios ou valores negativos ali previstos, ainda que mediante concessão de visto com formulação de eventuais recomendações, como resulta *a contrario* do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC).

18. Aliás, é de salientar que a jurisprudência deste Tribunal de Contas, no quadro da mesma legislação ora em aplicação, se tem pronunciado, em arestos respeitantes à violação das regras legais em matéria de *compromissos*, em particular em relação a entidades hospitalares, sem divergências e com base em argumentação afim da supra expendida, no sentido da *recusa de visto prévio*. São, assim, de mencionar 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 20/3), 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), 32/2018 (de 8/8), 34/2018 (de 18/9), 35/2018 (de 18/9), 40/2018 (de 7/12), 6/2019 (de 19/3), 17/2019 (de 18/6), 18/2019 (de 18/6), 23/2019 (de 10/7), 28/2019 (de 10/7), 30/2019 (de 16/8), 31/2019 (de 16/8), 45/2019 (de 12/11), 47/2019 (de 11/12) e 49/2019 (de 17/12)⁹. E são ainda de referir, no mesmo sentido e em idênticas condições, os 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), 14/2018 (de 10/7), 17/2018 (de 4/9), 19/2018 (de 24/9), 24/2018 (de 9/10), 25/2018 (de 16/10), 27/2018 (de 30/10), 28/2018 (de 30/10), 29/2018 (de 11/12), 30/2018 (de 20/12), 43/2019 (de 5/11), 44/2019 (de 12/11), 48/2019 (de 17/12) e 2/2020 (de 14/1)¹⁰.

⁹ Acessíveis em www.tcontas.pt.

¹⁰ Igualmente acessíveis em www.tcontas.pt.



19. Ainda uma observação se impõe face a um eventual *argumento* de suposta *ofensa*, em caso de *recusa de visto*, a direitos com tutela constitucional relativos à proteção da vida e da saúde (e que, aliás, aflora na alusão da entidade fiscalizada à *declaração* de “*Invocação do direito de necessidade*” supramencionada – cfr. alínea *d*) da factualidade descrita). Sem prejuízo de se reconhecer a óbvia relevância dos contratos ora em causa para uma adequada prestação de cuidados de saúde, ainda assim não se nos afigura possível afirmar que o regime da LCPA encerre em si uma qualquer restrição ou condicionamento de tais direitos constitucionais. Trata-se de alegação já anteriormente rebatida por este Tribunal, a propósito da questão das recorrentes carências de fundos disponíveis por parte das entidades hospitalares, no mencionado Acórdão n.º 3/2018 do Plenário desta 1.ª Secção, no qual se afirmou o seguinte: «(...) 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». Aqui se reitera essa argumentação, não sem deixar de renovar a perplexidade, já anteriormente manifestada por este Tribunal, perante a persistência da inclusão do Serviço Nacional de Saúde em regime legal que se tem revelado desadequado à sua condição financeira no tempo presente, de que é notório reflexo a vasta jurisprudência recente deste Tribunal sobre tal matéria (e supra identificada).

20. Em suma: pelas razões aduzidas, constituem os *ilícitos* verificados *fundamentos de recusa de visto*, nos termos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC – pelo que deve tal *recusa* ser decretada.

*

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 aos contratos supra identificados.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)¹¹.

Lisboa, 28 de janeiro de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Alziro Antunes Cardoso)

(Paulo Dá Mesquita)

¹¹ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.