



ACÓRDÃO N.º 16/2012 – 3.ª Secção-PL

RO N.º 3 RO- JRF/2012

1. RELATÓRIO

1.1. Por sentença de 30 de Abril de 2011, com o n.º 6/2012, proferida na 3.ª Secção deste Tribunal, foram os Demandados **José Maria Laranja Pontes** e **Pedro Brito Esteves** condenados, o primeiro, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração (C.A.) do Instituto Português de Oncologia (I.P.O.), **na multa de €1.920,00**, e o segundo, na qualidade de Vogal do C.A. do I.P.O., **nas multas de € 1.728,00 e 1.440,00€**, sendo o primeiro pela prática de uma infração financeira sancionatória prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e nºs 2 e 5 da LOPTC, e o segundo pela prática de duas infrações financeiras, uma prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC (a mesma por que foi condenado o 1.º Demandado), e a outra prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea h), da LOPTC, ambas punidas nos termos dos nºs 2 e 5, da mesma Lei.

1.2. Inconformados com a sentença, os Demandados supra referidos interpuseram recurso jurisdicional para o Plenário da 3.ª Secção deste Tribunal.

1.2.1. Na alegação de recurso, concluiu o Demandado **José Maria Laranja Pontes**:



“1.º

Quando o Ministério Público, enquanto titular da ação infracional, no contexto de imputação de infração financeira, conclui no sentido da inverificação de qualquer responsabilidade infracional imputável ao Recorrente, o Tribunal não pode deixar de decidir pelo reconhecimento dessa posição, absolvendo o réu;

2.º

Com efeito, da norma do artigo 94.º/1 da LOPTC decorre que o Juiz não vinculado ao montante indicado, pode condenar em maior ou menor quantia, mas não pode condenar quanto ao facto que não é submetido a júízo, sendo a tal equivalente a posição de reconhecimento da falta de verificação dos pressupostos da ilegalidade;

3.º

Não pode dar-se por verificado o pressuposto da “culpa” sem que haja representação pelo agente da estatuição, daquela que seria a conduta própria e a alternativa, para se aferir a adotada pelo agente do facto; no caso em apreço, como se vê da matéria dada como assente, vivia-se um período de incerteza, mesmo entre juristas, quanto ao regime aplicável;

4.º

Com efeito, nem intrinsecamente, por não serem claros a legislação e o direito aplicáveis, nem de outro modo, pela não representação de que a procura da melhor prossecução do interesse público, com a salvaguarda dos interesses relativos aos privados – todos os concorrentes – envolvidos na negociação, pudesse consubstanciar uma



ilegalidade, era representável estar o Recorrente em situação censurável, em situação em que a ilicitude do ato se lhe apresentasse como evidente;

5.º

O Recorrente aquando da intervenção que teve no proferimento do ato de adjudicação não objetou, pura e simplesmente i) por não se ter apercebido nem ter sabido, no momento das mesmas, da realização de negociações, em que não interveio, ii) por desconhecer se tais “negociações” eram ou não legais, iii) por ter a consciência, sim, em geral de que reunir com todos os candidatos admitidos e declarar esperar deles a melhoria de propostas, em vista da proteção do interesse público não poderia ser ilegal, que o objetivo “bom” não poderia contaminar os meios, quando todos os envolvidos e os respetivos interesses privados não estavam comprimidos;

6.º

Não vale para a responsabilidade infracional sancionatória aquele princípio do atingimento impugnatório do ato administrativo por qualquer irregularidade que se inscreva no procedimento, atingindo a homologação de aquisições;

7.º

Com efeito, não se verificam assim os pressupostos de facto de subsunção à violação da norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º quando está em causa i) a introdução de uma “fase de negociações” num procedimento, quando essa negociação se dirige apenas à “melhoria” da proposta e abrange todos os candidatos admitidos e ii) quando as sessões de negociação não têm o seu conteúdo reduzido a ata mas todas as alterações havidas se repercutem na apresentação



escrita subsequente da “melhoria” de cada proposta, imediatamente escrutinável pelos demais e o agente do ato homologatório não está apto a perceber tal realidade procedimental;

8.º

A previsão daquela norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC abarca os intervenientes diretos a quem a imputação possa ser feita a título de culpa e não aos dirigentes máximos cuja intervenção não seja culposa;

9.º

A violação daquela norma exige a verificação do pressuposto culpa, sob pena de inverificação da própria infração; e não estão demonstrados ou demonstráveis atos que consubstanciem “culpa” do recorrente enquanto agente no cometimento da infração acusada.”

Termos em que pede a sua absolvição.

1.2.2. Na alegação de recurso, concluiu o Demandado Pedro Brites Esteves:

“1. DA (NÃO) PRÁTICA PELO RECORRENTE DA MATERIALIDADE INFRACIONAL A QUE SE REFERE O ARTIGO 65.º, N.º 1, ALÍNEA B) DA LOPTC.

i. A decisão recorrida deu como provada, relativamente ao aqui Demandado e ao demandado José Maria Laranja Pontes, infração referente à adjudicação de despesa pública ilegal.

ii. O mote para a conclusão de se ter verificado, relativamente ao Demandado aqui Recorrente e ao Demandado José Maria Laranja



Pontes, a materialidade integradora da infração é o ato de adjudicação, a sua prática.

iii. Se o pressuposto for – como assume o Tribunal “a quo” - que é o ato de adjudicação, a materialidade infracional não pode deixar de ser atribuída ao autor desse ato e a mais ninguém.

iv. A autoria do ato de adjudicação pertence não aos dois Demandados, mas única e exclusivamente ao Demandado José Maria Laranja Pontes, sendo isso que resulta do artigo 7.º dos factos provados.

v. Ao imputar ao Demandado Pedro Esteves uma conduta que não decorre da sua ação, incorreu o Tribunal a quo em manifesto erro de julgamento, violando os artigos 65.º, n.º 1, alínea b), 67.º, n.º 2, 61.º, n.º 1 e 62, nºs 1 e 2, da LOPTC, assim como o artigo 26.º do Código Penal, erro que deve ser corrigido, revogando-se a decisão que condena o Demandado Pedro Esteves na multa de €1728 pela pretensa infração prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea b) da LOPTC, e substituindo-a por outra, de absolvição.

2. DA CONDENAÇÃO DO DEMANDADO POR INFRAÇÃO FINANCEIRA PREVISTA NO ARTIGO 65.º, N.º 1, ALÍNEA H) DA LOPTC.

vi. O Tribunal a quo julgou também evidenciada a materialidade integradora da infração correspondente a pagamentos em execução de contrato não (?) submetido à fiscalização prévia e julgou ser merecedora de censura a convicção desse no sentido da ilegalidade das autorizações de pagamento em causa, mas uma e outra decisões não estão isentas de mácula.



Tribunal de Contas

vii. A questão da sujeição do IPO Porto, enquanto Hospital EPE, ao visto prévio do Tribunal de Contas, não era à data – ou seja, entre Março e Maio de 2008 – matéria inequívoca e indubitável;

viii. A LOPTC foi objeto de alterações já posteriormente aos pagamentos em discussão nestes autos, precisamente no sentido de tornar clara a sujeição dos Hospitais EPE à fiscalização prévia do TC.

ix. O princípio de que “não há pena sem lei” é razão bastante para afastar de todo e in totum a existência de materialidade infracional e de a inquirar, por violação do número 1 do artigo 29.º da CRP.

Sem conceder,

Nem prescindir

x. Deve afastar-se a existência da materialidade infracional até ao momento em que o Tribunal de Contas perguntou ao IPO do Porto “como considera(va) legalmente possível o estipulado na cláusula 4.ª do contrato e os efeitos financeiros já produzidos, face ao disposto no artigo 45.º, n.º 1, da Lei 98/97, de 26 de Agosto”, o que teve lugar na sequência da sessão diária de visto de 9 de Maio de 2008 (cf. Página 28 da sentença recorrida), ou seja, no momento em que o Demandado tinha já realizado dois ou três pagamentos que o Tribunal entendeu integrarem a materialidade infracional.

xi. A materialidade infracional quanto ao Demandado Recorrente confina-se, no máximo, ao terceiro e último dos pagamentos por si efetuados.

xii. Sendo o contrato financiado através do Programa Operacional Saúde XXI e importando as regras estabelecidas pela entidade co-financiadora a realização dos pagamentos em dado prazo sob pena de preclusão do próprio financiamento, deverá considerar-se que o



Demandado agiu em patente **conflito de deveres**, o que, nos termos do artigo 36.º do Código Penal, constitui causa de exclusão de ilicitude.

xiii. O Demandado ao optar por efetuar o pagamento satisfez um dever superior àquele a que se viu obrigado a sacrificar, de não realizar pagamentos após a notificação do despacho proferido em sessão diária de visto de 9Maio2008.

xiv. Não pode assumir-se a existência de qualquer censurabilidade da conduta do Demandado senão, e não máximo, relativamente ao terceiro e último pagamento por si efetuado, e mesmo aí com a certeza de que qualquer que fosse a decisão a tomar ela importaria prejuízos.

xv. A conduta preferida foi aquela que o Demandado seguiu, e que se não fosse seguida implicaria prejuízos materiais para o IPO do Porto, enquanto a preterida, como o tempo prova, de todo não o afeta, mas tão-só e pessoal aos então membros do Conselho de Administração.

3. DA DISPENSA DE PENA OU DA ATENUAÇÃO ESPECIAL DESTA.

xvi. Acaso se venha a concluir pela condenação do recorrente, pelas duas ou apenas por uma das infrações financeiras que lhe vêm atribuídas sempre deverá o Tribunal decidir por dispensar de pena o Demandado ou, ao menos, atenuar especialmente a pena, nos termos do disposto nos artigos 74.º, 72.º e 73.º do Código Penal, respetivamente.”

Termos em que pede a sua absolvição ou, se assim não se entender, ser dispensado de pena, ou, pelo menos, vê-las especialmente atenuadas.



1.3. O Ministério Público emitiu parecer no sentido do provimento do recurso interposto pelo Demandado José Maria Laranja Pontes e pelo provimento parcial do recurso interposto pelo Demandado Pedro Brito Esteves, considerando, quanto a este último, só se mostrar provada a infração prevista na alínea h) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, pela qual foi condenado no mínimo da multa aplicável (vide fls. 97 e 98).

1.4. Após notificação do Parecer do M.P., foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. A sentença recorrida deu como provada a seguinte factualidade:

“1º

O Demandado José Maria Laranja Pontes é o Presidente do Conselho de Administração (C.A.) do Instituto Português de Oncologia do Porto (I.P.O.) desde Janeiro de 2006 e auferia o vencimento líquido mensal de 4.188,67€ no ano de 2008.

2º

O Demandado Pedro Brito Esteves era vogal do C.A. do I.P.O. desde Junho de 2007 até 31 de Maio de 2008 e auferia o vencimento líquido mensal de 3.618,92€.

3º



A Demandada Ana Strecht Monteiro era vogal do C.A. do IPO desde Julho de 2008 a Novembro de 2011 e auferia, no ano de 2008, o vencimento líquido mensal de 3.570,10 Euros.

4º

Em 25 de Janeiro de 2007, na sequência de despacho da então Vogal do C.A. do IPO Cristina Resende, foi aberto concurso público internacional para a aquisição de serviços de fornecimento e instalações de um sistema de digitalização, arquivo e distribuição de imagem radiológica (Sistemas RIS/PACS).

5º

O ato público de abertura das propostas ocorreu em 11 de Setembro de 2007.

6º

Em 28 de Janeiro de 2008, no âmbito do procedimento concursal, o Júri decidiu reunir com os concorrentes a fim de negociar as soluções preconizadas nas respetivas propostas.

7º

Em 18 de Fevereiro de 2008 o Demandado José Maria Laranja Pontes proferiu, enquanto Presidente do C.A. do IPO, o despacho de adjudicação à empresa “Sectra-Medical Systems – S.L.”.

8º

Em 20 de Fevereiro de 2008 foi celebrado o contrato de prestação de serviços no valor de 1.605.800,00 Euros.

9º

Nos termos das cláusulas 4ª e 5ª do contrato, a empresa adjudicatária devia faturar o montante de 1.605.800,00€ no momento da adjudicação



Tribunal de Contas

comprometendo-se o IPO a liquidar as faturas num prazo não superior a trinta dias a contar da data de emissão das mesmas.

10º

Os pagamentos acabaram por ser feitos como segue:

903.487,85	–	13.03.08
100.000,00	–	15.04.08
100.000,00	–	23.05.08
100.000,00	–	27.06.08
100.000,00	–	25.07.08
200.000,00	–	02.10.08
102.312,15	–	23.10.08

11º

Os três primeiros pagamentos foram autorizados pelo Demandado Pedro Brito Esteves.

12º

Os quarto e quinto pagamentos foram autorizados pela então Vogal Cristina Resende.

13º

Os sexto e sétimo pagamentos foram autorizados pela Demandada Ana Strecht Monteiro.

14º

Nos termos do ponto nº 1.4 do Caderno de encargos, o prazo para a implementação do Sistema corresponderia ao tempo proposto para a execução do projeto, pelo que era previsível que o termo do prazo fosse em finais de Maio de 2008.

15º



Tribunal de Contas

A conclusão da implantação do sistema RIS/PACS ocorreu na segunda quinzena de Março de 2009.

16º

O atraso verificado na implementação dos serviços adquiridos também resultou das dificuldades que o I.P.O. teve em disponibilizar os meios e as informações necessárias.

17º

O contrato de aquisição dos serviços foi enviado pelo Demandado José Maria Laranja Pontes ao Tribunal de Contas para efeitos de “fiscalização prévia” em 27 de Fevereiro de 2008, tendo dado origem ao Processo nº 264/08.

18º

O contrato foi devolvido ao I.P.O., por duas vezes, pelos serviços de apoio da 1ª Secção, com pedidos de esclarecimento.

19º

Em resposta ao primeiro dos ofícios do Tribunal de Contas, datado de 18 de Março de 2008 (ofício nº DECOP/UAT II/1429/08) o Demandado Laranja Pontes, pelo ofício CA/MS-159, de 21.04.08, confirmou que o procedimento já produzira efeitos financeiros “uma vez que tratando-se de aquisição objeto de candidatura ao Programa SAÚDE XXI, impunha-se em tal contexto emitir a documentação e praticar os atos com os efeitos financeiros respetivos”.

20º



Tribunal de Contas

Em 16 e 23 de Janeiro de 2009, pelos ofícios CA/MS nº 16 e 24/CA, subscritos pelo referido Laranja Pontes, informou o Tribunal de Contas que o I.P.O. já havia procedido à totalidade do pagamento do preço do contrato, não tendo o contrato sido reenviado ao Tribunal.

21º

A aquisição do sistema de digitalização, arquivo e distribuição de imagem radiológica representava um relevante melhoramento na qualidade técnica de prestação dos serviços e uma efetiva minimização dos custos de impressão, arquivo e acesso aos dados em causa.

22º

O contrato em análise foi financiado através do Programa Operacional de Saúde XXI, uma vez que o I.P.O. não tinha disponibilidades financeiras para suportar os encargos decorrentes da aquisição do sistema de digitalização.

23º

As regras estabelecidas pela entidade cofinanciadora exigiam a comprovação do prévio pagamento para o financiamento ser assegurado.

24º

À data dos factos era entendimento corrente entre os Hospitais E.P.E. (Entidades Públicas Empresariais), como era o caso do I.P.O., que os mesmos se encontravam isentos da fiscalização prévia nos termos do artº 47º-nº 1-a) da LOPTC.



25º

Este entendimento resultava do facto de ter sido circulado pelos diversos Hospitais E.P.E um parecer de um jurista, datado de 9 de Abril de 2007, solicitado pelo Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, onde se defendia que aquelas entidades não estavam sujeitas a um regime-regra de visto prévio.

26º

Ao remeterem o contrato à fiscalização prévia os Demandados Laranja Pontes e Pedro Esteves estavam convictos de que o Tribunal de Contas devolveria o contrato por não estar sujeito ao visto prévio.

27º

Confrontados com os pedidos de esclarecimento do Tribunal de Contas, designadamente sobre se o contrato já havia produzido efeitos financeiros, os Demandados Laranja Pontes e Pedro Esteves consideraram que a melhor defesa do interesse público era assegurar a continuidade dos pagamentos para não se perder o financiamento público.

28º

A Demandada Ana Strecht Monteiro autorizou os pagamentos convicta de que os mesmos eram legais não tendo sido alertada ou informada previamente sobre quaisquer questões que pudessem suscitar-lhe dúvidas sobre a regularidade das autorizações.

29º



Os Demandados Laranja Pontes e Pedro Esteves estavam convictos de que, ao procedimento concursal em causa, era diretamente aplicável a Diretiva nº 2004/18/CE, do PE e do Conselho Europeu de 31 de Março de 2004, pois tinham recebido instruções da CCDR nesse sentido, especificamente, pelo despacho do Gestor da Operação Norte exarado em Circular de 01.02.06.

30º

Os Demandados Laranja Pontes e Pedro Esteves não acompanharam diretamente o procedimento concursal mas tiveram conhecimento e não objetaram a que o júri tivesse decidido realizar, informalmente, reuniões com os diversos concorrentes na fase de apreciação das respetivas propostas.

31º

Tais reuniões, realizadas no mesmo dia (28 de Janeiro de 2008), destinavam-se a permitir aos concorrentes a apresentação de melhorias das respetivas propostas.

32º

No procedimento concursal não foram apresentadas, pelos concorrentes, quaisquer reclamações.

33º

A implementação e operatividade efetivas do sistema “RIS/PACS” permitiu diretamente, uma redução de custos muito significativa, os quais, em 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009 se cifraram em 240.689€,



Tribunal de Contas

289.372€, 186.001€, 74.679€ e 22.890€, sendo que, no ano de 2010, não representaram qualquer custo.

34º

Os Demandados atuaram convictos da legalidade e regularidade dos atos e procedimentos que autorizaram.”.

3. O DIREITO

3.1. Da sujeição da entidade e do contrato em causa a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

O Instituto Português de Oncologia (I.P.O.), enquanto entidade pública empresarial, está sujeito à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, atento o disposto na alínea b) do n.º 2 da Lei 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC), na redação dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Por outro lado, e nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, na redação da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, a fiscalização prévia passou a incidir também sobre “(...) os atos e contratos (...) das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas



Tribunal de Contas

originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtração de atos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas (...)”.

Ou seja, em determinadas circunstâncias, as entidades públicas empresarias estão sujeitas ao controlo prévio do Tribunal de Contas.

Com esta alteração pretendeu-se manter a obrigatoriedade de visto prévio para as operações efetuadas com a utilização de dinheiros públicos (oriundos de orçamentos públicos) por parte de entidades que desenvolvam funções administrativas, independentemente da natureza ou da forma jurídica da entidade que as realiza, e, deste modo, combater a fuga a esta forma de controlo¹.

Como interpretar o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC²?

O primeiro critério é que estejamos perante uma entidade criada pelo Estado ou por qualquer outra entidade pública, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública.

Tem este Tribunal entendido³ que o preenchimento deste requisito implica que as necessidades coletivas a satisfazer:

¹ Vide Guilherme d'Oliveira Martins, in Revista do Tribunal de Contas, n.º 46, e Lídio de Magalhães, in Revista da Administração Local, Julho de 2007

² Seguimos de perto a argumentação aduzida no Relatório de Auditoria n.º 14/2010.

³ cfr., designadamente, as decisões seguidamente identificadas, proferidas nos processos relativos às Subconcessões de Autoestradas remetidos a fiscalização prévia deste Tribunal pela Estradas de Portugal, SA,: Processo n.º 32/09, “Subconcessão do Autoestrada Transmontana”, decisão proferida em sessão diária de visto (s.d.v.) de 9 de Julho de 2009; Processo n.º 585/09, “Subconcessão do Litoral Oeste”, decisão proferida em s.d.v. de 9 de Julho de 2009; Processo n.º 361/09, “Subconcessão da Autoestrada do Baixo Alentejo”, decisão proferida em s.d.v. de 8 de Julho de 2009; Processo n.º 1787/08, “Subconcessão do Douro Interior”, decisão proferida em s.d.v. de 7 de Julho de 2009; Processo n.º 337/09, “Subconcessão do Baixo Tejo”, decisão proferida em s.d.v. de 7 de Julho de 2009.



- Estivessem antes já identificadas como tal;
- Estivessem antes cometidas a órgão ou serviço integrado no sector público administrativo;
- Mantenham um conteúdo materialmente administrativo⁴.

Ora, não há dúvida de que os Hospitais, EPE, são entidades criadas pelo Estado que preenchem estas características, na medida em que a sua atividade, à semelhança do que acontece com todos os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde, se destina à satisfação de necessidades coletivas no domínio da saúde, há muito identificadas, original e tradicionalmente e ainda hoje garantidas por entidades inseridas no sector público administrativo, tendo essa atividade uma natureza não mercantil.

Efetivamente, trata-se de uma atividade exercida em condições que não permitem a autossustentação financeira das entidades que a desenvolvem.

⁴ Funções materialmente administrativas são as que, no seu desenvolvimento, reúnem de entre outras, as seguintes características:

- a) Subordinam-se prioritariamente a preocupações de boa prestação de serviços de interesse geral e não a fins lucrativos;
- b) Dão origem a oferta de bens e a prestação de serviços, em regra não sujeitas ao funcionamento do mercado e à concorrência;
- c) Não têm potencial de geração de receitas de natureza mercantil que permitam às entidades que as asseguram assumir integralmente, por si, todos os riscos inerentes àquele desenvolvimento e à sua própria subsistência. Isto é: em última instância, há um ente público que assegura que aquelas funções são efetivamente asseguradas, porque correspondem a interesses gerais impreteríveis;
- d) Na sua execução, é feito apelo ao exercício de poderes de autoridade.



Tribunal de Contas

É, por isso, que os Hospitais EPE, apesar de assumirem uma forma empresarial, *“apenas formalmente são empresariais”*.

Este aspeto leva-nos ao segundo critério, intrinsecamente ligado ao primeiro.

Exige a lei, para que a entidade se considere submetida aos poderes de controlo prévio deste Tribunal, que os seus encargos sejam *“suportados por transferência do orçamento da entidade que os criou”*.

A jurisprudência deste Tribunal aponta para que esta expressão deva ser entendida no sentido de que o financiamento da entidade em causa há-de incluir fluxos financeiros entre o orçamento da entidade criadora pública e o orçamento da entidade criada, deste modo se suprimindo a incapacidade da entidade para se autossustentar, em virtude da natureza não mercantil da sua atividade.

Esses fluxos financeiros são, hoje, de natureza variada e a necessidade de preservar o efeito útil da norma, de forma a não trair ou contornar a sua finalidade, impõe que se adote um sentido abrangente de transferência que, enquanto fluxo financeiro e/ou jurídico, titule um *“efetivo financiamento público”*.

Para este efeito devem, pois, relevar, todos os fluxos de recursos financeiros públicos da entidade criadora para a entidade criada, contribuindo para o seu funcionamento e, em geral, para as suas atividades, independentemente das soluções técnicas adotadas. Trata-se de fluxos financeiros ou financiamentos que permitem a subsistência da entidade e a realização, em geral, das suas atividades e, no caso, das entidades sob forma empresarial, sem serem uma contrapartida direta da disponibilização de bens e serviços, de natureza mercantil, em ambiente de concorrência.



Tribunal de Contas

Incluem-se, pois, neste conceito, as transferências propriamente ditas (correntes e de capital), os subsídios e as compensações, mas também os movimentos financeiros ao abrigo de contratos-programa, de contratos de gestão e de outros instrumentos contratuais e programáticos celebrados entre as entidades criadoras e as criadas, bem como a própria consignação ou atribuição de receitas de natureza tributária.

Em todos estes casos se deve entender que ocorre, substancialmente, um fluxo de recursos financeiros públicos ou de financiamentos públicos entre a entidade criadora e a entidade criada, com o objetivo de a dotar de meios financeiros públicos suficientes para a prossecução da sua atividade não mercantil.

O que importa é que as entidades em causa produzem bens e serviços não mercantis e a sua estrutura de financiamento continua a assentar em impostos e taxas, ou seja, fundamentalmente em receitas não provenientes da produção de bens e prestação de serviços.

Entende-se pois que as entidades criadas e financeiramente mantidas neste modelo devem considerar-se como enquadradas na segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º.

Os Hospitais EPE são, como já referimos, remunerados pelo Estado em função da valorização dos atos e serviços que prestam, por linhas de produção, tendo por base uma tabela de preços constante em anexo aos respetivos contratos-programa, para além de beneficiarem também de projetos financiados com receitas públicas consignadas (pelo PIDDAC e por outros programas comunitários, como o Saúde XXI).

Trata-se de um modelo de financiamento que corresponde ao financiamento público de uma atividade não mercantil, em tudo, aliás,



semelhante ao que se aplica aos hospitais pertencentes ao sector público administrativo, e que, portanto, se enquadra no pressuposto de aplicação da parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC.

Em conclusão, verificados que estão os requisitos para o efeito, os Hospitais EPE e, em concreto, o Instituto Português de Oncologia do Porto, estão sujeitos ao controlo prévio do Tribunal de Contas, por força do disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), parte final, da LOPTC. .

Acresce que o contrato em causa, no valor de €1.605.800,00, enquadra-se também no âmbito objetivo da fiscalização prévia, por força do disposto nos artigos 46.º, n.º 1, alínea b), e 48.º da LOPTC, na redação da Lei 48/2006, de 29 de Agosto, conjugado com a Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2008.

3.2. Do alegado erro de julgamento decorrente do facto de o Ministério Público, em sede de julgamento, ter pedido a absolvição do Recorrente José Laranja Pontes pela infração prevista e punida pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e nºs 2 e 5, e de tal não ter sido considerado, em sede de sentença.

Como refere, e bem, o M.P, no seu Parecer, improcede “*o argumento aduzido (...) quanto aos efeitos processuais das alegações finais do Ministério Público em sede de audiência de julgamento – onde se pronunciou pela absolvição de ambos os demandados na parte relativa à infração em análise - pois, embora o procedimento por responsabilidades financeiras obedeça, em fase de julgamento, às regras do processo declarativo sumário do Código de Processo Civil*



(ex vi artigo 93 da LOPTC), o certo é que posição do Ministério Público não equivale à desistência da instância, nem à desistência do pedido formulado no Requerimento Inicial, atentos os princípios da oficialidade (e conseqüentemente, a inaplicabilidade do princípio do dispositivo) e da legalidade a que o Ministério Público está vinculado no procedimento em causa. Ou seja, há que distinguir o exercício do direito de ação, por natureza irrenunciável (já que não vigora o princípio da oportunidade, mas sim o da legalidade) e a convicção jurídica resultante da apreciação do caso, em sede de alegações finais.”.

Improcede, assim, o invocado erro de julgamento.

3.3. Do invocado erro de julgamento decorrente do facto do Recorrente Pedro Brites Esteves não ter sido o autor da adjudicação e, por esta via, da infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e nºs 2 e 5, da LOPTC (assunção de despesa pública ilegal).

Quanto a este ponto foi dado como provado o seguinte:

*“Em 18 de Fevereiro de 2008 o Demandado José Maria Laranja Pontes proferiu, enquanto Presidente do IPO, o despacho de adjudicação à empresa “Sectra-Medical Systems – S.L.” – **facto 7**;*

Tal facto resulta, de resto, da pág. 317 (canto superior direito) do processo de fiscalização prévia.



Tribunal de Contas

Tem, assim, razão o Recorrente Pedro Esteves quando afirma que não foi autor ou coautor da adjudicação em causa, pelo que não poderá ser condenado pela infração por que foi condenado.

Na verdade, e conforme refere a sentença recorrida, a relevância sancionatória de uma ilegalidade praticada no decurso do procedimento concursal só adquire relevância sancionatória quando se profere o despacho de adjudicação, ou seja, *“quando se assumem despesas e ou compromissos.”*. *“Bastava que não tivesse sido proferido despacho de adjudicação para que tais irregularidades (introdução de negociações em violação de normas procedimentais) não tivessem consequências porque, reitera-se, não tinha havido assunção de despesa pública ilegal.”*

Em suma: não tendo sido o Recorrente Pedro Brites Esteves autor ou coautor da adjudicação também não poderá ser responsabilizado pela infração por que foi acusado e condenado, conforme resulta dos artigos 65.º, n.º 1, alínea b), 61.º, n.º 1, 62.º, nºs 1 e 2, e 67.º, n.º 3, da LOPTC.

Procede, assim, o invocado erro de julgamento.

3.4. Do invocado erro de julgamento decorrente do facto de o Recorrente José Laranja Pontes não ter agido com culpa.



3.4.1.

José Laranja Pontes foi condenado na multa de €1.990,00 pela prática da infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 e 5, da LOPTC (assunção de despesa pública ilegal).

3.4.1.1. Do elemento objetivo da infração.

A factualidade que sustenta a prova do elemento objetivo da infração, de acordo com a sentença recorrida, é a que se segue:

- *Em 28 de Janeiro de 2008, no âmbito do procedimento concursal, o Júri decidiu reunir com os concorrentes a fim de negociar as soluções preconizadas nas respetivas propostas – facto n.º 6;*
- *Os Demandados (...) não acompanharam diretamente o procedimento concursal mas tiveram conhecimento e não objetaram a que o júri tivesse decidido realizar, informalmente, reuniões com os diversos concorrentes na fase de apreciação das respetivas propostas – facto 30;*
- *Tais reuniões, realizadas no mesmo dia (28 de Janeiro de 2008) destinavam-se a permitir aos concorrentes a apresentação de melhorias das respetivas propostas – facto 31;*
- *No procedimento concursal não foram apresentadas, pelos concorrentes, quaisquer reclamações – facto 32;*
- *Em 18 de Fevereiro de 2008 o Demandado José Maria Laranja Pontes proferiu, enquanto Presidente do C.A. do IPO, o despacho de adjudicação à empresa “Sectra-Medical Systems – SL – facto 7;*

Em face da referida factualidade, deu-se como adquirida a “*ilicitude do facto*” - introdução de uma fase negocial no concurso público – pelas razões que se seguem:

- *“...nem nos termos do Decreto-Lei nº 197/99 – legislação aplicável ao procedimento – nem no âmbito da Diretiva nº 2004/18/CE, de 31 de Março, que os Demandados estavam convictos que era diretamente aplicável, tendo*



até recebido instruções da CCDR (facto nº 29), era legalmente sustentável a existência de uma fase de negociações no âmbito de um concurso público.”.

- *A inadmissibilidade legal resulta, claramente:*

- *dos artigos 78º-nº 1, 80º-nº 3 e 4, 83º, 84º, 132º e 143º do Decreto-Lei nº 197/99;*

- *dos princípios constantes dos artigos 7º a 11º, 13º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99;*

- *dos artigos 20º, 28º, 30º e 31º da Diretiva nº 2004/18/CE.*

- *No sentido atrás referido, decidiu o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 109/08, de 22 de Setembro, da Subsecção da 1.ª Seção. Diz aquele aresto: “Quer no regime da Diretiva 2004/18/CE, quer no do Decreto-Lei nº 197/99, apenas os procedimentos por negociação incluem a possibilidade de negociar o conteúdo e condições das propostas com um ou vários fornecedores, a fim de as adaptar os requisitos, obter condições mais favoráveis para a entidade adjudicante e determinar, conseqüentemente, a melhor proposta (cfr. artigos 30º, nº 2, da Diretiva e 78º, nº 5, e 143º do Decreto-Lei nº 197/99).*

Mas ambos os diplomas estabelecem que os procedimentos por negociação apenas podem ser adotados em circunstâncias específicas expressamente previstas. Essas circunstâncias estão descritas nos artigos 30º e 31º da Diretiva e nos artigos 80º, nºs 3 e 4, 83º e 84º do Decreto-Lei nº 197/99. Nenhuma dessas circunstâncias se verificou no caso.

Sublinhe-se, ainda, o facto de o procedimento por negociação poder ser utilizado na sequência de concurso (vide alínea a) do artigo 83º e alíneas b), c), d) e e) do artigo 84º) ou em alternativa ao concurso (vide alíneas b) e c) do artigo 83º e a) do artigo 84º) e nunca no âmbito de um concurso, como no caso concreto ocorreu.

Ao carácter restrito destes procedimentos negociais acresce que a tramitação do concurso público, extensamente regulada nos artigos 87º a 109º do Decreto-Lei nº 197/99, não refere em passo algum a possibilidade de estabelecer negociações com os concorrentes e



encontra-se sujeita ao princípio da estabilidade estabelecido no artigo 14º, que, no seu nº 2, estabelece que “Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação”.

Entendemos, pelas razões acima expostas⁵, que a introdução de uma fase negocial não permitida por lei no concurso público se consubstancia numa ilegalidade do procedimento que inquina o ato de adjudicação de ilegalidade e, conseqüentemente, o ato de assunção do compromisso⁶, tornando, por esta via, a respetiva despesa pública ilegal – vide alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC.

- **A atuação do Recorrente foi, assim, ilícita.**

3.4.1.2. Do elemento subjetivo da infração.

A factualidade que sustentou a prova do elemento subjetivo da infração é a seguinte:

- O Demandado atuou convicto da legalidade e regularidade dos atos e procedimentos que autorizou - **facto 34**;
- O Demandado estava convicto de que, ao procedimento concursal em causa, era diretamente aplicável a Diretiva n.º 2004/18/CE, do PE e do Conselho Europeu de 31 de Março de 2004, pois tinha recebido instruções da CCDR nesse sentido, especificamente, pelo despacho do Gestor da Operação Norte exarado em circular de 01.02.06 - **facto 29**;

⁵ Ver também ponto 3.2. do Acórdão.

⁶ A assunção do compromisso consuma-se com a adjudicação.



Tribunal de Contas

- O Demandado Laranja Pontes não acompanhou diretamente o procedimento concursal mas teve conhecimento e não objetou a que o júri tivesse decidido realizar, informalmente, reuniões com os diversos concorrentes na fase de apreciação das respetivas propostas - **facto 30**⁷.

Em face da referida factualidade, diz, em síntese, a sentença recorrida:

- Em face do facto dado como provado em **7**, podemos concluir que o Demandado incorreu em erro sobre a ilicitude (artigo 17.º do Código Penal);
- O agente que atua sem consciência da ilicitude do facto pode ser declarado culpado se se concluir que o erro sobre a consciência da ilicitude é censurável (artigo 17.º do Código Penal);
- No caso, o erro em que aquele incorreu é censurável, porquanto: **(i)** A introdução da fase negocial, num procedimento por concurso público, quer no âmbito da diretiva n.º 2004/18/CE do PE e do Conselho Europeu, de 31 de Março de 2004, não tinha qualquer suporte legal; **(ii)** A convicção do Demandado de que, no procedimento concursal em causa, era diretamente aplicável a Diretiva supracitada na sequência de instruções da CCDR (**facto 29**) não elimina a censurabilidade das condutas; **(iii)** E isto porque o referido despacho, circulado em 01.02.06, limitava-se a dar instruções para a aplicação da Diretiva “*a todos os procedimentos de contratação pública cujos valores estimados dos contratos sejam de valor igual ou superior aos limiares comunitários fixados no seu artigo 7.º*” .

Concorda-se, genericamente, com os argumentos aduzidos na sentença recorrida quanto à censurabilidade do erro em que incorreu o Recorrente.

Acrescentamos, no entanto, os seguintes:

⁷ A factualidade não está transcrita tal e qual a mesma foi dada como provada, por se ter entendido que o Recorrente Pedro Esteves não pode ser responsabilizado pela infração em causa (vide ponto 3.2.). Daí que tivéssemos transcrito a referida factualidade no singular, e não no plural



Tribunal de Contas

- 1- No programa de concurso⁸ não estava prevista a abertura de qualquer fase de negociações entre os concorrentes;
- 2- O programa de concurso tem natureza jurídica normativa em relação ao procedimento nele regulado, sendo emitido ao abrigo do poder de auto conformação procedimental conferido pela lei ao órgão adjudicante⁹;
- 3- As disposições do programa de concurso são, assim, auto vinculantes para a autoridade procedimental, bem como para todos os intervenientes no mercado concursal, não podendo as respetivas disposições ser retiradas, modificadas ou substituídas, pelo menos, após a publicitação do anúncio do concurso, sob pena de se violar o princípio da estabilidade das regras concursais;
- 4- Quer isto dizer que, mesmo que o Recorrente estivesse convencido sobre a possibilidade de ser inserida uma fase negocial no procedimento concursal, sempre o Recorrente, *in casu*, podia e devia afastar tal possibilidade, por tal fase não estar prevista no programa de concurso, elaborado pelo próprio I.P.O. e a que este se auto vinculou;
- 5- Ou seja, qualquer gestor público cuidadoso e diligente, colocado na posição do Recorrente, podia e devia obstar a que o júri do concurso tivesse atuado como atuou ou, não o tendo feito, não proceder à adjudicação, anulando o procedimento concursal desde a data da verificação da referida ilegalidade (introdução de uma fase negocial no concurso público).

⁸ Hoje denominado programa do procedimento (artigo 41.º do CCP).

⁹ Vide Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa” 1998, Almedina, e “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, 2011, Almedina, págs. 135 e 350, respetivamente.



- **Do exposto, e face às considerações formuladas, entende-se que, no condicionalismo apurado, merece censura a convicção do Recorrente na legalidade da sua conduta ao adjudicar os serviços contratualizados.**
- **Agiu, pois, o Recorrente com culpa (artigo 17.º, n.º 2 do Código Penal).**
- **Improcede, assim, o invocado erro de julgamento.**

3.4.1.3. Da medida da multa aplicável.

Nos termos do art.º 65.º, n.º 2 da Lei n.º 98/97 (na redação anterior à Lei n.º 48/06), as infrações aí previstas são punidas com multas que têm, como limite mínimo, metade do vencimento líquido mensal, e como limite máximo, metade do vencimento líquido anual dos responsáveis.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, as multas passaram a ter, como limite mínimo, o montante correspondente a 15 *UC* e como limite máximo o correspondente a 150 *UC*, legislação que é aplicável a estes autos, atenta a data da prática das infrações.¹⁰

O valor da Unidade de Conta (*UC*) para o triénio de 2007 a 2009 é de 96€ (artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n.º 212/89, de 30 de Junho, com a

^{10 10} A Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, aumentou os limites mínimo e máximo para, respetivamente, 25 e 180 *UCs*.



Tribunal de Contas

alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 323/01, de 17 de Dezembro e artigo 1º do Decreto-Lei nº 238/05, de 30 de Dezembro).

Assim, o limite mínimo das multas em análise é de €1.440.00 e o limite máximo de €14.400,00, que é reduzido a metade, quando a infração é cometida com negligência (n.º5 do artigo 65.º).

No âmbito da responsabilidade sancionatória, a graduação das multas é feita tendo em consideração a gravidade dos factos e as suas consequências, o grau de culpa, o montante material dos valores públicos lesados ou em risco, o nível hierárquico dos responsáveis, a sua situação económica, a existência de antecedentes e o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal (artigo 67º da Lei nº 98/97).

O Recorrente Laranja Pontes, Presidente do C.A. do I.P.O. foi condenado em 20 UCs, a que corresponde o montante de €1.920,00.

Face a toda a matéria factual adquirida nos autos, bem como a todos os elementos a ter em conta pelo artigoº 67º da LOPTC, e atenta a inexistência de circunstâncias atenuadoras da responsabilidade, dada a censurabilidade evidente do erro em que incorreu sobre a pretensa admissibilidade de uma fase negocial (informal) enxertada em concurso público em causa, **julga-se adequada a multa de €1.920,00 por que foi condenado em 1.ª instância.**



3.5. Do invocado erro de julgamento decorrente do facto do Recorrente Pedro Brites Esteves ter efetuado pagamentos antes do visto, em violação do disposto nos artigos 45.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1, alínea h), da LOPTC.

3.5.1.

Pedro Brito Esteves foi condenado na multa de €1.440,00 pela prática da infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea h), e nºs 2 e 5, da LOPTC (pagamentos em execução de contrato não submetido a fiscalização prévia).

3.5.1.1. Do elemento objetivo da infração.

O artigo 45.º da LOPTC, sob a epígrafe “*Efeitos do visto*”, dispõe no seu n.º 1: *Os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa e sem prejuízo dos números seguintes.*

Por seu turno, o artigo 65.º, sob a epígrafe “*Responsabilidades financeiras sancionatórias*”, no seu n.º 1, alínea h), dispõe o seguinte:

O Tribunal de Contas pode aplicar multas nos casos seguintes: Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos a fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos.

Do disposto nos referidos artigos podemos concluir o seguinte:



Tribunal de Contas

- Nos contratos sujeitos a fiscalização prévia, só se podem efetuar pagamentos após a obtenção do “Visto” (artigo 45.º, n.º 1);
- Em caso de recusa do “Visto” só se podem pagar os serviços entretanto adquiridos e até à data da respetiva notificação da recusa do visto e desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período (artigo 45.º, n.º 3)¹¹.

Para os contratos que produzam efeitos materiais antes do “Visto”, e a fim de minimizar os seus efeitos materiais, a LOPTC estabelece prazos curtos para o envio dos contratos à fiscalização prévia (20 dias quer para a remessa inicial quer para o reenvio após devolução do Tribunal), conforme se pode ver dos artigos 81.º, n.º 2, e 82.º, n.º 2.

Mas mais: a inobservância de tais prazos faz cessar imediatamente todas as despesas decorrentes dos contratos e gera responsabilidade financeira sancionatória (vide artigos 82.º, n.º 4, e 66.º, n.º 1, alínea e), da LOPTC).

A *ratio* dos referidos preceitos reside, assim, no seguinte: sendo legalmente possível a execução material dos contratos antes do “Visto”, há que limitar, através de prazos curtos e imperativos, os efeitos decorrentes dessa execução, já que há trabalhos realizados ou bens ou serviços adquiridos que terão de ser pagos mesmo em caso de recusa do “Visto” (vide n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC).

¹¹ A Lei 61/2001, de 7 de Dezembro, veio estabelecer o regime-regra para os contratos de valor superior a 950.000€, determinando que, antes do “Visto”, não se podem produzir quaisquer efeitos (n.º 4 do artigo 45.º da LOPTC)



Voltando ao caso em análise, temos como adquirido o seguinte:

- O contrato em causa estava sujeito a fiscalização prévia (**ponto 3.1. deste Acórdão**);
- O Recorrente Pedro Brites Esteves efetuou três pagamentos (os três primeiros) na pendência do processo de fiscalização prévia e antes de qualquer decisão de “Visto” por parte do Tribunal (**factos 7.º, 18, 19.º, 20.º e 27.º**);
- O contrato, na sequência de devolução por parte do Tribunal de Contas, acabou por não ser reenviado pelo I.P.O. ao Tribunal (**facto 18.º e 20.º**), o que impossibilitou o Tribunal de proferir qualquer decisão de mérito.

Estamos, assim, em condições de dizer que o Demandado procedeu à execução de um contrato que acabou por não ser submetido a fiscalização prévia quando a isso estava legalmente sujeito, o que viola o disposto nos artigos 65.º, n.º 1, alínea h), e 45.º, n.º 1, da LOPTC.

Alega, no entanto, o Recorrente que o contrato foi financiado pelo Programa Operacional Saúde XXI, e que as regras aí estabelecidas impunham a realização dos pagamentos em determinado prazo, sob pena de preclusão do próprio financiamento. Daí que tivesse atuado em patente **conflito de deveres, o que, nos termos do artigo 36.º do Código Penal, constitui causa de exclusão da ilicitude.**

Vejamos, pois, se se verifica tal causa de exclusão da ilicitude.

No que respeita ao conflito de deveres, dispõe o n.º 1 do artigo 36.º do Código Penal, na parte que ora nos interessa que “*Não é lícito o*



facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos (...) satisfazer dever de valor igual ou superior ao do dever (...) que sacrificar”.

Neste preceito contemplam-se as hipóteses em que o agente é colocado perante um dilema de, na impossibilidade de cumprimento tempestivo e simultâneo de deveres que sobre ele impendem, ter de optar pelo cumprimento de um deles, sacrificando o outro.

O agente agirá a coberto desta causa de justificação optando pelo cumprimento do dever mais valioso, no caso de ser possível hierarquizar os deveres em confronto por referência aos bens jurídicos protegidos e à importância que aqueles deveres assumem para a pessoa que vinculam.

Não sendo possível estabelecer essa hierarquização, perante a colisão de deveres de igual valor, o agente pode eleger o cumprimento de qualquer um desses deveres e, cumprindo-o, fica afastada a ilicitude da sua conduta ao preterir o outro dever conflituante.

No caso, nem sequer se pode dar como demonstrado que o Recorrente alguma vez se tivesse sentido perante um dilema: o de não efetuar os pagamentos antes do “Visto”, como a lei impõe, e o de proceder aos pagamentos, como contratualmente estava obrigado.



Na verdade, o Recorrente, ao efetuar aqueles pagamentos, atuou convencido da legalidade da sua atuação (**facto 34.º**), o que significa que aquele nem sequer teve consciência dos deveres jurídicos, alegadamente, em conflito. Atuou assim porque estava convencido de que os Hospitais E.P.E. estavam isentos de fiscalização, e que o Tribunal de Contas devolveria o contrato ao I.P.O. por não estar sujeito a fiscalização prévia. (factos 24, 25 e 26).

Caí, assim, pela base o fundamento invocado.

Acresce que a proibição de não efetuar pagamentos antes do “Visto” afigura-se nos superior. E isto porque as obrigações financeiras têm natureza legal, enquanto os pagamentos efetuados têm natureza contratual.

- **Improcede, por isso, a invocada causa de exclusão da ilicitude, configurando-se a sua atuação como ilícita.**

3.5.1.2. Do elemento subjetivo da infração.

O Recorrente Pedro Brito Esteves autorizou pagamentos num contrato em execução e que tinha sido enviado à fiscalização prévia, posteriormente devolvido pelo Tribunal para esclarecimentos, designadamente, sobre se o contrato produzira efeitos financeiros. Contrato que acabou por não ser reenviado ao Tribunal.



Tribunal de Contas

A convicção do Demandado de que as referidas autorizações de pagamento eram legais e regulares merece censura (artigo 17.º do Código Penal)?

Vejamos:

Os pagamentos foram autorizados em 13 de Março, 15 de Abril e 23 de Maio de 2008, ou seja, foram subsequentes ao envio, em 27 de Fevereiro de 2008, do contrato à fiscalização prévia do Tribunal de Contas. E, logo em 18 de Março e 9 de Maio, o Tribunal solicitava ao IPO esclarecimentos sobre a eventual produção de efeitos financeiros do contrato.

Os Demandados Laranja Pontes e Pedro Esteves, ao remeterem o contrato à fiscalização prévia, estavam convictos de que o Tribunal de Contas devolveria o contrato por não estar sujeito a visto prévio (**facto 26**); quer isto dizer que o Recorrente, apesar de saber que o contrato tinha sido remetido para fiscalização prévia, mesmo assim procedeu a pagamentos antes do “Visto”, fazendo-o, inclusivamente, após a devolução do Tribunal de Contas, de 9 de Maio de 2008, onde se questionava o I.P.O. sobre *“como considera legalmente possível (...) os efeitos financeiros já produzidos, face ao disposto no n.º 1 do artigo 45.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto”*.

Ora, qualquer gestor público cuidadoso e diligente, colocado na posição do Recorrente, podia e devia saber que não podia efetuar pagamentos antes do “Visto”.

- **Do exposto, e atento o circunstancialismo apurado, merece censura a convicção do Recorrente Pedro Brito**



Esteves da legalidade das autorizações de pagamento em causa.

- **Agiu, pois, o Demandado com culpa** (artigo 17º, nº 2 do C. Penal)

3.5.1.3. Da medida da multa aplicável.

O Recorrente Pedro Brito Esteves, Presidente do C.A. do I.P.O. foi condenado no mínimo da multa, ou seja, em 15 UCs, a que corresponde o montante de €1.440,00.

Para tanto, e em sede de atenuação da responsabilidade (artigo 67.º da LOPTC), relevaram os seguintes factos, a saber:

- Era entendimento corrente entre os Hospitais E.P.E. que os mesmos se encontravam isentos da fiscalização prévia, tendo circulado pelos diversos Hospitais um parecer de um jurista, datado de 9 de Abril de 2007 e solicitado pelo Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, onde se defendia que os Hospitais E.P.E. não estavam sujeitos a um regime-regra de visto prévio;

(factos nºs 24 e 25)

- A convicção do Demandado que o Tribunal de Contas devolveria o contrato por não estar sujeito ao visto prévio.

(facto nº 26)



- As regras que estavam estabelecidas pelo Programa Operacional de Saúde XXI, que cofinanciava o contrato, impunham a comprovação do prévio pagamento para o financiamento ser assegurado, tendo o Demandado, quando confrontado com os pedidos de esclarecimentos do Tribunal de Contas, considerado que a melhor defesa do interesse público era assegurar a continuidade dos pagamentos, para não se perder o financiamento público.

(factos nºs 22, 23 e 27)

- A aquisição do sistema “RIS/PACs” representou um relevante melhoramento na qualidade técnica da prestação dos serviços e permitiu, diretamente, uma redução de custos muito significativa: em 2006 cifravam-se em 289.372€ em 2009, 22.890€ e em 2010 não representaram quaisquer custos.

(factos nº 21 e 33)

Por se nos afigurar, face ao exposto, que a culpa e, sobretudo, a ilicitude, não são diminutas, entendemos não ser, aqui, de aplicar o instituto da dispensa de pena (cfr. artigo 74.º do Código Penal).

Por outro lado, a atenuação especial da multa sempre nos conduziria ao mínimo da multa aplicável (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 74.º do Código Penal), que foi, efetivamente, a multa aplicada em 1ª. instância.

Assim, e em face de toda a matéria factual adquirida nos autos, bem como a todos os elementos a ter em conta pelo artigoº 67º da LOPTC e atenta a existência de circunstâncias atenuadoras da responsabilidade,



julga-se adequada a aplicação da multa mínima, de €1.440,00, pela qual o Recorrente foi condenado em 1.^a instância.

4. DECISÃO.

Termos em que se julga o presente recurso parcialmente procedente, por provado, e, em consequência, decide-se:

a) Absolver o Recorrente Pedro Brito Esteves da infração financeira sancionatória prevista no artigo 65.^o, n.^o 1, alínea b), da LOPTC;

b) Manter a condenação do Demandado Pedro Brites Esteves na multa de €1.440,00 (mil quatrocentos e quarenta euros) pela prática da infração financeira sancionatória prevista e punida no artigo 65.^o, n.^o 1, alínea h), e n.^{os} 2 e 5, da LOPTC;

c) Manter a condenação do Demandado José Maria Laranja Pontes na multa de €1.920,00 (mil novecentos e vinte euros) pela prática da infração financeira sancionatória prevista e punida no artigo 65.^o, n.^o 1, alínea b), e n.^{os} 2 e 5, da LOPTC.

Emolumentos legais, sendo que os devidos pelo Demandado Pedro Brito Esteves são reduzidos a metade (artigo 17.^o, n.^o 2, RJETC).



Tribunal de Contas

Registe e notifique.

Lisboa, 22 de Outubro de 2012

A Juíza Conselheira

(Helena Maria Ferreira Lopes)

ACÓRDÃO N.º 16/2012 – 3.ª Secção-PL

RO N.º 3 RO JRF/2012

DESCRITORES: *PRESIDENTE DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO / INSTITUTO PÚBLICO / VOGAL / INFRAÇÃO FINANCEIRA SANCIONATÓRIA / ENTIDADE PÚBLICA EMPRESARIAL / CONTROLO FINANCEIRO / ERRO DE JULGAMENTO*

Sumário:

1. Os Demandados, o primeiro, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração (C.A.) de uma E.P.E. e o segundo, na qualidade de Vogal do C.A. dessa mesma Entidade foram condenados, o primeiro, pela prática de uma infração financeira sancionatória prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 e 5 da LOPTC, e o segundo, pela prática de duas infrações financeiras, uma prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC (a mesma por que foi condenado o 1.º Demandado), e a outra prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea h), da LOPTC, ambas punidas nos termos dos n.ºs 2 e 5, da mesma Lei.
2. Esta E.P.E., está sujeita à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, atento o disposto na alínea b) do n.º 2 da Lei 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC), na redação dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, na redação da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.
3. Improcede o **alegado erro de julgamento decorrido em sede de julgamento, ao ter-se pedido a absolvição do** Recorrente pela infração prevista e punida pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 e 5.
4. Já é procedente o alegado erro de julgamento decorrente do facto do Recorrente não ter sido o autor da adjudicação e, por esta via, também não poderá ser responsabilizado pela infração por que foi acusado e condenado, conforme resulta dos artigos 65.º, n.º 1, alínea b), 61.º, n.º 1, 62.º, n.ºs 1 e 2, e 67.º, n.º 3, da LOPTC.

5. **Outro erro de julgamento invocado foi o decorrente do facto de um dos Recorrentes não ter agido com culpa.** O Tribunal de Contas entendeu, que a introdução de uma fase negocial não permitida por lei no concurso público se consubstancia numa ilegalidade do procedimento que inquina o ato de adjudicação, e, convertendo e, conseqüentemente, o ato de assunção do compromisso, e tornando, por esta via, a respetiva despesa pública ilegal – vide alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC. Por outro lado, considerou que é de **merecer censura a convicção do Recorrente na legalidade da sua conduta ao adjudicar os serviços contratualizados**, tendo este agido com culpa (**artigo 17.º, n.º 2 do Código Penal**).
6. **O erro de julgamento decorrente do facto de um Recorrente ter efetuado pagamentos antes do visto, em violação do disposto nos artigos 45.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1, alínea h), da LOPTC, é improcedente (juntamente com a invocada causa de exclusão da ilicitude, configurando-se a sua atuação como ilícita), merecendo censura a convicção do Recorrente da legalidade das autorizações de pagamento em causa tendo, assim, agido com culpa** (artigo 17º, nº 2 do C. Penal).
7. **Por todo o exposto, o Tribunal de Contas decidiu-se pela procedência parcial do recurso.**

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes