



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

Transitado em julgado em 01/09/2016

RECURSO ORDINÁRIO N.º 2/2016 RO-JRF

Processo n.º 9-JRF/2015

ACÓRDÃO N.º 14/2016 - 3.ª SECÇÃO

I – RELATÓRIO

Em processo de julgamento de responsabilidades financeiras, o demandado **Rúben Manuel Antunes Tavares** (id. nos autos) recorre da sentença que o considerou autor de uma infracção sancionatória prevista e punida pelo art.º 65.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e o dispensou de pena, pretendendo agora ser absolvido.

Para o efeito, o recorrente conclui assim as suas alegações:

1. A sentença recorrida incorreu em erro de julgamento ao dar como *comprovada a prática de infracção financeira prevista na al. b) do n.º 1 do art.º 65.º* por violação do disposto no n.º 1 do art.º 45.º, todos da L.O.P.T.C..
2. E assim o fez por considerar, erradamente, que o contrato/protocolo em causa estava sujeito à fiscalização prévia atento o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 5.º e al. b) do n.º 1 do art.º 46.º (cf. pág. 13 do arresto recorrido).
3. Ao julgar como julgou, o arresto recorrido violou o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade previsto no art.º 1.º do Código Penal bem como o art.º 29.º da Constituição da República Portuguesa.
4. Para que a actuação do recorrente estivesse correctamente tipificada, era condição *sine qua non* que o protocolo/contrato em causa fosse sujeito à fiscalização prévia **por força de lei**, como enuncia a al. b) do n.º 1 do art.º 46.º da L.O.P.T.C.
5. O que não é o caso, já que se trata de uma contratação *in house*, cuja aplicação se



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

encontra excluída da Parte II do Código dos Contratos Públicos - cfr. n.º 2 do art.º 5.º do CCP.

6. Sendo nesta Parte II do CCP que se inscreve a norma da redução dos contratos escritos, designadamente o n.º 1 do art.º 94.º.
7. Pelo que, inexistente lei que determine que os contratos *in house* sejam reduzidos a escrito.
8. E, ao ser assim, não se encontram provados os pressupostos da condenação por infração financeira sancionatória do recorrente.
9. Por último, não é despidendo acrescentar que a expressão **por força de lei** foi acrescentada à norma da al. b) do n.º 1 do art.º 46.º pela alteração legislativa à L.O.P.T.C. operada pela Lei n.º 48/2006, determinando a vontade expressa do legislador neste sentido.
10. A Sentença recorrida deve ser revogada e substituída por outra que absolva o recorrente, julgando a inexistência de factos que preencham o tipo legal da infração sancionatória de que vem acusado.

**

O Digno Magistrado do MP, no seu parecer, depois de transcrever a parte do relatório de auditoria que menciona a redução a escrito do protocolo, a sua natureza de prestação de serviços e que a dispensa de aplicação da parte II do CCP não exclui o exercício da fiscalização prévia, invoca também a formação de caso julgado sobre a questão da submissão a fiscalização prévia do protocolo celebrado a 1-6-2013, pois este foi objecto de apreciação e decisão quer pelo plenário da primeira secção, quer pela sentença recorrida. Concluiu no sentido da improcedência do



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

recurso.

Este parecer foi notificado ao recorrente (fls. 13 e 14).

Corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A – Os factos provados

- 1.º O Demandado Rúben Tavares integrou, no ano de 2013 o Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Tondela - Viseu (doravante CHTV), na qualidade de vogal executivo auferindo o vencimento mensal líquido de €2,630,67.
- 2.º O Demandado Rui Soares exercia, no mesmo período, as funções de Diretor de Serviços Financeiros do Centro Hospitalar de Tondela - Viseu (CHTV), auferindo o vencimento mensal líquido de €1.908,49.
- 3.º O Tribunal de Contas realizou em 2014-2015, uma auditoria ao Centro Hospitalar de Tondela/Viseu, E.P.E. para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no processo de fiscalização prévia n.º 947/2013.
- 4.º O relatório final da auditoria, registado sob o n.º 01/2015 – 1.ª S/ARF, foi aprovado em reunião de subsecção da 1.ª Secção, realizada no dia 3 de fevereiro de 2015, e subsequentemente remetido ao Ministério Público, nos termos e para os efeitos dos artigos 57.º na 1 e 77.º n.º 2 alínea d), da Lei na 98/97, de 26 de agosto (LOPTC),
- 5.º Em 19.06.2013 o CHTV remeteu para efeitos de fiscalização prévia deste Tribunal



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

um protocolo celebrado com o SUCH em 01.06.2013 consubstanciando uma adjudicação de prestação de serviços ao SUCH no montante de 1.568.952,28€ (incluindo IVA).

6.º Os Serviços titulados pelo protocolo iniciaram-se em 01.06.2013.

7.º Os serviços prestados nos meses de Junho e Julho, no valor de 137.001,07€ (S/IVA) foram pagos por facturas datadas de 30.06.2013 e de 31.07.2013.

8.º Em sessão diária de visto de 23.10.2013 foi concedido o visto deste Tribunal ao protocolo e sua respectiva adenda entretanto celebrada.

9.º As autorizações dos pagamentos referidos no facto n.º 7.º foram emitidas pelos Demandados, mediante a aposição de visto pelo Demandado Rui Filipe Correia Soares enquanto Director dos Serviços financeiros e despacho de autorização do Demandado Rúben Manuel Antunes Tavares enquanto vogal executivo do Conselho de Administração.

10.º O protocolo celebrado com o SUCH foi o primeiro a ser remetido à fiscalização prévia deste Tribunal desde que o Hospital de São Teotónio foi transformado em Sociedade Anónima pelo Decreto-Lei n.º 287/2002, de 10 de Dezembro e, posteriormente, em entidade pública empresarial pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro.

11.º O Demandado Rúben Tavares era vogal do Conselho de Administração do CHTV desde 21.11.2011.

12.º O Demandado Rúben Tavares, em 29.11.2011, logo após ter sido nomeado vogal do C.A. deu instruções aos Serviços para reiniciarem a remessa dos contratos à fiscalização prévia deste Tribunal.



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juíz Conselheiro

-
- 13.º A remessa do protocolo em causa nos autos à fiscalização prévia resultou do cumprimento das Instruções do Demandado Rúben Tavares.
- 14.º O demandado Rúben Tavares tinha conhecimento directo de que o protocolo com o SUCH em causa nestes autos tinha sido enviado ao Tribunal de Contas.
- 15.º O demandado Rúben Tavares, autorizou o pagamento das facturas relativas aos meses de Junho e Julho de 2013 convicto de que a assunção destas despesas públicas resultantes da outorga do protocolo/contrato em causa nestes autos era legal e só por essa convicção as autorizou.
- 16.º O demandado Rúben Tavares ordenou a suspensão do pagamento das facturas seguintes logo que foi alertado pelo Tribunal de que os pagamentos só eram legais após o visto deste Tribunal.
- 17.º O demandado Rúben Tavares agiu voluntária e conscientemente e nunca representou, como possível que a sua actuação pudesse violar o cumprimento da legalidade financeira.
- 18.º O demandado Rui Filipe Correia Soares não teve conhecimento de que o pagamento das facturas em causa nestes autos não poderia ser efectivado.
- 19.º O demandado Rui Soares, enquanto Director dos Serviços financeiros, não foi informado pelo Serviço de Aprovisionamento e Património que aquelas facturas respeitavam a um contrato que tinha sido remetido à fiscalização prévia deste Tribunal e que se aguardava a decisão do Tribunal.
- 20.º O Serviço de Aprovisionamento e Património, nas facturas subsequentes relativas aos meses de Agosto e Setembro de 2013 fez constar na informação produzida que respeitavam a um processo que esteve **pendente no** Tribunal de Contas pelo que o Demandado não autorizou que estas facturas fossem pagas nas datas do seu vencimento.



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

21.º O demandado Rui Soares agiu livre e voluntariamente mas sem consciência da ilicitude do seu acto sendo que, desde 2002 que os contratos não eram remetidos ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia.

22.º Os demandados são pessoas socialmente inseridas na comunidade e reconhecidos pela sua idoneidade, probidade e lealdade com os dinheiros públicos e que procuram pautar a sua actividade no cumprimento da lei.

**

A sentença recorrida absolveu o demandado Rui Filipe Correia Soares.

**

B – O direito

Das duntas alegações de recurso emerge, para apreciar e resolver, a questão de saber se são legais ou ilegais os pagamentos efectuados antes do visto apostado pelo Tribunal de Contas no protocolo celebrado entre o Centro Hospitalar de Tondela – Viseu e os SUCH, para adjudicação de prestação de serviços. Para tanto, há que aferir primeiro se o dito protocolo tinha de ser obrigatoriamente reduzido a escrito e se, por isso, estava também sujeito a visto prévio.

Enquadramento legal

O art.º 5.º, n.º 1, al. c), da LOPTC, dispõe que compete em especial ao Tribunal de Contas:

c) Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento directo ou indirecto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou.

Quanto à incidência desta fiscalização, dispõe o art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC que: *Os actos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos a que derem causa e sem prejuízo do disposto nos números seguintes.*

O recorrente aponta um erro de julgamento à sentença recorrida, por esta considerar provada a prática de uma infracção prevista na al. b) do n.º 1 do art.º 65.º, em virtude da violação do n.º 1 do art.º 45.º, ambos da LOPTC. Segundo o recorrente, para tal «era condição *sine qua non* que o protocolo/contrato fosse sujeito à fiscalização prévia por força da lei, como enuncia a al. b) do n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC». O que – continua o recorrente – não é o caso, já que se trata de contratação *in house*, excluída da Parte II do Código dos Contratos Públicos, art.º 5.º, n.º 2.

Cumprе apreciar.

O art.º 46.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, com a redacção introduzida pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, preceitua que estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º:

Os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei;

Na parte II do CCP, sobre contratação pública, preceitua o art.º 94.º, n.º 1, a propósito da celebração contratual:

Salvo nos casos previstos no artigo seguinte, o contrato deve ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte papel ou em suporte informático com a aposição de assinaturas electrónicas.



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

Mas o recorrente afirma que este art.º 94.º não se aplica, no caso vertente, por estar incluído na parte II do CCP e por o art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) dispor, no seu n.º 2, que:

A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:

- a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e*
- b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.*

Está neste caso o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. O SUCH foi instituído em 1965, pelo Decreto-Lei nº 46668, de 24 de Novembro, com vista a colmatar a falta de uma entidade que resolvesse problemas de exploração económica e de organização, pois, segundo o preâmbulo deste diploma, «os grandes equipamentos que a ciência de hoje conseguiu para combater a doença são de tal modo caros e de sustentação tão difícil e dispendiosa que só a título de excepção se encontram hospitais preparados para, de modo exclusivo, os adquirir e manter». E acrescentava: «O mesmo sucede com instalações industriais - padarias, lavandarias, transportes – ou ainda com centrais de trabalho administrativo, como sejam as de mecanografia para contabilidade, estatística, (...) por um lado é indispensável que cada hospital disponha dos meios modernos de trabalho, adequados à sua natureza e categoria; por outro, não há, em parte alguma, disponibilidades financeiras bastantes para facultar a cada hospital a totalidade desses instrumentos de acção».



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

O SUCH é hoje uma associação sem fins lucrativos com a missão de servir todas as instituições que directa ou indirectamente são prestadoras de cuidados de saúde em Portugal.

A doutrina *in house providing* tem origem comunitária e repousa na dispensa da entidade adjudicante de observar as normas da concorrência, quando a relação entre ela e a adjudicatária configura uma operação doméstica em virtude da falta de autonomia da segunda. Isto ocorre sempre que a adjudicante exerce um controlo sobre a adjudicatária, quer em termos hierárquicos ou de financiamento, quer em termos de atribuição de competências entre órgãos, como se fossem objecto de simples delegação¹. Pode, por isso, afirmar-se que «enquanto o regime da contratação pública pressupõe a necessidade de recurso a contratantes externos, no caso da contratação *in house* há recurso a meios organizativos que substancialmente são internos, pese embora constituam uma entidade jurídica diferente, que pode assumir as mais diversas formas».²

Portanto, no caso vertente, tratando-se de contratação *in house*, conclui o recorrente que o protocolo não estava sujeito nem à forma escrita nem à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, com base no encadeamento normativo dos art.º 46.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, 5.º, n.º 2, 94.º, n.º 1, e 95.º, n.º 1, al. b), todos do CCP.

Todavia, não tem razão, pois nem esta aparente exclusão da forma escrita nem a característica *in house* afastam a obrigatoriedade de sujeição do protocolo a visto do Tribunal de Contas.

¹ Bernardo Azevedo, «A “Doutrina” In House entre a Liberdade de auto-organização Administrativa e a Liberdade de Mercado», in *Estudos de Contratação Pública I* p. 128,

<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/532.PDF>

² Acórdão do Tribunal de Contas n.º 16/2012, 1.ª secção/subsecção, de 30 de Maio, p. 10,

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2012/1sss/ac016-2012-1sss.pdf>



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

Com efeito, em articulação com o n.º 1 do referido art.º 46.º, o seu n.º 2, com a posterior redacção introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, precisou que:

Para efeitos das alíneas b), c), d) e e) do número anterior, consideram-se contratos os acordos, protocolos, apostilhas ou outros instrumentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais.

Deste modo, para os efeitos de qualquer destas alíneas, só se consideram contratos e protocolos os instrumentos – naturalmente escritos - de que resultem encargos. Está aqui, portanto, a força de lei que impõe a forma escrita no protocolo em causa e também, decisivamente, a sujeição a visto prévio.

O que bem se compreende, à luz não só desta interpretação declarativa das referidas normas, mas também com base na presunção de acerto de soluções e correcta expressão do pensamento do legislador, consagrada no art.º 9.º, n.º 3, do Código Civil, pois, a prevalecer a tese do recorrente, ficariam fora do controlo prévio do Tribunal contratos ou actos, como este, geradores de elevados montantes de despesa pública, sem qualquer razão inteligível e válida que justificasse tal excepção.

Acresce que, como bem lembra o Digno Magistrado do Ministério Público, em seu douto parecer nestes autos, o Tribunal, em plenário da 1.ª Secção, aprovou o relatório final de apuramento de responsabilidades financeiras relativamente à questão da submissão a visto do referido protocolo e, tendo-lhe este sido apresentado para fiscalização prévia, em 23 de Outubro de 2013 concedeu-lhe o visto, por entender que era legal tal submissão, ficando assim decidida, definitivamente a questão da sujeição ou não a visto.

Em consequência, estando o dito protocolo sujeito a fiscalização prévia, as despesas autorizadas e pagas pelo demandado, ora recorrente, antes da concessão do visto, são realmente ilegais, por violação da segunda parte do n.º 1 do art.º 45.º da LOPTC, o que



Tribunal de Contas

Gabinete do

Juiz Conselheiro

preenche a infracção financeira sancionatória prevista e punida pelo art.º 65.º, n.ºs 1, al. b), 2 e 4 da LOPTC.

Assim sendo, não pode o recurso deixar de ser julgado improcedente e confirmada a sentença recorrida.

III – DECISÃO

Pelo exposto, julgando-se improcedente o recurso, confirma-se a sentença recorrida.

São devidos emolumentos – art.º 16.º, n.º 1, al. b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Registe e notifique.

Lisboa, 22 de junho de 2016.

Os Juízes Conselheiros

João Aveiro Pereira (relator)

Helena Maria Ferreira Lopes

Laura Maria de Jesus Tavares da Silva