

Secção - SS

Data: 02/05/2018

Processo: 473/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO EM 22/05/2018

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

I. Relatório

- 1 O Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE (CHTMAD) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços de tratamento de resíduos hospitalares, celebrado em 24-1-2018 entre essa entidade e o «SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais» (SUCH), pelo valor global de € 452.707,24 (acrescido de IVA) o qual, depois de recebido no Departamento de Controlo Prévio e Concomitante (DECOP) do TdC, foi objeto de devoluções para informação complementar.

II. Fundamentação

Factos provados

- 2 Com relevo para a decisão de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
 - 2.1 O contrato celebrado entre o CHTMAD e o SUCH em 24-1-2018:
 - a) Tem por objeto prestação de serviços de tratamento de resíduos hospitalares;
 - b) Apresenta o encargo global de € 452.707,24 (ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor);
 - c) De acordo com a cláusula terceira, esse encargo será suportado ao abrigo do compromisso n.º 97.
 - d) Iniciou a produção de efeitos em 1-1-2018.
 - 2.2 O contrato foi remetido pela entidade requerente para fiscalização prévia pelo TdC tendo dado entrada em 21-2-2018 (embora o ofício de remessa seja datado de 29-1-2018).
 - 2.3 O contrato objeto dos presentes autos foi celebrado na sequência de deliberação do Conselho de Administração do CHTMAD de 12-10-2017, tendo sido outorgado na sequência de procedimento inominado enquadrado pelo CHTMAD como excluído da aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP), ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 5.º do CCP.

- 2.4 O compromisso n.º 97, foi datado como de 31-1-2018, com o montante de € 566.733,77, altura em que, de acordo com o teor da informação de controlo de fundos disponíveis, antes da assunção do compromisso o valor de fundos disponíveis seria de - € 31.243.339,28, passando, após a assunção do compromisso em apreço a ser de - € 31.810.073,15, isto é, fundos disponíveis negativos em montante superior a 31 milhões de euros.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se na prova documental fornecida pela entidade fiscalizada e nas respetivas omissões (*supra* §§ 1 e 2), impondo-se destacar que:
- 3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas², aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.
- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (*ex vi* artigo 80.º da LOPTC) — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 4 A principal questão jurídica suscitada no presente caso reporta-se às estatuições e força imperativa da norma do artigo 5.º da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso das entidades públicas (LCPA) aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro³, em articulação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo TdC, em particular os fundamentos para

¹ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 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.

² Publicada no *Diário da República, II Série*, de 16-8-2011.

³ Revista 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.

recusa de visto previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC — o fundamento invocado no procedimento (*supra* § 2.3) para excluir o mesmo da aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP) foi apreciado em acórdãos recente deste tribunal, cf. acórdãos n.º 3/2018-20.MAR-1.ª S/SP e n.º 18/2018-24.ABR-1.ª S/SS⁴, pelo que, mantendo essa jurisprudência, não se suscitam questões de recusa de visto relativas a essa circunstância.

- 5 O contrato objeto de fiscalização prévia, de acordo com o respetivo clausulado e com o que foi reconhecido pela entidade adjudicante, produziu efeitos retroativos (cf. *supra* § 2.1), e deu entrada no TdC para efeitos de fiscalização prévia decorridos 50 dias sobre o início de produção de efeitos (*supra* § 2.2), apesar do disposto no artigo 81.º, n.º 2, da LOPTC.
- 6 Esses factos suscitam a eventualidade da prática de infração prevista no artigo 66.º, n.º 1, alínea *e)*, da LOPTC, problemática que, contudo, não será apreciada nesta sede, por força dos fins da fiscalização prévia pelo TdC de contratos e pelos cânones metodológicos e processuais conformadores deste controlo (artigos 5.º, n.º 1, alínea *c)*, 44.º, 46.º, 81.º, 82.º e 84.º da LOPTC).
- 7 A interpretação das regras financeiras centrais no enquadramento jurídico do presente caso é conformada por duas categorias conceptuais com direta regulação legal:
 - 7.1 *Compromissos* para efeitos da LCPA que são as «obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições» (artigo 3.º, alínea *a)*, da LCPA).
 - 7.2 *Fundos disponíveis* para efeitos da LCPA constituídos «pelas verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos: a) a dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes; b) as transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes; c) a receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento; d) a previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes; e) o produto de empréstimos contraídos nos termos da lei; f) As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) e de outros programas estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas; g) outros montantes autorizados nos termos do artigo 4.º da LCPA» (artigos 3.º, alínea *f)*, da LCPA e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho⁵).
- 8 Quanto à articulação entre assunção de compromissos e fundos disponíveis, o artigo 5.º, n.º 1, da LCPA é taxativo ao determinar que «os titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e

⁴ Os quais podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2017/ac-2017.shtm>.

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

responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis».

- 9 Por outro lado, em matéria de assunção de compromissos encontra-se estabelecido que:
 - 9.1 Sob pena da respetiva nulidade, «nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei; b) registado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 7.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 127/2012).
 - 9.2 No âmbito dos contratos com duração limitada ao ano civil, a assunção deve ser «efetuada pelo seu valor integral aquando da outorga do respetivo contrato, emissão da ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente» (artigo 8.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 127/2012).
- 10 As normas analisadas sobre assunção de compromissos e fundos disponíveis decorrem de um programa legislativo sobre controlo da despesa pública e transparência orçamental determinado historicamente pela solicitação, pelo XVIII Governo Constitucional, ainda no quadro da XI Legislatura, da concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, o qual, embora estabelecido durante a XI Legislatura, veio a ser sobretudo executado no âmbito da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, tendo o mesmo sido concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.
- 11 Como se destacou no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 40/XII que esteve na base da LCPA este compreende um modelo dirigido à eficácia do controlo da despesa o qual obriga a que o mesmo fosse «antecipado para o momento da assunção do compromisso, momento a partir do qual a despesa é incorrida, não havendo alternativa que não seja o pagamento», pretendendo-se obstar «à acumulação de pagamentos em atraso» através de «um novo modelo legislativo que permita inverter a tendência de acumulação de dívida» de acordo com o «princípio fundamental» «de que a execução orçamental não pode conduzir à acumulação de pagamentos em atraso».
- 12 Os termos em que as informações relativas à cobertura orçamental da despesa devem ser prestadas pelas entidades fiscalizadas constam do artigo 9.º da Resolução n.º 14/2011 do TdC (*supra* § 3.1).

- 13 Em face da matéria de facto provada, conclui-se que a despesa gerada pelo contrato no momento em que foi inscrito o compromisso não podia ser assegurada por fundos disponíveis positivos.
- 14 A entidade fiscalizada quando foi confrontada pelo DECOP não colocou em causa os factos provados mas alegou o seguinte:
- «O contrato objeto de visto prévio foi adjudicado em novembro de 2017, mas a assinatura do contrato foi realizada no mês de janeiro de 2018, sendo o seu período de execução de um ano (1 de janeiro a 31 de dezembro de 2018).
- «Quanto ao fato de os fundos disponíveis se apresentarem negativos à data de emissão do número de compromisso, cumpre-nos referir que:
- «a) Fundos disponíveis acumulados de exercícios anteriores. A existência de fundos disponíveis negativos acumulados deve-se a problemas estruturais de financiamento deste Centro Hospitalar, que, sistematicamente, são assumidos, anualmente, pelo Conselho de Administração à Tutela e, por esta, corroborada aquando da assinatura do contrato-programa, assumindo, indiretamente a assunção de compromissos com fundos negativos, ao permitirem a existência de EBITDA negativos (demonstrando a existência de insuficiência de financiamento ao Centro Hospitalar). Este assunto foi abordado e corroborado, em relatório, quer pela Auditoria Interna quer pela Inspeção Geral de Finanças, em auditorias realizadas sobre o cumprimento da LCPA
- «b) Considerando, apenas, o apuramento dos fundos disponíveis do período de celebração do contrato (janeiro de 2018), estes apresentam-se positivos e não negativos. A existência de fundos negativos (janeiro de 2018) ocorre da inclusão, para cálculo de fundos disponíveis do valor transitado de anos anteriores. A existência de fundos negativos (janeiro de 2018) ocorre da inclusão, para cálculo de fundos disponíveis do valor transitado de anos anteriores, (...)
- «c) Mais se informa que o Conselho de Administração do CHTMAD tem vindo reiteradamente, e mensalmente, a efetuar pedidos de aumento de fundos disponíveis tanto para a ACSS - Administração Central do Sistema de Saúde, como para a DGO - Direção Geral do Orçamento, sendo que, até à presente data não foi obtida qualquer resposta. Contudo, em 27.03.2018, o CHTMAD foi informado do ofício da DGO enviado à ACSS, o qual se anexa. (Anexo VI)
- «Dada a natureza e atividade que o CHTMAD presta à população que serve, torna-se imperioso e urgente, salvaguardar o interesse público com a máxima rapidez e continuidade na prestação dos serviços sob pena de, não o fazendo, os danos daí resultantes causarem prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para a saúde dos doentes que tem aos seus cuidados.»
- 15 Desta forma, a entidade fiscalizada não apresenta qualquer motivo que permitam, no plano jurídico, ultrapassar a constatada violação de dois complexos normativos de natureza financeira constituídos pelas disposições conjugadas:
- 15.1 Dos artigos 5.º, n.º 1, da LCPA e 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2012 que proíbem a assunção de compromissos que ultrapassem os fundos disponíveis;
- 15.2 Do artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e dos artigos 7.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012 sobre os imperativos em matéria de assunção de compromissos e a consequência obrigacional do incumprimento: a nulidade do contrato.
- 16 O TdC tem vasta e constante jurisprudência sobre as implicações da violação das regras em matéria de compromissos na recusa de visto prévio, podendo referir-se, nomeadamente, os recentes acórdãos n.º 8/2017-11.JUL-1ªS/SS, n.º 10/2017- 17.JUL-1ªS/SS, n.º 11/2017- 17.JUL-1ªS/SS, n.º 17/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 10/2017 – 17.OUT-1.ª S/SS, n.º 11/2017 – 17.OUT-1.ª

S/SS, n.º 18/2017-30.NOV-1.ª S/SS, n.º 3/2018-16.JAN-1.ª S/SS, n.º 12/2018-13.MAR-1.ª S/SS, n.º 14/2018-20.MAR-1.ª S/SS⁶ em que se destacaram duas pautas centrais que se voltam a reiterar:

16.1 As normas dos artigos 3.º, 5.º e 11.º da LCPA têm, nos termos do artigo 13.º do mesmo diploma, «natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais que disponham em sentido contrário».

16.2 A nulidade do contrato e a violação direta de normas financeiras são fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão (ainda que acompanhada de eventuais recomendações) — cf. artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.

17 Concluindo: foram violadas as normas previstas nas disposições conjugadas dos números 1 e 3 do artigo 5.º da LCPA e nos artigos 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 172/2012, as quais têm natureza financeira, gerando o seu desrespeito nulidade do contrato, o que implica a recusa do visto por força do disposto no artigo 44.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC, o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;

- Determinar o prosseguimento do processo, atento o referido nos §§ 5 e 6 do acórdão e o disposto, nomeadamente, nos artigos 81.º, n.º 2, e 66.º, n.º 1, alínea *e)*, da LOPTC, para apuramento de factos relevantes sobre aplicação de multa e/ou necessidade de recomendações à entidade fiscalizada (DN).

- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).

- Registe e notifique.

Lisboa, 2 de maio de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

⁶ Os quais podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2017/ac-2017.shtm>.



(Alzira Cardoso)

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
