

Secção: 1.ª S/SS

Data: 15/07/2019

Processo: 1429/2019

Não transitado em julgado

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

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

I – RELATÓRIO

1. O Hospital Garcia da Orta, E.P.E. (doravante HGO), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de «*Prestação de Serviços de Assistência Técnica a Dispositivos Médicos por Imagem*», celebrado com a General Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda., em 28.03.2019, pelo preço contratual de 1.722.940,00€, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, para vigorar por cinco anos após o visto.
2. Para melhor instrução do processo, foi solicitada ao HGO a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte do Tribunal de Contas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
 - a) O HGO procedeu à celebração do contrato na sequência de ajuste direto, invocando a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.
 - b) A abertura do procedimento foi autorizada por deliberação do Conselho de Administração do HGO de 14.02.2019.



- c) Fundamentou o recurso ao ajuste direto no facto da General Electric Healthcare Portugal, Lda. ser o representante exclusivo em Portugal na prestação de serviços de manutenção e assistência técnica aos equipamentos da marca *General Electric*.
- d) Acrescentando que “(...) existindo no HGO um vasto conjunto de equipamentos de diagnóstico por imagem, com características únicas e cuja relevância no diagnóstico clínico é insubstituível na decisão clínica, assegurar a prestação de serviços de assistência técnica aos mesmos revela-se imprescindível, havendo necessidade, para o efeito, de contratar esses serviços ao único operador económico que do ponto de vista técnico está habilitado para prestar esses serviços, por força da sua qualidade de representante exclusivo da General Eletric (casa mãe).”
- e) Por deliberação de 14.03.2019 o Conselho de Administração do HGO autorizou a adjudicação à General Eletric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda., e aprovou a minuta do contrato.
- f) Nos termos da cláusula quinta do contrato «São deveres da Segunda Outorgante:
- « a) Efetuar o número de manutenções preventivas anuais previsto para cada um dos Equipamentos, garantindo um período uptime de 95%, com as coberturas, nos termos e condições do Caderno de Encargos e da sua Proposta;
 - b) Quando ocorram avarias ou falhas, garantir a assistência corretiva, remota ou presencial, dos Equipamentos com vista á reposição das condições normais de funcionamento, num prazo de 2 (duas) ou 8 (oito) horas, respetivamente, após a comunicação do Primeiro Outorgante, com as coberturas, termos e condições do Caderno de Encargos e da sua Proposta;
 - c) Prestar assistência técnica por substituição e/ou atualização parcial de Equipamentos (renovação tecnológica de equipamentos), com as coberturas, nos termos e condições constantes das “Cláusulas Técnicas Especiais” do Caderno de Encargos;



d) Transferir para o Primeiro Outorgante a propriedade dos Equipamentos e softwares instalados ao abrigo da alínea anterior, logo que cesse a vigência do presente Contrato, nos termos e condições previstos no Caderno de Encargos;

e) Sempre que ocorra a renovação tecnológica de Equipamentos e/ou software:

i. Ministrar, através dos seus profissionais especializados, ações de formação certificadas aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes fiquem aptos a utilizar o Equipamento e/ou software em perfeitas condições de eficiência, qualidade e segurança;

ii. Ministrar, através dos seus profissionais especializados, ações de formação certificadas aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes fiquem aptos a prestar assistência técnica de primeira linha ao Equipamento;

iii. Promover as atualizações de software e hardware, preconizadas pelo fabricante, que tenham como objetivo melhorar os Equipamentos existentes, nos casos em que esteja em causa a fiabilidade ou segurança dos mesmos;

iv. Assegurar a remoção e processamento, por entidade certificada para o efeito, dos Equipamentos substituídos;

(...)

l) Fornecer, a pedido do Primeiro Outorgante, quando a avaria se prolongue por mais de 5 (cinco) dias e até à conclusão da reparação, o competente equipamento de substituição;

j) Salvaguardar a correção de erros de conceção dos Equipamentos, problemas de segurança ou alterações impostas por nova regulamentação;

(...)

m) Garantir a continuidade do fabrico dos componentes que constituem os Equipamentos pelo período de 10 (dez) anos após a data de fabrico da última unidade;

n) Ministrar, através dos seus profissionais especializados, um curso técnico aos elementos nomeados pelo Primeiro Outorgante, de modo a que estes fiquem aptos a prestar assistência técnica de primeira linha ao



Equipamento objeto do Contrato, em perfeitas condições de eficiência, qualidade e segurança;

(...).»

- g) A empresa Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda. tem como objeto social a *«A comercialização, importação e exportação de equipamentos e material elétrico, eletrónico, informático e electromedicina, instalações elétricas e mecânicas, redes informáticas, equipamento de imagiologia médica, prestação de serviços e atividades conexas.»*
- h) Na sequência do pedido de documentação comprovativa do registo do compromisso pela totalidade do valor a pagar em 2019, e de informação de controlo de fundos disponíveis, o HGO remeteu duas informações de controlo de fundos disponíveis com diferentes datas (29/04/2019 e de 03/06/2019) e números diferentes de compromisso: n.º 7925 no valor de 423.843,24 €, registado em 29/04/2019, e n.º. 10604 no valor de 211.921,62 €, registado em 03/06/2019.
- i) Das quais consta que antes de efetuados os registos dos referidos compromissos os fundos disponíveis do HGO eram negativos, no montante de (-) 79.442.932,28 em 29/04/2019, e de (-)93.508.601,65 € em 03/06/2019, passando após os referidos registos a apresentar saldos de fundos disponíveis negativos de, respetivamente, (-)79.866.775,52 €, e (-) 93.720.523,27 €.
- j) Questionado sobre a falta de fundos disponíveis para assumir o compromisso relativo ao contrato em causa, o HGO veio aduzir o seguinte: *«A abertura do procedimento pré-contratual sub judice e a subsequente celebração do contrato, ora objeto de fiscalização prévia, foram determinados pelo imperativo de assegurar a ininterrupta prestação dos serviços de assistência técnica aos equipamentos em causa, imperativo esse que consubstancia um verdadeiro estado de necessidade institucional, considerando a relevância que esta prestação de serviços assume nos cuidados de saúde prestados aos utentes do HGO, não obstante o seu carácter acessório.*



Neste sentido, a Deliberação do Conselho de Administração do HGO que autorizou a abertura do procedimento, bem como a subsequente adjudicação do mesmo à General Electric Healthcare, foram motivadas por ponderosas razões de interesse público, mormente a satisfação de necessidades coletivas a que um hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde cumpre prosseguir, pelo que se considera salvaguardado o mérito da realização da despesa pública subjacente à enfocada prestação de serviços, o qual se expressa nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, na sua redação atual, (...).»

– DE DIREITO

A) Qualificação e sujeição do contrato a fiscalização prévia

4. Na informação prestada na sequência de esclarecimentos solicitados pelo DECOP o HGO veio defender que o contrato submetido não se encontra sujeito a fiscalização prévia por, na sua perspetiva, dever ser qualificado como um contrato de prestação de serviços de assistência técnica e enquadrado na alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC.
5. A citada alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPT exclui da sujeição a fiscalização prévia «*Os contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica.*»
6. Porém, conforme resulta do seu objeto social da sociedade Electric Healthcare Portugal – Sociedade Unipessoal, Lda., não é uma empresa de assistência técnica.
7. Nem o contrato em causa deve ser qualificado como contrato de assistência técnica, não integrando nenhuma das tipologias (contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás, eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica) que a alínea c) do



n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC isenta de fiscalização prévia independentemente dos encargos financeiros assumidos pela entidade pública.

8. Como esclareceu o recente Acórdão n.º 9/2019 – 1.ª S/Pl, de 28.03.2019:
- «35 A isenção estabelecida na alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC corresponde à que já constava na alínea f) do artigo 14.º da anterior Lei do TdC aprovada pela Lei n.º 86/89, de 8 de 35 setembro, sem que tenha sido interposta no atual diploma qualquer nova valoração (como aliás se sublinhou nos trabalhos preparatórios¹), estando subjacente à previsão a identificação, nos anos oitenta e noventa do século passado, de um conjunto de contratos que pela sua natureza se reportam a um universo em que os preços eram administrativamente estabelecidos ou conformados por forte regulação estatal (determinando margens para formação pelo mercado muito estreitas) ou em que existia uma forte dependência de um contrato principal compreendendo o isento apenas tarefas circunscritas e diretamente conexas com uma matriz de apoio técnico relativa à execução ou garantia daquele.*
- 36 A norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC apresenta um carácter de exceção à regra sobre o âmbito objetivo da fiscalização prévia estabelecida na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º, pelo que o respetivo preenchimento quanto a contratos de prestação de serviços depende da verificação de um elemento diferenciador e legitimador da exclusão do controlo.*
- 37 A norma excecional da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC na parte relevante para a questão sub judice relaciona-se com especificidades de um serviço designado como de assistência técnica, exigindo-se na interpretação histórico-teleológica e sistemático-teleológica do conceito para efeitos da referida norma legal que o mesmo não apresente um contorno abrangente de todas as prestações de serviços técnicos, nomeadamente, de manutenção, ainda que os contratantes os designem como assistência técnica, sob pena de se eliminar o fundamento legitimador da discriminação do respetivo controlo de legalidade financeira relativamente a outros contratos de prestação de serviços deixando-o na disponibilidade da rotulagem adotada pelos sujeitos ao aludido controlo.*

¹ Cf. nota justificativa constante da norma correspondente do anteprojeto de lei de bases do Tribunal de Contas in Revista do Tribunal de Contas, n.º 25 (1996), tomo II, p. 95.



(...)

38 O conceito de assistência técnica, para efeitos de isenção de fiscalização prévia ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, deve cingir-se a atividades reportadas a mero apoio e acompanhamento de verificação do funcionamento de equipamentos segundo normas técnicas e/ou legais relacionadas com a operação do equipamento e enquanto mero serviço complementar ou instrumental do contrato de aquisição, não abrangendo contratos em que as partes pretendem a execução de serviços técnicos de reparação, manutenção ou substituição de peças. Obrigações relativas a resultados operacionais independentes de contingências operativas, reparações extraordinárias (em virtude de incidentes prévios ou posteriores à contratação), ou formação e certificação de técnicos para atividades especializadas nunca podem ser qualificadas como assistência técnica para efeitos do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.»

9. E, em apoio da posição sustentada, como refere o citado Acórdão n.º 9/2019 «O TdC no Acórdão n.º 15/2015-28.MAI-1.ªS/PL destacou que os «conceitos de manutenção e assistência técnica no domínio informático não se confundem, mantendo individualidade e autonomia», tendo as pautas aí adotadas sido, ainda, objeto, de desenvolvimento no Relatório n.º 10/2016 da 1.ª Secção do TdC onde se sublinhou que a «existência de um conceito genérico de manutenção e assistência técnica é, manifestamente, afastada», análise implicitamente acolhida no Acórdão n.º 7/2015-3.MAR-1.ªS/PL, quanto a contratos de gestão de assistência e manutenção de viaturas.»
10. Referindo ainda que no aludido Acórdão n.º 15/2015-28.MAI-1.ªS/PL preconizou-se, nomeadamente, que existe uma atividade muito vasta de manutenção de equipamentos não subsumível ao universo mais restrito da assistência técnica, tendo sido circunscrito este conceito, no caso dos produtos informáticos apreciados naquele aresto, a «serviços portadores de apoio intelectual [conhecimentos], tecnológico [reparações e/ou substituição de peças] prestados ao utilizador e sempre com o propósito de solucionar dificuldades técnicas relacionadas com a ativação de produtos tecnológicos abrigáveis a “hardware” e/ou “software” informáticos», ou seja, defendeu-se que com a assistência técnica apenas se «tende, afinal, a obter soluções que habilitem o utilizador a solucionar



dificuldades inerentes a um determinado produto informático, assegurando a respetiva e boa operacionalidade».

Concluindo o citado acórdão n.º 9/2019 que «*As componentes de manutenção relativas à substituição de peças por desgaste ou destruição dos materiais com o objetivo de atingir determinadas performances escapam ao universo particular da designada assistência técnica para efeitos de isenção de fiscalização prévia, que também não compreende formação técnica especializada de agentes da entidade pública, nem, a respetiva certificação».*

11. Ora, o contrato em apreço nos presentes autos compreende múltiplas obrigações para o cocontratante, entre outras, a obrigação de substituição de equipamentos e transferência de propriedade para o HGO nas situações nele previstas, cursos de formação, atualização de *hardware e software*, correção de erros de conceção dos equipamentos, e garantia de continuidade do fabrico dos componentes que os constituem, insuscetíveis de qualificação como assistência técnica para efeitos da citada alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC, por envolver envolvendo um complexo de direitos e deveres das partes relativos a prestação de serviços de manutenção em que a assistência técnica é apenas uma das componentes que não esgota todo o universo de direitos e deveres contratuais derivados de múltiplas prestações de serviços a cargo do cocontratante que assume obrigações de resultado.
12. Estando em apreciação um contrato cujo objeto é enformado pela aquisição de serviços de manutenção e não de mera assistência técnica, o mesmo não comunga da isenção prevista na al. c) do n.º 1, do art.º 47.º, da L.O.P.T.C., encontrando-se, conseqüentemente, sujeito a fiscalização prévia.

B) Falta de fundos disponíveis para o HGO assumir o compromisso respeitante à despesa decorrente do contrato submetido a fiscalização prévia.
13. Assente que se encontra sujeito a fiscalização prévia, cumpre apreciar a relevância da falta de fundos disponíveis para o HGO assumir o compromisso respeitante à despesa decorrente do contrato.



14. Nos termos do artigo 10.º-D da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 41/2014, de 10 de julho (Lei de Enquadramento Orçamental)², os organismos e entidades da Administração Pública estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade financeira, o qual se traduz «*na capacidade de financiar todos os compromissos assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia*».
15. Em concretização deste princípio, o artigo 42.º, n.º 6, da mesma lei, dispõe que nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente:
- a) O facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis;
 - b) A despesa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação e esteja adequadamente classificada;
 - c) A despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia.
16. Tal normativo é ainda complementado com o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma legal segundo o qual «*Apenas podem ser assumidos compromissos de despesa após os competentes serviços de contabilidade exararem informação prévia de cabimento no documento de autorização da despesa em causa*».
17. Reforçando o princípio da sustentabilidade financeira, e com vista a um melhor controlo e disciplina orçamental veio, entretanto, a Lei n.º 8/2012³, de 21 de fevereiro (Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso, doravante LCPA) e o Decreto-Lei n.º 127/2012⁴, de 21 de junho, que a regulamenta, a estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos por parte dos organismos e entidades públicas.

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

³ Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 22/2015, de 17 de março.

⁴ Alterado pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20 de dezembro, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 99-B/2015, de 2 de junho.



18. Visando assegurar que não são assumidos novos compromissos sem garantia de disponibilidades de tesouraria que lhes façam face, a LPCA veio estabelecer a regra de que, para além do requisito tradicional de inscrição orçamental, um compromisso de despesa só pode ser assumido se for demonstrada a existência de efetivos fundos disponíveis para o satisfazer.
19. Consideram-se «*Fundos disponíveis* as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos:
- i) A dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes;
 - ii) As transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes;
 - iii) A receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento;
 - iv) A previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes;
 - v) O produto de empréstimos contraídos nos termos da lei;
 - vi) As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) e de outros programas estruturais, cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas;
 - vii) Outros montantes autorizados nos termos do artigo 4.º da LPCA» (cf. artigos 3.º, alínea f), da LPCA e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho).
20. Os titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade só podem assumir compromissos até ao montante dos fundos disponíveis (cf. artigo 5.º n.º 1 da LPCA e n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012).
21. E nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do citado Decreto-Lei n.º 127/2012 «*Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, bem como do disposto nos artigos 9.º e 10.º do presente diploma, nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições:*
- a) *Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei;*
 - b) *Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental;*
 - c) *Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente».*



22. Estabelecendo o n.º 3 do artigo 5º da LCPA que "*Os sistemas de contabilidade de suporte à execução orçamental emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos*».
23. Este regime é aplicável a todas as entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde – cf. artigo 2.º, n.º 1, da LCPA.
24. Compromissos para efeitos da LCPA 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).
25. Consideram-se “Compromissos plurianuais” os compromissos que constituem obrigação de efetuar pagamentos em mais do que um ano económico ou em anos económicos distintos do ano em que o compromisso é assumido (cf. artigo 3.º, alínea b), da LCPA e 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012).
26. A assunção de compromissos plurianuais está sujeita a prévia autorização, por decisão conjunta dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da tutela, quando envolvam entidades pertencentes ao subsetor da administração central, direta ou indireta, e segurança social e entidades públicas do serviço Nacional de Saúde, salvo quando resultarem da execução de planos plurianuais legalmente aprovados (cf. artigo 6.º n.º 1, alínea a), da LCPA).
27. E para além da referida autorização prévia, é obrigatória a inscrição integral dos compromissos plurianuais no suporte informático das entidades responsáveis pelo controlo orçamental em cada um dos subsectores da Administração Pública (n.º 2 do citado artigo 6.º da LCPA).
28. Os compromissos «*(...) consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou*



protocolo, podendo também ter um caráter permanente e estar associados a pagamentos durante um período indeterminado de tempo, nomeadamente salários, rendas, eletricidade ou pagamentos de prestações diversas» (citada alínea a) do artigo 3.º da LCPA).

29. Esclarecendo o n.º 1, do artigo 8.º, do citado Decreto-Lei n.º 127/2012 que «*A assunção de compromissos no âmbito dos contratos com duração limitada ao ano civil, independentemente da sua forma e natureza jurídica, deve ser efetuada pelo seu valor integral aquando da outorga do respetivo contrato, emissão da ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente*».
30. E o n.º 2 do mesmo artigo que «*Independentemente da duração do respetivo contrato, se o montante efetivamente a pagar não puder ser determinado no momento da celebração do contrato, nomeadamente, por depender dos consumos a efetuar pela entidade adjudicante, a assunção do compromisso é efetuada aquando da emissão da nota de encomenda se for o caso ou pelo valor estimado de encargos relativos ao período temporal de apuramento dos fundos disponíveis*».
31. Por outro lado, cabe à entidade fiscalizada o ónus de alegar e provar o preenchimento das condições necessárias à obtenção de visto, como decorre do disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e das instruções para que esta norma remete (constantes da Resolução do Tribunal de Contas n.º 14/2011, in Diário da República, II Série, n.º 156 – relevando no presente caso o seu artigo 9.º e o Anexo I).
32. Porém, conforme se extrai da factualidade descrita, o HGO não demonstrou a existência de fundos disponíveis para suportar o compromisso assumido, em conformidade com as normas mencionadas.
33. Pelo contrário, assumiu e juntou informação que evidencia a inexistência de fundos disponíveis para suportar o encargo resultante do contrato submetido a fiscalização prévia, a suportar no ano de 2019.
34. Não se questiona a alegada necessidade da celebração do contrato em causa, mas conforme em situação similar, consta da fundamentação do Acórdão n.º 6/2018 –



1ªS/PL, de 17.04.2018, e foi reafirmado, entre outros, no recente Acórdão n.º 17/2019- 1.ª S/SS, de 18.06.2019, sem por em causa o interesse público invocado pelo HGO, de ordem constitucional, como é “o direito à proteção da saúde”, que, no caso concreto, colide com a obrigatoriedade de cumprir normas legais de natureza estritamente financeira previstas na LCPA, a verdade é que tal lei se impõe indistintamente aos serviços e organismos públicos – incluindo os do SNS - sem valorar, sequer, de modo distinto, a natureza das despesas em causa em função da sua premência ou importância para assegurar o referido direito. Antes, pelo contrário, a referida LCPA apresenta-se como uma lei prevalecente, resultando do seu artigo 13.º que as normas da referida Lei têm natureza imperativa, «prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excecionais, que disponham em sentido contrário».

35. Na resposta ao pedido de esclarecimentos o HGO invoca ainda a norma constante do n.º 4 do artigo 5.º da LCPA, na qual se estabelece que “a nulidade prevista no n.º 3 do mesmo artigo “(...) *pode ser sanada por decisão judicial quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a nulidade do contrato ou da obrigação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé*”.
36. Porém, como foi decidido nos Acórdãos n.ºs 27/2018 e 28/2018 – 1ª S/PL, não tendo o TdC competência para, em sede de fiscalização prévia, declarar a nulidade derivada ou própria de um contrato também não pode proceder à respetiva sanção judicial, nomeadamente ao abrigo do citado artigo 5.º, n.º 4, da LCPA.
37. Conclusão que assenta nos seguintes fundamentos, sintetizados no sumário do citado Acórdão n.º 28/2018: «1. *A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do Tribunal de Contas (TdC) que enquanto «órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas», nos termos do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares.*
- 2. Integra a jurisdição administrativa a declaração judicial de nulidades que afetam contratos administrativos atento, nomeadamente, o disposto no artigo 20.º da Constituição, e nos artigos 4.º, n.º 2, al. d), 37.º, n.º 1, al. l), 77.º-A, n.º 1, al. d) e*



104.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem olvidar o disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Contratos Públicos (CCP).

3. A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) integra o campo da reserva jurisdicional do TdC que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição.

4. O poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto, devendo o tribunal conformar-se com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

5. A decomposição analítica entre conhecimento e declaração de nulidade não se apresenta apenas de natureza doutrinária e jurisprudencial encontrando hoje direto suporte na lei, repercutido ao nível da competência jurisdicional, no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Procedimento Administrativo de 2015 (CPA), regime normativo que enquadra a suscetibilidade de sanção prevista no artigo 5.º, n.º 4, da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (LCPA) em linha com o estabelecido no n.º 3 do artigo 162.º do CPA.

6. O poder jurisdicional de atribuir efeitos ao ato nulo com base numa concreta concordância prática de valores é indissociável da reserva jurisdicional dos tribunais administrativos relativa ao poder de declaração judicial da nulidade de atos e contratos administrativos.

7. As decisões do TdC de recusa de visto podem ter efeitos reflexos na esfera contratual, nomeadamente, quando (independentemente de qualquer nulidade) obstam à eficácia do contrato por força do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, mas no processo de fiscalização prévia o TdC não pode declarar judicialmente a nulidade do contrato embora deva conhecer nulidades relevantes para a decisão sobre a concessão ou recusa de visto.

8. Existe um programa legal que restringe o espaço para operações de concordância prática a empreender pelo TdC perante a alternativa dicotómica entre a concessão



e recusa de visto, um juízo de legalidade que apenas compreende uma ponderação conformada pelos princípios da adequação e proporcionalidade — atenta, nomeadamente, à lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade, aptidão em termos de impacto financeiro e anteriores processos de fiscalização prévia — quando a ilegalidade se enquadre na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

9. O enquadramento institucional e funcional do TdC, por outro lado, não permite a este órgão que em sede de fiscalização prévia se substitua à administração no suprimento de ilegalidades, e a respetiva independência jurisdicional articula-se com a autonomia da administração para adotar, ou não, mecanismos legais que permitam assegurar a legalidade necessária à concessão de visto. (...)».

- 38.** Mas ainda que estivesse na disponibilidade deste Tribunal proceder à sanção da nulidade que fundamenta a recusa de visto ao contrato em causa, por força do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, sempre subsistiria a “violação direta de normas financeiras” (no caso, os artigos 5.º, n.ºs 1 e 3 da LCPA e artigo 7.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 127/2012), motivo de recusa de visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, para o qual não se encontra legalmente prevista qualquer forma de suprimento.
- 39.** Conforme jurisprudência uniforme deste Tribunal, a falta de fundos disponíveis para suportar as despesas com o contrato em causa gera a nulidade do compromisso e do contrato (não sanável em sede de fiscalização prévia), nos termos dos citados artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, da LCPA e 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, normas imperativas e que revestem natureza financeira.
- 40.** E nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tanto a nulidade como a violação direta de normas financeiras constituem fundamentos absolutos de recusa de visto, que não permitem a sua concessão (ainda que acompanhada de eventuais recomendações) — cf. artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este a contrario *sensu*), da LOPTC.



III – DECISÃO

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

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 15 de julho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

Nélia Moura