



2024

1.ª Secção

Data: 09/09/2024

PROCESSO N.º 1/2022 –

AUDIT. 1.ª Secção

RELATOR: Miguel Pestana de
Vasconcelos

MANTIDA PELO ACÓRDÃO N.º 42/2024, DE 14/11/2024, PROFERIDA NO RECURSO DE MULTA N.º 2/2024

I – RELATÓRIO

1. A execução do contrato de empreitada “Construção do novo Hospital Central do Alentejo – Centro Hospitalar do Baixo Alentejo” é objeto de uma ação de fiscalização concomitante por parte do Tribunal de Contas (TdC), que corre termos nestes autos com o n.º 1/2022 – AUDIT – 1.ª Secção.
2. No decurso de tal fiscalização, chegou ao conhecimento do TdC que a entidade auditada aceitou a constituição de um tribunal arbitral *ad hoc* para dirimir um litígio decorrente da execução daquela obra, tendo para o efeito sido desde 21/12/2021 praticados atos tanto pela Administração Regional de Saúde do Alentejo, I.P. (ARSA) como pelo então Secretário de Estado da Saúde (SES) com competências delegadas, que autorizaram e reforçaram o orçamento da ARSA, para essa finalidade, tendo o tribunal arbitral *ad hoc* sido considerado constituído em 21/04/2022.
3. Uma vez que nenhuma informação sobre a constituição desse tribunal arbitral, do conteúdo do compromisso arbitral, ou dos fundos destinados a esse fim havia sido prestada até então a este Tribunal, por despacho judicial de 12/10/2022 foi ordenada a notificação do Ministério da Saúde (MS) e da ARSA para prestarem esclarecimentos e remeter documentação diversa, relativa à constituição e funcionamento do TA *ad hoc*, o que foi cumprido através dos ofícios da DGTC com a referência, respetivamente, DFC-36514/2022, de 12/10/2023, e DFC-36478/2022, de 12/10/2023.
4. Podendo a falta de informação sobre o referido tribunal arbitral constituir a prática da infração sancionatória prevista no artigo 66.º, n.º 1, alínea d), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC - Lei n.º 98/97, de 26/08, republicada em anexo à Lei 20/2015, de 09/03, por sua vez alterada pelas Leis n.ºs 42/2016, de 28/12, 2/2020, de 31/03, 27-A/2020, de 24/07, 12/2022, de 27/06, e 56/2023, de 06/10), no relato intercalar da auditoria quanto à

apreciação da constituição e funcionamento do tribunal arbitral *ad hoc*, foi identificada a infração em apreço (capítulo V, ponto 10, e capítulo VI do relato), tendo o mesmo, em cumprimento de despacho judicial de 27/11/2023, e em observância do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da LOPTC, sido remetido, entre outros, à Presidente CD da ARSA, AA, para que se pronunciasse, querendo, sobre o seu conteúdo.

5. No exercício do direito do contraditório, a Presidente da ARSA apresentou alegações escritas (através do ofício com a referência SAI-ARSA/2024/101, de 22/01, registado na DGTC com o n.º 771/2024, de 25/01), quanto às infrações financeiras apontadas no relato, não tendo sido remetidas alegações específicas quanto a esta infração sancionatória.
6. Cumpre proferir decisão, nos termos do disposto nos arts. 27.º, n.º 3 e 140.º do Regulamento do Tribunal de Contas (RTdC – aprovado pela Resolução do Plenário-Geral de 24/01/2018, alterado e republicado pela Resolução do Plenário-Geral n.º 3/2023-PG, de 15/12/2023, publicada no *Diário da República*, 2.º série, Parte D, n.º 5, de 08/01/2024, a págs. 49 e ss.).

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - DE FACTO:

II.1.a. – FACTOS PROVADOS:

Com relevo para a decisão consideram-se assentes, por provados, os seguintes factos, evidenciados pela posição assumida no processo pela indiciada e pela prova documental junta:

- a) Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30/12 (posteriormente alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 127/2014, de 22/08, 173/2014, de 19/11, 74/2016, de 08/11, e 61/2022, de 23/09), as Administrações Regionais de Saúde são institutos públicos integrados na administração indireta do Estado, dotados de autonomia administrativa e financeira e património próprio, regendo-se pelas normas constantes daquele diploma legal, pelo disposto na Lei-Quadro dos institutos públicos e no Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, bem como pelas demais normas que lhes sejam aplicáveis;
- b) Ainda de acordo com o n.º 2 da norma citada, estas entidades funcionam sob superintendência e tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde;

- c) À data da autorização e constituição do TA *ad hoc*, estava em vigor o Despacho de delegação de competências n.º 11199/2020, de 06/11, publicado no *Diário da República*, n.º 222, 2.ª série, de 13/11, da, então, Ministra da Saúde, nos, à data, Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, António Lacerda Sales, e Secretário de Estado da Saúde, Diogo Luís Batalha Soeiro Serras Lopes, sendo que neste último estavam delegadas todas as competências atribuídas por lei à Ministra, relativas a *“Serviços e estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no âmbito do SNS, independentemente da sua natureza jurídica, em matérias de (...) iii) Alterações orçamentais e pedidos de reforço orçamental; (...)”*, bem como, relativamente aos mesmos serviços, *“Praticar todos os atos decisórios relacionados com a realização e autorização de despesas com empreitadas de obras públicas, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços (...), nos termos conjugados das disposições aplicáveis do Código dos Contratos Públicos e do Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de junho, até aos montantes referidos na alínea c) do n.º 1 e na alínea c) do n.º 3 do artigo 17.º, incluindo a competência a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º, todos do referido Decreto-Lei n.º 197/99, bem como a competência para a decisão de contratar e as demais competências atribuídas, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 109.º do Código dos Contratos Públicos”*.
- d) A ARSA tem a sua sede em Évora e é dirigida por um conselho diretivo (CD), o qual, nos termos legais, deve ser constituído por um presidente e dois vogais (artigos 2.º, n.º 2, alínea d) e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30/12);
- e) O CD da ARSA é, atualmente, e desde 17/11/2021, composto por AA, como Presidente, e pela Vogal, BB, ambas nomeadas em regime de substituição pelo Despacho da ex-Ministra da Saúde, Marta Temido, n.º 11611/2021, de 16/11, publicado no Diário da República n.º 228, 2.ª Série, de 24/11;
- f) Em 22/02/2021, a *Administração Regional de Saúde do Alentejo, I.P.* (ARSA) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC), nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), o contrato de empreitada de *“Construção do novo Hospital Central do Alentejo – Centro Hospitalar do Baixo Alentejo”*, celebrado em 28/12/2020, na sequência de concurso público internacional;
- g) O referido contrato foi outorgado com a empresa *ACCIONA Construcción, S.A.*, (ACCIONA) no valor de 148.917.509,73€, e prazo de execução de 910 dias, tendo a obra sido consignada em 30/07/2021, com reservas do cocontratante, e os respetivos trabalhos tido início em 30/08/2021;

- h) O processo de fiscalização prévia correu termos neste tribunal sob o n.º 383/2021, tendo em sessão diária de visto de 01/03/2021 sido decidido devolver o contrato por se encontrar isento de fiscalização prévia, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, segunda parte, da Lei n.º 1-A/2020, de 19.03, por se tratar de um contraente público previsto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13/03;
- i) A cláusula 16.ª do contrato celebrado entre a ARSA e a ACCIONA (“*Regime jurídico e Foro*”), dispõe o seguinte:
- “1. Ao presente contrato aplica-se a lei portuguesa, com renúncia expressa a qualquer outra.*
- 2. Para dirimir todos os conflitos emergentes do presente contrato e que não possam ser solucionados pela via amigável é competente o Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja.”*
- j) A ACCIONA, por carta datada de 10 de dezembro de 2021, requereu à ARSA a constituição de um tribunal arbitral *ad hoc* para resolução de uma compensação pela alteração das circunstâncias provocadas pelo surto pandémico do coronavírus (SARS-CoV-2), tendo anexado a essa carta uma minuta de compromisso arbitral, onde propôs:
- honorários para os árbitros de 50.000,00€ para o árbitro presidente e de 35.000,00€ para cada um dos restantes;
 - honorários a atribuir ao secretário de 10.000,00 € (20% dos honorários do árbitro presidente);
 - encargos da arbitragem compreendendo os honorários dos árbitros e do secretário, os encargos administrativos do processo e as despesas com a perícia, os quais seriam pagos pela demandante e pela demandada, em partes iguais;
- tudo num valor global de 130.000,00€;
- (fls. 14-19 e 25-26 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1)
- k) A ACCIONA, em carta de 21/12/2021, apresentou uma estimativa do valor da compensação que cifrou entre 60 e 65 milhões de euros (fls. 28-29 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1).
- l) Em reunião de 22/12/2021, AA e BB, respetivamente presidente e vogal da ARSA, deliberaram no sentido da constituição do tribunal arbitral *ad hoc*, concordando com a ACCIONA (fls. 30-32 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1);
- m) Na sequência de tal deliberação, através de e-mail datado de 23/12/2021, AA propôs ao Secretário de Estado da Saúde (SES) a constituição do Tribunal Arbitral *ad hoc*, bem como

o reforço financeiro da ARSA, além do mais, no valor *"estimado de 450.000,00€ com a constituição e desenvolvimento do processo arbitral"* e a contratação de assessoria jurídica especializada (fls. 67-68 do Processo n.º1/2022 - AUDIT, 1.aSecção - VOL. 1);

- n) A ARSA, através de ofício SAI-ARSA/2022/92, de 18/01/2022, subscrito por AA, dirigido ao Gabinete do SES, deu conhecimento, além do mais, que o Conselho Diretivo da ARSA deliberou, em 22/12/2021, dar início ao processo de constituição da arbitragem e dar início ao pedido de autorização superior ao nível das dotações necessárias para os encargos inerentes à constituição e tramitação do processo em Tribunal Arbitral, e nesse seguimento concluiu pedindo *"autorização para a outorga de compromisso arbitral e a constituição de Tribunal Arbitral"*, bem como *"o necessário reforço orçamental e financeiro"* da ARSA, estimando *"um encargo com a constituição e desenvolvimento do processo arbitral no valor de 450.000,00€"* (fls. 69-70 e 379v.º-380 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1);
- o) O SES, em 19/01/2022, exarou no ofício SAI-ARSA/2022/92, de 18/01/2022, um despacho com o seguinte teor: *"Autorizo a constituição do Tribunal Arbitral e outorga do compromisso arbitral nos termos propostos"* (fls. 69 e 379v.º do Processo n.º 1/2022 AUDIT – 1.ª Secção — VOL. 1);
- p) Os membros do CD da ARSA (Presidente e Vogal), em reunião 26/01/2022, aprovaram a minuta do compromisso arbitral (fls. 51-52 do Processo n.º 1/2022 – AUDIT, 1.ª Secção— VOL. 1);
- q) Por ofício de 28/01/2022 (fls. 53 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1), a ARSA enviou minuta de compromisso arbitral à ACCIONA, na qual não aceita os valores propostos, tendo contraproposto montantes resultantes da aplicação ao valor da causa da Tabela n.º 1 anexa ao Regulamento em vigor no Centro de Arbitragem Comercial, considerando uma arbitragem com três árbitros (fls. 53-58 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1);
- r) Esses montantes vieram depois a integrar o compromisso arbitral, sendo de 133.300,00€ para o árbitro presidente, de 99.975,62€ para cada um dos outros árbitros e de 20.448,45€ os encargos administrativos, no valor global de 353.700,53€;
- s) A ACCIONA, em ofício de 03/02/2022, voltou a insistir na alteração da proposta de compromisso arbitral realizada pelo ente público, reduzindo-os para os valores que inicialmente tinha proposto, por considerar adequados os montantes que tinham indicado

na sua proposta de minuta de compromisso arbitral, referindo para o efeito que "(...) os valores indicados na nossa proposta são adequados. De facto, dados os montantes reclamados, o mecanismo previsto no regulamento do Centro de Arbitragem (...), resultaria num custo consideravelmente superior ao constante da nossa proposta" (fls. 59-60 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1);

- t) O CD da ARSA não aceitou a insistência da ACCIONA e em 15/02/2022, através de ofício subscrito por AA (fls. 61 do Processo n.º 1/2022 – AUDIT – 1.ª Secção — VOL. 1), enviou à ACCIONA o compromisso arbitral (em duplicado), já assinado por aquela, onde é mantida cláusula (QUINTA, relativa a "Encargos") no sentido de o *"valor dos honorários dos Árbitros resultar da aplicação ao valor da causa da Tabela n.º 1 anexa ao Regulamento em vigor no Centro de Arbitragem Comercial, considerando uma arbitragem com três árbitros"* (fls. 62-66 do Processo n.º 1/2022 AUDIT, 1.ª Secção — VOL. 1);
- u) Por deliberação de 16/03/2022 do CD, subscrita por AA, a ARSA procedeu à nomeação do seu árbitro (fls. 419 do Processo n.º 1/2022 — AUDIT – 1.ª Secção — VOL II);
- v) Em 6 de abril de 2022 é assinada a ata de instalação do Tribunal Arbitral e o Regulamento do Processo Arbitral, designadamente pelos árbitros das partes, pelo árbitro presidente nomeado pelos outros árbitros e pelos representantes das partes, tendo AA representado a ARSA. (fls. 81-90 do Processo n.º 1/2022 – AUDIT – 1.ª Secção — VOL. 1);
- w) Em 12/07/2022, por despacho do árbitro presidente do TA *ad hoc*, foi fixado o valor definitivo da ação de arbitragem, em 71.119.022,76 € (atenta a divergência existente entre as partes, o TA *ad hoc* atendeu ao montante do benefício económico que a demandante pretendia obter com a eventual procedência dos seus pedidos);
- x) Por despacho judicial de 09/02/2022, foi determinada a abertura de auditoria com o objetivo de acompanhar a execução deste contrato de empreitada de obras públicas celebrado entre a ARSA e a ACCIONA, para a construção do novo Hospital Central do Alentejo;
- y) Na sequência deste despacho, a ARSA foi notificada para enviar ao TdC diversa documentação e esclarecimentos complementares, com a indicação de proceder à remessa de atualização da informação com periodicidade trimestral (Ofício n.º 4265/2022 – DFCARF, de 14/02/2022);
- z) Em cumprimento dessa notificação, a ARSA remeteu a este TdC os ofícios n.ºs 505, 1031 e 1355, de 07/03/2022, 21/06/2022 e 20/09/2022, respetivamente, procedendo à atualização da execução da empreitada;

- aa)** Em nenhum de tais ofícios foi feita pela ARSA qualquer referência à constituição do tribunal arbitral *ad hoc*, ao conteúdo do compromisso arbitral, ou aos fundos destinados a esse fim;
- bb)** AA, por neles ter tido intervenção direta, sabia de todos os atos praticados pela ARSA para a formação e constituição do tribunal arbitral, tendo perfeito conhecimento das quantias reclamadas pela ACCIONA no mesmo e dos encargos acrescidos que a sua constituição importaria;
- cc)** AA agiu de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que estava obrigada a prestar informação completa ao TdC no âmbito da presente inspeção e que, ao não o fazer relativamente ao tribunal arbitral, violava um dever de colaboração que lhe era imposto por lei, resultado com o qual, apesar de ter previsto como consequência possível da sua conduta, se conformou.
- dd)** Entretanto, no decurso dos trabalhos da auditoria foi detetada uma notícia publicada na edição do *Jornal de Negócios* de 03/10/2022, de acordo com a qual o Ministério da Saúde (MS) teria dado conhecimento da constituição de um tribunal arbitral *ad hoc* para apreciar um pedido de compensação de 50 milhões de euros apresentado pela ACCIONA, no âmbito da execução deste contrato de empreitada;
- ee)** Por despacho judicial de 12/10/2022 foi ordenada a notificação do MS e da ARSA para prestar esclarecimentos e remeter documentação relativa à constituição e funcionamento do TA *ad hoc*, questionando-se, desde logo, a razão de a ARSA não ter comunicado atempadamente a este Tribunal a constituição do mesmo, notificações efetuadas através dos ofícios da DGTC com a referência, respetivamente, DFC-36514/2022, de 12/10 e DFC-36478/2022, de 12/10;
- ff)** A ARSA respondeu através do Ofício n.º SAI/ARSA/2022/1533, de 27/10/2022, onde, para além de confirmar a constituição do TA, adiantou que:
- “b)
A não comunicação ao Tribunal de Contas da constituição do tribunal arbitral ficou a dever-se a um lapso de comunicação interna, pelo qual nos penitenciamos. Pede-se a relevação do lapso, assumindo-se, de ora em diante, o compromisso de dar conta da evolução do processo arbitral, de acordo com a indicação constante do último parágrafo da V/carta.”*
- gg)** Elaborado o relato intercalar da auditoria, quanto à apreciação da constituição e funcionamento do tribunal arbitral *ad hoc*, e no qual também se identificou a infração em apreço (capítulo V, ponto 10, e capítulo VI do relato), foi o mesmo, em cumprimento de despacho judicial de 27/11/2023, e em observância do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º

da LOPTC, remetido, entre outros, à Presidente CD da ARSA, AA, para que se pronunciasse, querendo, sobre o conteúdo do mesmo;

hh) No exercício do direito do contraditório, a Presidente (e a Vogal do CD da ARSA) apresentaram alegações conjuntas (através do ofício com a referência SAI-ARSA/2024/101, de 21.01) quanto às infrações financeiras apontadas no relato, não tendo sido remetidas alegações concretas quanto à infração prevista no artigo 66.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC.

II.1.b. – MOTIVAÇÃO:

7. Os factos acima elencados, para além de decorrerem desde logo das respostas apresentadas nos autos pela demandada e pela entidade auditada, resultam dos documentos juntos aos autos, tendo sido diretamente retirados das peças processuais em cada alínea referidas.
8. No que toca ao elemento subjetivo da conduta da presidente do CD da ARSA, AA, a convicção do tribunal fundou-se na conjugação da cronologia dos eventos tal como descrita no elenco dos factos provados com as respostas apresentadas pela ARSA nos autos, tudo conjugado com as regras da experiência comum.
9. Da cronologia de factos fica evidente – pela participação direta da mesma nas várias deliberações da ARSA – que AA tinha perfeito conhecimento de todos os factos relativos à constituição do tribunal arbitral, aos montantes reclamados pela ACCIONA e aos encargos acrescidos que tal tribunal iria importar.
10. Por outro lado, decorre das regras da experiência que não é crível que a demandada pudesse considerar que a informação relativa ao tribunal arbitral não seria relevante para o TdC. Com efeito, estamos perante não apenas um considerável montante de encargos com a constituição e funcionamento do mesmo (e sublinhe-se aqui o facto de ter sido a própria ARSA a impor um aumento de 172% no custo do tribunal arbitral – de 130.000,00€ para 353.700,53€ - contra a vontade expressa da cocontratante), mas acima de tudo com um potencial acréscimo de valor final a pagar pelo contrato muito relevante – em 21/12/2021, a ACCIONA comunicou à ARSA, com a ressalva do carácter provisório dos cálculos, a estimativa de que os sobrecustos da empreitada correspondiam, àquela data, a um valor que se cifrava *“entre 60 a 65 milhões de euros”*, onde se incluía o valor resultante da revisão de preços (cerca de 15 milhões de euros), *“representando uma diferença de entre 45 a 50 milhões de euros entre os valores reais de mercado e o valor obtido pelo mecanismo contratual previsto”*.
11. Sendo AA uma gestora pública com experiência, sabendo das competências do TdC quanto ao exercício da jurisdição financeira, tendo sido notificada por este da abertura de um processo de

fiscalização e da obrigação de prestação de informação trimestral atualizada e tendo total conhecimento dos factos relativos ao tribunal arbitral e dos montantes financeiros envolvidos (para mais quando se tratava de factos ocorridos nos meses imediatamente anteriores à abertura do processo de fiscalização), não é minimamente crível, face às regras da experiência, que não tivesse perfeita consciência da obrigação de prestar tal informação ao TdC. Todos os factos e elementos constantes dos autos levam, pois, a que se conclua não por estarmos perante uma mera falta de cuidado ou diligência, mas a ter AA previsto como resultado da sua conduta de não prestação de informação sobre o tribunal arbitral a violação do dever de colaboração com o TdC, resultado com o qual se conformou.

II.2 -DE DIREITO:

12. A infração em causa nesta sentença é a prevista no art.º 66.º, n.º 1, al. d) da LOPTC, que estatui que o TdC pode aplicar multas pela falta injustificada da colaboração devida ao Tribunal.

13. Apesar da inserção sistemática da norma em causa, a infração ali sancionada não reveste a natureza de infração financeira, conforme foi analisado por este Tribunal no Acórdão n.º 12/2023 – 3.ª Secção/PL, de 26/04/2023:

15. (...) pese embora o artigo 66.º, sob a epígrafe “Outras infrações”, se insira no Capítulo V, denominado «Da efetivação de responsabilidades financeiras» e, dentro deste capítulo, na Secção III, intitulada «Da responsabilidade sancionatória», afigura-se-nos inquestionável que as “infrações” enunciadas no artigo 66.º não são infrações por “responsabilidades financeiras” de qualquer natureza, sejam “sancionatórias” (artigo 65.º) ou “reintegratórias” (artigos 59.º e 60.º).
16. Na verdade, o que está em causa nas assim designadas “infrações” do artigo 66.º são condutas (por ação ou omissão) de incumprimento dos deveres de colaboração com o Tribunal de Contas, ou de violação dos deveres de boa fé processual, condutas aquelas suscetíveis de serem sancionadas com multa, verificados os pressupostos aí previstos, em regra - como é o caso da que está em causa nos autos, a prevista na alínea b) - reconduzidos à realização material da ação ou à omissão da ação legalmente prevista, de forma “injustificada”.
17. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 778/2014 (Relator Conselheiro João Cura Mariano - acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140778.html>), já teve aliás oportunidade de afirmar expressamente que “A multa prevista no artigo 66.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, em causa nos presentes autos, destina-se a sancionar o incumprimento do dever de colaboração com o Tribunal, sendo claramente

uma multa de natureza processual, a exemplo de outras sanções de natureza pecuniária que, não só no âmbito do direito processual civil e processual penal, mas também de outros ramos de direito processual, sancionam os comportamentos que, em termos gerais, se traduzem numa falta de colaboração com as entidades jurisdicionais. Tais multas, que assumem um carácter meramente instrumental em relação a um processo principal, têm em vista, em primeira linha, garantir o cumprimento dos deveres de colaboração com o tribunal para a descoberta da verdade” (sendo o sublinhado da nossa autoria, naturalmente).

14. A falta injustificada de colaboração devida ao tribunal configura, como se disse, uma infração prevista no artigo 66.º, n.º 1, al. d), da LOPTC, sancionável com multa, a graduar dentro dos limites previstos no n.º 2 da citada norma, a saber, entre o limite mínimo de (5 UC) de 510,00€ e o limite máximo (40 UC) de 4.080,00€.
15. Da aplicação conjugada dos arts. 65.º, n.º 9, alínea a) e 66.º, n.º 3, da LOPTC, provada a negligência do infrator, o limite máximo da multa é reduzido a metade (ou seja, para 20 UC), podendo, ainda, ser relevada a responsabilidade, nos termos do artigo 65.º, n.º 9, da LOPTC.
16. Assim, atento o disposto no art. 65.º, n.ºs 7 e 9 da LOPTC, o Tribunal de Contas pode:
 - Atenuar especialmente a multa, quando existam circunstâncias anteriores ou posteriores à infração que diminuam por forma acentuada a ilicitude ou a culpa, sendo os respetivos máximos e mínimos reduzidos a metade;
 - No caso das 1.ª e 2.ª Secções do Tribunal de Contas, relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa, quando se evidencie suficientemente que a falta só pode ser imputada a título de negligência, quando não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado e, por último, se tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou órgão de controlo interno tenha censurado o seu autor pela sua prática.
17. Já o instituto da dispensa de multa, estabelecido no n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC, não é aplicável às infrações previstas no art.º 66.º, atenta a natureza específica destas, conforme tem sido decidido pela 3.ª Secção deste TdC – vejam-se os acórdãos n.º 19/2017 - 3ª-S/PL, de 20/09/2017; n.º 21/2022-3ª-SS/PL, de 15/06/2022; e n.º 22/2022-3.ª S/PL, de 15/06/2022.
18. Ainda nos termos do art. 66.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, a falta cometida tem de se apresentar como injustificada.
19. A responsabilidade sancionatória implica a verificação de 3 pressupostos: o ato, positivo ou negativo, por via de omissão, a ilicitude, o juízo de desvalor do Direito assente sobre o facto em si e, por fim, um juízo de culpa, que incide já sobre a atuação do agente.

20. Ele age com culpa se, nas circunstâncias daquele caso, podia e devia ter agido de outra forma. A culpa tem depois diversas modalidades assentes na previsão do facto ilícito e aderência ao mesmo. A distinção essencial é entre dolo e negligência para efeito tanto da relevação da responsabilidade como para a graduação da multa.

Vejamos então

21. À data de prolação do despacho que deu início ao processo de fiscalização (09/02/2022), já as diligências tendentes à instalação do tribunal arbitral estavam em marcha (iniciaram-se com o envio da carta pela cocontratante ACCIONA à ARSA, em 10/12/2021).

22. Desde 21/12/2021, foram praticados atos tanto pela ARSA como pelo então Secretário de Estado da Saúde, com competências delegadas, que autorizaram e reforçaram o orçamento da ARSA, para essa finalidade.

23. Em 28/01/2022, a ARSA enviou mesmo à ACCIONA a minuta de compromisso arbitral, na qual contrapropôs um aumento das despesas com honorários de árbitros representando um acréscimo de 172% relativamente à proposta da cocontratante.

24. A ARSA estava obrigada a prestar informação atualizada ao TdC. com periodicidade trimestral, conforme expressamente lhe foi comunicado aquando da abertura do processo de fiscalização.

25. Apesar de conhecer tal obrigação, nenhuma informação foi prestada sobre o tribunal arbitral nas informações enviadas em março, junho e setembro de 2022, isto apesar de desde dezembro de 2021 estarem a ser praticados atos tendentes à constituição e instalação daquele.

26. A informação em falta é extremamente relevante, conforme se analisou no relatório aprovado nestes autos de fiscalização, tendo em conta, quer os montantes envolvidos para o funcionamento do tribunal arbitral, quer o potencial aumento de custo do contrato que a decisão a proferir no processo arbitral pode comportar.

27. Não restam dúvidas, pois, quanto a ter sido omitido por AA (presidente do CD da ARSA e subscritora dos ofícios de prestação de informação trimestral) um ato a que estava obrigada, que importa uma falta de colaboração com o TdC, conforme previsto no art.º 66.º, n.º 1, alínea d) da LOPTC.

28. A ilicitude de tal omissão poderia ser afastada se houvesse um facto que a justificasse. Contudo, nada resulta nos autos que afaste o juízo de ilicitude sobre o ato, a omissão, de prestação de informação sobre o tribunal arbitral.
29. Note-se, desde logo, que na resposta à primeira notificação efetuada para vir dar conta da existência do tribunal arbitral, a ARSA se limitou a dizer que se tratou de *“um lapso de comunicação interna, pelo qual nos penitenciamos”*.
30. Ainda que tenha existido um qualquer lapso nos termos alegados, o mesmo não pode servir de justificação para a falta de cumprimento atempado dos deveres de colaboração com o TdC, impendendo sobre as entidades fiscalizadas o ónus de se estruturarem e organizarem internamente de forma que lhes permita cumprir atempadamente os deveres de colaboração que lhes são impostos por lei – e arcando com as consequências legalmente previstas caso o não façam.
31. Por outro lado, ainda que no contraditório exercido ao relato intercalar, AA nada tenha alegado quanto a esta infração em concreto, os argumentos aduzidos quanto a ter atuado de acordo com o interesse público, a ARSA não dispor de juristas com sólidos conhecimentos e experiência nesta matéria, ter atuado sem consciência (desculpável) da ilicitude da conduta, requerendo que esse erro ou falta seja considerado como causa de exclusão da culpa.
32. Porém, independentemente da ausência de juristas qualificados ou de deficiências de organização interna, elas não relevam para este caso. AA sabia que tinha que enviar informações sobre a empreitada ao tribunal, enviou informações sobre a empreitada ao tribunal (os ofícios n.ºs 505, 1031 e 1355, de 07/03/2022, 21/06/2022 e 20/09/2022, pontos y) e z) dos factos provados) e, igualmente, bem sabia que a constituição do tribunal arbitral era dos aspetos mais importantes, mesmo o mais importante, da empreitada. Informou do menos, e não informou do mais.
33. Não restam dúvidas que tinha consciência da ilicitude. Na motivação da resposta à matéria de facto deixou-se expressa a convicção do tribunal quanto a ter AA perfeita consciência da obrigação que sobre si impendia e de ter previsto como resultado da sua conduta a violação dessa obrigação, convicção que resultou da análise de toda a prova constante dos autos, conjugada com as regras da experiência comum.
34. Não se demonstra, pois, que houvesse da parte da demandada qualquer falta de consciência da ilicitude da sua conduta, muito menos que a mesma fosse desculpável.

35. Verificada que está a existência de uma atuação ilícita por parte da demandada e da inexistência de qualquer motivo justificativo para a mesma, importa aferir da sua imputação à demandada a título de culpa.
36. Como já foi afirmado na motivação da matéria de facto e acaba de ser reafirmado na análise da alegada falta de consciência da ilicitude, demonstrou-se que a demandada previu a prática da infração aqui em apreço como resultado da sua conduta, tendo-se conformado com tal resultado.
37. A demandada sabia que a sua conduta era ilícita. A demandada enviava informações ao tribunal, sabendo que o tinha de fazer, e não enviou a uma informação pelo seu relevo económico-financeiro, fundamental. A entidade sabia do relevo da informação. Qualquer gestor o saberia. Sabia que ao não a comunicar a estava a ocultar. Sabia ainda que sem essa informação o tribunal não poderia exercer a fiscalização que a lei lhe comete. E por pouco assim aconteceu. Não fosse o conhecimento fortuito de uma informação por um jornal, de nada o tribunal teria tido conhecimento. O caso não é de dolo eventual, mas sim de dolo indireto, se não mesmo direto.
38. Em conclusão, estando verificada a prática de uma omissão de um ato legalmente devido, sendo tal omissão ilícita, não havendo qualquer justificação e sendo imputável à demandada AA a título de dolo, mostram-se preenchidos todos os elementos de que depende a aplicação a esta da multa prevista no art.º 66.º da LOPTC.

Relevação da responsabilidade

39. A indiciada responsável também solicita a relevação da responsabilidade sancionatória, considerando que estão preenchidos os pressupostos previstos no n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC, aplicável por força do n.º 3 do artigo 66.º da mesma Lei.
40. O instituto de relevação da responsabilidade financeira (e não financeira) sancionatória constitui uma competência de exercício não vinculativo ou facultativo pelas 1.ª e 2.ª Secções do TdC (como resulta do emprego do termo “*podem*”), ainda que se encontrem preenchidos todos os pressupostos exigidos nas alíneas do seu n.º 9.
41. Tais pressupostos, nos termos do citado n.º 9 do art.º 65.º, são os seguintes:
- a) evidenciar-se suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência;
 - b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado;

c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.

42. Do simples confronto destes requisitos com o que se deixou dito *supra* quanto à imputação da conduta à demandada a título de culpa fica clara a impossibilidade de aplicação da relevação de responsabilidade no caso aqui em apreço – com efeito, estamos perante uma conduta praticada com dolo e não com negligência, o que desde logo afasta o primeiro dos requisitos elencados no art.º 65.º, n.º 9 da LOPTC.

Determinação da medida da multa

43. Verificada a prática da infração e a inaplicabilidade ao caso da relevação de responsabilidade, cumpre apenas determinar a medida da multa a aplicar.

44. Tratando-se de uma conduta dolosa, dispõe o n.º 2 do art.º 66.º que a multa deve oscilar entre 5 e 40 UC's.

45. Para a determinação do montante concreto, estatui o n.º 2 do art.º 67.º que devem ser tidos em conta 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.

46. Nada resulta dos autos quanto à situação económica da demandada.

47. No que toca ao grau de culpa, dentro das três modalidades de dolo previstas no art.º 14.º do Código Penal (direto, necessário e eventual), provou-se que a demandada atuou com, pelo menos, dolo indireto, que é uma das formas mais graves de culpa.

48. Por outro lado, a demandada é a presidente do CA da ARSA, ocupando, por isso, o mais alto cargo desta instituição.

49. Os valores públicos potencialmente em risco são de montante elevado. Para a constituição do Tribunal arbitral foi reforçado o orçamento da ARS no valor *"estimado de 450.000,00€ com a constituição e desenvolvimento do processo arbitral"* e a contratação de assessoria jurídica especializada (ponto m) dos factos provados) e o valor definitivo da ação de arbitragem, em 71.119.022,76 € (ponto w) dos factos provados)

50. Foram detadas diversas ilegalidades na constituição do tribunal arbitral e pagamentos indevidos, neste quadro, pela ARS. Não fosse uma notícia do jornal, de nada o tribunal teria tido conhecimento.

51. A demandada sabia que estava a impedir a ação fiscalizadora do tribunal. É completamente inadmissível que gestores públicos não cumpram os deveres de informação ao tribunal a que estão obrigados, impedindo-o de realizar as suas funções. Um comportamento deste tipo levaria à impossibilidade de funcionamento da jurisdição financeira. A gravidade tanto do ilícito como da culpa são extremamente elevadas.
52. Serve como atenuante o facto de demandada não ter qualquer antecedente de condenação anterior em multa por infrações financeiras ou não financeiras ou que lhe tenham sido dirigidas recomendações pelo TdC que não tenha acatado.
53. Atenta a moldura estabelecida na lei e ponderando todos estes elementos, entendo adequada e proporcional a fixação do montante concreto da multa em 35 (trinta e cinco) UC's.

III – DECISÃO

Pelo exposto, ao abrigo dos preceitos legais citados:

- **condeno AA pela prática de uma infração p. e p. no art.º 66.º, n.º 1, al. d) (falta injustificada da colaboração devida ao Tribunal), na multa de 35 (trinta e cinco) UC.**

Condeno ainda a demandada AA nos emolumentos devidos – cf. art.º 94.º, n.º 9 da LOPTC e artigos 1.º, 2.º e 14.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo artigo 1.º do DL 66/96 de 31.05 e em anexo a este diploma legal.

Registe e notifique.

Lisboa, 9 de setembro de 2024.

O Juiz Conselheiro,

Miguel Pestana de Vasconcelos