

Ligações:

Sentença nº 15/2025 de 2025-02-19

Acórdão RO n.º 3/2025
6.05.2025

Sumário

1. A causa de pedir traduz-se no facto jurídico concreto ou no complexo de factos jurídicos concretos que envolvem a relação material controvertida invocada pelo autor na petição inicial, dos quais procede o efeito jurídico pretendido, nomeadamente a pretensão por si deduzida em juiz.
2. No «recorte» da causa de pedir há que atentar no mecanismo processual que decorre do artigo 5º n.º 2 alínea b) do CPC, aplicável nos termos do artigo 80º da LOPTC, conexionsados com o artigo 90º n.º 1 alíneas b) e c) da LOPTC, quando se permite ao juiz considerar factos complementares ou concretizadores, desde que sobre eles tenham as partes tido possibilidade de se pronunciar.
3. Não se verifica qualquer alteração da causa de pedir na situação em que no âmbito do mesmo facto jurídico concreto e complexo, houve quantias decorrentes de um procedimento que o Tribunal, com base na mesma factualidade empírica, entendeu que preenchia «quadros normativos distintos com estatuição de modos de tutela jurídica qualitativamente diversos» e, no âmbito do mesmo pedido, reduziu o pedido formulado.
4. A decisão de condenar parcialmente as demandadas, conformando uma decorrência do pedido formulado integrada na causa de pedir que o sustenta, não consubstancia qualquer questão nova sobre a qual o Tribunal tenha tomado decisão em relação o objeto do pedido, não ocorrendo qualquer violação do princípio do contraditório ou qualquer “decisão surpresa” que impossibilitasse uma pronúncia processual sobre o que era pedido.
5. Os pagamentos de despesas originadas e decorrentes de serviços prestados à administração pública estão sujeitos ao quadro normativo das finanças públicas, máxime o quadro legal da despesa, prévia existência de lei que a autorize e concordância e ainda o quadro financeiro tributário devido na situação em causa.

6. Aquela procedimentalização, estabelecida nas várias leis financeiras, evita que a mesma seja efetuada de modo arbitrário, sendo isso que a distingue do regime da realização de despesa que envolve os contratos privados.
7. É ilegal o pagamento efetuado por uma instituição pública a uma sociedade de advogados (terceiro) de duas faturas envolvendo uma quantia decorrente de um serviço público consubstanciado numa arbitragem prestado por pessoas singulares, nomeadamente árbitros e secretária, e não pela sociedade de advogados.
8. Estando o pagamento da prestação vinculado a um regime fiscal próprio, nomeadamente a nível de IRS, diverso do regime aplicável ao terceiro a quem foi efetuado o pagamento (uma sociedade), o pagamento efetuado comportou um dano, porque foi pago mais do que o devido, na medida em que se tivesse pago tais serviços às pessoas singulares (árbitro presidente e secretária do tribunal arbitral *ad hoc*), como devia ter feito, deveria ter sido deduzido o IRS, dado que os serviços eram prestados por pessoas singulares.

NULIDADE DA SENTENÇA; CAUSA DE PEDIR; CONDENAÇÃO ALÉM DO PEDIDO;
RESPONSABILIDADE REINTEGRATÓRIA; PAGAMENTOS INDEVIDOS;

Conselheiro Relator: José Mouraz Lopes

Secção: 3.ª – S/PL
Data: 6/05/2025
RO N.º 3/2025
Processo: JRF-20/2024

RELATOR: Conselheiro José Mouraz Lopes

TRANSITADO EM JULGADO

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 3.ª Secção

I. RELATÓRIO

1. As demandadas AA e BB vieram interpor recurso da sentença em que foram condenadas pela prática de uma infração financeira de natureza sancionatória, p.p. no art.º 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte (violação de normas sobre a assunção de despesas públicas), n.ºs 2, 5 e 7, na multa de 12,5 (doze unidades e meia) UC e, ainda, a demandada BB pela prática de uma infração financeira de natureza sancionatória, p.p. no art.º 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte, na forma continuada (violação das normas sobre pagamento de despesas públicas), n.ºs 2 e 5, na multa de 25 (vinte e cinco) UC e pela prática de uma infração financeira de natureza reintegratória, p.p. no art.º 59.º, n.ºs 1 e 4, na reposição das seguintes quantias: 5.140,36€ (cinco mil, cento e quarenta euros e trinta e seis cêntimos) e 625,24€ (seiscentos e vinte e quatro euros e vinte e quatro cêntimos), acrescidas de juros de mora à taxa legal a partir, respetivamente, de 14.06.2022 e 23.11.2022.

2. As recorrentes nas suas alegações apresentaram as seguintes conclusões:

1.ª – O Mmo. Juiz Conselheiro proferiu a sentença recorrida na qual condenou as demandadas AA e BB pela prática de uma infração financeira de natureza sancionatória, p.p. no art.º 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte (violação de normas sobre a assunção de despesas públicas), n.ºs 2, 5 e 7, na multa de 12,5 (doze unidades e meia) UC;

Condenou ainda a demandada BB pela prática de uma infração financeira de natureza sancionatória, p.p. no art.º 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte, na forma continuada (violação das normas sobre pagamento de despesas públicas), n.ºs 2 e 5, na multa de 25 (vinte e cinco) UC e pela prática de uma infração financeira de natureza reintegratória, p.p. no art.º 59.º, n.ºs 1 e 4,

na reposição das seguintes quantias: 5.140,36€ (cinco mil, cento e quarenta euros e trinta e seis cêntimos) e 625,24€ (seiscentos e vinte e quatro euros e vinte e quatro cêntimos), acrescidas de juros de mora à taxa legal a partir, respetivamente, de 14.06.2022 e 23.11.2022, absolvendo-a do demais peticionado;

2.ª – Mais determinou o Mmo. Juiz Conselheiro, a extração de certidão do acórdão, «(...) de fls. 53 v.º e 54 destes autos e de fls. 76 a 99 e 420 a 453 do processo 1/2022-AUDIT/1.ª Secção, apenso a estes autos, bem como do relatório de auditoria (fls. 752 a 805 do processo de auditoria apenso) e enviem-se: (...)

b) À Procuradoria-geral da República, para os efeitos tidos por convenientes, nomeadamente, decisão sobre eventual abertura de inquérito de natureza criminal, considerando a possibilidade de os factos poderem indiciar crime de fraude fiscal (cf. Artigo 103.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pelo artigo 1.º da Lei n.º 15/2001 de 05.06);

c) À Autoridade Tributária e Aduaneira, para os efeitos aí tidos por convenientes, nomeadamente decisão sobre apuramento de matéria coletável, em termos de IRS.»

3.ª – Entendem as demandadas, muito respeitosamente, que o Mmo. Juiz Conselheiro fez, para além do mais, errada interpretação da lei que aplicou, condenou as demandadas em objeto diverso do peticionado pelo Ministério Público, também em violação do princípio do contraditório, razões pelas quais, não podem conformar-se com a sentença recorrida;

4.ª – O pedido deduzido pelo Digno Procurador-geral Adjunto nos presentes autos foi o seguinte:

1. Ser a demandada AA, AA, condenada:

- i) pela prática de uma infração financeira sancionatória, sob a forma negligente, p. e p. pelo artigo 65.º n.º 1, alínea b), 2.ª parte e n.ºs 2 e 5, da LOP-TC;
- ii) no pagamento de uma multa de 25 UC (25x102€) a que corresponde o montante de 2.550,00€.

2. Ser a demandada D2, BB, condenada:

I.

- i) pela prática de duas infrações financeiras sancionatórias, sob a forma negligente, p. e p. pelo artigo 65.º n.º 1, alínea b), 2.ª parte e n.ºs 2 e 5 da LOP-TC;
- ii) no pagamento de uma multa de 50 UC (25 x 2 x 102€), a que corresponde o montante de 5.100,00€;

II.

- iii) pela prática de duas infrações financeiras reintegratórias nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 59.º da LOP-TC;
- iv) em responsabilidade financeira reintegratória pelos pagamentos indevidos por ela autorizados em 14.06.2022 e 23.11.2022, na reposição do valor global de 28.366,74€, acrescido de juros de mora às taxas legais contados desde 14.06.2022, sobre o valor de 25.290,57€ e, desde 23.11.2022, sobre o valor de 3.076,17€ (cf. n.º 6 do artigo 59.º da LOP-TC).», como melhor se alcança do petitório da ação;

5.ª – A causa de pedir que sustentou o pedido deduzido foi o pagamento autorizado pela demandada BB de duas faturas apresentadas pela sociedade de advogados “Morais Leitão (...)” FSP 2022/2085, no valor de 25.290,57€ (incluindo IVA) e FSP 2022/5317 e FSP 2022/5318, de valor unitário igual – 3.076,17€ (incluindo IVA), pagas, respetivamente em 14.06.2022 e 23.01.2022;

6.ª – Na sentença recorrida, o Mmo. Juiz Conselheiro julgou provados os factos articulados pelo MP, sob os pontos 4.34 a 4.40 a págs. 5/6, que aqui se dão por integralmente reproduzidos e bem assim, com relevância para o presente argumentário, igualmente os factos constantes dos pontos 5.10 e 5.11. da fundamentação de facto a págs. 7 da sentença,

que se referem às «(...) declarações das duas pessoas singulares que no TA constituído para dirimir o litígio contratual entre a Acciona e a ARSA, desempenharam as funções de Árbitro-presidente (CC) e Secretária (DD), nas quais declaram “para todos os efeitos tidos por convenientes, que a ARSA procedeu ao pagamento integral do valor dos honorários correspondente ao serviço por si prestado, enquanto Árbitro-presidente [enquanto secretária do Tribunal]” e, “Por ser assim, a ARSA não é devedora de qualquer pagamento ao declarante [à declarante] uma vez que o serviço por este [esta] prestado foi devidamente pago à Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados que o [a] declarante integra»;

7.ª – Entendeu o Mmo. Juiz que a dimensão do dano é menor do que o peticionado, mas, ainda assim, subsiste não obstante aquelas declarações e o seu valor jurídico porque «(e)sse pagamento, correspondendo a uma prestação de serviços, deveria obedecer naturalmente ao regime fiscal e, assim, desde logo, estar sujeito a IVA (...) mas também (...) a IRS, com retenção na fonte na percentagem de 25% (...)»;

8.ª - Apurando, assim, a título de retenção do IRS, o «(...) montante de 5.140,36€ relativamente ao pagamento efetuado em 14.06.2022 e 625, 24€ no que tange ao pagamento efetuado em 23.11.202», em cuja reintegração condenou a demandada BB;

9.ª – Ora, o pedido delimitado pelo MP na PI tem os seus fundamentos nos factos alegados na causa de pedir articulada, como acima se referiu e se transcreveu, nos artigos 41.º a 49.º, considerados provados nos pontos 4.34 a 4.40 (pág. 5/6 da sentença);

10.ª - A causa de pedir alegada foi, pois, o dano provocado ao erário público pelos pagamentos efetuados como descrito à sociedade de advogados (faturas FSP 2022/2085, no valor de €25.290,57 e FSP 2022/5318, no valor de €3.076,17), sendo o pedido de reposição das duas parcelas, a consequência direta e lógica da causa de pedir articulada;

11.ª – E, foi esta alegação que foi submetida ao exercício do direito ao contraditório pelas demandadas;

12.ª - O dano alegado pelo Exmo. Procurador-geral Adjunto foi o emergente do pagamento das mencionadas faturas e não o cálculo do imposto a pagar, que nesta medida, constitui uma **questão nova**, que não foi submetida à apreciação das demandadas e ao oportuno exercício do direito ao contraditório e que surge agora em sede de sentença condenatória;

13.ª – O MP não alegou qualquer dano emergente das diferenças dos regimes fiscais. Se o tivesse feito, as demandadas teriam tido a oportunidade de apresentar especificadamente a sua defesa, o que não fizeram porque a questão não se colocou;

14.ª – Não tendo o demandante (MP) formulado na PI, nem em ulterior ampliação, o pedido do dano correspondente ao eventual diferencial de imposto decorrente dos diversos regimes fiscais, não podia o tribunal condenar a demandada no pagamento desse valor;

15.ª - Isto porque, na observância do princípio do dispositivo, o tribunal está impedido de condenar em objeto diverso do que for pedido. Deste modo, o juiz não só não pode conhecer, por regra, senão das questões que lhe tenham sido apresentadas pelas partes, como também não pode proferir decisão que ultrapasse os limites do pedido formulado, quer no tocante à quantidade, quer no que respeita ao seu próprio objeto, sob pena de a sentença ficar afetada de **nulidade**, quer no caso de o juiz deixar de se pronunciar sobre questões que devesse apreciar, quer quando conheça de questões de que não podia tomar conhecimento, quer ainda quando condene em quantidade superior ou em objeto diferente do pedido - artigo 615.º, n.º 1, als. d) e e) do CPC -;

16.ª - A sentença que ultrapassa o objeto do pedido formulado, sem modificação objetiva da instância, passando a abranger matéria distinta, está eivada de nulidade prevista na al. e) do artigo 615.º do CPC, tratando-se condenação «*ultra petitum*», processualmente inadmissível, por não ter sido consequente à alegação da causa de pedir e ao pedido deduzido nos autos;

17.ª - Com o devido respeito, entendem as demandadas que, decidindo como decidiu, apurando o «(...) *montante de 5.140,36€ relativamente ao pagamento efetuado em 14.06.2022 e 625, 24€ no que tange ao pagamento efetuado em 23.11.2022*», a título de IRS, o Mmo. Juiz incorreu em violação dos artigos 57.º e 59.º da LOPTC e 609.º e 615.º do Código de Processo Civil (CPC), aplicáveis, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC;

18.ª – Acresce que, o Mmo. Juiz Conselheiro não dispunha também de elementos aptos a, com a necessária certeza, decidir como decidiu na matéria em presença;

Isto porque,

19.ª - As sociedades de advogados estão sujeitas, sem possibilidade de opção, a um regime de transparência fiscal. Este regime impõe que a matéria coletável seja determinada nos termos do Código do IRC, sendo depois imputada aos sócios, para efeitos de tributação em sede de IRS, independentemente da sua distribuição;

20.ª - Mas, ainda que estivesse sujeita a IRC, sobre o montante total pago pela ARSA - €28.366,74 - a sociedade de advogados pagaria o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas - IRC (21%) - e a taxa de derrama municipal lançada sobre o lucro tributável do IRC, que em 2022 foi de 1.50% -, num total de 22.5%. Havendo distribuição de lucros, os sócios estão sujeitos a uma taxa de 28% de retenção na fonte (adiantamento e não imposto final) a entregar pela sociedade ao Estado;

21.ª – Ou seja, o Estado não deixou de arrecadar o imposto devido pelos rendimentos auferidos, quer pelo Árbitro-presidente (sócio), quer pela secretária do Tribunal Arbitral (advogada associada), nem é líquido que o montante seja inferior ao que teria arrecadado se a ARSA tivesse efetuado a retenção na fonte do IRS;

22.ª – Pelo que, a manter-se a decisão de condenação da demandada BB, na reintegração do montante total de €5.765,60 (cinco mil, setecentos e sessenta e cinco euros e sessenta cêntimos) a título de IRS não retido pela ARSA, tal constituirá um enriquecimento do Estado sem causa justificativa, com o correspondente empobrecimento da demandada, o que, nem a Lei, nem o julgador certamente pretendem;

23.ª – Por outro lado ainda, o Mmo. Juiz Conselheiro determinou a participação dos factos à *Autoridade Tributária e Aduaneira, para os efeitos aí tidos por convenientes, nomeadamente decisão sobre apuramento de matéria coletável, em termos de IRS* e à Procuradoria-geral da República para eventual inquérito criminal;

24.ª – Será, pois, nesta sede - de *apuramento da matéria coletável em termos de IRS* e inquérito criminal -, que se concluirá se, - sim ou não -, houve dano para o erário público, porque, como visto, o apuramento do dano - no caso arrecadação de imposto em montante inferior - não se basta com o mero cálculo da retenção na fonte, havendo que deduzir o montante de imposto que certamente foi pago pela sociedade sobre o montante do rendimento, sob pena de enriquecimento do Estado sem justificação, com o correspondente empobrecimento da demandada BB;

25.ª – O TC «*pode condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração*». Porém, as importâncias abrangidas pela infração são apenas os montantes faturados peticionados que, como vimos, não consubstanciam dano para o erário público, em face das declarações liberatórias juntas aos autos;

26.ª - Quanto ao imposto, não se encontra provado que o dano tenha, efetivamente, ocorrido, visto que não se tem por certo que o Estado tenha arrecadado montante de imposto inferior àquele que teria recebido se o IRS tivesse sido retido na fonte e, não sendo líquido que tenha ocorrido esse dano e na medida sentenciada, salvo o devido respeito, não pode a demandada ser condenada no pagamento do montante nos termos em que o foi;

27.ª – O enriquecimento sem causa não é consentido pela lei e, decidindo como decidiu, o Mmo Juiz incorreu em violação do artigo 473.º do Código Civil;

28.ª - Resulta dos autos e o probatório elege, que o objeto da ação no que respeita à infração financeira reintegratória era o montante correspondente aos pagamentos efetuados [faturas FSP 2022/2085, no valor de €25.290,57 e FSP 2022/5318, no valor de €3.076,17], sendo a causa de pedir, os alegados pagamentos indevidos efetuados à sociedade, quando deveriam ter sido efetuados às pessoas singulares (sócio e advogada);

29.ª - Ao longo do processo, em nenhum momento foi suscitada a questão, - eventualmente conexa com os referidos pagamentos, mas não abrangida pela própria infração -, do montante da retenção do IRS e suas consequências em termos de dano efetivo para o erário público, em termos que pudessem ser objeto de defesa pelas demandadas;

30.ª - Esta questão nova surgiu apenas na sentença recorrida e, sobre ela, as demandadas não tiveram oportunidade de apresentar defesa, requerer diligências de prova em sede de instrução¹ e sujeitá-la a debate em audiência de discussão e julgamento;

31.ª - Nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), «(n)os processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa»;

32.ª - Nos termos e para os efeitos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º do CPC, aqui aplicável, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC, «(s)ó nos casos excecionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida», sendo que, «(o) juiz deve observar e fazer cumprir ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem»;

33.ª - O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), num caso que lhe foi submetido em que, para além do mais, foi suscitada a questão relativa à (in)observância do contraditório, por ter sido acolhido oficiosamente no Acórdão proferido pelo STJ um fundamento jurídico que não tinha sido objeto de discussão entre as partes, decidiu na parte

¹ Designadamente requerendo à Administração Tributária (AT) e à sociedade de advogados beneficiária dos pagamentos, os documentos comprovativos do imposto efetivamente pago ao Estado, sobre o montante dos pagamentos julgados indevidos

referente à não notificação prévia das partes para se pronunciarem acerca do fundamento jurídico, que constituiu uma decisão surpresa (cf. ponto 3 do dispositivo do Ac. TEDH, extraído no proc. n.º 4687/11);

34.ª – Muito respeitosamente, decidindo como decidiu, o Mmo. Juiz Conselheiro, incorreu em violação dos normativos constantes dos artigos 32.º da CRP e artigo 3.º do CPC, o que desde já se invoca para todos os efeitos e com as legais consequências;

35.ª – Com relevância para o que se discute nos presentes autos, o Mmo. Juiz Conselheiro, não levou ao elenco dos factos considerados provados, o facto articulado sob o artigo 115.º da contestação das demandadas, suportado no documento n.º 10 por elas junto aos autos (Ac. Arbitral), «(...) o valor da ação arbitral foi fixado em 71.119.022, 67 (setenta e um milhões, cento e dezanove mil, vinte e dois euros e sessenta e sete cêntimos), por [se tratar] (...) do benefício económico que a entidade demandante obteria (...) com a eventual procedência dos pedidos (...)»;

36.ª – Encontrando-se este facto suportado por documento, entendem as demandadas, com o devido respeito, que deve ser aditado à matéria de facto considerada provada;

37.ª – Acresce que, as demandadas alegaram, com relevância para o objeto dos presentes autos, sob os artigos 85.º e 91.º, da contestação que, relativamente à opção sob censura, «(a) opção da ARSA foi pela adesão a um modelo padronizado, que inclui regulamentação e tabelas próprias, conhecidas e aplicadas pela generalidade dos contraentes, Estado incluído, que não limitasse, à partida, a defesa da ARSA e, bem assim, a escolha dos melhores e mais capacitados árbitros para decidir o litígio» e que «(a) indicação da tabela do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, inscreveu-se no objetivo, conforme anteriormente indicado, de adesão a um modelo padronizado utilizado pelo Estado em arbitragens de elevado valor e complexidade»;

38.ª - Entendem as demandadas que estes factos foram provados com o depoimento prestado pela testemunha EE, responsável pela equipa jurídica que prestou assessoria à ARSA na preparação e tramitação do processo arbitral que, após dispensa do sigilo profissional pela Ordem dos Advogados, depôs com conhecimento direto e participado dos factos e transmitiu ao tribunal todo o percurso do raciocínio que determinou o aconselhamento às demandadas pela opção pelo modelo adotado;

39.ª – De resto, em sede de **motivação da decisão de facto**, o Mmo. Juiz Conselheiro fez constar que «(o)s factos dados como provados foram assim julgados (...) tendo-se nomeadamente tomado em consideração: (...) c) os depoimentos das seguintes testemunhas, as quais depuseram com a razão de ciência que lhes advém do conhecimento dos factos, em virtude das atividades/funções descritas infra e, ainda, com isenção e credibilidade, na dimensão dos factos abaixo salientados, não sendo afetada tal isenção e credibilidade pela relação de amizade de algumas das demandadas: (...) EE (...) o qual explicou o contexto em que foi contactado pela ARSA (...) estando as pessoas da ARSA em grande preocupação pelo risco de quebra do contrato por parte da Acciona e do pedido desta para a constituição do TA, tendo a partir daí passado a fazer o aconselhamento jurídico à ARSA, que foi no sentido de aceitar a constituição do TA ad hoc, mas não nos termos da proposta desta, tendo sido formulada uma contraproposta de arbitragem, em seu entender “decalcada do que conhecíamos”, em função do contrato e daquilo que lhe pareceu ser a “complexidade” do litígio incluindo quanto aos honorários da tabela da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Deu ainda conta que, na relação e aconselhamento aos elementos do CD da ARSA, não lhes sugeriu ou propôs outro modelo de constituição do TA, nem honorários diferentes daqueles da tabela referida»;

40.ª - Por conseguinte, entendem as demandadas que devem ser dados como provados os factos constantes dos artigos 85.º e 91.º da contestação, aditando-se à matéria considerada provada;

41.ª - Uma das questões submetidas à análise e decisão do tribunal nos presentes autos foi a de saber se a demandada BB autorizou o pagamento de despesas ilegais e, assim, pagamentos indevidos, incorrendo em responsabilidade financeira sancionatória nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea b) 2.ª parte, da LOPTC;

42.ª - Consubstancia-se esta questão no pagamento de faturas emitidas pela sociedade de advogados “Morais Leitão (...)” com o descritivo de corresponder a honorários referentes ao processo arbitral, nunca tendo autorizado o pagamento de honorários ao árbitro presidente do TA e à secretária nomeada, tendo assim determinado pagamentos indevidos;

43.ª - A págs. 12 da sentença recorrida, em sede de **motivação da decisão de facto**, o Mmo. Juiz Conselheiro fez constar que «(o)s factos dados como provados foram assim julgados (...) tendo-se nomeadamente tomado em consideração: (...) c) os depoimentos das seguintes testemunhas, as quais depuseram com a razão de ciência que lhes advém do conhecimento dos factos, em virtude das atividades/funções descritas infra e, ainda, com isenção e credibilidade, na dimensão dos factos abaixo salientados, não sendo afetada tal isenção e credibilidade pela relação de amizade de algumas das demandadas: (...) FF (diretor do departamento de gestão e administração geral da ARSA), o qual explicou que foram feitos pagamentos à Morais Leitão (...) em função do descritivo que constava das faturas e, também, do despacho do próprio árbitro-presidente do TA, tendo esclarecido que não foram apenas as faturas juntas aos autos e que lhe foram exibidas as que a ARSA pagou àquela sociedade de advogados, mas todas as que foram apresentadas relacionadas com a mesma matéria de honorários do Tribunal Arbitral, tendo ainda informado, pelos dados que consultou na sessão, que o último pagamento dessa natureza terá ocorrido em 16.02.2024»;

44.ª – A este propósito releva a fundamentação feita constar a págs. 20/21 da sentença, pontos 53. a 55., 58 a 60 e 63, para cuja leitura, pela relevância no contexto, respeitosamente se remete, evitando-se transcrições maçadoras;

45.ª - Efetivamente, a sociedade de advogados “Morais Leitão (...)” apenas serviu de sede para o funcionamento do Tribunal Arbitral, não tendo prestado qualquer serviço à ARSA;

46.ª - Porém, na pendência do processo arbitral, previamente à apresentação das faturas e pagamentos, o árbitro-presidente emitiu os despachos, por ele subscritos, e que constam do processo, no sentido de, para além dos encargos administrativos, também os honorários serem pagos à sociedade de advogados da qual é sócio, a “Morais Leitão (...)”;

47.ª - Nos termos do disposto no artigo 769.º do CC, «(a) prestação deve ser feita ao credor ou ao seu representante» e dispõe o artigo 770.º, al. a) que a prestação feita a terceiro extingue a obrigação «(s) assim foi estipulado ou consentido pelo credor»;

48.ª - «A estipulação ou consentimento {alínea a)} podem ter lugar mediante procuração, autorização ou delegação dadas, seja no momento da constituição da obrigação, seja posteriormente, não estando nenhum destes atos sujeitos a forma especial, como também o não está a ratificação {alínea b)}» (cfr. Abílio Neto, in CC Anotado, anot. 1 ao artigo 770.º, pág. 526);

49.ª - No mesmo sentido, vide Pires de Lima e Antunes Varela, in Código Civil Anotado, vol II, pág. 16 em anotação ao mesmo artigo: «Em todos os casos previstos neste artigo a prestação feita a terceiro libera o devedor, como se fosse feita ao próprio credor. A estipulação ou o consentimento do credor, previstos na alínea a), não importam necessariamente a representação (...) Pode tratar-se do consentimento para um terceiro receber a prestação em nome próprio, por delegação do credor (...)»;

50.ª - Ou seja, o procedimento adotado pela ARSA encontra permissão legal e, nos termos em que o foi, constitui um procedimento lícito;

51.ª - Os pagamentos efetuados encontram respaldo legal nos artigos 769.º e 770.º do CC e nos despachos do árbitro-presidente/credor;

52.ª – Assim, a demandada agiu firmemente convicta da legalidade da sua atuação que, - reafirma - não aportou qualquer dano para o erário público;

53.ª - Não se trata aqui da conformidade legal da despesa, considerando que tudo se passa como se o pagamento tivesse sido efetuado ao credor e emergente do facto gerador da obrigação, que se mantém inalterado. Foi o próprio credor que solicitou/autorizou o pagamento a terceiro que indicou em despacho no âmbito do processo arbitral, o que tem adequada previsão legal;

54.ª – Decidindo como decidiu, o Mo. Juiz Conselheiro incorreu em violação dos dispositivos legais dos artigos 769.º e 770.º do Código Civil;

55.ª - O MP imputou às demandadas, a infração financeira p. e p. pelo artigo 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte, da LOPTC, por terem autorizado um compromisso arbitral, recusando a proposta apresentada pela Acciona, menos onerosa, que, a final, custou ao Estado o montante de €274.720,81 (duzentos e setenta e quatro mil, setecentos e vinte euros e oitenta e um centimos), montante total de honorários pagos aos árbitros, aos peritos e encargos administrativos (onde se inclui o pagamento dos honorários da secretária do TA);

56.ª - As demandadas lograram produzir prova, documental e testemunhal na audiência de julgamento, dos motivos que determinaram a decisão que adotaram, da complexidade do processo arbitral e de todos os antecedentes de risco efetivo de quebra do contrato com o enormíssimo prejuízo que tal implicaria para o Estado Português que, conjugadamente, determinaram a tomada de decisão que foi posta em crise, como, de resto se alcança da matéria julgada provada na sentença;

57.ª - Efetivamente, compreendem que as deliberações contêm deficiente fundamentação, por falta da concretização e do detalhe que a situação exigia, faltando o estudo comparativo que melhor explicaria a bondade da escolha;

58.ª – Todavia, agiram sempre na ótica da proteção do interesse público e, no contexto descrito e testemunhado por quem viveu os factos, estão certas de que a opção foi, decerto, a melhor, de entre as opções que se apresentavam e que permitiu a construção do Hospital e a conservação dos fundos comunitários;

59.ª - Ficou igualmente provado, sob os pontos 5.42 a 5.45, que as demandadas são profissionais com longas carreiras no serviço público, honestas, esforçadas em bem servir o interesse público, sérias, assumindo no exercício das funções públicas, postura de retidão, integridade e espírito de missão;

60.ª - Por todo o exposto, entendem as demandadas que reúnem os requisitos aptos a poderem ser dispensadas da multa, o que requerem.

3. O Ministério Público respondeu ao recurso, concluindo pela improcedência das questões suscitadas pelo recorrente concluindo o seu parecer nos seguintes termos:

1. O facto da Sentença ter considerado que o dano ao erário público era menor do que o peticionado no requerimento inicial de julgamento por estar em causa apenas uma situação de natureza fiscal, visto a prestação de serviços do Árbitro-Presidente e da Secretária do Tribunal arbitral *ad hoc* estar sujeita a IRS, *com retenção na fonte na percentagem de 25%*, ou seja, no montante global de 5.765,60 €, algo que não foi feito aquando do pagamento por este ter sido feito diretamente a uma sociedade de advogados, não pode ser visto como uma “questão nova” ou “questão surpresa”.

2. Para a formulação antecedente temos de ter presente que, apesar do requerimento inicial não ter especificado esta situação, tal requerimento se fundou no processo de auditoria n.º 1/2022, da 1.ª Secção deste Tribunal de Contas, sendo que, no relatório n.º 3/2024, produzido no final da instrução de tal processo, onde foi referido, o que as recorrentes também sabiam, designadamente a recorrente BB, e que passamos a transcrever: *“A ARSA também não poderia fazer o pagamento à sociedade, terceira para efeitos do contrato donde decorre o vínculo, porque o credor e o terceiro estão sujeitos a regimes fiscais diferentes. De facto, o rendimento decorrente do contrato de árbitro é um rendimento de uma pessoa singular, aqui de trabalho independente, tributado em sede de IRS; pelo contrário, o rendimento da sociedade onde foi incluído esse pagamento é tributado em sede de IRC, com regras de apuramento do valor do imposto e taxas distintas daquelas que decorrem do Código de IRS. O pagamento a credor ou a terceiro não é fungível em termos fiscais. Logo, também por esta razão, o pagamento foi ilegal”*.

3. A Sentença recorrida não fez errada interpretação da lei que aplicou, nem violou o princípio do contraditório, pois, ao contrário do que invocam as recorrentes, não as condenou em objeto diverso do peticionado pelo Ministério Público, mas antes em objeto contido no objeto mais alargado referido no requerimento inicial de julgamento.

4. Aqui, só discordamos da sentença quanto ao valor do dano, porquanto o que nos parece que é devido se subsume à diferença entre o valor de retenção de IRS que a ARSA deveria ter feito e o pagamento de IRC feito pela sociedade de advogados.

5. Não ficou provado que todo o montante de IRS já foi pago na totalidade, designadamente a título de taxa retida pela sociedade de advogados aquando da distribuição dos lucros aos sócios e associados.

6. Os argumentos apresentados no relatório n.º 3/2024 produzido no final da instrução do processo de auditoria n.º 1/2022, da 1.ª Secção deste Tribunal de Contas, nos pontos 298 a 306 – que aqui damos como reproduzidos na íntegra – devem ser reconhecidos com valia para se poder afirmar que os honorários do Árbitro-presidente e da Secretária do Tribunal arbitral *ad hoc* - pagos pela ARSA a sociedade de advogados a solicitação/autorização do dito Árbitro-presidente - não extinguem a obrigação de pagamento para com as pessoas singulares referidas, uma vez que a ARSA não se exonerou da sua obrigação em relação aos credores (Árbitro-presidente e Secretária), pois o seu pagamento à sociedade de advogados foi um cumprimento indevido – em violação dos artigos 476.º,

n.º 2, 769.º e 770.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, e artigo 52.º, n.ºs 3 e 4, da LEO - a poder exigir a repetição das prestações.

7. O aditamento dos factos insertos nos artigos 85.º, 91.º e 115.º da contestação ao acervo factual dado como provado na sentença mostra-se inútil, uma vez que tais factos não se mostram relevantes para, por si só, operarem em relação aos factos dados como provados na sentença recorrida e serem, consequentemente, determinantes de qualquer alteração da decisão jurídica.

8. Quanto à dispensa da multa, no que toca às infrações financeiras sancionatórias por que foram condenadas as recorrentes, os requisitos impostos pelo n.º 8, do artigo 65.º, da LOP-TC, não se verificam, em particular a “culpa diminuta”, uma vez que a conduta infracional das recorrentes não é suficiente para criar uma “quase ausência de culpa”, sendo que também não podem ser esquecidas as exigências de prevenção especial e geral que aqui são bem sentidas.

9. A Sentença recorrida não violou:

- O disposto no artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa;
- O disposto nos artigos 769.º e 770, alínea a), do Código Civil;
- O disposto nos artigos 3.º, 609.º e 615.º, n.º 1, alíneas d) e), do Código de Processo Civil, aplicáveis *ex vi* do artigo 80.º da LOP-TC;
- O disposto no artigo 65.º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, de 26.08 (LOP-TC);

10. É mister que im proceda em quase toda a sua extensão a tese das recorrentes.

11. Deve ser negado provimento ao recurso, confirmando-se, em consequência, a Sentença recorrida, salvo quanto ao valor da reposição que deve ser inferior ao que consta da decisão recorrida.

✱

✱

4. É a seguinte a matéria de facto provada e não provada bem como a motivação sobre a qual importa conhecer as questões suscitadas no recurso:

(...) II - Fundamentação

A - De facto

A.A. Produzida a prova e discutida a causa, julgam-se como **factos provados**² (f. p.)³, os seguintes:

² Esclareça-se que apenas se consideraram como provados ou não provados os “factos”, entendendo-se como tal os “estados” ou “acontecimentos” da realidade e não considerações, ilações ou conclusões e, muito menos, alegações, na medida em que o que é objeto de prova, nos termos do art.º 341º, do Código Civil, é a “demonstração da realidade dos factos”.

³ No âmbito dos poderes de cognição do Tribunal previstos no artigo 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, foram considerados e dados como provados factos instrumentais em relação aos factos alegados e outros que são complemento destes, resultantes da

4. Do requerimento inicial e da discussão da causa:

4.1. O Tribunal de Contas, por despacho judicial de 09.02.2022, determinou a abertura de uma auditoria com o intuito de acompanhar a execução do contrato de empreitada de “Construção do Novo Hospital Central do Alentejo – Centro Hospitalar do Baixo Alentejo”, outorgado pela ARSA.

4.2. A esta auditoria foi atribuído o número de processo 1/2022–AUDIT/1.^a Secção, tendo sido realizada pelo Departamento de Fiscalização Concomitante e de Apoio ao Apuramento de Responsabilidades Financeiras (DFC).

4.3. No final da auditoria foi elaborado o relatório n.º 3/2024 – AUDIT/1.^a S, o qual foi aprovado em Subsecção da 1.^a Secção do Tribunal de Contas em 23 de abril de 2024.

4.4. Este relatório foi enviado à UAMP e entrou nesta unidade em 09.05.2024.

4.5. A AA e a D2, desde 17.11.2021, eram, respetivamente, Presidente do CD e Vogal do CD da ARSA, em regime de substituição, tendo sido nomeadas pela então Ministra da Saúde, pelo Despacho n.º 11611/2021, de 16.11, publicado no DR n.º 228, 2.^a série, de 24.11.

4.6. Entre a ARSA e a empresa Acciona Construcción, S.A. (Acciona) foi celebrado, em 28.12.2020, um contrato de empreitada de obra pública (construção do novo Hospital Central do Alentejo – Centro Hospitalar do Baixo Alentejo), no valor de 148.917.509,73 €.

4.7. Este contrato, celebrado na sequência de um concurso público com publicidade no JOUE contém uma cláusula de foro (cláusula 16.^a – “Regime jurídico e Foro”) que impõe o recurso ao Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja para dirimir litígios na execução da empreitada.

4.8. A Acciona em carta datada de 10.12.2021 requereu à ARSA a constituição de um TA *ad hoc* para resolução de uma compensação pela alteração das circunstâncias provocadas pelo surto pandémico do coronavírus (SARS-CoV-2), com a invocação de uma subida anormal e imprevisível dos custos de produção.

4.9. Anexou a essa carta uma minuta de compromisso arbitral, onde propôs, na cláusula oitava, 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 do Tribunal de 20% dos honorários do árbitro presidente (10.000,00 €), sendo assim o valor global destes honorários de 130.000,00 €. Por sua vez, os encargos administrativos do processo e as despesas com a perícia seriam pagos pela Autora e pela Ré, em partes iguais.

4.10. A Acciona, por carta de 21.12.2021, dirigida à AA, apresentou uma estimativa do valor da compensação que cifrou entre 60 e 65 milhões de euros.

4.11. Os membros do CD da ARSA, a AA e D2, respetivamente presidente e vogal da ARSA, em reunião de 22.12.2021, deliberaram no sentido da constituição do TA *ad hoc*, concordando com a Acciona.

4.12. Através de e-mail de 23.12.2021, a AA propôs ao SES a constituição do TA *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.

4.13. Aquela mensagem de correio eletrónico foi enviada pela chefe do gabinete do SES, por ofício de 29.12.2021, ao Presidente do CD da Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS), IP, para análise e proposta, com urgência.

4.14. A ACSS elaborou a informação n.º 2022/2022/DFI/UOC/ACSS, de 12.01.2022, na qual apenas se pronuncia sobre a admissibilidade de contratação de assessoria jurídica especializada.

4.15. A ARSA, através de ofício SAI-ARSA/2022/92, de 18.01.2022, subscrito pela AA, dirigido ao gabinete do SES, deu conhecimento, além do mais, que o CD 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 TA 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 €”.

4.16. O SES, em 19.01.2022, exara no ofício SAI-ARSA/2022/92, de 18.01.2022, um despacho do seguinte teor: “Autorizo a constituição do Tribunal Arbitral e outorga do compromisso arbitral nos termos propostos”.

4.17. Os membros do CD da ARSA, a Presidente e a Vogal, em reunião de 26.01.2022, aprovaram a minuta do compromisso arbitral.

4.18. A ARSA, de acordo com a minuta de compromisso arbitral enviada à Acciona por ofício de 28.01.2022, não aceitou os valores propostos pela Acciona, descritos em 4.9. supra, tendo contraproposto

discussão da causa e sobre os quais houve oportunidade de as partes se pronunciarem, no âmbito da audiência de julgamento.

para honorários dos árbitros os 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.

4.19. 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 € para encargos administrativos, no valor global de 353.700,53 €.

4.20. A Acciona, por carta de 03.02.2022, voltou a insistir na alteração da contraproposta de montantes realizada pelo ente público, referida em 4.18. supra, reduzindo-os para os valores que inicialmente tinha proposto, por considerar adequados os montantes que tinha 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”.

4.21. As demandadas, como membros do CD da ARSA, em reunião de 11.02.2022, deliberaram manter o conteúdo do compromisso arbitral quanto aos honorários, no valor global referido de 353.700,53 €, não obstante a insistência da Acciona, descrita em 4.20. supra, de redução para o valor global de 130.000,00 €.

4.22. Em 15.02.2022, através de ofício subscrito pela AA, foi enviado à Acciona o compromisso arbitral (em duplicado), já assinado pela AA, 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”.

4.23. A Acciona, através de carta de 17.02.2022, enviou à ARSA um exemplar do compromisso arbitral, devidamente assinado e datado de 16.02.2022.

4.24. Através desta deliberação do CD, composto pela AA e D2, registou-se um aumento de 172%, relativamente ao valor dos honorários dos árbitros proposto pela Acciona.

4.25. Previamente às deliberações de 22.12.2021 e 11.02.2022, referidas em 4.15. e 4.21. supra, as demandadas não determinaram uma avaliação, comparativa, do impacto dos custos da opção de submissão do litígio a TA institucionalizado ou perante TA *ad hoc*, tendo aceiteado os custos da submissão a TA *ad hoc* que lhes foram apresentados pela assessoria jurídica externa (a qual começou a fazer tal assessoria em dezembro de 2021, embora a abertura do procedimento para a contratação desses serviços tenha ocorrido apenas a 18.01.2022 e o contrato de prestação desses serviços tenha sido celebrado apenas em 28.01.2022), 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.

4.26. As demandadas aceitaram aqueles custos apresentados pela referida assessoria jurídica, sem os questionarem, nomeadamente em comparação com os propostos pela Acciona ou perante outras tabelas, em particular as da arbitragem administrativa em geral.

4.27. As demandadas, ao procederem do modo descrito, agiram de forma livre, voluntária e consciente.

4.28. Não ponderaram a otimização dos gastos públicos, de forma a minimizar tais gastos e não se asseguraram que aquela despesa era adequada, em função dos requisitos de economia, eficiência e eficácia.

4.29. Por deliberação de 16.03.2022 do CD, subscrita pelas demandadas, a ARSA procedeu à nomeação do seu árbitro.

4.30. Em 6 de abril de 2022 foi assinada a ata de instalação do TAI e o Regulamento do Processo Arbitral, designadamente pelos árbitros das partes, pelo árbitro presidente nomeado pelos outros árbitros e pelos representantes das partes, tendo a AA representado a ARSA.

4.31. Nesses instrumentos jurídicos foi exarado que “(...) a sede do Tribunal é o escritório da “Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados (...)” – cf. ponto 4 da ata de instalação e artigo 3.º do Regulamento – e ainda que “(...) podendo o tribunal reunir noutro local que considere apropriado” – cf. artigo 3.º do Regulamento.

4.32. Mais foi exarado no Regulamento, designadamente nos artigos 15.º e 17.º, a submissão dos honorários dos árbitros e demais encargos administrativos ao que foi fixado no compromisso arbitral outorgado pelas partes e a forma como tal se iria processar.

4.33. Nunca foi referido nesses documentos que os honorários de árbitros ou/e os encargos administrativos seriam pagos à “Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados”.

4.34. Em 31.05.2022, a sociedade de advogados “Moraes Leitão (...)” emitiu uma fatura com a identificação FSP 2022/2085, no valor de 25.290,57 € (incluindo IVA), ou seja, 20 561,44 € com o seguinte descritivo “honorários referentes ao processo arbitral para dirimir o litígio entre a ACCIONA (...) e a ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO ALENTEJO, IP”, acrescidos de IVA à taxa de 23% no montante de 4 729,13 €, a qual remeteu à ARSA.

4.35. Em 14.06.2022, a D2 autorizou o pagamento dessa quantia.

4.36. Na mesma data, a D2, autorizou também o 1.º pagamento aos árbitros nomeados pelas partes, no valor de 16 462,58 € (incluindo IVA à taxa de 23% no montante de 3 078,37 €), tendo feito a retenção de IRS à taxa de 25% no montante de 3 346,05 € a cada um.

4.37. Em 18.11.2022, a sociedade de advogados “Morais Leitão (...)” emitiu duas faturas com a identificação FSP 2022/5317 e FSP 2022/5318, no valor unitário igual de 3.076,17 € (incluindo IVA), ou seja, 2 500,95 € com o seguinte descritivo “honorários referentes ao processo arbitral para dirimir o litígio entre a ACCIONA (...) e a ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO ALENTEJO, IP”, acrescidos de IVA à taxa de 23% no montante de 575,22 €, as quais remeteu à ARSA.

4.38. Em 23.11.2022, a D2 autorizou o pagamento (n.º 8416) dessa quantia de 6.152,34 €- (3.076,17 € x 2).

4.39. Em 29.11.2022, a sociedade de advogados “Morais Leitão (...)” transferiu a quantia de 3.076,17 €, referente à fatura que emitiu com o n.º FSP 2022/5317, por ter havido lapso quer na sua emissão quer no pagamento que lhe foi feito pela ARSA.

4.40. A ARSA regularizou contabilisticamente a situação, em 29.11.2022, com uma reposição de pagamento (n.º 8679), autorizado pela D2 e com uma nota de lançamento (n.º 100358), de 30.11.2022.

4.41. A ARSA, através das demandadas, em particular pela D2, nunca autorizou o pagamento ou mandou proceder ao pagamento dos honorários ao árbitro Presidente e à Secretária nomeada.

4.42. Estes, ao contrário do que ocorreu com os árbitros nomeados pelas partes, não emitiram então recibo de quitação daquelas quantias.

4.43. A D2, ao proceder do modo descrito, ou seja, autorizando estes pagamentos, agiu de forma livre, voluntária e consciente.

4.44. Não teve em atenção e cuidado que, na sequência do compromisso arbitral subscrito pela ARSA e da ata de instalação do TA e do Regulamento do Processo Arbitral, estava previsto que os honorários ao árbitro presidente e à secretária seriam pagos às pessoas singulares nomeadas/escolhidas.

4.45. Igualmente não teve em atenção e cuidado que a ARSA não tinha nenhum contrato de prestação de serviços com a sociedade de advogados “Morais Leitão Galvão Teles, Soares da Silva e Associados”, que servisse de justificativo para a emissão daquelas faturas.

4.46. Não se assegurou se tais pagamentos eram legalmente devidos à sociedade de advogados “Morais Leitão Galvão Teles, Soares da Silva e Associados” e que, autorizando tais pagamentos, sem qualquer prestação de serviços por parte desta sociedade de advogados, causava prejuízo patrimonial ao erário público, no caso à ARSA.

4.47. A D2 é licenciada em direito desde 1988, com inscrição como advogada na Ordem dos Advogados de 1991 a 1995 e com experiência na área da administração hospitalar desde 1992 até à data dos factos,

*

5. Da contestação das demandadas

5.1. I. A AA e D2 foram nomeadas pela então Ministra da Saúde, para o exercício dos cargos, respetivamente, de Presidente e Vogal do CD da ARSA.

5.2. Por esse motivo, a AA cessou funções no Hospital do Espírito Santo de Évora (HESE), E.P.E., onde exercia o cargo de Presidente do Conselho de Administração (CA) desde 2016, após ter cumprido um primeiro mandato, também como Presidente do CA do mesmo Hospital entre 2009 e 2013.

5.3. À data do início de funções na ARSA, às demandadas foi manifestada pela Sr.ª Ministra da Saúde, a sua preocupação relativamente à evolução do processo referente à construção do Novo Hospital Central do Alentejo (NHCA).

5.4. Com o ato administrativo de adjudicação da obra, praticado em 09.11.2020, os procedimentos encontravam-se sem andamento e corria-se o risco de não se concretizar o grande investimento público para a população de toda a Região do Alentejo (Alto Alentejo, Alentejo Central, Litoral Alentejano e Baixo Alentejo).

5.5. Foi especialmente salientado pelos membros do Governo que a construção deste novo Hospital constituía uma inequívoca prioridade e, parte da missão entregue às demandadas era, precisamente, levar a bom porto esta empreitada para que não ficasse abandonada pelo caminho.

5.6. Ainda enquanto presidente do CA do HESE, a AA encontrou-se envolvida nos trabalhos de preparação e lançamento do procedimento pré-contratual com vista à adjudicação da empreitada e foi coordenadora da comissão de acompanhamento da construção e instalação (CACI) do NHCA.

5.7. Não obstante a promessa de nomeação do terceiro elemento, o CD da ARSA permaneceu incompleto e as duas demandadas assumiram a gestão da ARSA, confrontando-se no início de funções com a necessidade de procurar gerir alguns conflitos com origem na falta de avaliação de desempenho dos trabalhadores e, simultaneamente, avançar com a empreitada e início da construção do NHCA.

5.8. No passado tinham ficado os piores momentos da pandemia de COVID-19, que a AA viveu no HESE, acompanhando-a o trauma que acompanha certamente todos os que trabalhavam num hospital público naquela altura.

5.9. Foi neste contexto que, no dia 17.11.2021, as duas demandadas iniciaram as suas funções no exercício dos cargos de Presidente e Vogal do CD da ARSA.

5.10. Na sequência do despacho do Procurador Geral Adjunto, datado de 13.05.2024, notificado às demandadas em 16.05.2024, em que era determinado que a ARSA "apresente documento provindo assinado pelo árbitro-presidente e pela secretária do TA ad hoc, demonstrativo que a ARSA está liberada de qualquer pagamento em duplicado dos honorários desses dois elementos do TA ad hoc, designadamente, um recibo que revele que por parte dessas pessoas que o valor referido pelo serviço prestado lhe foi entregue e que a ARSA não lhes deve qualquer quantia", por requerimento de 28.05.2024, as demandadas remeteram dois documentos.

5.11. Esses documentos são duas declarações das duas pessoas singulares que, no TA constituído para dirimir o litígio contratual entre a Acciona e a ARSA, desempenharam as funções de Árbitro-presidente (CC) e Secretária (DD), nas quais declaram "para todos os efeitos tidos por convenientes, que a ARSA procedeu ao pagamento integral do valor dos honorários correspondente ao serviço por si prestado, enquanto Árbitro-Presidente [enquanto Secretária do Tribunal]" e, "Por ser assim, a ARSA não é devedora de qualquer pagamento ao declarante [à declarante] uma vez que o serviço por este [esta] prestado foi devidamente pago à Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados que o [a] declarante integra".

5.12. A constituição da arbitragem foi requerida pela Acciona através de carta datada de 10.12.2021 nos termos e com os fundamentos que dela melhor se alcançam, carta essa junta a fls. 14 a 19 do vol. I do processo n.º 1/2022 – AUDIT/1.ª Secção, apenso a estes autos.

5.13. O pedido de constituição de um TA *ad hoc* ("não integrado em centro de arbitragem institucionalizado") foi apresentado pela Acciona, em simultâneo e no mesmo documento em que pediu a compensação por alteração das circunstâncias.

5.14. Nesta sequência, a ARSA, através das demandadas, suscitou a prestação de esclarecimentos por parte da Acciona, nomeadamente no que se refere ao valor do pedido compensatório, ou seja, ao valor estimado da arbitragem

5.15. Por carta de 21.12.2021, a Acciona indicou um montante estimado entre as 60 e os 65 milhões de euros.

5.16. Por carta de 12.01.2022, a ARSA refere que: «(...) Para a vinculação a um compromisso arbitral e, bem assim, para a exata avaliação e determinação dos respetivos termos, torna-se necessária, porém, uma mais completa e atual quantificação dos custos reclamados (ainda que sem limitar o pedido concreto que venha a ser formulado perante o tribunal).

Deste modo, aguardamos que a Acciona nos faça chegar informação complementar a esse respeito, tal como indicado na vossa carta de 21.12.2021 (...)"

5.17. Interpelação que mereceu da Acciona resposta por carta de 18.01.2022, junta a fls. 34/35 do vol. I processo n.º 1/2022 – AUDIT/1.ª Secção, apenso a estes autos, detalhando e atualizando a estimativa de sobrecustos, sumariamente, nos seguintes termos:

"Das estimativas provisórias de cálculos efetuados, os quais se encontram detalhados no mapa em anexo (Anexo 1) e que foram elaborados com dados relativos a junho de 2021, estimamos que os sobrecustos da empreitada possam importar em 66.405.488,40€ (sessenta e seis milhões, quatrocentos e cinco mil, quatrocentos e oitenta e oito euros e quarenta centésimos), onde se encontra incluído o valor que já resulta da aplicação obrigatória da fórmula legal e contratual de revisão de preços, cujo montante ascende a 15.116.020,74 (quinze milhões cento e dezasseis mil e vinte euros e setenta e quatro centésimos), representando, por isso, uma estimativa de diferença de 51.289.467,66€ (cinquenta e um milhões, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e sete euros e sessenta e seis centésimos) entre os valores reais de mercado e o valor obtido pela aplicação do mecanismo contratual previsto. Junta-se também em anexo ANEXO 2) o enquadramento relativo a cada índice objeto de cálculo.

Salientamos que os cálculos efetuados foram efetuados tendo em consideração dados reais, oficiais, internacionais e/ou recolhidos junto de fornecedores" (cf. documento junto ao processo instrutor)

5.18. O SES foi informado dos desenvolvimentos, mediante contactos diretos por parte do CD da ARSA e, após troca de comunicações e atos preparatórios, o SES aprovou a constituição da arbitragem *ad hoc*.

5.19. No que respeita ao objeto e âmbito da arbitragem, num primeiro momento, a Acciona, pela carta de 10.12.2021, pretendeu circunscrever o objeto da arbitragem a compensação pela alteração das circunstâncias, com exclusão de "custos resultantes de outras vicissitudes que têm igualmente afetado a Empreitada, nomeadamente, mas sem limitar, os custos resultantes das vicissitudes indicadas nas nossas

cartas REF.^a 2021 08 26_ Carta Acc-ARSA, de 26 de agosto de 2021, e 2021 09 14_Carta Acc-ARSA, de 14 de setembro de 2021, assim como os impactos associados a uma maior permanência em obra, reservando a Acciona todos os seus direitos nesses domínios, a serem suscitados autonomamente".

5.20. Entendeu a ARSA que não faria qualquer sentido relegar para posterior apreciação, entre outros, os impactos associados a uma maior permanência em obra, quando eles resultavam, em larga escala, da pandemia.

5.21. A carta dirigida pela Acciona à ARSA na véspera da consignação da obra, comunicando as suas reservas, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 345.º, n.º 3 do CCP, exigiu das demandadas uma análise metódica, demorada e exigente.

5.22. Todas as matérias que haviam sido enumeradas na carta da Acciona de 29.07.2021, acabaram por ser agregadas na ação.

5.23. A Acciona invocou também o direito a prorrogação do prazo no âmbito do pedido de reposição do equilíbrio do contrato, nos termos do artigo 282.º, n.º 3 do CCP.

5.24. À data da constituição da arbitragem era de prever um processo volumoso e com alguma complexidade, ao nível das questões jurídicas e técnicas.

5.25. Veio a verificar-se que ao nível da documentação, só com a petição inicial foram juntos 174 documentos que compõem, em suporte físico, 5 arquivadores A4.

5.26. A Acciona acabou por agregar na petição inicial da ação arbitral um conjunto de questões, sob dois títulos:

"Da comparação dos índices da fórmula de revisão de preços com a realidade", que desenvolve ao longo dos artigos 210.º a 400.º da petição inicial;

"Dos cálculos da modificação/compensação", que desenvolve ao longo dos artigos 708º a 989º da petição inicial.

5.27. O objeto do litígio foi definido na cláusula primeira do compromisso arbitral, começando por dizer respeito à indemnização/compensação que possa vir a resultar diretamente do reequilíbrio do contrato, em razão da alteração das circunstâncias (n.º 1 da cláusula primeira), sendo clara a relação jurídica a que o litígio respeita: o contrato de empreitada.

5.28. A avaliação que foi feita, em linha com as próprias razões que determinaram a aceitação da arbitragem, por parte da ARSA, foi a de que seria de toda a conveniência e utilidade a obtenção de uma decisão única, célere e capacitada para a generalidade das dúvidas e disputas respeitantes ao contrato, a bem da pacificação do mesmo e em ordem à integral e atempada execução do contrato.

5.29. Neste contexto e enquadramento e após análise do que estava inteiramente em causa, a ARSA considerou o compromisso arbitral proposto pela Acciona, desadequado e inaceitável.

5.30. O objeto da Arbitragem proposto pela Acciona era: "o presente compromisso arbitral tem por objeto dirimir a questão do valor da compensação a atribuir a ACCIONA no âmbito do 'Contrato, pela alteração das circunstâncias verificada, bem como fixar um critério para a compensação futura da variação, para mais ou para menos, dos custos de produção (mão-de-obra, materiais e equipamentos, entre outros) da Empreitada".

5.31. A Acciona propôs também, quanto às matérias seguintes:

- todos os árbitros designados por acordo;
- sede do tribunal: Évora;
- dois articulados com os seguintes prazos: 10 dias para a apresentação da petição inicial e igual prazo para contestar; 5 dias para a reconvenção;
- instrução constituída exclusivamente por perícia;
- perícia realizada por dois peritos (cada parte indica o seu), podendo ser apresentado relatório comum ou separado;
- alegações de facto e de direito em prazo simultâneo de dez dias.

5.32. Na cláusula nona era proposto: "Não estando em causa uma questão de estrita legalidade, mas a fixação do valor e do critério da compensação a atribuir pela alteração das circunstâncias, o Tribunal Arbitral fica autorizado a julgar segundo a equidade", o que não mereceu a concordância da ARSA.

5.33. Em 28.01.2022 foi remetida pela ARSA à Acciona, uma nova minuta de compromisso arbitral para análise e aceitação, acompanhado do seguinte esclarecimento: "Para além dos esclarecimentos que ainda possam, a vosso pedido, vir a ser prestados a respeito do compromisso arbitral proposto, informa-se que teve o mesmo em devida consideração a proposta apresentada pela ACCIONA, a par de uma igual preocupação com a inclusão das dinâmicas padronizadas neste tipo de processos e com a necessidade de assegurar, de forma clara, a ausência de limitações aos poderes de cognição e pronúncia do tribunal".

5.34. Em resposta à carta referida no parágrafo anterior, a Acciona respondeu, por carta de 03.02.2022 propondo aditar uma cláusula com um prazo para a decisão a proferir pelo tribunal (que não se vislumbra na

sua proposta inicial) e manter os honorários dos árbitros invocando “que consideramos os valores respetivos indicados a nossa proposta são adequados”.

5.35. Após ponderação desta novel proposta, a ARSA deliberou o seguinte, em 11.02.2022:

II - Compreendemos as sugestões formuladas, mas não as podemos aceitar por limitarem a liberdade de ação do tribunal e o universo dos árbitros, à partida, não assegurando plenamente, desse modo, os interesses que ao Estado e à Administração Regional de Saúde do Alentejo compete acautelar.

III - Assim, dada a manifestada aceitação da Acciona da proposta endereçada de compromisso arbitral, e sem mais delongas, junto enviamos em anexo dois exemplares assinados do mesmo, agradecendo a outorga, por parte de V. Exas. e posterior devolução de um exemplar assinado”

5.36. A escolha direta da ARSA, em relação ao árbitro a indicar por si, recaiu sobre o Professor Doutor GG, tendo os árbitros escolhidos pelas partes acordado em escolher o Professor Doutor CC para árbitro presidente.

5.37. O TA *ad hoc* proferiu o seu acórdão em 10.04.2024, o qual não mereceu impugnação de qualquer das partes.

5.38. Foi efetuada uma avaliação e estimativa dos custos de submissão do litígio a TA *ad hoc*, bem como de contratação de assessoria jurídica especializada, tendo em vista a orçamentação e cabimentação da despesa e foi com base nela que a despesa inerente veio a ser autorizada pelo SES.

5.39. O valor global estimado de 450.000,00€ resultou da aplicação da tabela anexa ao Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial ao valor estimado da arbitragem e teve em consideração os custos dos honorários de peritos e os custos de assessoria jurídica especializada.

5.40. O valor da despesa paga pela ARSA, a título de custas com o processo arbitral e assessoria jurídica especializada, foi inferior àquele montante estimado, porquanto, no que tange a custas, estas foram repartidas na proporção do decaimento.

5.41. A AA é Professora Universitária de carreira.

5.42. Exerceu, ao longo da sua carreira cargos de gestão, sem se poupar a esforços para bem servir o interesse público.

5.43. É pessoa séria, honesta e íntegra, pautando a sua vida pelo cumprimento da missão de serviços públicos em que foi investida, fosse no âmbito da sua profissão, fosse no âmbito dos cargos que lhe confiaram.

5.44. A D2 é Administradora Hospitalar, carreira que vem exercendo desde que nela ingressou na sequência de concurso público em 1992.

5.45. Sempre assumiu no exercício das funções e cargos públicos, uma postura de retidão, integridade, honestidade e espírito de missão.

*

A.B. E julgam-se como **factos não provados (f. n. p.)**, todos os que, com relevância para a discussão da causa, estejam em oposição – direta ou indireta - com os atrás considerados provados, nomeadamente que:

6. Do requerimento inicial:

6.1. Desconhece-se a razão do motivo que levou ao aumento dos custos da arbitragem deliberado pelas demandadas e porque é que optaram pelas tabelas de encargos de arbitragem comercial.

*

7. Da contestação das demandadas:

7.1. Houve contactos diretos entre o CD da ARSA e a Sra. Ministra da Saúde e o SES aprovou a constituição da arbitragem *ad hoc* com a concordância da Sra. Ministra da Saúde.

7.2. Os valores propostos pela Acciona foram indicados com respeito a um processo claramente insatisfatório, nos termos referidos na sua proposta.

7.3. A opção da ARSA foi pela adesão a um modelo padronizado, que inclui regulamentação e tabelas próprias, conhecidas e aplicadas pela generalidade dos contraentes, Estado incluído, que não limitasse, à partida, a defesa da ARSA e, bem assim, a escolha dos melhores e mais capacitados árbitros para decidir o litígio.

7.4. Por essa razão, precisamente, entendeu a ARSA poder e dever reduzir os encargos (cláusula 5.^a, n.º 3 do compromisso arbitral), mas já não os honorários dos árbitros.

7.5. A via de uma arbitragem institucionalizada, que até poderia ter recaído no Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, em que as partes nem sempre têm, à partida, a garantia de livre escolha dos árbitros, não dava plenas garantias.

7.6. A indicação da tabela do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, inscreveu-se no objetivo de adesão a um modelo padronizado utilizado pelo Estado em arbitragens de elevado valor e complexidade.

*

A.C. Motivação da decisão de facto

8. Os **factos** dados como **provados** foram assim julgados após análise crítica da globalidade da prova produzida, com observância do estatuído nos n.ºs 4 e 5 do art.º 607º do Código de Processo Civil (CPC), aplicável, assim como os demais preceitos deste diploma legal adiante citados, *ex vi* artigos 80º e 94º, n.º 3, ambos da LOPTC, tendo-se nomeadamente tomado em consideração:

a) os factos admitidos, explicita ou implicitamente na contestação, nomeadamente ao tomar-se aí posição sobre as eventuais repercussões jurídicas desses factos;

b) os documentos juntos a estes autos, com o requerimento inicial (docs 1 a 3), bem como os documentos constantes do processo de auditoria n.º 1/2022, indicado como prova naquele requerimento, assim como os documentos (10) juntos pelas demandadas na contestação, todos documentos que não foram impugnados e que são relevantes para a prova dos factos julgados como provados, nomeadamente, nas seguintes dimensões:

- i) as deliberações do CD da ARSA, de 22.12.2021, 26.01.2022, 11.02.2022 e 16.03.2022, adotadas pelas demandadas, juntas a fls. 30/32, 51/52 e 419 do processo n.º 1/2022-AUDIT-1.ª Secção e documento junto a fls. 8 destes autos;
- ii) as posições transmitidas pela Acciona e pela ARSA, relativamente ao litígio e à constituição do tribunal arbitral, pelas cartas e anexos às mesmas, juntas a fls. 14/19, 25/26, 28/29, 53/58, 59/60, 62/66 e 75/80 do processo n.º 1/2022-AUDIT-1.ª Secção;
- iii) as posições transmitidas pelo CD da ARSA ao SES e as adotadas por este e transmitidas pelo seu gabinete, relativamente ao litígio e à constituição do tribunal arbitral, pelos e-mails/ofícios juntas a fls. 67/68, 69/79, 358/359 e 379 v.º/380 do processo n.º 1/2022-AUDIT-1.ª Secção;
- iv) a ata de instalação do Tribunal Arbitral e o Regulamento do Processo Arbitral, juntos a fls. 81/90 do processo n.º 1/2022-AUDIT-1.ª Secção;
- v) as faturas emitidas pela sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, juntas a fls. 432 e 438 e v.º, do processo n.º 1/2022-AUDIT-1.ª Secção;
- vi) as ordens de pagamento juntas a fls. 421/430 v.º, 434 e 437 destes autos, comprovando as ordens de pagamento subscritas pela D2;
- vii) o despacho de nomeação das demandadas e os seus currículos, juntos como doc. 1 com a contestação;
- viii) as declarações subscritas pelo árbitro presidente e secretária do TA *ad hoc*, juntas a fls. 53v.º e 54 destes autos.

*

c) os depoimentos das seguintes testemunhas, as quais depuseram com a razão de ciência que lhes advém do conhecimento dos factos, em virtude das atividades/funções descritas infra e, ainda, com isenção e credibilidade, na dimensão dos factos abaixo salientados, não sendo afetada tal isenção e credibilidade pela relação de amizade de algumas com as demandadas:

1.ª – FF (diretor do departamento de gestão e administração geral da ASRA), o qual explicou que foram feitos pagamentos à Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, em função do descritivo que constava das faturas e, também, do despacho do próprio árbitro-presidente do TA, tendo esclarecido que não foram apenas as faturas juntas aos autos e que lhe foram exibidas as que a ARSA pagou àquela sociedade de advogados, mas todas as que foram apresentadas relacionadas com a mesma matéria de honorários do Tribunal Arbitral, tendo ainda informado, pelos dados que consultou na sessão, que o último pagamento dessa natureza terá ocorrido em 16.02.2024.

2.ª - HH (Administrador Hospitalar na Unidade Local de Saúde do Alentejo Central), o qual, tendo integrado a CACI, tinha conhecimento do concurso para a construção do HCA e das reservas levantadas pelo empreiteiro quando da consignação da obra, bem como dos contactos estabelecidos com o Ministério da Saúde, para encontrar um “veículo jurídico” que permitisse apreciar as pretensões da empresa construtora, tendo sido decidido que deveria ser um tribunal arbitral, essencialmente pelo tempo que levaria a ser decidido o caso num tribunal administrativo. Em função da sua atividade profissional conhece a AA desde 2009 e a D2 de data anterior, considerando-as gestoras “seriíssimas” e louvando a “coragem” da AA em aceitar o lugar de presidente do CD da ARSA, atenta a circunstância de ter a opinião de que os “gestores são abandonados à sua sorte”;

3.ª – II (engenheiro civil, na empresa Vitor Hugo Coordenação e Gestão de Projetos, empresa responsável pela fiscalização da construção do Hospital Central do Alentejo), o qual, após a consignação da obra, em 30.07.2021, acompanhou as vicissitudes da mesma, incluindo na preparação da resposta às reclamações do empreiteiro e, depois, em reuniões com o advogado para fornecer elementos para a contestação, na sequência do pedido do empreiteiro de reequilíbrio financeiro e prorrogação de prazo;

4.^a – JJ (médica e amiga da D2), a qual conhece da D2 desde 2012, tendo integrado um CA de um hospital presidido pela D2, tendo da mesma uma imagem de pessoa interessada pelas instituições onde trabalha, com sentido de missão, desempenhando as funções com honestidade, seriedade e preocupação com a legalidade;

5.^a – KK (Gestor Público, no Hospital de Évora, nos mandatos de 2016-2019 e 2019-2020 e amigo da AA), o qual conhece a AA desde 1976, com ligações profissionais em termos de ensino e técnico científicos e, posteriormente, por ter integrado um CA de um hospital presidido pela AA, tendo da mesma uma imagem de pessoa muito resiliente e centrada em objetivos;

6.^a – LL (Administrador Hospitalar, na Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo, em 2022 e amigo da D2), o qual conhece a D2 desde 2008, tendo integrado dois CA de hospitais com a mesma, tendo da mesma uma imagem de pessoa muito minuciosa, informada sobre a área da saúde e com tomada de decisões sempre bem informada;

7.^a – EE (advogado, tendo coordenado a equipa da sociedade de advogados Rodrigues Bastos, Magalhães e Silva & Associados, Sociedade de Advogados, SPRL que prestou assessoria jurídica relativa à constituição do TA), o qual explicou o contexto em que foi contactado pela ARSA, “algures no final de 2021”, estando as pessoas da ARSA em “grande preocupação” pelo risco de quebra do contrato por parte da Acciona e do pedido desta para a constituição do TA, tendo a partir daí passado a fazer o aconselhamento jurídico à ARSA, que foi no sentido de aceitar a constituição do TA *ad hoc*, mas não nos termos da proposta da proposta desta, tendo sido formulada uma contraproposta de arbitragem, em seu entender “decalcada do que conhecíamos”, em função do contrato e daquilo que lhe pareceu ser a “complexidade” do litígio, incluindo quanto aos honorários da tabela da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Deu ainda conta que, na relação e aconselhamento aos elementos do CD da ARSA, não lhes sugeriu ou propôs outro modelo de constituição do TA, nem honorários diferentes daqueles da tabela referida.

*

d) as declarações da AA, na medida em tais declarações podem ser consideradas credíveis, ou seja, na medida em que são coerentes com as regras de experiência comum e/ou coerentes com a prova documental e testemunhal, no que tange aos seguintes aspetos:

- i) os mandatos exercidos no CA do HESE e na ARSA e as suas áreas de conhecimento e habilitações académicas;
- ii) as circunstâncias em que iniciou e exerceu funções na ARSA e na CADI, as dificuldades percecionadas no início da construção do HCA, face às reservas do empreiteiro quando da consignação da obra e à sua pretensão de reequilíbrio financeiro por alteração das circunstâncias, a troca de correspondência com o empreiteiro a propósito dessa pretensão e a necessidade de terem assessoria jurídica especializada relacionada com a constituição do TA, tendo pedido autorização à tutela para o efeito, a qual obtiveram;
- iii) a forma como essa assessoria jurídica foi levada a cabo, concretizada pelo Dr. EE do escritório de advogados contratado, nomeadamente a proposta apresentada ao CD da ARSA, de resolução do conflito com o empreiteiro através de um TA especializado nesta área, “que pudesse ser escolhido pelo dono da obra”, “em que confiávamos”, tendo sido também a assessoria jurídica que fez a “avaliação dos custos relativamente ao funcionamento do tribunal arbitral”, depois transmitidos à tutela, explicando depois que “o Dr. EE mandou-me a tabela e eu aceitei”;
- iv) a admissão de que não equacionou comparar os custos do funcionamento do tribunal arbitral apresentados pelo cocontratante Acciona, 130 000,00 €, com os custos daquela tabela (353 000,00 €) e que nunca teve acesso a outras tabelas de custos da arbitragem, nomeadamente de arbitragem institucionalizada, desconhecendo-as.

*

e) Da apreciação global e crítica desta prova documental, testemunhal e por declarações, conjugadas com as regras de experiência comum, resultou para o Tribunal a convicção segura quanto aos factos provados, nomeadamente nas seguintes dimensões:

- i) as funções e atividades das demandadas, incluindo as deliberações que adotaram, as ordens de pagamento que a D2 subscreveu e as circunstâncias em que assim procederam;
- ii) a atuação livre, voluntária e consciente das demandadas, que é inferida desde logo das regras de experiência comum no exercício das funções de presidente e vice-presidente do CA de um instituto público, além da circunstância de não haver nenhum elemento probatório que coloque em causa uma atuação com tais características;
- iii) a omissão, por parte das demandadas, de não procederem a uma avaliação comparativa dos custos da submissão do litígio a um TA institucionalizado ou a um TA *ad hoc*, e a aceitação, sem questionarem, dos custos propostos pela assessoria jurídica, nomeadamente em comparação

com os propostos pela Acciona, não equacionando a possibilidade de poderem submeter o litígio na mesma a um TA *ad hoc*, minimizando aqueles custos e, assegurando, na mesma, a possibilidade de nomeação dos árbitros pelas partes;

iv) a falta de atenção e cuidado, por parte da D2, em subscrever autorizações de pagamento a uma sociedade de advogados, não tendo a ARSA nenhum contrato de prestação de serviços com tal sociedade de advogados que pudesse servir de justificação ou fundamento para a emissão de faturas por parte da mesma e, assim, não acautelando o prejuízo patrimonial que causou ao património da ARSA.

*

8. Igualmente, quanto aos **factos** julgados **não provados**, se procedeu à análise crítica da globalidade da prova produzida, nos termos referidos supra, sendo certo, no entanto, que da ponderação dessa prova não resultou a convicção para o Tribunal da ocorrência desses factos, nomeadamente porque:

a) não estão provados documentalmente, no âmbito da ação de controlo realizada ou pelos documentos juntos aos autos.

Saliente-se, neste aspeto, que nenhuma prova documental foi produzida quanto a estes f. n. p., mormente os contatos diretos do CD da ARSA com a Sr.^a Ministra da Saúde e que a aprovação da constituição da arbitragem *ad hoc* foi feita com a concordância da mesma;

b) os depoimentos das testemunhas acima indicadas e da AA não permitiram formar a convicção do tribunal no sentido de terem ocorrido os factos considerados não provados, nomeadamente quanto:

(i) à alegação de que apenas a “garantia de livre escolha dos árbitros”, dava plenas garantias e que apenas a “adesão a um modelo padronizado, que inclui regulamentação e tabelas próprias” não limitaria a defesa da ARSA e “a escolha dos melhores e mais capacitados árbitros para decidir o litígio”.

(...)

*

*

5. Face às conclusões apresentadas pelas recorrentes, que delimitam o objeto do recurso, são as seguintes as questões que importa conhecer: (i) nulidade da sentença por condenação em objeto diverso do que foi pedido (conclusões 1 a 27) ; (ii) nulidade da sentença por a violação do princípio do contraditório e inconstitucionalidade da sentença por apreciação e decisão sobre questão nova (conclusões 28 a 34); (iii) erro sobre a matéria de facto (conclusões 35 a 40); (iv) legalidade dos pagamentos efetuados (conclusões 41 a 54) ; (v) dispensa de multa (conclusões 55º a 60).

(i) nulidade da sentença por condenação em objeto diverso do que foi pedido

6. Os recorrentes na primeira questão em causa invocam a nulidade da sentença por condenação em objeto diverso do que foi pedido, tenho em conta o disposto no artigo 615º n.º 1 alínea e) do CPC ex vi artigo 80º da LOPTC, nomeadamente por não ter sido consequente à alegação da causa de pedir e ao pedido deduzido nos autos.

7. Para o conhecimento da questão invocada pelos recorrentes envolvendo a nulidade da sentença importa identificar o pedido efetuado pelo Ministério Público que, conforme decorre do requerimento inicial, está assim fixado: « A) Ser a demandada DI, AA, condenada: i) Pela prática de uma infração financeira sancionatória, sob a forma negligente, p. e p. peso artigo 65.º n.º 1, alínea b), 2. parte), e n.ºs 2 e 5, da LOP-TC; ii) No pagamento de uma multa de 25 UC (25 x 102,00 €) a que corresponde o montante de 2.550,00 €. B) Ser a demandada D2, BB, condenada: 1. i) Pela prática de duas infrações financeiras sancionatórias, sob a forma negligente, p. e p. pelo artigo 65.º n.º 1, alínea b), 2. parte), e n.ºs 2 e 5, da LOP-TC; ii) No pagamento de uma multa de 50 UC (25 x 2 x 102,00 €) a que corresponde o montante de 5.100,00€. II. iii) Pela prática de 2 (duas) infrações financeiras reintegratórias, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 59.º da LOP-TC; iv) Em responsabilidade financeira reintegratória pelos pagamentos indevidos por ela autorizados em 14.06.2022 e 23.11.2022, na reposição do valor global de 28.366,74€, acrescido de juros de mora às taxas legais contados, desde 14.06.2022, sobre o valor de 25.290,57€ e, desde 23.11.2022, sobre o valor de 3.076,17€ (cf. n.º 6, do artigo 59.º, da LOP-TC). Sobre esta dimensão do recurso, o recorrente conclui (ver. Act sts 8.2.2018).
8. Por sua vez a causa de pedir em que o MP sustentou esse pedido decorre do requerimento inicial apresentado, essencialmente nos artigos 41º a 46º do mesmo articulado, conformando o facto de «em 3 1.05.2022, a sociedade de advogados "Morais Leitão (...)" emite uma fatura com a identificação FSP 2022/2085, no valor de 25.290,57 € (incluindo IVA), com o seguinte descritivo "honorários referentes ao processo arbitral para dirimir o litígio entre a ACCIONA(...) e a ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO ALENTEJO, IP", a qual remete à ARSA» e que «em 14.06.2022, a demandada D2 autorizou o pagamento dessa quantia». Igualmente «Na mesma data, a demandada D2, já tinha autorizado o 1.º pagamento aos árbitros das partes e o pagamento da quantia referida à sociedade de advogados "Morais Leitão (...)"». «Em 18.11.2022, a sociedade de advogados "Morais Leitão (...)" emite duas faturas com a identificação FSP 2022/5317 e FSP 2022/5318, de valor unitário igual —3.076,17 € (incluindo IVA) -, com o mesmo descritivo "honorários referentes ao processo arbitral para dirimir o litígio entre a ACCIONA (...) e a ADM[NISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO ALENTEJO, IP", as quais remete à ARSA. Em 23.11.2022, a demandada D2 autorizou o pagamento (n.º 8416) dessa quantia de 6.152,34 €- (3.076,17 € x 2). Em 29.11.2022, a sociedade de advogados "Morais Leitão (...)" transfere a quantia de 3076,17€, referente à fatura que emitiu com o n.º FSP 2. 22/5317, por ter havido lapso quer na sua emissão quer no pagamento que lhe foi feito pela ARSA». Alega-se ainda que «A ARSA, através das demandadas, em particular pela demandada D2, nunca autorizou o pagamento ou mandou proceder ao pagamento do mesmo ao árbitro Presidente e à secretária nomeada. Estes, ao contrário do que ocorreu com os árbitros nomeados pelas partes, nunca emitiram qualquer recibo de quitação. Finalmente alega-se que «Assim, era-lhe exigível que soubesse que pagamentos a árbitros só podem ser feitos a pessoas singulares e que tivesse conhecimento da ata de instalação do Tribunal Arbitral e do Regulamento do Processo Arbitral para perceber que nunca foi referido nesses documentos que os honorários de árbitros ou/e os encargos administrativos seriam pagos à "Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados"».

9. A causa de pedir traduz-se no facto jurídico concreto ou no complexo de factos jurídicos concretos que envolvem a relação material controvertida invocada pelo autor na petição inicial, dos quais procede o efeito jurídico pretendido, nomeadamente a pretensão por si deduzida em juízo [cf. artigos 552º n.º 1 a.l d) e 5º do Código de Processo Civil (CPC) e 80º da LOPTC].
10. Há, no entanto, que perceber e entender juridicamente o conceito, substancializando-o, de modo a encontrar o seu verdadeiro sentido do ponto de vista de todas as suas consequências no processo concreto que esteja em causa.
11. Conforme vem sendo jurisprudência recorrente e consistente do STJ (que, nesta matéria importa invocar) nomeadamente o Acórdão de 18.09.2018 (in www.dgsi.pt/jstj), «a densificação da causa de pedir requer uma substanciação adequada à individualização da relação material controvertida, como singularidade ontológica, que, para além de oferecer garantia de base do contraditório, sirva de ulterior delimitação objetiva do caso julgado(...) Para delimitar determinada causa de pedir, não basta a mera identidade naturalística da factualidade alegada, havendo sempre que considerar a sua relevância em face do quadro normativo aplicável e em função da espécie de tutela jurídica pretendida.(...)Assim, embora a diferenciação de causas de pedir seja feita, em regra, por via da conjugação da concreta factualidade alegada com o aludido quadro normativo aplicável, casos há em que a mesma factualidade empírica é suscetível de preencher quadros normativos distintos com estatuição de modos de tutela jurídica qualitativamente diversos. Nestes casos, tal diferenciação será feita, basicamente, em função do vetor normativo da causa de pedir».
12. A doutrina expende posição semelhante, nomeadamente Lebre de Freitas in «Caso julgado e causa de pedir. O enriquecimento sem causa perante o artigo 1229.º do Código Civil» Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, in *ROA* 2006, Ano 66, Vol. III, ao referir que «(...) embora a causa de pedir seja integrada por factos concretos, está hoje abandonada a ideia de que ela se possa delimitar segundo critérios meramente naturalísticos, o que a conduziria à impossibilidade de a circunscrever em termos jurídicos. Fora o caso de concurso de normas meramente aparente, dois complexos de factos, cada um dos quais integre a previsão duma norma jurídica constitutiva de direitos, só constituirão a mesma causa de pedir se o núcleo essencial das duas normas for o mesmo». Do mesmo modo Teixeira de Sousa in «Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil», in

Scientia Iuridica, Tomo LXII, n.º 332, 2013, pp. 395 refere que «a causa de pedir é constituída pelos factos necessários para individualizar a pretensão material alegada. O critério para delimitar a causa de pedir é necessariamente jurídico. É a previsão de uma regra jurídica que fornece os elementos para a construção de uma causa de pedir. (...) Os factos que constituem a causa de pedir devem preencher uma determinada previsão legal, isto é, devem ser subsumíveis a uma regra jurídica: eles não são factos “brutos”, mas factos “institucionais”, isto é, factos construídos como tal por uma regra jurídica. Isto demonstra que o recorte da causa de pedir é realizado pelo direito material: são as previsões das regras materiais que delimitam as causas de pedir, pelo que, em abstracto, há tantas causas de pedir quantas as previsões legais.»

13. Para concretizar a possibilidade de «recortar» a causa de pedir há que atentar exatamente o mecanismo processual que decorre do artigo 5º n.º 2 alínea b) do CPC, aplicável nos autos nos termos do artigo 80º da LOPTC, conexcionados com o artigo 90º n.º 1 alíneas b) e c) da LOPTC, quando se permite ao juiz considerar factos complementares ou concretizadores, desde que sobre eles tenham as partes tido possibilidade de se pronunciar.
14. No caso em apreço a causa de pedir traduz-se na questão factual que envolve o pagamento efetuado pelas demandadas decorrentes de serviços de arbitragem objeto de um contrato outorgado entre a ARSA e a empresa Acciona Construcción, S.A. (Acciona). Ou seja, o que foi pago, a quem foi pago e quanto. Este é o quadro de discussão factual que envolve, no caso, a referida causa de pedir.
15. A decisão *sub judice* entendeu que, no âmbito do mesmo facto jurídico concreto e complexo, houve quantias decorrentes desse processo de arbitragem em que a ARSA e a entidade em causa se envolveram que não foram devidamente pagas, *(na dimensão dos montantes que foram indevidamente pagos e não o deviam ter sido, antes deviam ter sido retidos pela ARSA, para entrega às finanças, como IRS retido àquelas pessoas singulares, mantendo-se o dano em relação a tais montantes)*, tendo por isso ocorrido um dano (não está nesta dimensão do recurso em causa a apreciação dessa decisão, que se apurará infra).
16. Ou seja, o Tribunal com base na mesma factualidade empírica entendeu que a mesma, juridicamente, preenchia «quadros normativos distintos com estatuição de modos de

tutela jurídica qualitativamente diversos» e, no âmbito do mesmo pedido e causa de pedir, o que fez foi apenas reduzir o pedido formulado.

17. É assim manifesto que não se está em presença de uma condenação em objeto diverso do pedido formulado, nos termos do artigo 615º n.º 1 alínea e) do CPC, aplicável nos termos do artigo 80º da LOPTC citado, conexionado com o artigo 90º n.º 1 alíneas b) e c) da LOPTC, que fundamente a ocorrência de qualquer nulidade da sentença.

(ii) Nulidade por a violação do princípio do contraditório e inconstitucionalidade da sentença por apreciação e decisão sobre questão nova

18. Sobre esta dimensão do recurso, os recorrentes vêm invocar que «o objeto da ação no que respeita à infração financeira reintegratória era o montante correspondente aos pagamentos efetuados [faturas FSP 2022/2085, no valor de €25.290,57 e FSP 2022/5318, no valor de €3.076,17], sendo a causa de pedir, os alegados pagamentos indevidos efetuados à sociedade, quando deveriam ter sido efetuados às pessoas singulares (sócio e advogada), sendo que « ao longo do processo, em nenhum momento foi suscitada a questão, - eventualmente conexa com os referidos pagamentos, mas não abrangida pela própria infração -, do montante da retenção do IRS e suas consequências em termos de dano efetivo para o erário público, em termos que pudessem ser objeto de defesa pelas demandadas. Segundo os recorrentes a «questão nova surgiu apenas na sentença recorrida e, sobre ela, as demandadas não tiveram oportunidade de apresentar defesa, requerer diligências de prova em sede de instrução e sujeitá-la a debate em audiência de discussão e julgamento. Com esta argumentação os recorrentes alegam «a violação dos normativos constantes dos artigos 32.º da CRP e artigo 3.º do CPC».
19. Num primeiro momento importa sublinhar que o alegado vício conforma, a ocorrer, uma situação de nulidade radical por omissão de um princípio fundamental, qual seja o princípio do contraditório subjacente à decisão (artigo 3º n.º 3 do CPC, ex vi artigo 80º da LOPTC). E neste sentido é nesta perspetiva que importa conhecer da situação invocada como nulidade prévia a qualquer erro de julgamento.
20. Nos termos do artigo 3.º, n.º 3 do CPC, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciar.
21. No caso em apreço, durante o processo as demandadas exerceram o contraditório na contestação onde expuseram as suas posições sobre o pedido e a causa de pedir

formulados. Na finalização da audiência de julgamento exerceram o direito de alegarem, nos termos do artigo 93º-C, alínea d) da LOPTC.

22. Como se referiu no ponto anterior, no pedido formulado pelo Ministério Público apenas estava em causa a questão que envolve os pagamentos efetuados pelas demandadas decorrentes de serviços envolvendo a realização de uma arbitragem, objeto de um contrato outorgado entre a ARSA e a empresa Acciona Construcción, S.A. (Acciona). Ou seja, o que foi pago, a quem foi pago e quanto foi pago por tal serviço. Sobre essa matéria as demandadas pronunciaram-se na contestação, efetuaram prova e, ainda que parcialmente, viram a sua pretensão aceite pelo Tribunal.
23. A decisão proferida ao condenar parcialmente as demandadas nos termos em que o fez, conforma uma decorrência do pedido formulado integrada na causa de pedir que o sustenta, conforme foi referido no ponto (i) supra referido.
24. Não há nem houve qualquer questão nova sobre a qual o Tribunal tenha tomado decisão em relação o objeto do pedido. Não houve qualquer violação do princípio do contraditório ou qualquer “decisão surpresa” em relação ao caso em apreço que impossibilitasse uma pronúncia processual sobre o que era pedido.
25. Diga-se ainda, que segundo o Ac. do STJ de 12-01-2021, “decisões-surpresa são apenas aquelas que assentam em fundamentos que não foram ponderados pelas partes, isto é, aquelas em que se detete uma total desvinculação da solução adotada pelo tribunal relativamente ao alegado pelas partes (...). A proibição das decisões surpresa não pode significar mais do que a obrigação do juiz facultar às partes a possibilidade de aduzirem as suas razões perante uma situação e/ou enquadramento legal com que não tivessem podido razoavelmente contar”. Ora a questão que sustenta a alegação dos recorrentes para este íter envolve apenas a matéria que conforma o montante do dano ocorrido envolvendo o pagamento indevido, nomeadamente a questão tributária em falta. Questão que tinha sido corretamente enquadrada nos restantes pagamentos efetuados aos outros árbitros. Não poderiam por isso “deixar de contar”, no âmbito das consequências processuais, com o quadro jurídico que envolve os referidos pagamentos envolvendo entidades públicas, nomeadamente a dimensão tributária.
26. Não ocorreu uma qualquer decisão condenatória que tenha ultrapassado o objeto do pedido formulado. E nesse sentido repetindo-se a afirmação de que não existe qualquer nulidade, não houve nem há qualquer violação do princípio do contraditório ou qualquer

decisão surpresa ou qualquer impossibilidade de se pronunciarem nos termos processuais sobre o que era pedido

27. Por esse motivo carece de qualquer sentido invocar um juízo de inconstitucionalidade por violação do direito de defesa. Assim nesta parte não se verifica também nulidade da sentença proferida.

(iii) Erro sobre a matéria de facto

28. Sobre esta dimensão do recurso as demandadas concluem (conclusões 35 a 40) pela omissão de factualidade invocada e provada, em duas situações, que o tribunal não levou ao elenco dos factos considerados provados.
29. Nos termos do artigo 80º da LOPTC, o regime normativo subsidiariamente aplicável à matéria de recurso, no âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas, é o Código de Processo Civil (CPC), nomeadamente após a alteração legislativa introduzida à LOPTC pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março. Por isso, o conhecimento dos recursos é efetuado em função e de acordo com o regime legal do CPC e, concretamente nesta parte, por via do regime previsto nos artigos 640º e 662º daquele código (recurso em matéria de facto e modificabilidade da decisão de facto).
30. Deve, no entanto, ter-se em atenção o conjunto normativo específico da LOPTC no que respeita à elaboração da sentença a que se refere o artigo 94º da mesma lei.
31. A decisão da 1ª Instância sobre a matéria de facto só pode ser alterada, nos casos previstos no artigo 662º do CPC. Assim, e no que respeita à decisão em apreciação, este Tribunal de Contas em Plenário da 3ª secção, nos termos do número 1 daquele artigo 662º do CPC, deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa. Nos termos do número 2 deve, ainda, mesmo oficiosamente: a) ordenar a renovação da produção da prova quando houver dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento; b) ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova; c) anular a decisão proferida na 1.ª instância, quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto, repare deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta; d) determinar

que, não estando devidamente fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, o tribunal de 1.ª instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados.

32. Para a concretização daquele efeito (modificabilidade da decisão de facto) o artigo 640º do CPC impõe que os recorrentes ao impugnar a decisão sobre a matéria de facto tenham a obrigação de especificar «os concretos pontos de facto que consideram incorretamente julgados; os concretos meios probatórios constantes do processo ou da gravação que determinassem decisão diversa quanto ao teor do despacho sobre a matéria factual (cf. neste sentido a jurisprudência deste Tribunal nomeadamente os Ac. n.º 20/2016, 3ª secção, PL, de 11.5.2016, Ac. N.º 12/2017, 3ª secção, PL, de 9.6.2017 e Ac. 14/2019, 3ª secção, PL, de 22.10.2019).
33. Deve, finalmente, sublinhar-se que a reapreciação da prova, em segunda instância, com a finalidade de verificar se foi cometido ou não erro de apreciação que deva ser corrigido, é efetuada sobre os fundamentos constantes da sentença, através da motivação dos factos provados e não provados, levado a termos nos termos a que se refere o artigo 94º da LOPTC citado. Trata-se, na concretização da reapreciação da prova, de afirmar uma autonomia decisória do Tribunal de recurso, concretizado através do acesso direto às provas gravadas ou existentes (como, por exemplo a prova documental) devendo consequentemente fazer uma apreciação crítica das mesmas provas, formulando, nesse julgamento, com inteira autonomia, uma nova convicção, com renovação do princípio da livre apreciação da prova. Importa, no entanto, referir, como limite essencial, que o recurso é um remédio para erros cometidos, nomeadamente na apreciação da prova no julgamento, não é um novo julgamento.
34. Tendo presente as considerações jurídicas supra referidas, importa atentar na insuficiência da fundamentação da matéria de facto, invocada pelas recorrentes.
35. Quanto à primeira questão, segundo as recorrentes, o tribunal não levou ao elenco dos factos considerados provados, o facto articulado sob o artigo 115.º da contestação das demandadas, suportado no documento n.º 10 por elas junto aos autos (Ac. Arbitral), «(...) o valor da ação arbitral foi fixado em 71.119.022, 67 (setenta e um milhões, cento e dezanove mil, vinte e dois euros e sessenta e sete cêntimos), por [se tratar] (...) do benefício económico que a entidade demandante obteria (...) com a eventual procedência dos pedidos (...)».

36. Para fundar este facto e a sua necessidade no iter da ação, alegam que o mesmo se encontra suportado por documento, e que será apto a demonstrar a análise ponderação desenvolvida nos trabalhos preparatórios, com vista a delimitação do âmbito do litígio e valor da ação, devendo por isso deve ser aditado à matéria de facto considerada provada.
37. Efetivamente o facto em causa alegado e constante de documento junto, não foi individualizado e dado como provado (ou não provado).
38. No entanto este facto não tem qualquer relevância na economia da decisão, por não ser juridicamente relevante e, nesse sentido, não se justifica a sua inserção na matéria de facto.
39. Assim entende-se que nesta parte não assiste razão aos recorrentes.
40. Relativamente à segunda questão, alegam ainda que devem ser provados os factos com relevância para o objeto dos presentes autos, sob os artigos 85.º e 91.º, da contestação onde referem, no 85.º que *«(a) opção da ARSA foi pela adesão a um modelo padronizado, que inclui regulamentação e tabelas próprias, conhecidas e aplicadas pela generalidade dos contraentes, Estado incluído, que não limitasse, à partida, a defesa da ARSA e, bem assim, a escolha dos melhores e mais capacitados árbitros para decidir o litígio»* e o 91.º que *«(a) indicação da tabela do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, inscreveu-se no objetivo, conforme anteriormente indicado, de adesão a um modelo padronizado utilizado pelo Estado em arbitragens de elevado valor e complexidade»*;
41. Segundo as demandadas tal factualidade foi demonstrada pelo depoimento prestado pela testemunha EE, «responsável pela equipa jurídica que prestou assessoria à ARSA na preparação e tramitação do processo arbitral que, após dispensa do sigilo profissional pela Ordem dos Advogados, depôs com conhecimento direto e participado dos factos e transmitiu ao tribunal todo o percurso do raciocínio que determinou o aconselhamento às demandadas pela opção pelo modelo adotado».
42. Este Tribunal após a audição das declarações prestadas da testemunha EE, não pondo em causa a veracidade e integridade das mesmas, conclui que não resulta expressamente das referidas declarações o que está integralmente afirmado naqueles factos agora referidos. É certo que a testemunha referiu, que no exercício das suas funções de aconselhamento jurídico, (depoimento gravado, 16.10) «optaram por fazer uma arbitragem igual às outras», que envolveram casos semelhantes, sendo uma «solução experienciada» (depoimento gravado, 46.38), tendo ainda sublinhado a «complexidade da arbitragem» em causa (depoimento gravado, 24.04, depoimento gravado, 24.29, depoimento gravado,

28.25). Declarações aliás que correspondem em regra à fundamentação referida na própria sentença em relação ao depoimento da mesma testemunha.

43. Ora de tal fundamentação pode efetivamente concluir-se uma parte do facto alegado no artigo 85º, que não é, no entanto, totalmente coincidente com o que o artigo refere. O que decorre de tal declaração é que *«foi sugerido à ARSA a um modelo que inclui regulamentação e tabelas próprias, conhecidas e aplicadas pela generalidade dos contraentes»*, mas já não a segunda parte do mesmo artigo. Das mesmas declarações decorre também a prova do facto 91º, ainda que ligeiramente corrigido, ou seja, que *«indicação da tabela do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, inscreveu-se em modelos semelhantes utilizados em arbitragens de elevado valor e complexidade»*.
44. Importa referir que este facto, pese embora a discutibilidade da sua relevância para a decisão, poderá, no entanto, ter algum interesse, nomeadamente na avaliação do comportamento global das demandadas durante o procedimento em causa, para efeitos da ponderação da sanção, que deverá ser efetuada a propósito de tal questão também suscitada pelos recorrentes neste recurso.
45. Assim nesta parte do recurso importa dar o mesmo como parcialmente procedente, acrescentando-se os factos referidos nos artigos 85º e 91º da contestação à matéria de facto, com as restrições referidas no §40.

(iv) Da legalidade dos pagamentos efetuados

46. Sobre esta dimensão, ainda que de uma forma algo complexa, a recorrente (aqui apenas a recorrente AA) alega que não ocorreu uma situação de pagamento indevido, pela qual foi condenada, na medida em que *«na pendência do processo arbitral, previamente à apresentação das faturas e pagamentos, o árbitro-presidente emitiu os despachos, por ele subscritos, e que constam do processo, no sentido de, para além dos encargos administrativos, também os honorários serem pagos à sociedade de advogados da qual é sócio, a "Morais Leitão (...)"*. Mais alega que os pagamentos efetuados encontram respaldo legal nos artigos 769.º e 770.º do CC, *«considerando que tudo se passa como se o pagamento tivesse sido efetuado ao credor e emergente do facto gerador da obrigação, que se mantém inalterado. Foi o próprio credor que solicitou/autorizou o pagamento a terceiro que indicou em despacho no âmbito do processo arbitral, o que tem adequada previsão legal»*. Além disso alega *«que demandada BB autorizou os pagamentos nos termos expostos, convencida da legalidade dos atos que praticou»*.

47. Nos termos do artigo 59º n.º 4 da LOPTC, «consideram-se pagamentos indevidos para o efeito de reposição os pagamentos ilegais que causarem dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponde contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade».
48. Comece por referir-se que está em causa uma relação jurídica envolvendo o pagamento de despesas originadas e decorrentes de serviços prestados no âmbito da administração pública e, por essa via, sujeitos ao quadro normativo das finanças públicas, máxime a legalidade da despesa envolvendo a prévia existência de lei que a autorize, a que se refere o artigo 22º do Regime da Administração Financeira do Estado, Lei n.º 155/92 de 28 de julho e no artigo 52º da Lei de Enquadramento Orçamental, Lei n.º 151/2015 de 11 de setembro e o quadro financeiro tributário que esteja em causa.
49. Como se sabe todo o processo que envolve a dinâmica da despesa pública comporta uma procedimentalização estabelecida nas várias leis financeiras que, como refere Freitas da Rocha, «introduz uma componente de racionalidade na atuação administrativa despesista, evitando que a mesma seja efetuada de modo arbitrário e funcionando como um crivo que permite despistar absurdos ou despropósitos» (*Direito da Despesa Pública*, Almedina, 2019, p.194).
50. É essa procedimentalização que a distingue do regime da realização de despesa que envolve os contratos privados.
51. A conduta factual que suporta a imputação efetuada e que ficou demonstrada nos factos provados encontra-se sujeita ao regime financeiro público.
52. Na dimensão do caso em apreço envolve o pagamento pela ARSA a uma sociedade de advogados (terceiro) de duas faturas envolvendo uma quantia decorrente de um serviço público prestado por duas pessoas singulares (o árbitro presidente e a secretária).
53. Como é referido na sentença, o pressuposto objetivo da infração financeira em causa consiste na autorização do pagamento de faturas, sem o emitente das mesmas ter prestado um serviço à ARSA, o que sem dúvida configura um pagamento ilegal. Essa dimensão ilícita está bem explicitada na sentença *sub judice* quando aí se refere §§ 52 e ss que (...) Com efeito, o pagamento de despesas públicas deve observar princípios básicos, nomeadamente o requisito da “conformidade legal”, consistindo este na “prévia existência de lei que autorize a despesa”, nos

termos impostos pelo artigo 22.º, n.º 1 al. a) e 2, do DL 155/92 de 28.07, que aprova o Regime da Administração Financeira do Estado (RAFE), reforçado na LEO ao prever, no artigo 52.º, n.º 3, alínea a), que “o facto gerador da obrigação respeite as normas legais aplicáveis”. Ora, as autorizações de pagamento subscritas pela D2 não respeitam tais princípios básicos e normas legais aplicáveis porquanto a ARSA não tinha nenhuma relação contratual com a sociedade de advogados emitente daquelas faturas, não tendo adquirido à mesma qualquer prestação de serviços que pudesse justificar ter tal sociedade de advogados um crédito sobre a ARSA e, consequentemente, esta ter o dever jurídico de proceder ao pagamento do valor faturado. Não existindo, por parte da ARSA, esse dever jurídico de proceder ao pagamento das faturas remetidas por aquela sociedade de advogados, não podia a D2 ter autorizado esse pagamento, antes devia ter devolvido as faturas à sua emitente (...).

54. Nada se demonstrou sobre a eventualidade da sociedade de advogados ser representante dos dois intervenientes na arbitragem, nomeadamente o Presidente e a secretária, cujos pagamentos estão aqui em causa.
55. Do ponto de vista do direito obrigacional, nos termos do artigo 769º do Código Civil, a prestação deve ser feita ao credor ou ao seu representante, sendo que a prestação efetuada a terceiro só é liberatória nos casos referidos no artigo 770º, alíneas a) e b) do CC, nomeadamente e para o que interessa ao caso, se houver estipulação, consentimento do credor ou este ratificar essa prestação.
56. Nada está provado sobre qualquer estipulação ocorrida sobre uma eventual autorização para o pagamento ser feito a terceiro nem qualquer consentimento por nenhum dos intervenientes na prestação de serviço – veja-se, inequivocamente, o facto 4.33 da matéria de facto provada.
57. Ainda que isso tivesse ocorrido essa situação, teria de enquadrar-se juridicamente e respeitar os demais requisitos legais para efeitos de pagamento de despesa pública, nomeadamente a autorização da mesma com identificação a quem era feita, conforme decorre do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 155/92 de 28 de julho e também nos termos do artigo 52º n.º 3 e n.º 4 da Lei de Enquadramento Orçamental. Além disso, como se referiu, teria que estar igualmente cumprido o regime tributário exigido perante a prestação levada a termo.
58. Até ao momento em que os próprios credores vieram juntar documento referindo que *«para todos os efeitos tidos por convenientes, que a ARSA procedeu ao pagamento integral do valor dos honorários correspondente ao serviço por si prestado, enquanto Árbitro-Presidente [enquanto Secretária do Tribunal]»* e, *“Por ser assim, a ARSA não é devedora de qualquer pagamento ao declarante [à declarante] uma vez que o serviço por este [esta] prestado foi*

devidamente pago à Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados que o [a] declarante integra», em maio de 2024, nada se sabia sobre se tinha ou não ocorrido qualquer consentimento do credor sobre esse pagamento efetuado a terceiro - veja-se, sem dúvida, igualmente o facto 4.42.

59. Ou seja, decorre da declaração em causa uma ratificação da obrigação de pagamento efetuado, mas apenas ocorrida naquela data. Quase dois anos após a mesma ter sido efetuada. E por isso até aí o mesmo não foi liberatório.
60. Finalmente deve referir-se, como decorre da sentença, que os credores (Presidente e secretária), nos termos em que intervieram (singularmente) na prestação de serviço efetuada à ARSA estavam sujeitos a regimes fiscais diversos do terceiro a quem foi efetuado o pagamento (uma sociedade). Situação que, como se referiu teria de ser, legalmente, levada em conta e respeitada, caso ocorresse um adequado pagamento a terceiro.
61. A dimensão ilegal da situação em causa, envolvendo os pagamentos efetuados em 2022, desconsiderando todo o procedimento legalmente exigido, é inequívoca. Não há no procedimento adotado pela ARSA, no momento em que foi efetuado, qualquer cobertura legal.
62. Como são inequívocos os danos para o erário público que daí derivaram como aliás decorre da sentença, nomeadamente nos seus §§ 72 e 73 (...) ao referir que «(...) estes pagamentos não eram devidos à referida sociedade de advogados e, assim, a ARSA não tinha qualquer dever jurídico de proceder ao pagamento das faturas em causa, tendo procedido dessa forma a pagamentos indevidos. Consequentemente, ao realizar tais pagamentos indevidos, o património da ARSA ficou reduzido nesse montante e, nessa medida, houve um dano ao erário público, pelo que é de concluir pelo preenchimento do elemento objetivo destas infrações financeiras reintegratórias.
63. Se essa dimensão ilícita está inequivocamente demonstrada, a questão do montante do dano causado ao erário envolvendo a ARSA está de forma clara também desenvolvida na sentença, que não merece censura e contraria o que é referido no recurso. Veja-se o que é referido nos §§ 96 e ss onde se diz «(o) pagamento, correspondendo a uma prestação de serviços, deveria obedecer naturalmente ao regime fiscal e, assim, desde logo, estar sujeito a IVA (cf. artigos 1.º, alínea a) e 2.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código do IVA) mas também, estando em causa serviços prestados por pessoas singulares, a IRS, com retenção na fonte na percentagem de 25% (cf. artigos 3.º, n.º 1, alínea b), 98.º e 101.º, n.º 1, alínea b) e n.º 8, todos do Código do IRS, nas redações em vigor à data dos factos). 98. Aliás, terá sido esse regime precisamente o observado quanto aos pagamentos aos árbitros nomeados pelas partes, isto

considerando os despachos do árbitro presidente juntos a fls. 92 a 99, do vol. I, do processo 1/2022–AUDIT/1.^a Secção, apenso a estes autos e as ordens de pagamento juntas a fls. 426, 430, 443 e 449 do vol. II do mesmo processo. **99.** Porém, em relação às faturas em causa, como foram apresentadas por uma sociedade de advogados – indevidamente como vimos – a ARSA pagou o valor dos serviços e o IVA, mas não fez, por se tratar de uma pessoa coletiva, qualquer retenção a título de IRS. **100.** Ou seja, a ARSA pagou mais do que o devido, pois se tivesse pago tais serviços às pessoas singulares (árbitro presidente e secretária do tribunal arbitral *ad hoc*), como devia ter feito, deveria ter deduzido o IRS dado que os serviços eram prestados por pessoas singulares. **101.** Como vimos a ARSA pagou à referida sociedade de advogados 25 290,57 € (incluindo IVA) em 14.06.2022 e 3 078,37 € (incluindo IVA) em 23.11.2022 (cf. n.ºs 4.34, 4.35 e 4.38 dos f. p.). **102.** Enfatiza-se que não efetuou, porém, a retenção de IRS, como deveria ter feito pois os serviços a pagar tinham sido prestados por pessoas singulares, tendo assim pago a mais do que era devido. **103.** Nessa medida, existe ainda hoje um montante de IRS sobre aqueles valores pagos em que a ARSA não fez a retenção na fonte e não entregou às finanças, continuando a ARSA com essa obrigação de proceder a tal entrega e, nessa medida, mantém-se um dano para o erário público. **104.** Esse montante corresponde à diferença entre o que foi indevidamente pago 25 290,57 € em 14.06.2022 e 3 076,17 € em 23.11.2022 (cf. fls. 434 e 437 do vol. II, do processo 1/2022–AUDIT/1.^a Secção, apenso a estes autos) e o que deveria ter sido pago em cumprimento do regime legal de pagamento de serviços a uma pessoa singular, ou seja, 20 150,21 € e 2 450,93 €, isto considerando a retenção de IRS à taxa de 25% a incidir sobre os montantes base dos serviços prestados (20 561,44 € - 25% IRS)= 5 140,36 € e (2 500,95 € - 25% de IRS)= 625,24 €. **105.** Tais diferenças são pois no montante de 5 140,36 € relativamente ao pagamento efetuado em 14.06.2022 e 625,24 € no que tange ao pagamento efetuado em 23.11.2022. **106.** Neste cálculo não é considerar como dano o demais que foi pago pela ARSA à referida sociedade de advogados porquanto, atentas as declarações do árbitro presidente e da secretária do tribunal arbitral, no sentido de que a ARSA nada lhes deve, é de concluir que deixou de existir dano para o erário público, nessa dimensão.

- 64.** Em resumo, os credores do pagamento a realizar pela ARSA por um serviço prestado eram o árbitro-presidente e a secretária do tribunal arbitral *ad hoc*, pelo que, nos termos do artigo 769.º do Código Civil (CC), a eles devia ter sido feita a prestação efetuada, mas de acordo com o regime legal que vincula todos os prestadores que o fazem com o Estado. Existiu um pagamento pela ARSA à sociedade de advogados que nada tinha a ver com a arbitragem envolvendo a prestação de serviços (com exceção da sala onde se realizou a mesma), sendo que os prestadores de serviços vieram declarar, mais tarde, que receberam de terceiros essas quantias.
- 65.** Como é visível, a ARSA pagou em junho e em novembro de 2022 à sociedade de advogados o valor devido ao árbitro presidente em causa e à secretária, quando legalmente não o poderia nem deveria ter feito. Além disso efetuou um pagamento envolvendo um valor que nunca seria o efetivamente devido, nomeadamente por envolver valores que não respeitavam a tipologia tributária exigida no tipo de prestação.

Contrariamente ao que fez, bem, em relação aos restantes árbitros, conforme decorre dos factos provados supra referidos (§§ 4.36).

66. Como também se refere na sentença, a ARSA pagou mais do que o devido, na medida em que, caso tivesse pago tais serviços às pessoas singulares identificadas, como devia ter feito, deveria ter, obrigatoriamente, deduzido e retido o IRS, dado que os serviços eram prestados por pessoas singulares.
67. É esse dano (e apenas esse que foi identificado e bem pela sentença) que consubstancia montante a repôr.
68. Assim também nesta parte se julga improcedente o recurso.

(v) Da dispensa de multa

69. Sobre esta dimensão do recurso as demandadas vêm requerer que sejam dispensadas de multa, alegando, em síntese que compreendendo «que as deliberações contêm deficiente fundamentação, por falta da concretização e do detalhe que a situação exigia, faltando o estudo comparativo que melhor explicaria a bondade da escolha, todavia, agiram sempre na ótica da proteção do interesse público e, no contexto descrito e testemunhado por quem viveu os factos, estão certas de que a opção foi, decerto, a melhor, de entre as opções que se apresentavam e que permitiu a construção do Hospital e a conservação dos fundos comunitários. Alegam ainda que ficou provado que «as demandadas são profissionais com longas carreiras no serviço público, honestas, esforçadas em bem servir o interesse público, sérias, assumindo no exercício das funções públicas, postura de retidão, integridade e espírito de missão».
70. Nos termos do artigo 58º n.º 5 da LOPTC o instituto da dispensa de multa pode ser aplicado pelo Tribunal nos casos em que ocorrerem situações de culpa diminuta e não houver lugar à reposição ou esta tiver sido efetuada.
71. Como se referiu na sentença n.º 4/2023, 3ª S (publicada na *Revista do T. Contas* n.º 5), a dispensa da multa, nos termos em que o instituto foi introduzido na LOPTC, nomeadamente por via da Lei n.º 20/2015, de 9 de março, surge como uma «sanção de substituição» à própria multa aplicável por via de uma determinada infração sancionatória. (...) Assume-se como uma declaração de culpa por via da realização de uma infração financeira, sem a consequente imputação de uma sanção por não ser, em concreto e em função das circunstâncias, necessária essa concretização e fixação da multa

correspondente. As finalidades subjacentes à condenação por via da prática do ilícito ficam satisfeitas por via da declaração da prática desse ilícito financeiro. Não tem como consequência nem qualquer dispensa do caráter ilícito da conduta nem como efeito a extinção da responsabilidade financeira».

72. Por outro lado, como se refere no Ac. 14/2019, 3ª S/PL, a possibilidade da dispensa de multa, traduz-se num poder-dever do Tribunal que apenas deverá ocorrer quando e se verificadas as circunstâncias que o permitem e sempre ao abrigo das normas estabelecidas na LOPTC, nomeadamente a constatação da inexistência de reposições financeiras ou tiverem sido efetuadas (dado objetivo) e, cumulativamente, a verificação de uma situação culpa diminuta (a avaliar em concreto, no caso).
73. Quanto à existência de «culpa diminuta» e sua consequência para uma eventual dispensa de multa na situação em causa, deve referir-se que está jurisprudencialmente sedimentada a noção de culpa diminuta como uma «quase ausência de culpa», a levar em conta em situações «de fronteira» de legalidade onde se torna evidente essa situação (cf. Acórdão TdC n.º 14/2019, 3ª S/PL, já citado).
74. No que respeita à situação em apreciação nesta parte do recurso, envolvendo as demandadas, está em causa a prática da infração financeira de natureza sancionatória, p.p. no art.º 65.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte (violação de normas sobre a assunção de despesas públicas), envolvendo factualmente «a deliberação de propor e manter os termos de um compromisso arbitral com custos de arbitragem no valor global de 353 700,53 €, não obstante a proposta inicial apresentada pela Acciona de custos de arbitragem no valor global de 130 000,00 €, reafirmada posteriormente em resposta à proposta da ARSA, mas novamente não aceite, o que se traduziu num custo superior de mais 172% em relação a este último, vindo a ser celebrado o compromisso arbitral com aqueles custos».
75. Ora no caso concreto e em relação às demandadas, para além da situação conformando o carácter ilícito já referido, no que respeita a culpa ficou demonstrado que sustentou-se na sua atuação sem cuidado e atenção que lhes era exigível em função da sua condição de gestoras de dinheiros públicos, não observando as regras e os princípios acima referidos, ao deliberarem criação do Tribunal arbitral, que, sabiam teria custos em termos de despesa pública.
76. Como é referido na sentença a situação em causa, pelo modo como foi tratada, nomeadamente não acautelando o valor da arbitragem e as consequências que isso teria

(como teve) para o erário público em termos de gastos, não permite configurar uma situação de «quase ausência de culpa».

77. No entanto e corretamente, a sentença efetuou a ponderação adequada do comportamento das demandadas em termos de culpa, levando em conta as alegações envolvendo o facto de as mesmas terem acolhido «as propostas da assessoria jurídica que a ARSA contratou» e terem visto «as suas propostas obter aval da tutela, através de despacho do SES», e por isso entendeu estar em causa uma situação de diminuição de culpa, que fez reverter no quantitativo da mesma. Situação que, no entanto, não se confunde com uma culpa diminuta, no sentido de quase ausência de culpa, que se referiu.
78. A este entendimento expresso na sentença, com o qual se concorda, na avaliação da culpa foi expresso o facto provado referente à situação de «as demandadas serem profissionais com longas carreiras no serviço público, honestas, esforçadas em bem servir o interesse público, sérias, assumindo no exercício das funções públicas, postura de retidão, integridade e espírito de missão. A acrescer, não se omitem os factos agora dados como provados (vidé §40 supra), nomeadamente o facto 85º que «foi sugerido à ARSA a um modelo que inclui regulamentação e tabelas próprias, conhecidas e aplicadas pela generalidade dos contraentes», e o facto 91º, «a indicação da tabela do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, inscreveu-se em modelos semelhantes utilizados em arbitragens de elevado valor e complexidade» e o que daí decorre nomeadamente de ação das demandadas ter sido sugerida pelo aconselhamento jurídico de um escritório de advogados que, como tal e no essencial, já tinha sido ponderado.
79. O que não pode omitir-se é que estava em causa uma opção jurídica envolvendo valores muito dispare e que não obstante aconselhamento jurídico, as demandadas não poderiam deixar de ponderar todo o circunstancialismo que estava em causa. Recordem-se os factos provados («as demandadas não determinaram uma avaliação, comparativa, do impacto dos custos da opção de submissão do litígio a TA institucionalizado ou perante TA *ad hoc*, tendo aceiteado os custos da submissão a TA *ad hoc* que lhes foram apresentados pela assessoria jurídica externa(...), sem os questionarem, nomeadamente em comparação com os propostos pela Acciona ou perante outras tabelas, em particular as da arbitragem administrativa em geral»). E isso como se refere na sentença não envolve uma culpa diminuta no sentido referido. O que deve consubstanciar, como foi feito na sentença, uma diminuição da culpa.
80. Em conclusão, de todo pode a situação em causa configurar uma situação de culpa diminuta que permita fazer funcionar uma dispensa de multa nos termos suscitados nas

conclusões das demandantes. E, consequentemente, também nesta dimensão deve o recurso improceder.

III – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes da 3.^a Secção, em Plenário, em julgar improcedente o recurso interposto pelas demandadas AA e BB e, em consequência, decidem manter a decisão recorrida.

São devidos emolumentos pelas demandadas.

Notifique.

Transitado, cumpra-se o referido na parte final da sentença.

Lisboa, 6 maio de 2025

Os Juízes Conselheiros,

(José Mouraz Lopes, relator)

(Paulo Dá Mesquita, com declaração de voto)

(Cristina Flora, vencida, com declaração de voto)

(Participou na sessão por videoconferência)



Recurso Ordinário n.º 03/2025-3.ª Secção
(Processo JRF n.º 20/2024-3.ªS)

DECLARAÇÃO DE VOTO DE PAULO DÁ MESQUITA

Voto o Acórdão por concordar com o julgamento de todas as questões a decidir e com a fundamentação aprovada.

Entende-se, em particular, que o *facto jurídico* da ação de responsabilidade financeira reintegratória enunciado no requerimento inicial da demanda contra D2 corresponde ao que veio a ser objeto do julgamento da primeira instância quanto ao preenchimento dos elementos do tipo de infração de pagamentos indevidos, i.e., os pagamentos realizados foram integralmente indevidos e o dano correspondeu ao respetivo montante.

Como se sublinhou no Acórdão da 3.ª Secção do TdC n.º 23/2022, de 27-06-2022, a «problemática das consequências jurídicas derivadas de diferentes fontes de responsabilidades [...] não pode ser confundida com a dos pressupostos de responsabilidade(s)».

A decisão judicial de reduzir o valor da reposição pedida pelo Demandante decorreu da valoração pelo tribunal de factos supervenientes à consumação da infração que foram alegados pela defesa [declarações referidas nos pontos 5.10 e 5.11 da Sentença recorrida de quitação de pessoas singulares que prestaram serviços de juiz e secretário de tribunal arbitral geradores de obrigação de pagamento por parte da Administração Regional de Saúde do Alentejo (ARSA)].

No caso *sub judice*, a redução pelo Tribunal recorrido do valor da reposição pedida pelo Demandante teria de se cingir à obrigação jurídica da ARSA de pagamento direto às pessoas singulares que vieram a prestar as declarações de quitação posteriores à consumação das infrações financeiras sancionatórias (imputadas a D1 e D2) e reintegratórias (imputadas a D2).

Neste domínio, a argumentação sobre eventuais interações de sociedade de advogados com a Administração Tributária (AT) reporta-se a eventos hipotéticos irrelevantes para o preenchimento das infrações financeiras reintegratórias anteriormente consumadas (que, como se destacou, envolveram pagamentos totalmente indevidos atenta a ausência de fundamento jurídico para os mesmos). Esses eventos hipotéticos também são irrelevantes para o cômputo do montante da reposição à ARSA.

A ARSA não pode ser dispensada das suas obrigações legais de retenção na fonte e entrega à AT de valores de IRS relativo a serviços que lhe foram prestados por ato de vontade de prestadores de serviços.

Com efeito, por força de normas imperativas de Direito Público, os valores que deviam ser entregues pela ARSA a título de *honorários* não podiam incluir os valores que deviam ser retidos na fonte a título de IRS e entregues pela ARSA à AT, i.e., essa parcela do montante bruto dos honorários nunca podia ser entregue aos prestadores de serviços.

(Paulo Dá Mesquita)

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

Vencida na parte referente à condenação das Demandadas por infração financeira com fundamento na questão de falta de retenção na fonte de imposto. Considero que a sentença é nula por excesso de pronúncia, nos termos do disposto no art. 615.º, n.º 1, alínea d), conjugado com o nº 2 do 608.º, do CPC, ambos do CPC, e por constituir uma *decisão surpresa*, verificando-se a violação do disposto no art. 3.º, n.º 3 do CPC (“necessidade do pedido e contradição”). Considero de igual modo que a sentença enferma de erro de julgamento de facto e de direito.

O direito ao contraditório das Demandadas não foi assegurado no processo jurisdicional de apuramento de responsabilidade financeira no que tange à questão da responsabilização pelos montantes de imposto não retidos na fonte. Na contestação que apresentaram, as Demandadas não se puderam defender dessa questão, que apenas surge na sentença recorrida, o que consubstancia um excesso de pronúncia do juiz *a quo*, e por outro lado, sempre estaríamos perante uma *decisão surpresa*, na medida em que em momento algum foi invocada no requerimento inicial do Ministério Público (MP), não tendo sido possibilitado o exercício do direito ao contraditório antes da decisão da questão. E tanto assim é que o próprio MP nas suas alegações de recurso discorda dos termos em que tal questão foi decidida, sendo a primeira vez que se manifesta no processo sobre esta questão.

É irrelevante o afloramento da questão da retenção na fonte em sede de auditoria, por ser uma fase procedimental. A questão deveria ter sido invocada no processo jurisdicional que apenas se inicia com o requerimento do MP – cf. artigo, 89.º, n.º 1, alínea a), LOPTC, e por outro lado, o seu direito de ação é completamente independente das qualificações jurídicas dos factos constantes do relatório – cf. n.º 1, do art. 89.º da LOPTC.

O art. 90.º da LOPTC exige expressamente que no requerimento se descreva os factos e as razões de direito em que se fundamenta o pedido [alínea b) do n.º 1], mais devendo conter o concreto montante a que o Demandado deve ser condenado a repor [alínea c) do n.º 1]. Considero que no requerimento do MP nada disso é respeitado quanto à questão nova ora em causa de saber se o não cumprimento da obrigação fiscal acessória de retenção na fonte de imposto pela entidade pública, era ou não devida, e sendo devida e não realizada, se existe dano, e em que momento esse dano ocorre.

A questão da efetivação da responsabilidade reintegratória das Demandadas resultante dos pagamentos indevidos efetuados pela entidade administrativa à sociedade de advogados, é uma questão autónoma da questão da efetivação da responsabilidade reintegratória pelo não cumprimento da obrigação fiscal acessória de retenção na fonte de imposto. Esta última questão tem contornos jurídico-fiscais que a outra não tem, e implica o conhecimento de mecanismos fiscais e procedimentais de natureza específica do direito procedimental e processual fiscal. Por essa razão acrescida, temos a firme convicção que essa questão não poderia ter sido decidida sem que fosse, pelo menos, garantido o direito de defesa das Demandadas.

Na análise desta questão é preciso ter presente que a entidade administrativa atua como substituto tributário, substituindo-se ao contribuinte na entrega do imposto, variando o regime da responsabilidade fiscal (originária ou subsidiária) consoante a retenção na fonte tenha natureza definitiva ou por conta do imposto final (cf. art. 28.º da Lei Geral Tributária).

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

Só se, e quando, a Autoridade Tributária acionar a responsabilidade em caso de substituição tributária da entidade administrativa, obrigando-a a entregar o imposto que não reteve, e quando aquela entregar esse imposto não retido no âmbito deste mecanismo de direito tributário, é que existe dano que sustente a responsabilidade reintegratória das Demandadas. Dito de outro modo, o dano apenas se verificará quando a entidade administrativa efetivamente pagar à Autoridade Tributária o imposto que devia ter retido e não reteve, e só terá de o fazer, na circunstância, não apurada nos autos, de o contribuinte não o ter feito, entretanto, aquando do apuramento de imposto na sua declaração de rendimentos, ou de forma voluntária fora da declaração.

Importa também ter presente que a retenção na fonte são “As entregas pecuniárias efetuadas por dedução nos rendimentos pagos ou postos à disposição do titular pelo substituto tributário” (cf. art. 34.º da Lei geral Tributária), e, portanto, essas quantias pecuniárias não são pertença da entidade substituta tributária, são deduzidas ao que pertence ao contribuinte, logo não se poderá falar em “pagamento indevido” da entidade aos contribuintes.

Ou seja, nesta questão de retenção na fonte, não está em causa um pagamento indevido, como se verifica na primeira questão. Está em causa o incumprimento de uma obrigação acessória que consiste no dever da entidade reter o imposto quando paga rendimentos, e entregá-lo à Autoridade Tributária, e, portanto, no âmbito da competência do TdC, está em causa saber quais são os danos financeiros derivados do não cumprimento dessa obrigação fiscal acessória, porque na verdade, consoante as circunstâncias poderão nem existir (caso o contribuinte já tenha pago o imposto à Autoridade Tributária).

Por outro lado, o dano só se concretiza, se e quando, a Autoridade Tributária efetivar a responsabilidade por substituição tributária da entidade sobre a qual recai a obrigação de retenção na fonte, ou, por exemplo se a entidade administrativa por sua própria iniciativa, de forma voluntária (admitindo a sua responsabilidade originária) pagar o imposto que não reteve na fonte à Autoridade Tributária. Também não resulta provado nos autos que a Autoridade Tributária já tenha acionado a responsabilidade originária ou subsidiária da entidade administrativa, nem que moldes, nem que montantes exigiu, nem resulta provado que após o não cumprimento da sua obrigação fiscal acessória a entidade tenha voluntariamente pago o imposto e juros compensatórios, sendo o ónus da prova de todos esses factos do Ministério Público.

Repara-se que os montantes que serão exigidos têm necessariamente de ser apurados pela Autoridade Tributária e não consiste apenas no montante do imposto e juros de mora. Para além do imposto serão devidos “juros compensatórios devidos desde o termo do prazo de entrega até ao termo do prazo para apresentação da declaração pelo responsável originário ou até à data da entrega do imposto retido, se anterior.” – cf. art. 28.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária. A sentença recorrida não condenou nesses montantes, e nem poderia, porque se desconhece nos autos os factos essenciais para o apuramento desses montantes exigidos por lei.

Não se poderá concluir pela existência de dano sem que resulte provado inequivocamente nos autos, o que não sucede, que a entidade administrativa pagou à Autoridade Tributária o imposto não retido na fonte, bem como os respetivos juros compensatórios, porque sublinhe-se, só nesse momento há dano e este é quantificável por causa da forma de cálculo dos juros compensatórios, o que há neste momento nos autos, é um incumprimento de uma obrigação acessória fiscal pela entidade, cujas consequências financeiras (encargos financeiros para a entidade pública), no âmbito da competência

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

do TdC, ainda não se concretizaram. Por essas razões teria revogado parcialmente a sentença recorrida.

Ponta Delgada, 6 de maio de 2025.

A Juíza Conselheira adjunta,

(Cristina Flora)