



ACÓRDÃO N.º 2/2013 - 3ª S-PL

R.O. n.º 05-JRF/2012

(P. n.º 5 JRF/2003)

1. RELATÓRIO

1.1. O Ministério Público inconformado com a Sentença n.º 13/2012, de 13 de Julho, que, na ação por si intentada para efetivação de responsabilidades financeiras, decidiu absolver todos os Demandados com o fundamento de que o Acórdão do Tribunal Arbitral, que absolveu a Sociedade Hospital Amadora/Sintra, Sociedade Gestora, S.A. (**HASSG**) na ação que contra ela foi intentada pela Administração Regional de Saúde e Vale do Tejo (**ARSLVT**) constituía, relativamente a esta ação, autoridade de caso julgado, vinculando o Tribunal de Contas a decidir segundo o que anteriormente havia sido decidido por aquele outro Tribunal, **da mesma interpôs recurso jurisdicional, concluindo como se segue:**

1. O Tribunal de Contas (*a quo*) decidiu absolver todos os Demandados com o fundamento de que o Acórdão do Tribunal Arbitral, que absolveu a HASSG na ação que contra ela foi intentada pela ARSLVT, adquiriu “autoridade de caso julgado” quanto à interpretação jurídica do Contrato de Gestão, facto que constituiu exceção que implica, genericamente, a absolvição de todos os RR do pedido.

2. Entende o Recorrente (e assim entendeu também a 2.ª Secção do Tribunal) que a decisão do Tribunal Arbitral apenas se dirige às obrigações assumidas pela ARSLVT, no âmbito e por causa dos compromissos aceites e da interpretação “viva” que delas foi feita,



Tribunal de Contas

durante a vigência e execução do contrato, pelos responsáveis daquele Instituto Público e da HASSG.

3. Tal Acórdão não cuidou, nem direta, nem indiretamente, da legalidade financeira do comportamento dos responsáveis pela ARSLVT.

4. Essa matéria escapava ao âmbito da jurisdição do Tribunal Arbitral, mas isso não impedia que o mesmo analisasse a responsabilidade externa resultante das interpretações assumidas pelos responsáveis da ARSLVT.

5. Os termos e circunstâncias factuais e jurídicas que determinaram a decisão do Tribunal Arbitral resumem-se à interpretação que, ao longo da vida do contrato, dele foi feito por ambas as partes e, designadamente, pela ARSLVT, através dos atos, expressos ou implícitos, dos seus diversos responsáveis.

6. Para o Tribunal Arbitral, o Contrato de Gestão, os acordos estabelecidos ao longo da sua vida e execução e as interpretações que a eles conduziram, constituíram a base objetiva a partir da qual foi possível aferir da realização ou não dos compromissos jurídicos e económicos neles firmados.

7. O Acórdão do Tribunal Arbitral, depois de considerar a ARSLVT vinculada à interpretação que explícita ou implicitamente, consentiu ao longo da execução do contrato, estipulou: “*Condenar a ARSLVT a cumprir o Contrato de Gestão (...) nos termos resultantes das disposições e princípios contratuais (...) de harmonia com a*



Tribunal de Contas

interpretação que de modo concordante e constante lhe foi dada pelas Partes”.

8. Não é dessa questão que versou o Relatório de Auditoria da 2.^a Secção e que constituiu pressuposto legal e factual da presente ação.

9. Nesta ação, não há, por isso, relativamente ao processo que correu no Tribunal Arbitral, qualquer identidade de partes, de causa de pedir e de pedido.

10. No processo do Tribunal Arbitral as partes são: a ARSLVT e a HASSG - duas pessoas coletivas.

11. Nesta ação as partes são o Ministério Público e os responsáveis individuais pelo uso e gestão dos dinheiros da ARSLVT.

12. Na ação do Tribunal Arbitral a causa de pedir relaciona-se com a violação dos termos do Contrato de Gestão, tal como ele foi interpretado e gerido por ambas as partes ao longo da sua vigência.

13. Na presente ação a causa de pedir reside nas infrações financeiras evidenciadas por um Relatório da 2.^a Secção do Tribunal de Contas por atos de gestão de dinheiros públicos.

14. Os pedidos são, óbvia e comprovadamente, diferentes.

15. A presente ação tem, assim, como objeto único a análise da legalidade financeira, o apuramento das responsabilidades e o sancionamento “...da gestão pública na execução do contrato de gestão, sendo responsáveis por essa execução os membros do Governo e os Responsáveis e Delegados da ARSLVT” (V. Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas).



Tribunal de Contas

16. A situação jurídica de que tratou o Tribunal Arbitral resume-se à responsabilidade externa assumida pelas partes no âmbito do Contrato de Gestão.

17. A responsabilidade dos demandados na ação do Tribunal de Contas é uma responsabilidade interna, delitual, por condutas individuais e funcionais que integram violações de normas e princípios de direito financeiro público, no âmbito da gestão pública dos dinheiros da ARSLVT e que constituem infrações financeiras tipificadas na lei.

18. Não se verifica, pois, como a sentença recorrida reconhece a exceção de “caso julgado material”.

19. Não se verifica, no entanto, também, por via do Acórdão do Tribunal Arbitral, qualquer efeito reflexo que, numa ou noutra direção, torne incompatível o sentido e os efeitos da primeira decisão com o possível sentido da decisão que, neste processo, atender aos pedidos aqui formulados.

20. Daí que não se possa concluir que se está perante um caso de “autoridade de caso julgado”, na medida em que o efeito positivo da primeira decisão, não se adegue e possa ser imposto como pressuposto indiscutível da segunda decisão (Castro Mendes, DCP, II, P. 770-771).

21. A admissão de tal tese levaria, necessariamente, a questionar a constitucionalidade da cláusula 44.º do Contrato de Gestão e a própria decisão do Tribunal Arbitral.

22. Isto, na medida em que tal leitura dessa cláusula, implicaria a “expropriação” da jurisdição e competência constitucional exclusiva do



Tribunal de Contas

Tribunal de Contas para julgar as responsabilidades por infrações financeiras (artigo 214.º da CRP).

23. Por isso, se se aceitar que o Acórdão do Tribunal Arbitral pode, processualmente, adquirir “autoridade de caso julgado” no âmbito da apreciação do objeto da presente ação, deve este tribunal ad quem declarar ainda a inconstitucionalidade da cláusula n.º 44 do Contrato de Gestão e o supra citado Acórdão do Tribunal Arbitral, quando interpretado no sentido de que estes negam a Jurisdição e competência exclusiva do Tribunal de Contas para efetivar responsabilidades financeiras por infrações financeiras previstas diretamente no artigo 214.º, n.º 1, alínea c) da Constituição da República Portuguesa, não considerando, assim, a sua validade e efeitos jurídicos.

24. Acresce que, deste modo, o Tribunal *a quo* fez, também, uma leitura inconstitucional dos artigos 671.º, 672.º e 673.º (e do artigo 497.º) do Código de Processo Civil, pois ela implica a negação da jurisdição e competência exclusivas do Tribunal de Contas para efetivar responsabilidade por infrações financeiras estabelecidas no artigo 214.º, n.º 1, alínea c) da Constituição da República Portuguesa.

25. Devem, em consequência, os citados artigos do Código de Processo Civil, neste caso, ser declarados inconstitucionais quando interpretados no sentido de negarem a jurisdição e competência exclusiva do Tribunal de Contas para efetivar as responsabilidades financeiras por infrações financeiras.

26. Não sendo essa, todavia, a leitura que o recorrente faz dos efeitos jurídicos do Acórdão do Tribunal Arbitral – isto é, considerando o recorrente que dele não resulta qualquer “autoridade de caso julgado”



Tribunal de Contas

que afete a decisão de mérito a tomar em primeira instância por este tribunal – entende-se, antes, que deve a sentença recorrida ser revogada, por ter interpretado e aplicado incorretamente as normas dos artigos 671.º, 672.º e 673.º (e do artigo 497.º) do Código de Processo Civil.

27. Termos em que se requer seja esta sentença revogada e ordenada a sua substituição:

- Por despacho que, nos termos dos artigos 787.º e segs. do Código de Processo Civil, se dirija à marcação do julgamento;
- Ou sentença em que, diretamente, o tribunal *a quo* aprecie, em concreto e de mérito, das situações jurídicas estabelecidas na sua anterior Sentença n.º 8/2007, de 22/06/2007, e condene (ou absolva) cada um dos Demandados, em função dos factos que lhes são imputados na presente ação de responsabilidade financeira (artigo 510.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil, por força do disposto no artigo 787.º, n.º 1, do mesmo Código).”.

1.2. Os Recorridos Constantino Theodor Sakellarides, Pedro Augusto da Piedade Pereira de Almeida, José António Castel-Branco mota, Vítor Manuel Borges Ramos, Ana Maria Teodoro Jorge, Manuel Schiappa Theriaga Mendes, Luís António Tadeu Névoa, Maria Alcina Fernandes, Rui António Correia Monteiro, Ana Paula Perry da Câmara Bernes Sousa Uva, Sandra Maria Silveira, apresentaram contra-alegações (vide 44 a 62), tendo concluído como se segue:



Tribunal de Contas

A) Diversamente do que vem afirmado pelo Ilustre Magistrado do M.P. a Sentença Recorrida não reconduziu a sua fundamentação, em exclusivo, à autoridade do caso julgado, pois, para além de analisar a causa de pedir, examinou, um por um, todos os pedidos formulados e todas as decisões do Tribunal Arbitral, concluindo pela coincidência entre eles e as pretensões do M.P. só daí extraíndo o impacto do caso julgado e concluindo, como concluiu, reconhecendo a sua autoridade e as inevitáveis consequências que, *de juro condito*, terão de ser extraídas pelo Tribunal de Contas;

B) Não houve qualquer “esquecimento” da Auditoria e só uma análise muito superficial e exclusivamente formal poderia e poderá justificar tal asserção e tal fundamento;

C) O que verdadeiramente foi omitido pelo Ilustre Magistrado do Ministério Público foi:

- (i)** a natureza jurídica da decisão tomada pelo Tribunal Arbitral,
- (ii)** a natureza jurídica do próprio Tribunal Arbitral,
- (iii)** o caso julgado tomado como definitivo e cujos efeitos devem ser guardados e respeitados mesmo na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma (legal ou da cláusula compromissória);
- (iv)** o esgotamento do prazo para impugnar a cláusula compromissória;
- (v)** o esgotamento do prazo para impugnar a competência do Tribunal Arbitral e, finalmente,
- (vi)** o esgotamento do prazo para impugnar a decisão arbitral.



D) Mesmo que procedessem as objeções suscitadas pelo Ilustre Magistrado do Ministério Público, sempre soçobriria o seu pedido pois, conforme se alegou e provou, não ocorreram quaisquer pagamentos indevidos pelo que, sem razão fica, pois, mesmo no plano de responsabilidade financeira, uma vez que nenhum dano foi provocado ao Estado face aos benefícios comprovadamente incorporados no seu património.”.

Termos em que deve o presente ser julgado improcedente.

1.3. Maria Manuela Pedroso Lima Pequito, Carlos Manuel Pereira Andrade Costa, Fernando Manuel Fernandes Alves e Alice da Conceição Minguens Arnaut, contra-alegaram não tendo, contudo, apresentado conclusões.

Dão-se, aqui, por reproduzidas as referidas alegações (vide fls. 163 a 189), tendo os Recorridos concluído pelo acerto da decisão recorrida - que deverá ser mantida na ordem jurídica - a que acresce o facto de as alegadas infrações não lhes poderem ser imputadas, por não terem sido agentes das mesmas.

1.4. A recorrida Maria Nazaré Cerveira Amaral contra-alegou, não tendo, contudo, apresentado conclusões.

Dão-se, aqui, por reproduzidas as referidas alegações (vide fls. 138 a 160), tendo a Recorrida concluído pelo acerto da decisão recorrida - que deve ser mantida na ordem jurídica - a que acresce o facto da



absolvição da ARSLVT, ao invés do alegado pelo M.P., se ter devido também à interpretação que o Tribunal Arbitral fez do texto, espírito e objetivo das cláusulas contratuais, sendo a interpretação/“comportamento” dos Demandados *“apenas um, entre muitos, elementos interpretativos considerados para o efeito.”*; daí que não se possa concluir *“que o contrato foi executado e interpretado pelos Demandados de forma incorreta, conferindo assim uma vantagem ou contrapartida à Sociedade Gestora que de outro modo, ou seja, atendendo ao clausulado do contrato e ao direito, não lhe seria devida”* – vide artigo 53.º das alegações.

1.5. A Recorrida Isabel Maria Gouveia de Campos e Lencastre da Silva Prates contra-alegou (vide fls. 116 a 136), tendo concluído como se segue:

1. A decisão recorrida, ao (i) julgar improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público relativamente a todos os Demandados identificados nos autos e (ii) absolver os Demandados das infrações que lhes eram imputadas pelo Ministério Público, configura uma decisão de mérito.

2. À data da celebração do Contrato de Gestão, dispunha a alínea g) do n.º 1 do artigo 51.º do ETAF, aprovado pelo DL n.º 124/84, de 27 de Abril, que competia exclusivamente à jurisdição administrativa o julgamento “das ações sobre contratos administrativos e sobre responsabilidade das partes pelo seu incumprimento”, complementando o n.º 2 do artigo 2.º que eram “admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos”.



Tribunal de Contas

3. Ao Tribunal de Contas, por seu turno, cabe, nos termos do artigo 214.º da Constituição, a “fiscalização da legalidade das despesas públicas” e “o julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe”, devendo, no exercício das suas competências, “efetivar a responsabilidade por infrações financeiras”.

4. No caso *sub judice*, portanto, deve concluir-se que (i) a apreciação das questões relacionadas com a interpretação e a execução do Contrato de Gestão eram – e são – da exclusiva competência do Tribunal Arbitral, e que (ii) a apreciação das questões relacionadas com infrações financeiras praticadas pelos membros dos órgãos da ARSLVT, por violação de normas financeiras eram – e são – da exclusiva responsabilidade do Tribunal de Contas.

5. Sucede, porém, que a ação proposta pelo Recorrente visa, apenas e tão só apreciar a interpretação e a execução do Contrato, sem que, em algum momento, se proceda à identificação das normas financeiras concretamente violadas.

6. O que bem se compreende, na medida em que, como sublinhado na decisão recorrida, o Recorrente fundou a sua ação numa interpretação do Contrato de Gestão diferente da alcançada pelo Tribunal Arbitral e não na violação de normas e princípios financeiros, pelo que a ação proposta visa obter uma decisão judicial do Tribunal de Contas que, pronunciando-se sobre a interpretação e execução do Contrato de Gestão, infirme o Acórdão do Tribunal Arbitral – o qual, como se viu, se apresenta como o único tribunal competente para emitir tal pronúncia.

7. Preexistindo uma decisão judicial proferida pelo único tribunal competente para apreciar e decidir sobre questões relacionadas com a interpretação e a execução do Contrato de Gestão, bem andou o



Tribunal *a quo* ao acolher tal decisão, a título de autoridade de caso julgado, não se verificando qualquer violação dos artigos 497.º, 671.º, 672.º e 673.º, todos do Código de Processo Civil, pelo que deve o presente recurso ser julgado improcedente,

8. Caso o Tribunal *a quo* tivesse ignorado o Acórdão do Tribunal Arbitral, tal facto configuraria uma interpretação inconstitucional das normas vertidas no ETAF, do CPTA e do CPCivil, e uma clara violação do n.º 3 do artigo 212.º da Constituição, na medida em que o julgamento das questões relacionadas com a interpretação e a execução do Contrato de Gestão competia – e compete – única e exclusivamente, ao Tribunal Arbitral.

Termos em que deve ser negado provimento ao recurso.

1.6. Manuel Cerqueira Pereira Lima, Inês Bentes Lima e Beatriz Bentes Lima, na qualidade de herdeiros de Margarida Eugénia Alves Garcia Bentes, Luís Anastácio Ferreira Afonso e Maria Helena Martins Alves, apresentaram contra-alegações, tendo concluído como se segue:

1.º O Ministério Público passou de uma imputação feita no requerimento inicial corrigido, assente em montantes pagos a determinados títulos de cláusulas contratuais, para uma imputação aos demandados – feita em sede de alegações – de comportamentos que legitimaram uma determinada interpretação do contrato “por causa da interpretação por eles feita ou permitida do Contrato de Gestão e dos



acordos e compromissos assumidos”, que deram corpo à interpretação das cláusulas contratuais do contrato de gestão em causa e, conseqüentemente, à decisão do Tribunal Arbitral;

2.ª Na nova tese do Ministério Público, expendida em sede de alegações do recurso, de que a infração financeira resulta do facto de os demandados terem dado causa a uma determinada interpretação do contrato contrária ao entendimento do relato da auditoria, os ora alegantes e demandados devem ser absolvidos do pedido, porquanto não foram imputados aos demandados quaisquer atos de execução contratual que possam ter dado causa à decisão do Tribunal Arbitral;

3.ª A causa de pedir da presente demanda é a efetivação de responsabilidade financeira por incumprimento do contrato que deu origem a pagamentos alegadamente ilícitos, e não a atuação dos demandados enquanto deram corpo a uma determinada interpretação do clausulado do contrato;

4.ª A nova configuração da responsabilidade financeira dada pelo Ministério Público no presente recurso nunca poderá permitir que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre a responsabilidade dos demandados relativamente aos factos que permitiram determinada interpretação do contrato. Deve por isso proceder a exceção de autoridade de caso julgado.

5.ª Verifica-se, por isso, em relação aos ora alegantes e demandados a exceção de autoridade de caso julgado, que determina a sua absolvição do pedido.

Nestes termos, deve o recurso interposto ser considerado improcedente e mantida a Douta Decisão ora recorrida,



À cautela, e por mero dever de patrocínio, caso não se entenda procedente a referida exceção de autoridade de caso julgado, devem os demandados ser, desde já absolvidos do pedido, porquanto não existem quaisquer atos de execução contratual que possam fundamentar qualquer responsabilidade financeira sancionatória.

2. Foram colhidos os vistos legais.

3 . O DIREITO

3.1. Do objeto do recurso.

A *vexata questio* consiste, no essencial, em saber se a decisão do Tribunal Arbitral, que julgou improcedente o pedido de declaração da ARSLVT de que tinha pago em excesso à HASSG um determinado montante, em resultado da violação de determinadas cláusulas do Contrato de Gestão, outorgado por ambas as partes, constitui, relativamente à ação ora proposta pelo M.P. contra os responsáveis pela ARSLVT, para efetivação de responsabilidades financeiras, autoridade de caso julgado, vinculando o Tribunal de Contas a decidir segundo o que já fora decidido por aquele outro Tribunal.



3.2. - Dos fundamentos da sentença recorrida

Os fundamentos que serviram de base para determinar a absolvição dos Demandados são, em síntese, os seguintes¹:

- O conceito de “pagamentos indevidos”, para efeitos de responsabilidade financeira reintegratória, exigia, à data dos factos², que ficasse evidenciada: **(i)** a ilegalidade da ação ou omissão dos responsáveis financeiros; **(ii)** a ocorrência de um dano, de um prejuízo para o Estado ou entidade pública, por ausência de uma efetiva contraprestação.
- **No caso dos autos, não se verificam os pressupostos do conceito de “pagamentos indevidos” uma vez que:**
 - Por Acórdão do Tribunal Arbitral, competente para decidir os litígios que tivessem por objeto a interpretação, validade ou execução do Contrato de Gestão celebrado entre a ARSLVT e a HASSG nos termos e ao abrigo da Cláusula 44.^a do respetivo contrato, foi proferida, em 31 de Julho de 2003, decisão sobre a interpretação e validade das cláusulas do contrato em que as partes divergiam;
 - A decisão arbitral fixou a interpretação devida e vinculou as partes a respeitarem tal interpretação nos exercícios subsequentes (2002 e segs.);

¹ Vide págs. 69 a 72 da sentença.

² Vide artigo 49.º, n.º 1, Lei 86/89, aplicável para o período anterior à entrada em vigor da Lei 98/97 (1 de Setembro) e artigo 59, n.º 1 e 2, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, bem como o que a sentença recorrida diz a propósito da responsabilidade financeira, de págs. 67 a 69, que se dá por reproduzido.



- A decisão arbitral não acolheu a linha interpretativa defendida pela ARSLVT, tendo concluído que, no essencial, o Contrato de Gestão tinha sido corretamente cumprido pela HASSG, infirmando os resultados e as principais conclusões do inquérito da IGF, ora retomadas pelo Ministério Público nestes autos;
- A decisão arbitral reconheceu uma dívida da ARSLVT à HASSG no valor aproximado de 43 milhões de euros, resultante da errada, inadequada e indevida interpretação do Contrato de Gestão por parte da ARSLVT;
- A interpretação e adequação das cláusulas contratuais em causa nesta ação sustentam-se na linha interpretativa defendida quer pela I.G.F no seu relatório n.º 577/2002, anexo ao processo, quer pela ARSLVT no Tribunal Arbitral;
- A decisão arbitral transitou em julgado;
- A decisão do Tribunal Arbitral constitui, relativamente a estes autos, autoridade de caso julgado, vinculando este Tribunal a decidir segundo o que anteriormente foi decidido pelo poder judicial e transitou em julgado;
- Inexistindo violação das aludidas cláusulas contratuais invocadas pelo Ministério Público, a presente ação não pode proceder por não se provarem os “pagamentos indevidos” constitutivos da responsabilidade financeira reintegratória;
- Subjacente à afirmação contida no penúltimo parágrafo que antecede está – acrescentamos nós - o que, para o efeito, dispõem os artigos 671.º, n.º 1, e 673.º, ambos do Código de Processo Civil.



3.3.- Recorte da questão “*sub judicio*”.

A situação em causa, na parte que agora nos interessa, configura-se do seguinte modo:

a) - É celebrado, em 10OUT1995, um contrato entre a ARSLVT e a Sociedade Hospital Amadora/Sintra, Sociedade Gestora, S.A. (HASSG) que tem por objeto a gestão integral do Hospital Fernando Fonseca, por parte desta última;

b) - As partes acordam que, para efeitos de interpretação, validade e execução do contrato de gestão, é competente o Tribunal Arbitral, que julgará segundo as regras da equidade, não havendo, por isso, recurso dessa decisão (cláusula 44.º do Contrato de Gestão);

c) - A ARSLVT, na sua petição inicial, entrada em **FEV2003**, questiona as regras e procedimentos seguidos na interpretação e execução do Contrato de Gestão, desde a sua entrada em vigor (1.11.95) até ao final do exercício de 2001, imputando à HASSG o incumprimento e violação de inúmeras cláusulas contratuais, designadamente da 9.^a a 12.^a, 38.^a, 39.^a, 41.^a e Léxico. Daí conclui que, da quantia global por si paga, no montante de 69.700.653.534\$00 (€347.665.394,07), só era devida a quantia de 54.080.633.960\$00 (€269.753.064,91).



Tribunal de Contas

Pede, em consequência, que o Tribunal declare que pagou em excesso a quantia de 77.912.329,16€ e que a HASSG seja condenada a devolver-lhe a referida quantia, por tal situação se configurar num enriquecimento indevido³;

d) – Entre os pedidos formulados, a HASSG, considerando “*que a interpretação e a execução do Contrato de Gestão foram efetuadas de comum acordo, de forma esclarecida e segundo regras e procedimentos corretos, as quais permitiram que se procedesse ao fecho das contas dos exercícios de 1996 a 1999, cujos saldos foram definitivamente aprovados e pagos*” pede a condenação da ARSLVT a pagar-lhe por conta dos exercícios de 1996 a 2001 a quantia de 6.700.017.152\$00 (€33.419.544,66), acrescida de juros de mora; pede, igualmente, que a ARSLVT seja condenada “*a cumprir o contrato nos exercícios de 2002 e futuros, nos termos das disposições e princípios contratuais constantes das cláusulas 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a, 38.^a, 39.^a, 41.^a e Léxico, de harmonia com a interpretação que consensualmente lhe foi dada pelas partes desde o início da sua vigência, explicitada na petição a propósito das contas relativas aos exercícios de 1999, 2000 e 2001*”⁴;

e) - O Tribunal Arbitral, **por Acórdão de 31JUL2003**, julgou: (i) improcedente o pedido da ARSLVT supra identificado; (ii) parcialmente procedente o pedido da HASSG, tendo, em consequência, condenado a ARSLVT a pagar-lhe a quantia correspetiva; e **(iii) procedente o**

³ Vide fls. 4 a 9 do Acórdão do Tribunal Arbitral.

⁴ Vide págs. 10 e 11 do Acórdão do Tribunal Arbitral



pedido de condenação da ARSLVT “*a cumprir o contrato nos exercícios de 2002 e futuros, nos termos das disposições e princípios contratuais constantes das cláusulas 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a, 38.^a, 39.^a, 41.^a e Léxico, de harmonia com a interpretação que de modo concordante e constante lhe foi dada pelas Partes, explicitada no presente acórdão a propósito das propostas do fecho de contas dos exercícios de 2000 e 2001 elaboradas pela HASSG, sem prejuízo de eventuais alterações ou correções de procedimentos que as Partes possam vir a introduzir, por acordo e ao abrigo das pertinentes cláusulas contratuais, nomeadamente da cláusula 38.^a (modificações objetivas) e da cláusula 41.^a (reposição do equilíbrio financeiro do contrato);*”

f)- Entendeu aquele Tribunal que as cláusulas contratuais, cujo interpretação e cumprimento haviam sido questionadas pela ARSLVT, haviam sido corretamente interpretadas e cumpridas pelas Partes contratantes, relevando, no essencial, para aquele juízo a interpretação que de “*modo concordante*” lhe foi sendo dada, “*abundantemente apurada segundo as circunstâncias atendíveis para efeitos de interpretação, designadamente os termos do contrato, os interesses nele em jogo e o seu mais razoável tratamento, o sentido e o fim do contrato e de cada estipulação negocial, as negociações prévias, os modos de conduta por que posteriormente se prestou a observância do Contrato e a própria Lei ao longo da execução do contrato (vide fls. 171/ 172 do Acórdão do TA; cf. também fls. 296/297 e ainda 317).*”

Refere ainda aquele aresto, no que se refere à alegada repetição do indevido:



Tribunal de Contas

“não há repetição do indevido, porque as obrigações pagas eram devidas por força do contrato, devidamente interpretado e integrado por mútuo consenso das Partes, tendo em conta, não só a sua provada comum intenção logo nas negociações e formação do contrato, como o seu provado comportamento complexo por que, posteriormente, de forma reiterada e consensualizada prestaram observância ao negócio concluído, sempre em função da valoração da economia contratual, de uma razoável e equilibrada relação de prestação e contraprestação, de uma equitativa repartição de encargos, riscos e responsabilidades (vide fls. 199);

g) - Na sequência de “Inquérito à Execução do Contrato de Gestão do Hospital Amadora/Sintra”, realizado pela Inspeção-Geral de Finanças (IGF), é emitido, em **JUN2002**, um Relatório⁵, no qual, entre o mais, se considera suficientemente indiciado que determinados responsáveis financeiros da ARSLVT, com referência aos exercícios de 1995/2001, incorreram em pagamentos indevidos, quer porque autorizaram despesas e pagamentos em violação de determinadas cláusulas contratuais de que resultaram pagamentos em excesso, com danos para o erário público, sem que a tais pagamentos correspondesse qualquer contraprestação efetiva, quer porque, e com referência aos designados “Valores não justificados” (vide ponto 4.3.5 do Relatório)⁶, foram cometidos erros nos arredondamentos e acerto de contas imputáveis a alguns dos responsáveis daquele Instituto Público, de que resultaram pagamentos em excesso, com danos para o erário

⁵ Este Relatório da IGF tem data anterior à ação proposta pela ARSLVT no Tribunal Arbitral, que deu entrada naquele Tribunal em FEV2003.

⁶ Vide artigos 211 a 219 do Requerimento Inicial (R.I.).



Tribunal de Contas

público, sem que àqueles pagamentos correspondesse qualquer contraprestação efetiva;

h) - O Ministério Público, junto do Tribunal de Contas, com os fundamentos constantes no referido Relatório intenta, em **30JUN2003**, uma ação para efetivação de responsabilidades financeiras em que são Demandados aqueles responsáveis financeiros (ou, pelo menos, uma boa parte dos responsáveis identificados no Relatório da IGF);

i) - Já na pendência da ação, a 2.^a Secção deste Tribunal realiza uma “Auditoria ao Contrato de Gestão do Hospital Fernando da Fonseca”, com referência aos mesmos exercícios, que culminou com o Relatório de Auditoria n.º 20/2005, datado de **30JUN2005**, tendo-se aí, entre o mais, concluído que “*à atividade exercida nos meses de Novembro e Dezembro de 1995 pela HASSG correspondeu uma efetiva contrapartida de serviços*”, mostrando-se assim inverificado, quanto a esse período, um dos pressupostos do conceito de pagamentos indevidos.

Esta auditoria surge na sequência de uma decisão proferida no processo na qual se considera que a aprovação do Relatório da IGF por parte da 2.^a Secção deste Tribunal é um pressuposto processual à instauração da ação por parte do M.P (exceção dilatória inominada)⁷;

⁷ Vide fls. 1799 a 1894 (Vol. VII)



Tribunal de Contas

j) - Suprida a falta a que se reporta o ponto que antecede, e após diversas ocorrências processuais, é proferida, a Sentença n.º 08/07, de fls. 3270 a 3320.

Aquela sentença decidiu sobre os efeitos da aprovação do Relatório de Auditoria n.º 20/05, da 2.ª secção deste Tribunal, na delimitação processual – quer do pedido, quer dos sujeitos – da presente ação de responsabilidade financeira.

A estabilização da instância foi consolidada pelo Acórdão n.º 3/08, do Plenário da 3.ª Secção, proferido no âmbito do Recurso n.º 6/2007.

Na sequência do Acórdão, e pelo despacho de fls. 3330 destes autos, procedeu-se à reformulação da lide, adequando os pedidos e respetivos Demandados à estabilização processual daí decorrente, tendo, entre o mais, o litígio ficado temporalmente limitado aos exercícios de 1996 a 2001.

Para o efeito, foi elaborado um documento elencando e discriminando os diversos pedidos por montantes e Demandados, que não foi impugnado (doc. 3343/3344);

K) – Após a prolação da sentença n.º 8/2007, caracteriza-se, em síntese, o objeto do litígio:

- As infrações financeiras sancionatórias foram afastadas do objeto da causa;
- Os pedidos ficaram temporalmente limitados aos exercícios de 1996/2001;



Tribunal de Contas

- Os pedidos que subsistem são os identificados como sendo os n.ºs 2, 5, 7/8/9, 11/12/13/14/15, 16 e 18 (vide fls. 46 a 57 da sentença recorrida e doc. de fls. 3343/3344);
- O pedido de reposição identificado como o pedido 2, fundamenta-se no facto de terem sido feitos pagamentos com base num acerto de contas eivado de erro (acerto de contas ocorrido no encerramento das contas de 1998) de que resultaram pagamentos em excesso, com dano para o erário público, sem que a estes correspondesse qualquer contraprestação efetiva⁸;
- Considera, por isso, o M.P. que o seu responsável efetuou pagamentos indevidos;
- Os restantes pedidos de reposição fundamentam-se em alegadas violações de cláusulas contratuais, a saber:
 - Cláusula **9.^a a 13.^a** (reportada ao pedido 5);
 - Cláusula **12.^a- n.º 1** (reportada aos pedidos 7,8 e 9);
 - Cláusulas **12.^a- n.º 4, e 41.^a- n.ºs 2 e 6** (reportadas aos pedidos 11,12, 13, 14 e 15);
 - Cláusula **39.^a** (reportada aos pedidos 16 e 18)⁹;
- O pedido de reposição, quanto àqueles pedidos, fundamenta-se no facto de terem sido efetuados pagamentos em violação das identificadas cláusulas contratuais de que resultaram pagamentos em excesso, com dano para o erário público, sem que a estes correspondesse qualquer contraprestação efetiva;
- Considera, por isso, o M.P. que os seus responsáveis efetuaram pagamentos indevidos.

⁸ Vide artigos 211.º a 219.º do Requerimento Inicial do M.P.

⁹ A sentença recorrida analisa cada um destes pedidos: os únicos que subsistem após o trânsito em julgado da sentença 8/07.



Quer isto dizer o seguinte:

- O Tribunal Arbitral - exceção feita ao Pedido 2, que apresenta algumas especificidades - conclui que as cláusulas contratuais, que o M.P (na ação proposta no Tribunal de Contas contra os responsáveis financeiros) e a ARSLVT (na ação proposta no Tribunal Arbitral contra a HASSG) disseram mostrar-se violadas¹⁰, tenham sido corretamente interpretadas pelas Partes (de acordo com os juízos que, sinteticamente, se transcreveram na alínea f) do ponto que antecede) e que, em consequência, improcedia o pedido de declaração de que a ARSLVT tinha pago em excesso a quantia que o M.P, em parte, agora pede a título de reposição a efetuar pelos responsáveis financeiros e ora Demandados (no montante petitionado pela ARSLVT, a título de devolução, por excesso de pagamentos, está incluído o montante petitionado pelo M.P., a título de reposição).
- A transposição da situação assim definida pelo Tribunal Arbitral para este processo implicaria, ao menos, a improcedência dos pedidos 5, 7/8/9, 11/12/13/14/15, 16 e 18, já que os fundamentos que os sustentam – ilegalidade dos pagamentos, por violação de cláusulas contratuais – foram considerados improcedentes por aquele Tribunal, tendo inclusivamente a ARSLVT sido condenada “*a cumprir o contrato nos exercícios de 2002 e futuros, nos termos das disposições e princípios contratuais constantes das cláusulas 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a, 38.^a, 39.^a, 41.^a e Léxico, de*

¹⁰ Os factos que fundamentam a violação das ditas cláusulas contratuais são – exceção feita ao pedido 2 – iguais ou, no essencial, idênticos, conforme se pode ver da sentença recorrida (fls. 48 a 57).



harmonia com a interpretação que de modo concordante e constante lhe foi dada pelas Partes, explicitada no presente acórdão a propósito das propostas do fecho de contas dos exercícios de 2000 e 2001 elaboradas pela HASSG (...)”.

- Já o mesmo não ocorreria quanto ao pedido 2. E isto porque o fundamento de que emerge o pedido formulado pelo M.P. – erro no acerto de contas – não foi concretamente analisado na decisão do Tribunal Arbitral, por aí não ter sido invocado pela ARSLVT¹¹.

Mas poderá a decisão do Tribunal Arbitral constituir, relativamente à presente ação, **autoridade de caso julgado**, vinculando o Tribunal de Contas a decidir segundo o que anteriormente foi decidido?

É esta, como referimos, a “*vexata questio*” a que tentaremos responder.

3.4 - Da autoridade de caso julgado.

3.4.1.

A decisão recorrida fez uma longa dissertação sobre o caso julgado e a autoridade de caso julgado, que aqui se dá por reproduzida, por com ela concordarmos (vide pontos 2.3 e 2.4).

Pela nossa parte, limitamo-nos a dizer o seguinte:

¹¹ Vide págs. 170 a 171 do Acórdão do Tribunal Arbitral, designadamente o 4.º parágrafo da pág. 171.



- Não se pode confundir exceção do caso julgado e autoridade de caso julgado;
- Pela **exceção** visa-se o efeito **negativo** da inadmissibilidade da segunda ação, constituindo o caso julgado um obstáculo a uma nova decisão de mérito;
- **A autoridade** do caso julgado tem antes o efeito **positivo** de impor a primeira decisão, como **pressuposto** indiscutível da segunda decisão de mérito,
- Este efeito positivo assenta numa relação de **prejudicialidade**: o objeto da primeira decisão constitui questão prejudicial na segunda ação, como pressuposto necessário da decisão de mérito que nesta há-de ser proferida¹².
- A autoridade de caso julgado pode funcionar independentemente da verificação da tríplice identidade (sujeitos, pedido e causa de pedir), pressupondo, porém, a decisão de determinada questão que não pode voltar a ser discutida.
- Os limites da autoridade ou eficácia do caso julgado cingem-se apenas à parte decisória da sentença, estendendo-se, todavia, às questões preliminares que constituírem um antecedente lógico indispensável ou necessário à emissão daquela parte dispositiva do julgado.

3.4.2.

Ao invés do entendimento expresso na sentença recorrida, entende o **Ministério Público** que a decisão do Tribunal Arbitral não constitui,

¹² Vide Lebre de Freitas; Montalvão Machado e Rui Pinto, in Código de Processo Civil Anotado, II Vol., pág 354, Coimbra Editora.



Tribunal de Contas

relativamente a estes autos, autoridade de caso julgado, não vinculando, por isso, o Tribunal de Contas a decidir segundo o que anteriormente foi decidido pelo Tribunal Arbitral (conclusão 19.º).

Para tanto, alega:

- A consideração da exceção do caso julgado material e, mais ainda, a da “autoridade de caso julgado” dirigem-se à salvaguarda da segurança e paz jurídicas (ponto 108).
- Elas pressupõem que, em nome da solidez e da segurança e paz jurídicas se renuncie a uma reapreciação e à análise da justiça da primeira decisão, mesmo que – como no caso da “autoridade de caso julgado” – o segundo tribunal esteja confrontado por um sujeito que, como parte, foi terceiro (independente) e é, objetivamente, alheio ao processo em que foi proferida a primeira decisão (ponto 109).
- Para que se possa considerar a extensão da eficácia do caso julgado – e designadamente quando essa extensão e consequente autoridade se fazem em relação a outra ação em que as partes, a causa de pedir e o pedido são efetivamente distintos – é, portanto, necessário que se conclua, claramente, que, de uma decisão tomada sobre certa matéria, resulta a indiscutibilidade da outra que dela depende lógico-juridicamente (ponto 110).
- Ou, como se defende no Acórdão do STJ, de 26/1/1994 (BMJ n.º 433, pág. 515 e segs.), é necessário que o caso julgado material se manifeste no seu aspeto positivo de proibição de contradição da decisão transitada a fim de evitar a repetição no processo



subsequente do conteúdo da decisão anterior ou a contradição no processo posterior do conteúdo da decisão do processo antecedente (ponto 111).

- Os fundamentos que conduziram à decisão do Tribunal Arbitral – a interpretação objetiva das responsabilidades externas assumidas pelas partes (ARSLVT e HASSG) face ao Contrato de Gestão e à forma, como formal ou informalmente, implícita ou explicitamente, elas lhe foram dando vida e execução durante a sua vigência – não contendem, em princípio, com a apreciação da legalidade das condutas financeiras individuais dos responsáveis da ARSLVT que lhes estiveram na origem, pois estas revelam de outras obrigações (internas) sedeadas em outro foro legal (ponto 112);
- O Tribunal Arbitral pode – como pôde – considerar que a ARSLVT se obrigou, objetivamente, a determinada interpretação do Contrato de Gestão resultante da administração que dele fez em conjunto com a HASSG ao longo da sua vigência, e o Tribunal de Contas pode, sem entrar em contradição com aquela decisão, concluir que a atuação dos responsáveis da ARSLVT, na gestão daquele contrato, contrariou normas e princípios de gestão pública que integram infrações financeiras de que resultou a obrigação da ARSLVT proceder a despesa e pagamentos apurados pelo Tribunal Arbitral (ponto 113);
- Daí a total inexistência de dependência lógico-jurídica entre os objetos de ambas as ações; a incompatibilidade, ou melhor, a impossibilidade da afirmação de uma possível incompatibilidade abstrata e genérica entre a situação jurídica analisada e dirimida



no Tribunal Arbitral e as situações concretas a analisar neste processo (ponto 114).

- De tudo o que temos vindo a expor resulta que a decisão do Tribunal Arbitral, dado o seu genético objeto jurídico-funcional, que apenas releva da responsabilidade externa da ARSLVT (e da HASSG), não foi, ou pode agora, ser pensada como condição abstrata de apreciação do objeto processual desta ação de responsabilidade delitual e pessoal por atos de uso e gestão de dinheiros públicos (ponto 115)
- Não há – nem a sentença de que ora se recorre conseguiu especificadamente demonstrar – qualquer possibilidade de insubsistência lógico-jurídica entre a decisão do Tribunal Arbitral e a possível apreciação e condenação casuística pelo Tribunal de Contas, em sede de responsabilidade financeira reintegratória, dos responsáveis da ARSLVT aqui demandados (ponto 116);
- Não se verifica, pois, nem a exceção objetiva de caso julgado, nem qualquer necessidade de recurso à extensão da “autoridade de caso julgado”, que resulte da decisão do Tribunal arbitral e seus fundamentos, que possa condicionar – ao menos nesta fase – a apreciação pelo Tribunal de Contas das causas de pedir e dos pedidos concretos formulados na presente ação, em especial depois dos termos em que foram fixados neste mesmo processo na Sentença 8/2007, de 22/06/2007 (ponto 117).

*



Tribunal de Contas

A nosso ver, porém, a resposta à questão em análise passa, previamente, pela resposta a uma outra, a saber:

Tendo o Tribunal Arbitral julgado segundo a equidade, poderá a decisão do Tribunal Arbitral impor-se como pressuposto indiscutível da decisão a proferir no Tribunal de Contas?

Para tanto, importa fazer uma análise, ainda que sintética, sobre a convenção de arbitragem ínsita no Contrato de Gestão e sobre a Lei da Arbitragem Voluntária, para depois fazermos uma breve incursão sobre o significado do que é julgar segundo a equidade versus o “direito constituído”, e ainda sobre a competência do Tribunal de Contas em matéria de efetivação de responsabilidades financeiras.

*

3.4.3. Da convenção de arbitragem ínsita no Contrato de Gestão.

As partes contratantes – ARSLVT e a HASSG - estipularam, na cláusula 44.º do Contrato de Gestão, sob a epígrafe “*Cláusula compromissória de arbitragem*”, o seguinte:

1. Os litígios que tenham por objeto a interpretação, validade ou execução do presente contrato, e que não tenham sido resolvidos consensualmente, nos termos definidos na cláusula 43.ª, serão dirimidos com recurso à arbitragem.

(...)

4. O Tribunal julgará segundo as regras da equidade, não havendo recurso da sua decisão.



Tribunal de Contas

Esta cláusula compromissória de arbitragem foi analisada, quanto à sua validade e legalidade, no âmbito do Parecer nº130/2002 do Conselho Consultivo da P.G. República, votado em 30.04.2003 ¹³, tendo-se aí concluído o seguinte:

“1. Nos termos do nº 4 do artigo 1º da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto – Arbitragem Voluntária –, O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, quer cláusulas compromissórias, quer compromissos arbitrais, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de direito privado;

2. O nº 2 do artigo 2º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo Decreto-Lei nº 129/84, de 27 de Abril, ao dispor serem admissíveis tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso, constitui «lei especial» para os efeitos previstos no nº 4 do artigo 1º da Lei de Arbitragem Voluntária, não tendo sido por esta revogado;

3.O artigo 188º do Código do Procedimento Administrativo, ao estatuir sobre a admissibilidade de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos, constitui nessa medida igualmente «lei especial» para os mesmos efeitos¹⁴, não prejudicando a possibilidade de celebração

¹³ Este Parecer pode ser consultado in www.dsgi.pt/pgpr através do *site* da PGR e da respetiva base de dados disponível na internet. O Parecer foi solicitado pelo Sr. Procurador- Geral da República na sequência de exposição do Sr. Procurador- Geral Adjunto no Tribunal de Contas, é prévio à decisão do Tribunal Arbitral e à instauração destes autos, foi votado por maioria e, conforme consta do ponto 5 da parte I tinha por objeto " o tema da admissibilidade do recurso à arbitragem prevista no contrato de gestão do Hospital para a resolução das divergências existentes entre as partes outorgantes, na perspetiva do exercício, desde logo, das competências do Tribunal de Contas e outrossim, de jurisdição criminal, porventura suscitado pelos mesmos factos". Os então Senhores Procuradores-Gerais Adjuntos, Carlos Cadilha e Souto Moura lavraram votos de vencido, por discordarem da conclusão 7.ª do referido Parecer.

¹⁴ Sublinhados nossos.



de compromissos arbitrais concernentes ao contencioso de plena jurisdição dos mesmos contratos;

4. A cláusula compromissória 44^a do contrato administrativo de gestão do Hospital Amadora/Sintra Professor Fernando da Fonseca, mediante a qual as partes contratantes – a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo e a Sociedade Gestora, S.A. do mesmo Hospital – remeteram para tribunal arbitral a resolução das questões entre elas suscitadas, designadamente acerca da interpretação, validade ou execução do negócio jurídico, tem fundamento legal nas normas citadas nas anteriores conclusões 1., 2. e 3.¹⁵

Tal como a sentença recorrida (vide pág. 32), também subscrevemos as conclusões enunciadas, pelos fundamentos constantes do respetivo Parecer, que nos dispensamos de reproduzir.

3.4.4. Da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)

A Lei 31/86, de 29 de Agosto, era, à data dos factos, o diploma legal regulador da convenção de arbitragem.

Nos termos do articulado da lei, realçamos os seguintes pontos:

- Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser submetido pelas
-
-

¹⁵ Sublinhados nossos.



- partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão dos árbitros¹⁶ (n.º 1 do artigo 1.º);
- Se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o Tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca¹⁷. (n.º 1 do artigo 29.º);
- A autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolve a renúncia aos recursos (n.º 2 do artigo 29.º)¹⁸;
- A decisão arbitral, uma vez transitada em julgado, tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial da 1.ª instância (artigo 26.º).

¹⁶ Não dispor de um direito é não poder transigir sobre ele – vide Raúl Ventura, in “Convenção de Arbitragem, in R.O.A., 86-II-321.

¹⁷ Onde se lê Tribunal da Relação deve-se ler tribunal de 2.ª instância; onde se lê tribunal de comarca deve ler-se tribunal de 1.ª instância.

¹⁸ A este propósito diz Paula Costa Silva, in “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, págs. 1009 e 1010: “Porque implica a concessão aos árbitros da faculdade de julgarem segundo a equidade uma renúncia aos recursos? Esta questão foi debatida na doutrina francesa anterior à nova redação do C.O.C. (Fr.) *máxime* do seu artigo 1482.º. Com efeito, entendia grande parte da doutrina que o julgamento de acordo com a composição amigável seria dificilmente compatibilizável com a interposição de um recurso de tipo substantivo, uma vez que o tribunal de 2.ª instância se encontrava “habitado” e vinculado à aplicação do direito constituído. Outro fator que levava à negação da faculdade de interposição de recurso contra uma decisão proferida por apelo à composição amigável era representado pela impossibilidade de o juiz exercer um controlo norteado por critérios objetivos sobre a fundamentação da decisão por forma a aferir do bem ou mal fundado da convicção do árbitro. (...).

A razão subjacente à regra constante do artigo 29.º, n.º 2, da Lei 31/86 parece ser idêntica àquela que levou a uma exclusão pela doutrina francesa, das vias de recurso contra uma decisão proferida em composição amigável. Com efeito, será extremamente subjetivo o juízo feito por um tribunal de 2.ª instância quanto à fundamentação e à racionalidade de determinada decisão proferida por um árbitro de acordo com a equidade.”.



3.4.5. Julgamento segundo a equidade versus “direito constituído”.

Como resulta do exposto, as questões colocadas pelas Partes contratantes (ARSLVT E HASSG) ao Tribunal Arbitral foram julgadas segundo a equidade.

Como refere Menezes Cordeiro, in Tratado de Direito Civil, Vol. I, pág. 611 “Quando as partes remetem para uma decisão segundo a equidade, elas revelam uma intenção de abdicar de parte, pelo menos, do direito positivo. E é por isso, aliás, que a cláusula da equidade só é possível quando estejam em causa relações disponíveis. Assim, haverá que partir do direito estrito, expurgado de regras formais e limado de aspetos demasiado rígidos; o resultado desse modo obtido poderá ser adaptado, dentro de certos limites, por forma a melhor corresponder ao equilíbrio buscado pelas partes”¹⁹.

E mais à frente diz o referido autor: “O julgamento de equidade será assim, em última análise, sempre o produto de uma decisão humana que visará ordenar determinado problema perante um conjunto articulado de proposições objetivas. Ele distinguir-se-á do puro julgamento jurídico por apresentar menos preocupações sistemáticas e maiores empirismo e intuição. (...)”²⁰

A propósito da natureza da equidade, diz ainda o referido autor: “A equidade não é arbítrio: ela parte sempre do Direito positivo, expressão histórica máxima da justiça, em cada sociedade organizada. Simplesmente, ela alija determinados elementos técnicos e formais que apenas se justificam perante exigências de normalização estadual. É,

¹⁹ Os sublinhados são nossos.

²⁰ Os sublinhados são nossos.



Tribunal de Contas

assim, possível fazer apelo ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos. De modo paralelo, afastar-se-ão os obstáculos formais ou os argumentos hábeis mas, predominantemente, técnico-jurídicos, procurando antes ponderar os interesses globais das partes, isto é, a sua situação como um todo”^{21 22 23}.

Ao invés, julgar segundo o que vulgarmente se designa por “direito constituído”, é julgar segundo as normas e princípios de direito positivo, é aplicar o *jus strictum*, é, enfim, apreciar o litígio de acordo com critérios de legalidade.

3.4.6. Da competência do Tribunal de Contas em matéria de efetivação de responsabilidades financeiras.

O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas, competindo-lhe, *inter alia*, “*efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei*” – vide alínea c) do n.º 1 do artigo 214.º da CRP e artigo 5.º, n.º 1, alínea e) da LOPTC.

Trata-se de uma competência exclusiva e indisponível ²⁴, ou seja, trata-se de uma competência que só pode ser exercida pelo Tribunal de

²¹ Os sublinhados são nossos.

²² De acordo com Engisch, citado por Alejandro Nieto, in “El Arbitrio Judicial”, Barcelona, 2000, pág. 233: “*O método da equidade consiste em que, seja nas hipóteses normativas, seja nas suas consequências jurídicas, se insiram conceitos e formulações gerais e indeterminadas que ofereçam a quem aplica o direito uma orientação vinculativa para a decisão no caso concreto, a qual, por sua vez deixe um campo de ação suficientemente amplo para levar em conta as particularidades do caso*”.

²³ A equidade opera também no momento da apreciação da prova dos factos – vide Alejandro Nieto, in Obra citada, págs. 234 e 235.

²⁴ Vide voto vencido do então Procurador-Geral Adjunto Carlos Alberto Fernandes Cadilha, lavrado no Parecer da PGR n.º 130/2002.



Tribunal de Contas

Contas e que não é suscetível de ser derogada por vontade das “partes”²⁵.

A fiscalização da legalidade das despesas abrange, em princípio, todas as despesas públicas realizadas por toda e qualquer entidade pública e consiste na verificação da conformidade legal do ato gerador da despesa, tanto no aspeto administrativo como no aspeto financeiro, podendo abranger a apreciação da “boa gestão financeira” – vide artigos 2.º, 5.º, 44.º, n.ºs 1 e 2 e 50.º da LOPTC.

A efetivação da responsabilidade financeira reintegratória, a que se reporta o artigo 59.º da LOPTC, é uma consequência lógica das demais competências do Tribunal de Contas, e verifica-se nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e ainda de pagamentos indevidos, podendo o Tribunal condenar o responsável na reposição das quantias correspondentes.

Os pressupostos da responsabilidade financeira são, assim, apreciados de acordo com um juízo de legalidade estrita ou, numa outra formulação, segundo o “direito constituído”.

Daí que um juízo de equidade, um juízo que faz apelo ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos, e que, por isso, apresenta menos preocupações sistemáticas e maiores empirismo e intuição, não possa substituir ou impor-se a um juízo de legalidade estrita a efetuar por um tribunal com competência exclusiva e indisponível para “*efetivar a responsabilidade por infrações financeiras*” e condenar, sendo caso disso, os seus agentes.

²⁵ Trata-se, por isso, de uma competência que, em circunstância alguma, podia ser exercida por um tribunal arbitral. E isto porque o litígio subjacente a uma ação para efetivação de responsabilidades financeiras respeita a direitos indisponíveis. Ao invés, a admissão da arbitragem no domínio dos contratos administrativo envolve - nos casos em que a vontade das partes assim o determine - a derrogação da competência do tribunal administrativo de 1.ª instância. Aqui o tribunal arbitral age ao nível e em lugar do tribunal administrativo de 1.ª instância.



Tribunal de Contas

A adoção da solução defendida na sentença de que se recorre impedia o Tribunal de Contas de apreciar, segundo um juízo de legalidade estrita, a conduta dos responsáveis financeiros na interpretação que autonomamente ou de comum acordo, fizeram das cláusulas contratuais, bem como do invocado erro no acerto de contas relativo ao exercício de 1998 (Pedido 2), e que levaram o Tribunal Arbitral a julgar improcedente o pedido de declaração de que a ARSLVT tinha pago em excesso à HASSG um determinado montante.

Exemplificando:

- A adoção da solução defendida naquela sentença conduzir-nos-ia a aceitar como autoridade de caso julgado, relativamente a estes autos, a decisão do Tribunal Arbitral que “validou” a “solução consensualizada” pelas Partes contratantes no sentido de ser alterada a taxa prevista na Cláusula 12.º, n.º 1, para o cálculo do valor a abater na retribuição da HASSG - que era de 28%, e passou a ser de 23,73% - com a fundamentação que, em síntese, se transcreve²⁶:

“as dúvidas e dificuldades encontradas pelas Partes, nas interpretações divergentes da mesma cláusula contratual foram resolvidas através de uma solução de compromisso, alicerçada num mútuo acordo que teve em atenção os interesses e expectativas de ambas as contratantes e a própria alteração legal da taxa de descontos para Segurança Social (...).

À validade desta solução consensualizada e reiteradamente praticada não pode opor-se um (alegado) vício de forma do acordo:

²⁶ Vide ponto 2.6. do Acórdão do Tribunal arbitral (Págs. 190 a 195), que corresponde aos Pedidos 7/8/9 formulados pelo M.P. (artigos 80.º a 95.º do Requerimento Inicial).



Primeiro, porque a solução acaba por ser refletida nos documentos de fecho de contas (...), não se opondo, pois, à sua validade as razões (de ponderação e controlo da legalidade financeira da despesa pública) determinantes da forma do contrato - relevada ou vertida a solução nos documentos de acerto de contas, estes permitem preencher pelo menos minimamente ou suficientemente a “memória” (forma escrita e a sua ratio essendi) do acordo mútuo que a suporta;

Segundo, este suprimento assim valorado do (alegado) vício de forma de um acordo reiteradamente praticado pelas Partes evita um clamoroso abuso do direito de sua arguição por banda da ARSLVT – ARSLVT que, na continuidade do Estado-pessoa de bem, é sempre a mesma, independentemente das pessoas que em concreto e a cada momento se encontram nos seus órgãos: o exercício desse direito seria manifestamente incoerente com todo um reiterado comportamento anterior da ARSLVT, ofensivo dos limites éticos impostos pelo princípio da boa-fé e pelo próprio fim do direito (artigo 334.º do Código Civil) com que a outra parte (a Sociedade Gestora) não pode razoavelmente contar, atenta a legítima confiança por esta depositada numa solução de compromisso mutuamente acordada e ainda por cima reiteradamente aplicada ao longo dos anos.

Esta proibição do venire contra factum proprium, sufragada em geral pela doutrina e jurisprudência (.....), impõe-se também e sobretudo num Tribunal Arbitral, como o presente, que julga segundo a equidade, por definição a justiça do caso concreto.

O mesmo se pode dizer relativamente à autonomização da valência de Nefrologia.

O Tribunal Arbitral deu como provado que tal valência não estava prevista no Anexo I ao Contrato, e que a sua autonomização se deu a partir dos exercícios de 1998 e 1999 por acordo das Partes – vide parágrafos 412 a 414 da factualidade.



Tribunal de Contas

Entendeu aquele Tribunal que as reservas levantadas pela ARSLVT a propósito da autonomização desta valência são improcedentes. E isto, entre o mais, porque “entender e interpretar o Contrato de Gestão (...), nomeadamente defendendo a imutabilidade das Valências nele inicialmente estabelecidas, traduz uma visão literal do seu texto, que o sentido e fim principal do Contrato (...) não tolera: os interesses em jogo e a consideração do seu mais razoável tratamento²⁷ podem aconselhar e até impor instrumentalmente a autonomização de novas valências.”²⁸.

Mas mais: os exemplos supra indiciam também que as alterações contratuais consentidas pelos responsáveis financeiros da ARSLVT foram subtraídas à fiscalização do Tribunal de Contas que, à data, impunha que as ditas alterações fossem formalizadas em contratos adicionais aos contratos iniciais e, posteriormente, remetidas ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia (ver os diversos diplomas de execução orçamental, designadamente os DL n.ºs 70-A/2000, de 5 de Maio, 23/2001, de 1 de Fevereiro, bem como o Acórdão n.º 156/1998, de 7 de Outubro – SS, que representou um marco na jurisprudência do Tribunal de Contas, quanto à obrigatoriedade de os contratos adicionais aos contratos visados virem a “visto” do Tribunal de Contas)

²⁷ Os sublinhados são nossos.

²⁸ Vide ponto 2.3.2 do Acórdão do Tribunal Arbitral (Págs. 175 e 176), que corresponde ao pedido 18 formulado pelo M.P. (artigos 159.º a 169.º do Requerimento Inicial)



3.5. Em síntese conclusiva, podemos afirmar o seguinte:

- A competência do Tribunal de Contas é uma competência exclusiva e indisponível – vide artigo 214.º da CRP;
- Os pressupostos da responsabilidade financeira - no caso, da responsabilidade financeira reintegratória - são apreciados e decididos de acordo com um juízo de legalidade estrita;
- Um dos pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória é a existência de pagamentos ilegais;
- Fundamentando-se a ilegalidade dos referidos pagamentos na violação de determinadas cláusulas contratuais, e tendo o Tribunal Arbitral decidido - de acordo com um juízo de equidade - que as referidas cláusulas contratuais foram corretamente interpretadas e executadas pelas partes contratantes (ARSLVT e HASGS), não pode tal juízo impor-se como autoridade de caso julgado a uma decisão a proferir no Tribunal de Contas, que, como se referiu, tem competência exclusiva e indisponível para apreciar – de acordo com um juízo de legalidade estrita - a conduta dos responsáveis financeiros na interpretação que, autonomamente ou de comum acordo, fizeram das cláusulas contratuais, e concluir, sendo caso disso, que tais condutas são subsumíveis às infrações financeiras reintegratórias – pagamentos indevidos – que lhes são imputadas pelo M.P.
- A interpretação que a sentença recorrida fez do Acórdão do Tribunal Arbitral, bem como dos artigos 671.º, n.º 1 e 673.º, ambos do Código de Processo Civil, por conduzir à completa postergação do princípio da legalidade na fiscalização das despesas públicas, princípio que constitui justamente o



fundamento da intervenção do Tribunal de Contas²⁹, viola o disposto no artigo 214, n.º 1, alínea c), da C.R.P.

- Não pode, por isso, a sentença recorrida manter-se na ordem jurídica.
- A decisão do Tribunal Arbitral – que julgou de acordo com um juízo de equidade - tem o valor de uma sentença de um tribunal administrativo, cuja competência, nesta matéria, é derogável (disponível) por convenção das partes, e tem efeitos de caso julgado nos seus exatos termos, ou seja, apenas entre as partes contratantes (ARSLVT e HASSG) não ocorrendo, por isso, ao invés do alegado por alguns recorridos, qualquer violação do disposto no n.º 2 do artigo 212.º da CRP.

4. DECISÃO:

Termos em que Acordam

- a) Em julgar procedente o Recurso ora interposto, nos termos e com os fundamentos supra expostos, assim, se revogando a sentença recorrida;
- b) Em ordenar que os autos baixem à 1ª instância a fim de prosseguirem os seus ulteriores termos processuais.

²⁹ Voto Voto vencido de Carlos Alberto Fernandes Cadilha, no Parecer da P.G.R. n.º 130/2002



Lisboa, 20 Fevereiro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

(Nuno Lobo Ferreira)