



## Sentença 5/2008 – 3ª Secção

### Sumário

1. O digno Procurador Geral da República junto do Tribunal de Contas propôs, no ano de 2004, contra a demandada, Presidente da Direcção de uma Companhia cultural, acção com pedido de responsabilidade financeira, imputando-lhe a autoria de uma e a co-autoria de outras duas infracções de autorização de pagamentos indevidos a funcionários, quer por abono de um prémio de refeição extra, quer para cobrir despesas com telemóveis, confiados pelo serviço, mas sem autorização tutelar (artºs 57,58/1b.3,59/1.2,61-65/1b-6 e 89 ss, Lei 98/97,26.08)
2. A redução do pedido, solicitada pelo MP, foi aceite por despacho intercalar do Tribunal: esgotaram-se os poderes de jurisdição aqui co-envolvidos, muito embora não tenha sido notificada a demandada.
3. Assim, o julgamento já não pode versar sobre a co-autoria da primeira das infracções – pretensão da demandada - onde a circunstância normativa de estar estabelecido um direito de *regresso* em benefício de quem satisfaça a reposição conjunta, como foi o caso, não impõe uma defesa, aqui e agora.
4. Não está previsto na LPTC a *intervenção espontânea ou provocada* de quem neste caso pleiteasse pelo *regresso*: o tema fica remetido para a competência residual dos tribunais comuns cíveis.
5. Mas, muito embora se trate de *actuação do agente no sector de actividade especificamente regulado*, ...tinha a demandada *razões sensatas suas para supor o carácter permitido do(s) facto(s)*
6. Agiu sob erro de proibição que atinge em perda a base-comum do pedido de responsabilidade apresentado ao tribunal: foi absolvida – art.º 17.º/1 CPenal (como um dos afloramentos principais do regime da exculpação, já no campo da generalidade sancionatória).

**O Conselheiro Relator:** António Santos Carvalho



## SENTENÇA Nº 5/2008 Processo nº 2JC/2008

### I. Da causa

(a) O digno Procurador Geral da República (Adj.) propôs contra a senhora Prof. Ana Maria T. Pereira Caldas, directora CNB, esta acção no âmbito e alcance dos art.s 57, 58/1b.3, 59/1.2, 61-65/1b.1-6 e 89ss da Lei 98/97, 26.08, pedindo a condenação da demandada como co-autora da primeira e autora material das duas últimas das infracções financeiras reintegratórias p.p. artº 59/1.2, Lei 98/97, 26.08:

(i) a repor nos cofres do Estado o montante de €23584,56, despesa que autorizou (mediante informação do senhor subdirector), para pagamento a funcionários e a título de compensação IHP;

(ii) também, a repor nos cofres do Estado €1391,40, montante indevidamente abonado aos bailarinos CNB a título de prémio de refeição extra;

(iii) por último, a repor o montante de €14326,10 em resultado da despesa com telemóveis confiados a funcionários CNB.

(b) Os factos a debater emergiram do relatório de verificação externa de conta a que foi sujeita a gerência CNB 2004 e segundo o Ministério Público deve ser homologada a *demonstração numérica* e aprovado o *saldo de encerramento* propostos pela Auditoria: € 13.581,64<sup>1</sup> (de correcção e com parecer desfavorável<sup>2</sup>).

1

Débito	
Saldo inicial não registado ... a).....	8.924,76
Receita não contabilizada...b).....	13.744,26
Dupla escrituração da receita própria - arrecadação...c).....	1.369.781,42
Receita da gerência.....	<u>8.219.001,00</u> 9.611.451,44 €
Crédito	
Despesa da gerência.....	8.219.001,00
Dupla escrituração da receita própria - entrega ao Estado...d).....	1.369.781,42
Despesa não contabilizada...e).....	9.087,38
Saldo de encerramento não registado...f).....	<u>13.581,64</u> 9.611.451,44 €

A demonstração numérica da conta da responsabilidade da Direcção da CNB, no período de 01 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2004 resulta da alteração aos valores constantes no mapa da conta de gerência apresentada pelos responsáveis no decurso da auditoria, na sequência de deficiências de escrituração do mesmo e da existência de valores não reflectidos, conforme referenciado nas alíneas:

Débito:

- saldo bancário na CGD existente a 31.12.2003 que foi entregue ao Estado em 2004 (8.924,76 €).
- Receita de 2004 não contabilizada no ano (13.744,26 €).
- Dupla escrituração da receita própria - arrecadação (1.369.781,42 €).



## Tribunal de Contas

---

(c) Em síntese, ei-los:

(i) durante o ano de 2004, foram celebrados acordos IHP com 20 trabalhadores, ao abrigo dos art.º177.º e 178.º CTrb, com um complemento retributivo de 20% - 60% que foi calculado com base na totalidade das parcelas da retribuição<sup>3</sup>;

(ii) contudo, atento o disposto no art.º 250.º CTrb, a base de calculo reside, no caso concreto, na simples retribuição base.

(iii) no mês de Fevereiro de 2004, foi abonado, aos bailarinos CNB, um prémio de refeição extra no montante de € 7,73, justificado no AETNSC<sup>4</sup>;

(iv) mas o acordo de empresa não era aplicável à CNB e inexistia base legal para a autorização e respectivos pagamentos.

(v) no mesmo ano, encontravam-se distribuídos e foram efectivamente utilizados 8 telemóveis individuais na CNB, para uso oficial, sem que tivesse sido observada a RCM 112/2002, 24.08, quanto à sua atribuição e quanto aos limites dos encargos correspondentes.

(vi) e a partir de terem sido distribuídos os aparelhos foi, na verdade, CNB quem suportou as despesas com a facturação respectiva.

(d) Perante a reposição voluntária a que procedeu o senhor subdirector CNB pediu o Ministério Público a extinção do procedimento pela prática em co-autoria da primeira das infracções - obteve vencimento: não foi notificado à demandada.

(e) Defesa integral, por isso, da senhora Prof. Ana Caldas:

(i) da última alteração da LOPTC, artº 59/4, resulta serem pressupostos da verificação de pagamentos indevidos

- a existência de um pagamento que seja ilegal;
- efectuado sem que lhe corresponda uma prestação efectiva ou que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa;
- origem de um dano para o Estado ou para o ente público.

---

Crédito:

d) Dupla escrituração da receita própria – entrega ao Estado (1.369.781,42 €).

e) Despesa realizada sem contabilização (730,48 €) e entrega de receita própria (de 2003) ao Estado (8.356,90 €)

f) Saldo a 31.12.2004 na CGD e em cofre (13 581,64 €)

<sup>2</sup> Relatório 1.5.10 [DEMONSTRAÇÃO NUMÉRICA]: ... a apreciação global sobre a legalidade e regularidade das operações subjacentes à conta apresentada é desfavorável.

<sup>3</sup> Vencimento base e todas as outras prestações regulares e periódicas auferidas mensalmente pelo trabalhador – subsídio de almoço e diuturnidades.

<sup>4</sup> Acordo de Empresa do Teatro Nacional de S.Carlos: ...- sempre que realizassem dois espectáculos no mesmo dia.



# Tribunal de Contas

---

(ii) contudo, nenhum dano resultou para o erário público das despesas convocadas à posição do MP, antes pelo contrário, mostraram-se imprescindíveis à realização das atribuições CNB e corresponderam a contra-prestações efectivas, fundadas nas reais necessidades do serviço público e num aumento do prestígio da instituição, reconhecido a nível nacional e internacional;

(iii) por outro lado, o Estado em nada viu o seu património diminuído, tendo, antes de mais, assistido a uma ascensão de público do *bailado* - 183%, desde 2003 - e das receitas próprias - cerca de 95%;

(iv) circunstâncias que só ocorreram por efeito da gestão eficiente da directora CNB: sempre prosseguiu o interesse geral e deu cumprimento à missão pública que lhe tinha sido confiada;

(v) o próprio Estado reconheceu-o ao agraciar a demandada com a comenda da Ordem do Infante D. Henrique, pela sua dedicação e empenho à frente da Companhia.

## II. Matéria provada

- (1) A demandada estava ciente de CNB estar sujeita à tutela e superintendência do Ministro da Cultura e se reger pela respectiva Lei Orgânica; subsidiariamente, pelo regime jurídico das empresas publicas.
- (2) Tinha a Companhia como missão assegurar a prestação de um serviço público do domínio da dança, assente num projecto cultural artístico unificado, que se centrava na promoção do acesso à fruição e à prática deste campo das artes de palco por parte dos cidadãos e no reforço dos padrões de qualidade da criação e de produção profissionais em Portugal.
- (3) A actividade CNB assentava numa programação pluri-anual de espectáculos de dança, organizados por temporadas regulares, que podiam incluir a participação em produções teatrais e de ópera, de iniciativa própria ou em colaboração com outras entidades produtoras, publicas ou privadas, podendo ainda assegurar um conjunto de actividades conexas, directa ou indirectamente relacionadas com a temporada.
- (4) Sempre CNB funcionou com a direcção e o director artístico apenas, nunca tendo sido escolhido e nomeado o Conselho Consultivo.
- (5) A senhora Prof. Ana Caldas exerceu funções como directora CNB desde 05.01, durante o ano de 2004 e depois: tinha a responsabilidade exclusiva



## Tribunal de Contas

---

de superintender nos serviços e actividades, assegurar as linhas gerais e a política interna de gestão.

- (6) A gerência de 2004 CNB foi objecto de uma auditoria do Tribunal de Contas, base das circunstâncias e dos factos críticos seguintes.
- (7) Reconhecida a importância e necessidade da existência de um espaço de especial dedicação à dança que permitisse a CNB prosseguir as atribuições que lhe estavam cometidas, passou a competir-lhe a gerência do Teatro Luís de Camões (incluída no ano de 2004), sem, contudo, esta transferência ter sido acompanhada de um incremento orçamental ou administrativamente sustentado.
- (8) A tutela do Governo para CNB não tinha aprovado, antes de 2004, nem aprovou depois, a regulamentação prevista na LO/CNB, nomeadamente através da Portaria Conjunta relativa ao quadro de pessoal sujeito ao regime de função pública, ou da Portaria Conjunta relativa ao sistema retributivo do pessoal técnico-artístico.
- (9) A especificidade dos desígnios CNB e a ausência desta regulamentação própria ou adequada ao cabal desenvolvimento das actividades que desenvolvia geraram dificuldades gestionárias acrescidas ao empreendimento promocional da dança e de prossecução do interesse público nacional neste específico domínio.
- (10) Tais dificuldades, aliás já realidade conhecida dos responsáveis pela área governamental da Cultura, foram sempre transmitidas pela senhora Prof. Ana Caldas à tutela CNB,
- (11) Não obstante, a demandada sempre ansiou desempenhar com vigor, sentido de responsabilidade e eficácia, as funções para as quais tinha sido nomeada, com empenhamento no sucesso dos espectáculos CNB.
- (12) Norteou-se em prol do interesse público nacional da dança, tal como o entendia, tomando decisões com vista a satisfazer as necessidades CNB pressentidas e que corresponderiam à satisfação do essencial para o desenvolvimento da actividade.



## Tribunal de Contas

---

- (13) Actuou sempre convicta da legalidade dessas decisões que tomava, sustentando-as, sempre que possível, em informações dos serviços ou em propostas e pareceres de dirigentes e técnicos.
- (14) Ana Caldas é professora de dança e tinha exercido, entretanto, o cargo de Presidente da Comissão Instaladora da Escola de Dança do Conservatório Nacional.
- (15) Mas nunca teve formação na área financeira, económica, de gestão ou jurídica que lhe permitissem, por si só, aferir da conformidade das informações e pareceres prestados pelos serviços.
- (16) Em 2004, CNB estreou os bailados *Kammer Ballet*, *Adagietto*, *Without Words* e *Sonho de Uma Noite de Verão* (apresentado também em Mérida); repôs: *Quebra Nozes*, *Pedro e Inês*, *Cinco estações*, *Concerto*, *Adagietto e Romeu e Julieta*; promoveu a *Digressão Nacional de Dança*; o programa *Parabéns Mister B* e apresentou a primeira *Gala Internacional de Bailado*; acolheu, no Teatro Luís de Camões, várias companhias de dança Internacionais e realizou a *Primeira Esplanada Musical*.
- (17) Proporcionou todos estes espectáculos primordialmente aos fins-de-semana e, durante a semana, à noite.
- (18) Na gerência da senhora Prof. Ana Caldas verificou-se que o orçamento global corrigido revelou um acréscimo de 32% em relação ao orçamento inicial, fruto da cobrança da RP se situar em valores superiores aos inicialmente previstos e de reforços do OE, quer no âmbito da gestão flexível do Ministério da Cultura, quer no recurso à dotação provisional (para fazer face às despesas de emprego).
- (19) O Teatro Camões, anteriormente devoluto, transformou-se em Teatro de Dança, inserido nos circuitos artísticos nacionais e internacionais.
- (20) *Dance Europe* nomeou o director artístico, Mehmet Balkan, como um dos melhores do ano de 2004.
- (21) Mehmet Balkan reconheceu que apesar de todas as dificuldades orçamentais e administrativas da direcção CNB - reflectidas, como é natural, na direcção artística - a título de balanço, podia concluir-se *ser mais completo o elenco artístico, com evolução favorável dos bailarinos*,



## Tribunal de Contas

*fruto de um trabalho desenvolvido através de uma colaboração a todos os níveis irrepreensível entre ambas, direcção da CNB e direcção artística: levou ao reconhecimento da Companhia por parte de várias revistas credenciadas na área da dança... e a um crescimento notável na afluência de público aos espectáculos.*

- (22) A senhora Prof. Ana Caldas foi agraciada, em 06.03.05, com a Comenda da Ordem do Infante D. Henrique.
- (23) Sua Excelência o Ministro da Cultura, por carta de 06.03.08, agradeceu à demandada *todo o seu empenho, a sua total entrega e tão valioso contributo prestado á dança em Portugal, como Directora da Companhia Nacional de Bailado.*
- (24) CNB, a partir de 05.07, passou a fazer parte da Opart – Organismo de Produção Artística, EPE.
- (25) Entretanto, as decisões tomadas em geral pela senhora Prof. Ana Caldas, como directora CNB, se não tivessem ocorrido, poderiam ter determinado a paralisação de actividades e a perda do apoio mecenático (EDP).
- (26) Durante o ano de 2004, a demandada, como directora CNB, interveio, convocando os art.º 177.º e 178.º C.trb, em acordos de IHT, envolvendo 20 trabalhadores<sup>5 6</sup> com o fundamento de *a actividade normal de CNB, para*

NOME	Início IH	%	Alteração	%	Acordo em 2004
Ana Paula Fernandes Ferreira	Março / 04	30%	-	-	X
Ana Maria Silva Rola	Abril / 04	30%	-	-	X
Regina Rosa Silva Mendes	01/03/04	45%	-	-	X
Ana Maria França da Silva	12/03/03	30%	Abril / 04	45%	X
Paulo Miguel Assis Arantes	01/04/04	45%	-	-	X
Ana Cristina M. Jesus Santos	01/03/04	45%	-	-	x
Heitor Sampaio Gomes	12/03/2003	60%	2004	60%	x
Clara Benvenista Araújo de	01/03/04	45%	-	-	X

Clara Benvenista Araújo de	2002	45%	Março / 04	60%	X
Clara Benvenista Araújo de	12/3/03	45%	-	-	x
Clara Benvenista Araújo de	12/03/03	45%	-	-	x
Clara Benvenista Araújo de	12/03/03	30%	Abr-04	45%	X
Clara Benvenista Araújo de	12/03/03	45%	Mar-04	45%	X
Clara Benvenista Araújo de	01/04/04	30%	Abr-05	45%	X
Clara Benvenista Araújo de	01/05/04	60%	-	-	X
Clara Benvenista Araújo de	01/05/04	45%	-	-	X
Clara Benvenista Araújo de	01/07/04	45%	-	-	X
Clara Benvenista Araújo de	01/09/04	45%	-	-	X
Clara Benvenista Araújo de	01/11/04	20%	Set-05	45%	X
Clara Benvenista Araújo de	01/11/04	45%	-	-	X



## Tribunal de Contas

---

*além da gestão diária do organismo, a apresentação de espectáculos de bailado no Teatro Camões de Lisboa, noutros do território nacional e do estrangeiro, implicar quanto às funções desempenhadas disponibilidade horária total.*

- (27) Os referidos acordos foram celebrados com técnicos, directores de produção, encarregados gerais do Teatro Camões e da sede/CNB ou um motorista, permanentemente disponíveis em períodos de tempo que extravasavam o horário normal de trabalho.
- (28) Como contrapartida IHT, foi-lhes fixado, então, um complemento retributivo, cujas percentagens variavam entre 20% - 60%, calculado tendo por base a totalidade das parcelas/mês abonadas àqueles trabalhadores.
- (29) A fórmula seguiu a informação 04.01.05, do senhor subdirector CNB, onde foi proposto à demandada uma aprovação do cálculo IHT, tendo em conta *o vencimento base e todas as outras prestações regulares e periódicas auferidas mensalmente pelo trabalhador (subsídio de almoço e diuturnidades)*: tinha parecer IDICT conforme.
- (30) E ficou convencida da tese acerca de o subsídio de refeição integrar um conceito retributivo, por razão de ser pago ao trabalhador com carácter de continuidade e de regularidade: *criava um convencimento de se tratar do salário.*
- (31) Quem quer que seja, aliás, sem formação jurídica, perante a informação e o parecer acima referidos, adquiriria a convicção de conformidade com a lei havida no procedimento.
- (32) Mas de pronto arrepiou para a situação que excluía do cálculo o subsídio em face das recomendações do Tribunal de Contas.
- (33) Estava, contudo, convencida de a alternativa de gestão ao não pagamento IHT ser pagar as demais horas extraordinárias a todos os beneficiários, que as faziam semanalmente.
- (34) A senhora Prof. Ana Caldas, como directora CNB, procedeu à atribuição de um *prémio de refeição extra*, aos bailarinos, no montante de € 7,73, durante o mês 02.04, nos dias em que se realizaram dois espectáculos.



## Tribunal de Contas

---

- (35) Fê-lo considerando aplicável ao caso o AETNSC (1985-1992): com a extinção da empresa pública do Teatro Nacional de S. Carlos EP, onde CNB se incorporava, todos os seus trabalhadores foram integrados, num primeiro momento, na associação de direito privado IPVD, posteriormente é que, sim, na CNB contemporânea.
- (36) Entretanto, a direcção CNB enviou à aprovação da tutela, um acordo de empresa CNB, 01.07.16: não foi homologado, nem obteve despacho.
- (37) A demandada considerou, perante a lacuna regulamentar, dever socorrer-se das normas do AETNSC, para tomar rumo nas situações retributivas respeitantes às refeições intercalares dos períodos de trabalho: baseou-se para tanto quer num parecer do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, quer em práticas anteriores idênticas.
- (38) O *prémio extra de refeição* só era considerado devido e pago nas ocasiões em que os bailarinos CNB tinham dois espectáculos no mesmo dia: assim, 02.04 – primeiro, das 16h30m às 19h45m; segundo, das 21h00 às 01h00 do dia seguinte.
- (39) Montante da despesa: € 1 391,40 - não lhes foram pagas, contudo, por referência ao último dos períodos de trabalho, 7hs. extraordinárias/bailarino.
- (40) Em todo o caso, a demandada deu imediatamente instruções para que fossem cumpridas as directivas do Tribunal de Contas em contrário, encontrando-se esta situação já regularizada.
- (41) A demandada, senhora Prof. Ana Caldas, como directora CNB, permitiu que fossem atribuídos e autorizou do mesmo modo a despesa de utilização de 8 telemóveis a elementos da Companhia<sup>7</sup>, por razões de serviço, desde 2002,

---

7

917262734	Atribuído a Mehmet Balkan
916892273	Atribuído a Filipa Rola. Coord.Exec.
918799366	Atribuído a Margarida Mendes, Direct. Prod
918500086	Atribuído a Cristina.Direct.Prod e imagem
917334989	Atribuído a H.Andrade, Direct. Cena
919028136	Atribuído a João Xavier
917262820	Atribuído a Adelaide M, guarda-roupa
917262862	Atribuído a João Alegria, motorista



## Tribunal de Contas

---

- (42) A partir da distribuição dos aparelhos foi CNB quem suportou as despesas com a facturação dos telemóveis: total - € 14 327,98.
- (43) A demandada não obteve autorização prévia de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento para este efeito.
- (44) CNB realizava e realiza a sua actividade regular em três espaços distintos: sede, com salas de ensaio, balneários e serviços administrativos, na R.Victor Cordon, ao Chiado; No Parque das Nações, no Teatro Luís de Camões, onde se encontra a trabalhar a equipa técnica, a equipa de costura e de guarda-roupa; em Rio de Mouro, num Armazém, onde se encontram armazenados os equipamentos técnicos, cenários e outros materiais.
- (45) À data da atribuição de todos estes telemóveis, nem o Teatro Camões, nem o Armazém se encontravam dotados de linhas telefónicas de rede fixa.
- (46) Por outro lado, os espectáculos CNB obrigam à deslocação de grande quantidade de pessoas, bens e equipamentos, enquanto o apoio de produção e a equipa administrativa permanecem em Lisboa.
- (47) A demandada, ao decidir a atribuição dos telemóveis em causa considerou imprescindível para o bom desempenho da actividade levada a cabo ou para a resolução de qualquer imprevisto que pudesse surgir, manter o contacto permanente entre as diversas actividades técnico-artísticas e técnico-administrativas.
- (48) Ainda assim, considerou também que o recurso a telefones móveis permitiria evitar maiores custos de transporte, deslocações e comunicações pelas redes fixas.
- (49) Em 02.11.15, a senhora Prof. Ana Caldas, solicitou a Sua Excelência o Senhor Secretario de Estado Adjunto do Ministro da Cultura a aprovação da proposta do senhor subdirector CNB para a atribuição de telefones móveis a certos trabalhadores e para serem repensados e reorganizados os limites máximos dos encargos correspondentes.
-



# Tribunal de Contas

---

- (50) Em 02.12.02, Sua Excelência o Secretario de Estado Adjunto do Ministro da Cultura deu Parecer favorável - *atentas as especificidades e as necessidades próprias de um organismo que tem como actividade normal a realização de espectáculos em diferentes locais do Pais e do estrangeiro*: remeteu-o à consideração de Sua Excelência o Secretario de Estado do Orçamento.
- (51) A senhora Prof. Ana Caldas ficou convencida de que a solicitação viria a obter despacho favorável: a solução preconizada respeitava, segundo entendia, a razão de ser e substância da RCM 112/02, 24.08.
- (52) Mas não lhe foi comunicada qualquer decisão, que não houve.
- (53) Em 04.06 e em 07.05, solicitou de novo a atribuição de 8 telemóveis a trabalhadores CNB, pedido que foi autorizado em 05.08.22 por sua Excelência o Secretario de Estado da Cultura

### III. Questões prévias

- (1) Não houve reclamações quanto ao julgamento da matéria de facto e a instância mantém-se válida, competente o Tribunal e legítimas as partes. Importa todavia decidir sobre a inclusão no objecto da causa do tópico da contrapartida IHT, posto que a demandada entende *ter direito, designadamente para os efeitos do disposto do artº497/2CC, de se defender das imputações que lhe foram feitas e de ver apreciada a sua culpa, em ordem a obter do Tribunal decisão liberatória*.
- (2) Vale o princípio do pedido, onde a redução desse mesmo pedido, solicitada pelo MP, foi aceite por despacho do Tribunal: em si mesmo esgotou os poderes de jurisdição aqui co-envolvidos. Muito embora não tenha sido notificada a demandada, o julgamento já não pode versar sobre a co-autoria da primeira das infracções. Aliás, a circunstância normativa de estar estabelecido um direito de *regresso* em benefício de quem satisfaça a reposição conjunta, como foi o caso, não impõe uma defesa da demandada: teria naturalmente de convocar ao contraditório, sob este *item*, quem procedeu ao pagamento voluntário. Nunca haveria, pois, base para a lide, apenas racional e útil nesta particular perspectiva. E bem vistas as coisas, não estando previsto na LPTC a *intervenção de terceiros*, que neste caso pleiteassem pelo regresso estabelecido na lei, o tema fica remetido para a competência residual dos tribunais comuns cíveis. O campo jurisdicional do



# Tribunal de Contas

---

Tribunal de Contas reduz-se assim tanto por razão de não ter sido solicitado, como, no limite, nem teria competência para ajuizar do feito.

- (3) Por conseguinte, não obstante prevenido o julgamento da matéria de facto, encaradas todas as circunstâncias iniciais do caso e no recorte útil que lhe deram ambas as partes, a solução do litígio não vai socorrer-se dos dados referentes à base do cálculo do subsídio/IHT.

## IV. Debate e argumentos judiciais

- (1) Por comodidade da reflexão acerca do melhor julgamento do caso partiremos da ideia de a demandada não estar autorizada nem à despesa em que importou o pagamento das facturas referentes à utilização dos telemóveis, nem à despesa de subsídio de jantar abonado aos bailarinos CNB.

Contrasta, desde logo, com esta posição o argumento de a demandada ter agido convencida, pelo contrário, de cumprir, em ambos os casos, um dever legal: do ponto de vista metodológico teremos de abordar a matéria sob espécie do erro, do erro de proibição. Mais precisamente, revestido na modalidade de erro sobre os pressupostos da existência de uma causa de justificação.

- (2) A maior parte das vezes existe uma plena correspondência do facto idealizado/desejado e o facto cumprido: quase sempre o demandado responde por aquilo que desejou fazer e realmente fez. No entanto, casos há, previstos na lei, pelos quais responde não obstante uma divergência entre o facto idealizado/desejado e o facto levado a cabo: são objecto de censura jurídica como se tivessem sido praticadas as infracções do projecto. Apresentam-se-nos porventura como consequência não desejada de uma mesma ou de espécie diversa. Este tipo de discordâncias entre o que é desejado e aquilo que é cumprido deve-se a um acidente ou erro no uso dos meios da execução. A divergência emerge no mecanismo da acção: quando a vontade se incorpora no acto.
- (3) Não se trata, nestes casos, por conseguinte, de um verdadeiro erro que, como tal, tem de recair no campo do juízo, no quadro clássico, do elemento psicológico do acto nocivo. Seria, aliás, mais adequado falar de inabilidade ou mesmo de imperícia, como sugeriu Carneluti (1933), se o conceito se não pudesse prestar a falta de clareza dogmática.



Em suma, não se origina numa falsa representação dessa realidade que intervém, em sentido próprio, no processo de formação da vontade de agir. O erro de representação, enquanto deformação da realidade que poderá estimular alguém a agir ou a abster-se não está aqui, neste travejamento conceitual: *o erro vício termina onde acaba a fase estática do querer.*

Posta em movimento a vontade e superado, por isso, o estágio do juízo em que o erro se insere, já podem interferir na mudança de direcção outras causas, dependentes ou não do comportamento do agente, fortuitas que sejam.

- (4) Vêm a propósito estas considerações para se situar com rigor a problemática central de uma estimativa da culpa da demandada, posto que do ponto de vista preliminar partimos da testa-de-ponte-formal de ser certa a posição do Ministério Público. E é aqui que, as distinções em torno da natureza, características e efeitos do erro de proibição têm sido das mais discutidas em direito, problemática, onde são centrais duas ideias: (i) uma tendência para existir um cada vez mais amplo reconhecimento dos efeitos do erro de proibição em benefício dos particulares, mesmo a partir de posições de princípio menos generosas; (ii) uma reivindicação cada vez mais intensa de normativismo, perante os excessos psicologistas.

A resposta mais adaptada tem sido dada por Roxin através da teoria flexível da culpabilidade.

- (5) Muito incrementado, no percurso jus cultural da relevância do erro de proibição, a partir do antigo brocado *error juris nocet*, o resultado chegou às actuais concepções quer legais, quer doutrinárias e jurisprudenciais da equiparação, por exemplo, do erro do direito extra-penal ao erro de facto.

Entretanto, desde que foi introduzido no direito positivo um standard de erro de proibição com consequências específicas, não se duvida de possuir em si mesmo um âmbito e alcance distintivo.

Embora assim, à parte não ser possível falar de uma valoração em sentido estrito em todos os casos de elementos geralmente chamados normativos, senão apenas no caso dos predicados de valor, do que verdadeiramente se trata é de identificar quais são as valorações ou, em geral, as referências normativas que devem ser agregadas ao ânimo contrário ao direito, como



## Tribunal de Contas

---

pressupostos de algo distinto da valoração que supõe em si e por si mesma o juízo de anti-juridicidade.

Decisivo não será porventura que o ânimo da demandada tenha no horizonte, ou não, valorações, nem que, como sujeito agente tenha acabado por desconhecer a ilicitude do facto. É fundamental, sim, *ter carecido dos dados necessários para orientar a conduta pelo direito*.

Em boa verdade, quem sofre um erro de proibição possui um dado relevante: conhece a realidade do seu facto (não só do ponto de vista naturalístico, mas também nos aspectos normativos) e com perfeita clareza, o que lhe permite, na mediania e do ponto de vista do direito, reconhecê-la à proibição.

Ora esses dados que devem permitir reconhecer a proibição, marca-os o legislador, a quem o tribunal (servido pelo juiz *de direito*) não pode substituir-se na redacção das normas. É bem por isso que se justifica um tratamento relativamente mais duro do erro de proibição vencível.

- (6) Retomemos: quem actua sob um erro de proibição conhece aquilo que é necessário ou imprescindível para uma correcta orientação da consciência do agente em relação ao desvalor do injusto: terá de resolver uma questão que é, afinal de contas, uma questão normativa.

Muito embora, em primeiro lugar, os dados psicológicos da realidade não podem desdenhar-se em absoluto como pressuposto dessas decisões normativas; em segundo lugar, os disponíveis dados mostram diferentes graus de possibilidade de seguimento do direito: consideração afinal de aspectos normativos e que o direito pode e deve valorar na hora de tomar a decisão (sempre normativa) de sancionar ou não, ou de fazê-lo num ou noutro grau e intensidade.

- (7) No entanto, é verdade que a existência nos tipos de proibição<sup>8</sup>, de elementos normativos, de extrema complexidade e de difícil leitura, e a existência de um direito sancionatório avulso numa sociedade cada vez mais complexa, tornam evidente que o conhecimento dos factos (incluindo as suas componentes normativas) nem sempre supõe a tomada de atenção que o direito pretende.

---

<sup>8</sup> Não se trata de um conceito estritamente penal, mas que diz respeito à generalidade do direito sancionatório ou mesmo de pré conformação da esfera pública, prosseguido o bem comum da consubstancial legalidade da acção do Estado aparelho.



Outorga relevo esta circunstância ao erro de proibição vencível (salvo em casos de cegueira jurídica ou hostilidade ao direito): uma maior generosidade parece mais de acordo com a evolução do tratamento do erro de proibição e com a realidade social e normativa contemporânea – é que pode existir, com muita probabilidade, um desconhecimento actual da proibição por parte do agente.

- (8) De qualquer modo, superada já a fase em que o conhecimento da anti-jurisprudência se equiparava ao conhecimento da proibição moral ou da lesividade social da conduta, as opiniões doutrinárias a respeito de qual deva ser o objecto do conhecimento da anti-jurisprudência movem-se em torno de dois pólos: (i) o pólo da doutrina amplamente dominante na Europa para a qual basta, no sentido de se afirmar a ausência de erro, que o sujeito conheça (sem que seja necessário um conhecimento reflexivo e expressamente actualizado) que a sua conduta está desvalorizada ou proibida pelo ordenamento jurídico, em qualquer dos seus ramos (consciência da anti-jurisprudência moral/erro de proibição geral); (ii) ou o pólo da doutrina maioritária em Portugal que propõe como objecto do conhecimento da anti-jurisprudência, a anti-jurisprudência sancionatória (decisivo seria aqui o erro de proibição sancionatória da conduta, denominado erro sobre a punibilidade, ainda que não seja acompanhado de um erro sobre a proibição geral)<sup>9</sup>.

A questão controversa tem como cenário uma certa ponderação: até onde se deve exigir ao cidadão o conhecimento das normas e um esforço para obtê-lo?

- (9) A evolução do tratamento do erro de proibição em direito desde o *error juris nocet* até à actualidade é precisamente a história do menor ou maior reconhecimento de um âmbito de liberdade e sentido que tem de menor exigência ao particular: parece lógico (dado o desenvolvimento social e normativo) amplificar essa esfera de liberdade (Por isso, não será estéril o esforço de ir mais além).

Todavia, tem razão a doutrina dominante quando sublinha que existe, pelo menos na maioria dos casos em que é conhecido o carácter proibido, ainda

---

<sup>9</sup> O argumento central que se esgrime contra esta tese (minoritária em termos europeus) reside no seguinte: quando o sujeito conhece o carácter proibido da conduta, isso mesmo é suficiente para que se motive a favor do direito, sem que seja necessário o que conheça estar a realizar um específico ilícito. Em favor da tese argumenta-se, não obstante, que só o conhecimento da proibição sancionatória supõe um completo conhecimento do sentido social negativo do facto e que, assim, se não invade excessivamente o âmbito de liberdade do cidadão, considerado o dever que tem de obter informações sobre o que lhe está ou não proibido.



## Tribunal de Contas

---

que não sancionatoriamente proibido, uma justificação bastante para considerar culpado o agente. Mais concretamente parece que não se pode dizer, nesses casos, que a sua capacidade de motivação pelas normas está excluída ou perturbada, ao menos de um modo que releve para excluir a culpabilidade, muito embora esta como conceito normativo seja susceptível de amplitude.

- (10) Por outro lado, são conhecidas as reticências que os tribunais opõem à estimativa relevante dos erros de proibição e muito mais a considerá-los invencíveis. Devem-se a um conceito de invencibilidade na coincidência com a *impossibilidade absoluta de conhecer o injusto*. A partir desta perspectiva é muito difícil evidentemente um veredicto de erro invencível, dado que o conhecimento das normas e, no limite, a possibilidade de alguém se informar contextualmente, se constituem numa saída sem erro.

No entanto, como assinala Roxin, isso mesmo supõe uma exigência excessiva para o agente: dificultaria a vida social, por não ter onde corresponder ao que a lei pretende.

A tendência deve ser, assim, para uma certa retirada de exigências (naturalmente quando haja razões materiais que a fundamentem), apreciando com maior generosidade erros de proibição (in)vincíveis, quando não derivam sem mais do conhecimento comum dos factos ou da socialização normal do sujeito.

- (11) Uma primeira via da restrição, proposta na Alemanha por Horn, seria a de exigir como primeiro requisito para que o erro seja vencível, a existência psicologicamente contrastada de pelo menos algumas dúvidas inespecíficas ou dúvidas ligeiras do sujeito sobre o carácter proibido do facto, pois só então lhe surgem verdadeiras razões ou motivos para se questionar acerca da licitude da sua conduta.

Esta posição é, por um lado, excessivamente generosa na apreciação da invencibilidade: as dúvidas não são o único dos elementos em que se pode fundamentar a capacidade de examinar uma dada situação jurídica - outros há. Por exemplo, *a actuação do agente num sector de actividade especificamente regulado*, ou a possibilidade de prejudicar terceiros.

Por outro lado, é demasiadamente restrita, pois devia considerar vencível o erro quando o sujeito já tenha tido dúvidas efectivas mas não se informou



## Tribunal de Contas

---

devidamente, muito embora se não viesse a comprovar que a circunstância de tê-lo feito não teria, porém, resolvido essas suas dúvidas e circunstância que já o havia levado, enfim, a considerar lícita a sua conduta.

Não é possível, insiste-se, ancorarmo-nos só em dados psicológicos: há que introduzir maiores considerações normativas.

- (12) As propostas neste sentido procedem de Jakobs, mas é Roxin com a sua teoria mais flexível da culpabilidade, que estabelece uma directiva muito geral a respeito da vencibilidade ou invencibilidade do erro de proibição: o erro é invencível não só quando seja invulnerável à formulação de dúvidas, senão também quando o agente tem razões sensatas suas para supor o carácter permitido do facto: *neste caso a atitude perante o direito que se manifesta no erro não precisa de sanção.*

No fim de contas, os meios para evitar os erros de proibição são a reflexão e a recolha de informação, sem que seja preciso esgotá-los para que o erro seja invencível.

A vencibilidade ou invencibilidade dependerá, no seguimento, de três requisitos:

- (a) que exista um motivo para reflectir, tanto quanto para a existência de dúvidas do agente ou, ainda que sem elas, porque este, actuando num sector submetido a uma regulamentação jurídica específica, está consciente de a conduta dele ir prejudicar terceiros ou a colectividade;
- (b) existindo motivo, todo aquele que não é versado em direito deve consultar ou assessorar-se ante pessoas ou instâncias competentes, jurisprudência uniforme ou muito maioritária ou, em ocasiões excepcionais, mediante estudo próprio;
- (c) ainda que exista motivo, mas não realizando os esforços suficientes de informação, o erro será invencível se se comprovar que, *ao agente, por ter realizado um certo estudo, lhe foi confirmada equivocadamente uma conformidade ao direito da sua conduta.*

- (13) Em conclusão, o erro sobre o que habitualmente se denomina elementos normativos só é um erro eximiente quando o sujeito se equivoca sobre a concorrência no seu facto do elemento proibição em todo o seu sentido material autêntico.



## Tribunal de Contas

---

De outro modo, estaremos perante um erro de subsunção, irrelevante em si mesmo, mas que em certas ocasiões, no entanto, pode conduzir a um erro de proibição ou, pelo menos, a um erro sobre a proibição sancionatória da conduta.

- (14) Agora, joeirada a matéria assente, não restam dúvidas de que a conduta da demandada se furta à culpabilidade por erro de proibição, na dogmática sinteticamente exposta.

*Actuou sempre convicta da legalidade das decisões que tomou sustentando-as, sempre que possível, em informações dos serviços ou em propostas e pareceres de dirigentes e técnicos.*

No referencial de um *habitus*, onde depois Ana Caldas é professora de dança e nunca teve formação na área financeira, económica, de gestão ou jurídica, que lhe permitissem, por si só, aferir da conformidade das opiniões dos serviços.

*Procedeu à atribuição do prémio de refeição extra aos bailarinos... considerando aplicável ao caso o AETNSC (1985-1992), perante lacuna regulamentar, baseada para tanto, quer num parecer do MTSS, quer em práticas anteriores idênticas.*

*Solicitou a Sua Excelência SE Adj. MC a aprovação da proposta do senhor sub-director CNB para a atribuição dos telemóveis e para serem fixados os limites máximos dos encargos correspondentes.*

*Sua Excelência, deu parecer favorável e ... ficou convencida de a solicitação vir a obter despacho favorável: a solução preconizada respeitava, segundo entendia, a razão de ser e substância de RCM 112/02, 24.01.*

Mais tarde, 2005, o pedido foi autorizado por Sua Excelência SEC

Ora, muito embora se trate de *actuação do agente no sector da actividade especificamente regulado*, ... tinha a demandada *razões sensatas suas para supor o carácter permitido do facto*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> ... foi agraciada, em 06.03.05, com a Comenda da Ordem do Infante D. Henrique e Sua Excelência o Ministro da Cultura, por carta de 06.03.08, agradeceu à demandada “todo o seu empenho, a sua total entrega e tão valioso contributo prestado á dança em Portugal, como Directora da Companhia Nacional de Bailado”.



## Tribunal de Contas

---

Ademais, não ficou provado, em redor dos dois pontos de crítica, não ter consultado ou não se ter feito assessorar ante pessoas ou instâncias competentes: *confirmou-se*, no limite, *numa equivocidade de conformidade ao direito*.

Tanto basta para que não haja necessidade de enfrentar os árduos problemas da (i)legalidade das despesas, mais próxima, no caso do dispêndio com a utilização dos telemóveis, mais duvidosa, no caso do abono do subsídio de jantar.

- (15) Com efeito, só admitindo a relevância *propter legem* de uma prática confirmativa através do despacho do membro do governo competente, (tratando-se então de normas fundamental e estrategicamente orientadoras, quanto às disposições RCM 112/2002, 24.08) é que poderíamos concluir pelo bem fundado da decisão da demandada neste campo da distribuição e custo público dos telemóveis CNB.

Mas já quanto ao subsídio, teríamos de ter em conta que são fonte do direito do trabalho os usos e costumes laborais, num ambiente legislativo em que a laboralidade crescentemente influencia o direito da função pública.

- (16) No final, ainda poderia, muito embora sobre outro ponto de vista, e independentemente do disposto no art.º 64.º/2 Lei 98/97, 26.08, problematizar-se a responsabilidade de restituição aqui em jogo num quadro de só ser tornada efectiva contra o agente do Estado acima do grau de culpa leve da demandada, na colação de uma certa compatibilidade lógica do sistema com as estruturas normativas da responsabilidade extra contratual do Estado, advindas da posterior Lei n.º 67/2007, 31.12, em vigor<sup>11</sup>.

- (17) Como vimos, porém, estes rumos da investigação acerca do melhor veredicto são dispensáveis: mesmo que, neste caso, se tenha por firme o ponto de vista do Ministério Público, a demandada agiu sob erro de proibição que exala, faz dissipar a base-comum do pedido de responsabilidade apresentado ao tribunal: terá de ser absolvida – art.º

---

<sup>11</sup> Disse a defesa nas alegações orais: ... *não se diga que não é aplicável ao caso o novo regime da responsabilidade extra-contratual do Estado e demais entidades públicas, na medida em que os factos aqui em julgamento dizem respeito ao regime da responsabilidade financeira: ...o direito é um sistema e deve ser entendido à luz de regras e princípios que são comuns às suas diferentes componentes; por isso, não é irrelevante, no presente caso, o que nos vem trazer o novo RREE.*



# Tribunal de Contas

---

17.º/1 CPenal (como um dos afloramento principais do regime da exculpação, já no campo da generalidade sancionatória).

## V. Decisão:

Visto, por conseguinte, o citado artigo da lei, todos os aspectos temáticos da causa ponderados, julga o Tribunal de Contas improcedente o pedido.

Mas, em face do relatório da Auditoria - art.º 94/3, Lei 98/97, 26.08 - que na crítica correspondente à demonstração numérica do saldo da conta não foi sequer posto em crise<sup>12</sup>, vai homologada<sup>13</sup>, esta com o correspectivo parecer desfavorável, e aquele aprovado: € 13.581,641.

Não são devidos emolumentos

Lisboa e Tribunal de Contas, 3ª sec., 2008.11.10

(a) António A.P. Santos Carvalho

---

<sup>12</sup> Vd. I (e) (i)-(v).

<sup>13</sup> Vd. Nota 1