



**SENTENÇA N.º 1/2009 - 04.Mai.2009 - 3ª S
(PN 12JRF/2006)**

DESCRITORES: Diferencial de Integração / Conselho de Administração / Hospital Militar / Hospital Civil / Director Clínico / Autorização de pagamento / Remuneração / Horas Extraordinárias / Suplemento / Acumulação de Funções / Negligência / Relevação de Responsabilidade Financeira

SUMÁRIO:

1. Os demandados, membros de um Conselho de Administração de um Hospital deliberaram por unanimidade, com o director clínico, autorizar o pagamento dos diferenciais de vencimento, horas extraordinárias e suplementares, aos prestadores de serviços, colocados em acumulação de funções.
2. Militares, passaram a ser remunerados em conformidade com o regime remuneratório especial e castrense em regime de contrato e de voluntariado, beneficiando ainda mais de uma compensação financeira excepcional.
3. Ora, perante a dificuldade de conseguir bons profissionais, em situação hospitalar crítica, como sabemos ser da experiência comum o ambiente de um Hospital de Infecto-contagiosas e dada a diminuta intensidade da culpabilidade, é suficiente isto mesmo para caracterizar uma severa justificação para ser relevada, com justiça, a reposição pedida em juízo: caberia, como é natural, aos demandados nos termos do art.º 61.º/3 e 63.º da Lei 98/97, 26.08, com as alterações da Lei 48/2006 de 29.08.

CONSELHEIRO RELATOR: António Santos Carvalho



SENTENÇA Nº 1/2009

PN 12JRF/2006
MP vs Nolasco, Lupi e Dias

I - Caso:

(1) O Digno Procurador-Geral Adjunto pediu a condenação solidária dos demandados, Senhor Prof. doutor Fernando Eduardo B. Nolasco, Presidente, mestra Senhora D. Maria João Matos L. G. Lupi, Administradora Delegada e do Senhor Dr. José Manuel Barroso Dias, Enfermeiro Director, que compunham o Conselho de Administração do hospital Curry Cabral em exercício no ano de 1999, a repor o montante de € 19 142,40, acrescido de juros moratórios legais, como co-autores de uma infracção financeira reintegratoria, por força das disposições combinadas do art 31 DL. 427/89, 07.12, Port. 239/2000, 29.04, art.14 DL. 184/90, 02.06, art. 59/2.3 e art 61 e arts.61, 63, Lei 98/97, 26.08.

(2) Em síntese aduziu que eles demandados, no colectiva, autorizaram por unanimidade, 99.04.12, com o Director Clínico de então, Senhor doutor Amândio Veiga, entretanto falecido, o pagamento dos diferenciais de vencimento, horas extraordinárias e suplementares, aos profissionais de saúde, prestadores de serviços, militares e oriundos do Hospital da Marinha, colocados em acumulação de funções naquele hospital civil, passando os militares em causa a vencer: (i) em conformidade com o regime remuneratório especialmente aplicável aos militares em regime de contrato e de voluntariado; (ii) de mais á compensação financeira dos militares em serviço normal.

(3) Defendeu a parte contrária a absolvição do pedido, por três ordens de razões alternativas: (i) legalidade da deliberação; (ii) dúvida jurídica fundada sobre o regime aplicável, que permitiu a boa fé da decisão; (iii) culpa, por tão breve, a justificar a isenção judicial.

(4) Com efeito, argumentaram: (i) *contrariamente ao que acontece noutras situações de acumulação funcional, na área da saúde...tem sido utilizada a acumulação em si mesma como titulo pelo qual alguém exerce funções noutra instituição publica e por contraposição com as situações acumulativas que se verificam nos estritos termos do regime da função publica, o qual pressupõe a constituição de uma outra situação*



Tribunal de Contas

jurídica de natureza pública¹, (ii) regime legal específico este que teve origem no Dl. 373/79, 08.09, aplicável às carreiras médicas, mas instrumento generalizado a outras carreiras e categorias de saúde; (iii) e a circunstância de terem sido calculados os vencimentos com base na carreira militar de origem, corresponde ao entendimento desta mesma pressupor, em paralelo com as carreiras de saúde civis, um determinado nível de qualificação²; (iv) nível qualitativo e profissional esse, por sua vez, correspondente á exigência das funções em concreto conferidas a cada um dos contratados em acumulação.

(5) Também: (i) de qualquer modo, ou o hospital aceitava pagar os mesmos vencimentos que os outros militares percebiam em acumulação noutras instituições hospitalares, ou deixaria de contar com a colaboração deles, (ii) mas a situação de carência de pessoal técnico, era, na ocasião, muito elevada, sendo impossível ao hospital deixar de contar com a colaboração deles, militares; (iii) e neste contexto, os demandados agiram, para além de tudo o mais, sob informação de parecer jurídico concorde, por conseguinte, sem consciência da ilicitude da deliberação que tomavam.

(6) Por fim: (i) as funções críticas, na verdade, só poderiam ser levadas a cabo por técnicos qualificados e nunca por pessoal de ingresso e sem experiência (como ocorre com os admitidos ao escalão 1 da categoria inicial), contudo, no não existia no quadro hospitalar pessoal com essas qualificações necessária, (ii) seria, pois, necessário, abonar vencimentos correspondentes a outro pessoal e se não fosse assim verificar-se-ia aqui um dispêndio inferior, perante uma prestação de maior preço, contra o princípio trabalho de mais-valia, vencimento maior; (iii) deve portanto considerar-se, nesta medida, que existiria uma enriquecimento sem causa do Estado, sem haver, por isso mesmo, lugar a responsabilidade reintegratória, como estabelece o art. 59/4, lei 98/97.

II - Matéria assente, com base nos documentos oferecidos ao debate da causa e nos depoimentos da Audiência, prestados por testemunhas com conhecimento directo das circunstâncias e dos motivos porque foi tomada a deliberação criticada:

(1) Os demandados, membros do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, deliberaram por unanimidade, 99.04.12, com o director clínico de então, Senhor doutor Amândio Veiga, entretanto falecido, autorizar como segue, o pagamento dos diferenciais de vencimento, horas extraordinárias e suplementares, aos prestadores de serviços oriundos do Hospital da Marinha, colocados em acumulação de funções naquele hospital civil.

(2) Os militares em causa passaram a ser remunerados em conformidade com o regime remuneratório especialmente aplicável aos militares em regime de contrato e de

¹ Citaram Ganhão, Antonio, Acumulação de Funções no Funcionalismo Público- Regime Jurídico Geral, *Revista do Ministério Público*, n. 67 pp.57 ss.

² Citaram em abono o anexo 1 ao Dl. 328/99, 14.08.



Tribunal de Contas

voluntariado³, beneficiando mais da compensação financeira dos militares em serviço normal.

(3) Mas as funções que desempenhavam em acumulação correspondiam às tarefas normais e idênticas às do pessoal médico, de enfermagem ou dos técnicos de meios de diagnóstico do próprio Hospital, com a mesma experiência de cada um deles, militares.

(4) Em consequência desta deliberação foram autorizados, ao longo do ano de 2000, os pagamentos de vencimentos, horas suplementares e horas extraordinárias do quadro seguinte.

Nome	Categoria	Origem	Total €
Sérgio Alexandre Plá Ogando R. Oliveira	Assistente Hospitalar	Vencimento: 207.516\$00	(€ 1.035,09)
		Total: 207.516\$00	
Carlos Manuel Vaz Folgado	Enfermeiro	Vencimento: 1.085.649\$00	(€ 6.579,71)
		Hora Supl.: 233.419\$00	
		Total: 1.319.113\$00	
Paulo Jorge Caldeira Bastos	Enfermeiro	Vencimento: 866.195\$00	(€ 7.145,38)
		Hora Supl.: 494.276\$00	
		Horas Extra: 72.050\$00	
		Total: 1.432.521\$00	
Adriano António Antão	Técnico de Análises Clínicas	Vencimento: 788.783\$00	(€ 5.407,05)
		Horas Supl.: 269.135\$00	
		Horas Extra: 26.049\$00	
		Total: 1.084.521\$00	
Nelson Duarte Lameiras	Técnico de Radiologia	Vencimento: 898.569\$00	(€ 5.417,30)
		Horas Supl.: 187.503\$00	
		Total: 1.086.072\$00	

(5) Entretanto, foram repostas as quantias percebidas pelo Senhor doutor Sérgio Alexandre P. O. R. Oliveira, no montante de € 1035,09.

(6) E pelo Senhor técnico de análises clínicas, Adriano António Antão, no montante de € 5407,05.

(7) Com data de 31.03.99, subscrita pela sub-chefe de secção de pessoal, foi emitida e transmitida aos demandados uma informação, contrária ao sistema de abonos em acumulação deliberado pelos demandados: [têm] *apenas direito a auferir a remuneração correspondente às funções para as quais fo[ram] contrata[dos] neste hospital, e que determinam o nível e categoria em que se encontra[m] posicionado[s]*⁴ sem prejuízo das regras relativas à progressão na carreira, com reflexo nos índices ou escalões remuneratórios.

³ DL. 158/92, 31.07.

⁴ Art.º 4.º, DL 437/91, 08.11.



Tribunal de Contas

(8) Contudo, o parecer de advogado, consultor externo do Conselho de Administração do Hospital, era no sentido da solução, por fim, aceite pelos demandados.

(9) O pessoal hospitalar referido em 4, estava posicionado nos seguintes lugares dos corpos e carreiras especiais de saúde:

Nome	Carreira	Categoria	Escalão
Sérgio Plá Oliveira	Médica	Assistente Graduado	1
Carlos Vaz Folgado	Enfermagem	Enfermeiro Graduado	4
Paulo Jorge Bastos	Enfermagem	Enfermeiro Graduado	4
Adriano Antão	Técnico Diagnóstico e Terapêutica	Técnico Principal	2
Mário Duarte Guimarães	Técnico Diagnóstico e Terapêutica	Técnico Principal	3

(10) O cálculo das remunerações de todos estes elementos, com base na carreira militar de origem, co-optou o montante obtido regido pelo indicador correspondente ao nível de efectivas qualificações profissionais de cada um.

(11) A situação de carência do pessoal técnico de saúde no Hospital de Curry Cabral era muito elevada.

(12) Aquele, em acumulação, ameaçava abandonar o Hospital, que não dispunha de substitutos imediatos, se não fora remunerado de acordo com os vencimentos de origem.

(13) E no quadro do Hospital não existia outro com as qualificações necessárias e idênticas.

III - Discussão e Julgamento:

(1) Por comodidade da reflexão acerca do melhor julgamento do caso partiremos da ideia de os demandados não estarem autorizados à despesa com o aumento de vencimentos do pessoal de saúde, militar, contratado em acumulação



Tribunal de Contas

Contrasta, desde logo, com esta posição o argumento de os demandados terem agido convencidos, pelo contrário, de cumprirem 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

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

(2) 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.

(3) 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.

(4) 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 pressupostos de algo distinto da valoração que supõe em si e por si mesmo o juízo de anti-juridicidade.

(5) Decisivo não será porventura que esse ânimo dos demandados tenha no horizonte, ou não, valorações, nem que, como sujeitos agentes tenham acabado por desconhecer a ilicitude do facto. É fundamental, sim, *ter carecido dos dados necessários para orientar a conduta pelo direito*.

(6) 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, reconhece-la, à proibição.

(7) 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.

(8) 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.

(9) Em primeiro lugar, muito embora os dados psicológicos da realidade não possam desdenhar-se em absoluto como pressuposto dessas decisões normativas, em segundo lugar, os dados disponíveis mostram, em segundo lugar, diferentes graus de possibilidade de seguimento do direito: resultados que emergem, afinal, da



consideração de aspectos normados e que o direito pode e deve valorar na hora de decidir (acto sempre normativo) sancionar ou não, ou de o fazer num ou noutro grau e intensidade.

(10) No entanto, é verdade que a existência nos tipos de proibição⁵, 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.

(11) Outorga relevo esta circunstância ao erro de proibição vencível (salvo em casos de cegueira jurídica ou hostilidade ao direito): uma maior generosidade parece muito 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.

(12) 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) estar a sua conduta 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 financeira da conduta: erro sobre a punibilidade, ainda que não seja acompanhado de um erro sobre a proibição geral)⁶.

(13) 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?

(14) 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 e complexidades social e normativa) amplificar essa esfera de liberdade (por isso, não será estéril o esforço de ir mais além).

(15) Embora assim, tem razão a doutrina dominante quando sublinha que existe, pelo menos na maioria dos casos em que é conhecido o carácter proibido, ainda que não sancionatoriamente proibido, uma justificação bastante para considerar culpado o

⁵ 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.

⁶ 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 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.



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.

(16) 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. Deve-se, enfim, tal estado de coisas 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 poder ter, neste domínio, correspondência adequada com o 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.

(17) 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.

(18) 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*.

Por outro lado, é demasiadamente restrita, pois devia considerar vencível o erro quando o sujeito já tenha tido dúvidas efectivas mas não se informou devidamente, muito embora se não viesse a comprovar, em todo o caso, que a circunstância de se ter informado melhor, i.é, com recurso à base disponível, não teria, porém, resolvido essas suas dúvidas: carência esta, que, afinal, já o havia levado a considerar lícita a sua conduta.

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

(19) As propostas neste sentido procedem de Jakobs, mas é Roxin com a sua teoria mais flexível da culpabilidade, que estabelece uma directiva superior 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.*

(20) 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.

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

- (i) um motivo existente 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 a colectividade;
- (ii) 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;
- (iii) 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.*

(22) 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. 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.

(23) No caso presente, contudo, não se verificam as especificações que acima foram apresentadas para a relevância do erro de proibição, acaso os argumentos do MP quanto à ilegalidade da autorização da despesa possam ser sufragadas.

(24) Ora, no fundamental, o parecer de linha que aos demandados foi apresentado no sentido contrário do que vieram a decidir está de acordo com a lei, podendo apenas discutir-se se o vencimento de cada um dos militares, abonado pela acumulação, deveria ser o das respectivas categorias hospitalares civis de ingresso ou o vencimento correspondente às categorias paralelas aquelas em que já estavam investidos no Hospital da Marinha (art.º 4.º DL 437/91, 08.11).

(25) Mas certo, certo, é que havendo paralelismo de carreira hospitalar, atentas as funções para que foram contratados, os vencimentos militares eram diferentes e mais elevados.

(26) A dúvida de gestão deveria ter sido resolvida em sentido contrário ao modelo aceite pelos defendentes, decisores públicos *num sector de actividades especificamente regulado*, mal foi identificado o motivo para reflectir, como aconteceu a partir do parecer negativo dos serviços.



Tribunal de Contas

(27) Teremos de considerar, pois, em face da matéria assente, que não levaram a cabo esforços suficientes de informação, nem demonstraram o equívoco de conformidade ao direito da solução a que chegaram por estudo próprio.

(28) Aqui chegados deve, no entanto, ser convocado para a solução do caso o art.º 64.º/2 Lei 98/97 de 26.08 que permite relevar a responsabilidade financeira em jogo: o preceito de lei citado segue a matriz normativa do art.º 494.º CC.

(29) Presidem, por conseguinte, as circunstâncias do caso que, aliás, são também avocadas ao n.º1 do dito art.º 64.º: bastam para caracterizar a diminuta intensidade da culpabilidade, conceito que coincide com o nominal *negligência* utilizado na redacção da lei morigeradora.

(30) E é claro que, perante a dificuldade de conseguir bons profissionais, em situação hospitalar crítica, como sabemos ser da experiência comum o ambiente de um Hospital de Infecto-contagiosas, é suficiente isto mesmo para caracterizar uma severa justificação para ser relevada, com justiça, a reposição pedida em juízo e que caberia, como é natural, aos demandados nos termos do art.º 61.º/3 e 63.º da Lei 98/97, 26.08, com as alterações da Lei 48/2006 de 29.08.

(31) Por conseguinte, julgado procedente o pedido, é relevada a responsabilidade financeira de reposição que caberia aos demandados.

São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, por força do n.º 3 do artº 17º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

D.n.

Lisboa Tribunal de Contas, 09.05.04

(a) Antonio Santos Carvalho