



SENTENÇA N.º 2/2009 - 06.Mai.2009 - 3ª S

(PN 3JRF/2008)

DESCRITORES: Responsabilidade Financeira Sancionatória / Deliberação
Camarária / Autarquia Local / Culpa / Abstenção / Votação /
Relevação da Responsabilidade Financeira

SUMÁRIO:

1. A responsabilidade sancionatória é individual e singular; porém, o MP, neste caso, quis responsabilizar os abstencionistas pelo cometimento dos factos proibidos, por motivo de terem viabilizado uma crítica deliberação camarária. Esta passou com as abstenções, mas também é certo que passaria, do mesmo modo, com votos contra.
2. Por outro lado, a matéria provada não deu indicação sobre as condições em que os Vereadores abstencionistas poderiam ter configurado por si e para si próprios a viabilidade da deliberação camarária se apenas se abstivessem. Por exemplo, o MP não demonstrou qual foi a ordem da votação e, por isso, não ficou provado, ter tido cada um dos Vereadores que se absteve conhecimento do sentido de um encaminhamento da votação maioritária, antes de eles próprios votarem: a deliberação em causa só pode, por conseguinte, ser-lhes imputada *ex post*.
3. Pelo exposto, os demandados não agiram com culpa, devendo, por força do art.º 61.º/5 e 64.º/1 da Lei 98/97 de 26.08, ser absolvidos.

CONSELHEIRO RELATOR: António Santos Carvalho



Não transitada em julgado

SENTENÇA Nº 2/09

PN 3JRF/2008

MP vs J. Barroso, M. Matos, A. Gonçalves

J. Rosado, N. Marques, B. Ramos

I. Caso:

- (a) O digno Procurador-Geral da República (adjunto) pede a condenação por prática de infracção financeira sancionatória, vistos os arts.º 57.º e 58.º da Lei 98/97 de 26.89, dos demandados Senhor dr. José Júlio Monteiro Barroso, Presidente da Câmara Municipal de Lagos (2007), Senhora Dr.ª D. Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos, Vice-Presidente, Senhor Vereador António Marreiros Gonçalves, Senhor Vereador José Valentim Rosado, Senhor dr. Nuno Pedro dos Santos Borges Marques, Vereador e a Senhora dr.ª D. Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos.
- (b) Alegou em síntese:
- (1) Em 04.09.03, a CML celebrou com CME – Construções e Manutenção Electromecânica, SA, o contrato de empreitada *Construção do Pavilhão e Municipais, incluindo arranjos externos*, pelo preço de € 9 320 080,00, acrescido de IVA.
- (2) Em 06.05.19, celebrou, referente à mesma empreitada, por ajuste directo com a mesma empresa, um *Contrato Adicional*, concorde o preço de € 725 729,87, acrescido de IVA.
- (3) Este foi remetido ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia, 06.05.31: foi homologado em cessão diária de visto de 23.06.pf¹.

¹ Pn 1009/06.



- (4) Em 07.03.12, celebrou, também referente á mesma empreitada, por ajuste directo, com a mesma empresa, um outro *Contrato Adicional*, concorde o preço de € 488 016,72, acrescido de IVA (segundo adicional).
- (5) Quanto a este último, em plenário da 1ª secção de tribunal de Contas, foi aprovada acção de fiscalização concomitante².
- (6) A empreitada inicial foi contratada em regime de *séries de preços* e o segundo contrato adicional representou 5,24% de custos acrescidos relativamente ao dispêndio contratado (13,03%, se considerado em conjunto com o 1º adicional) e encontrava-se totalmente concluída desde, 07.04.20, data do auto de recepção provisória.
- (7) Todos os trabalhos do 2º adicional foram autorizados através de deliberação do executivo camarário, tomada por maioria, na sessão de 07.02.21, onde compareceram todos os demandados.
- (8) 1º, 2º e 3º, votaram favoravelmente a proposta. 4º, 5º e 6º abstiveram-se.
- (9) Contudo, no decurso da execução da empreitada primieva não houve registo da ocorrência de quaisquer circunstâncias exteriores, estranhas à realização dos trabalhos que tivessem obrigado os responsáveis a procedimentos de urgência, inopinadas ou inesperadas, no percurso da conclusão da obra projectada.
- (10) E muitos dos trabalhos do 2º adicional resultaram apenas de alterações introduzidas, entretanto, por exclusiva vontade dos demandados, que as autorizaram.
- (11) Com efeito, cada um dos trabalhos a mais representou a introdução de alegadas *melhorias*, apenas porque o

² Pn 67/2007 e Rel. N.º 14/2008, DCC.



projecto as não contemplava de todo, mas sem qualquer razão ou motivo de ordem técnica concreta.

(12) Tratou-se, pois, de um projecto, aprovado pela CML, sem que tivesse sido previamente sujeito a uma cuidadosa revisão, quer ao nível das várias especialidades, quer no interior e no exterior do edifício³, onde foram introduzidas mais quantidades e novos trabalhos para além das especificações inaugurais.

(13) Deste modo, as obras do 2º adicional, infringiram o art.º 26.º do Dec-Lei 59/99, de 02.03e: ao atingirem o preço de € 298 107,57, mais do que justificariam a abertura de novo concurso, de harmonia com o disposto no art.º 48.º/2, do mesmo diploma legal.

(14) E sabiam os demandados que o procedimento adoptado neste caso infringia daquele modo a legalidade, tendo contribuído os abstencionistas para a viabilidade da tomada de decisão legal.

(c) Pediu a graduação em 20Ucs processuais [€ 1920,00] da multa para os três primeiros demandados e em 18Ucs [€ 1728,00] para os três últimos.

(d) A defesa contra-argumentou, por um lado, no sentido de os Vereadores abstencionistas não poderem ser responsabilizados pela prática de uma eventual infracção financeira que a deliberação da Câmara Municipal tivesse consubstanciado, por outro, aduzindo a legalidade do procedimento no adicional da empreitada.

II. **Saneador:** não foram alegadas nem se verificaram ou ocorreram quaisquer nulidades, nem há que enfrentar outras questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito.

³ Carpintarias, pavimentos, rodapés, serralharias, alumínios, betão de limpeza, pretensionamento das zonas de cobertura, pendentes dos tectos, perfis de fixação *viroc*, camada de forma do fundo das piscinas, vãos da fachada, tabelas de hóquei em patins, alçapões em tectos falsos, estruturas de fixação dos candeeiros eléctricos e da reprodução de som na nave, braços de chuveiros, vídeos, fechaduras e avac.



III. Matéria assente, após a Audiência:

1. Em **3 de Setembro de 2004**, a CML celebrou, com a empresa “CME – Construções e Manutenção Electromecânica, SA”, o contrato de empreitada, em regime de série de preços, para “Construção do pavilhão e Piscinas Municipais, incluindo arranjos externos”, pelo valor de € 9.320.080,00, acrescido de IVA.
2. Este contrato, precedido de “concurso público”, foi visado em sessão diária, pela 1ª Secção do Tribunal de Contas, em 23 de Novembro de 2004⁴.
3. Em **19 de Maio de 2006**, a CML celebrou, por ajuste directo, com a mesma empresa, um contrato que denominou “contrato adicional”, pelo valor de € 725.739,87, acrescido de IVA referente á mesma empreitada (**1º Adicional**).
4. Este último foi remetido, pela CML a este Tribunal, para efeitos de “fiscalização prévia”, em **31 de Maio de 2006**⁵.
5. Em **12 de Março de 2007**, a CML celebrou, por ajuste directo, com a mesma empresa, um outro contrato dito “contrato adicional”, pelo valor de € 488,016,72, acrescido de IVA, referente à mesma empreitada (**2º Adicional**).
6. A **23 de Março de 2007**, a CML remeteu, este contrato, à 1ª secção do Tribunal de Contas⁶ e de harmonia com a deliberação tomada pelo plenário⁷ foi aprovada a realização de uma “**acção de fiscalização concomitante**” que iniciou sobre este **2º adicional** da empreitada.
7. A obra encontra-se totalmente concluída desde 20 de Abril de 2007⁸.
8. Os trabalhos em causa no **2º adicional** são os seguintes:

⁴ Processo n.º 2005/04 – DECOP.

⁵ Processo n.º 1009/06

⁶ N.º 2 do art.º 47.º da Lei n.º 98/97 de 26.08, com a redacção que, entretanto, lhe havia sido introduzida pela Lei n.º 48/2006 de 29.08.

⁷ arts.º 49.º/1/a) e 77.º/2/c) da i citada Lei n.º 98/97 de 26.08.

⁸ Data a que se refere o auto de recepção provisória.



Tribunal de Contas

Descrição	TRABALHOS A MAIS	TRABALHOS A MENOS
1) Pavilhão		
- Medições Cap.2	59.544,99 €	- 5.181,90 €
- Betão Armado		
2) Pavilhão		
- Medições Cap.3	16.263,17€	- 8.507,36 €
- Avenarias		
3) Piscinas		
- Medições Cap.2	39.703,61 €	- 14.845,97 €
- Betão Armado		
4) Pavilhão		
- Medições Cap.6	592,88 €	
- Carpintarias		
5) Pavilhão		
- Medições Cap.7	2.927,43 €	
- Serralhas e Alumínios		
6) Pavilhão		
- Medições Cap.8	8.651,87 €	- 3.603,95 €
- Pavimentos e Rodapés		
7) Piscinas		
- Medições Cap.7	1.289,20 €	
- Serralhas e Alumínios		
8) Alteração da localização de parte do estaleiro	2.473,11 €	
9) Betão de limpeza	10.544,45 €	
10) Carotes	43.639,72 €	
11) Pré-tensionamento das asnas da cobertura do Pavilhão	21.570,00 €	
12) Pendentes nas coberturas	72.803,22 €	
13) Rede de Esqotos Exteriores	30.781,82 €	
14) Alteração do Perfil de Fixação do Viroc	5.200,00 €	
15) Camada de Forma do Fundo das Piscinas	20.732,57 €	
16) Vãos de Fachada Cortina	46.621,67 €	
17) Tabelas de Hóquei em Patins	48.203,94 €	
18) Alçapões em Tectos Falsos	7.994,00 €	
19) Estrutura de Fixação de Iluminação e Som na Nave do Pavilhão	35.935,00 €	
20) Alteração de Quadros Eléctricos	27.965,28 €	
21) Braços de Chuveiro	1.016,14 €	
22) Vidros e Fechaduras	10.820,50 €	
23) Fluxómetros	3.965,45 €	
24) AVAC na Arrecadação da Rampa do Pavilhão	1.735,88 €	
SUB-TOTAL	520.155,90 €	32.139,18 €
TOTAL	488.016,72 €	

9. Todos estes trabalhos foram autorizados, mediante deliberação do executivo camarário, tomada por maioria, na reunião de **21 de Fevereiro de 2007**, na qual estiveram presentes **todos os demandados**.

10. O resultado da votação foi o seguinte:

- Os demandados 1º, 2º e 3º votaram favoravelmente a proposta.
- Os demandados 4º, 5º e 6º abstiveram-se.

11. Os trabalhos descritos nos n.º 4, 6, 7, 9, 11, 12, 14 a 19, 21, 22 e 24 do quadro no valor total de **€ 289.107,58**, foram autorizados pelos demandados, segundo a referida votação deliberativa.



12. Cada um desses trabalhos apenas representou a introdução de melhorias ao projecto inicial que não as contemplava de todo.
13. Entretanto, não foi feita uma revisão dos projectos de especialidade.
14. Os demandados Júlio José Monteiro Barroso, Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos, António Marreiros Gonçalves, José Valentim Rosado, Nuno Pedro dos Santos Borges Marques e Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos, deliberaram de acordo com os pareceres e/ou informações dos técnicos dos serviços camarários (obras) e da empresa que acompanhou os trabalhos, e da Divisão Jurídica da CML.
15. Trata-se, esta empreitada, de uma obra de construção de um pavilhão e de uma piscina municipal, com exigências e especialidades múltiplas e complexas, para as quais nenhum membro da Vereação da CML, incluindo o seu Presidente, se encontra profissionalmente preparado.
16. Os demandados José Valentim Rosado, Nuno Pedro Santos Borges Marques e Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos, não eram Vereadores a tempo inteiro ou parcial: sem acesso directo aos dossiês.
17. E Nuno Marques, votou contra a aprovação da acta da reunião camarária em que foram aprovados os trabalhos a mais em causa, por a mesma não referir a sua intervenção, especificamente quando manifestou reservas sobre os montantes desses trabalhos, embora lhe tivesse sido afirmado que não atingiram o limite legal de 25%.
18. Os Vereadores que se abstiveram, não quiseram prejudicar o bom andamento dos trabalhos com maiores atrasos.
19. Júlio José Monteiro Barroso, Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos e António Marreiros Gonçalves, ao votarem a autorização, estavam convencidos de terem respeitado a lei.
20. Também, de terem defendido da melhor maneira o concreto interesse do Município e dos seus cidadãos.
21. Todos os técnicos que aconselharam a CML consideraram que não se justificava um novo concurso.
22. E, perante o pré-tensionamento e pendentas das coberturas: este erro do projecto era por si só suficiente para comprometer a execução de toda a cobertura, colocando em causa a sua estabilidade.



- 23.É esta matéria referente a especialidades, no âmbito de fornecedores e fabricantes.
 - 24.A não colocação da cobertura em tempo útil de protecção da época das chuvas, para além de arrastar todo o prazo da empreitada, comprometeria a qualidade dos trabalhos já executados.
 - 25.Perante os vãos de fachada cortina: a dimensão ou espessura dos elementos estruturais de suporte aos vidros é matéria referente a especialidades no âmbito de fornecedores e fabricantes.
 - 26.Neste capítulo, estava em causa o fecho de praticamente todo um alçado (poente), afectando a protecção e salvaguarda da qualidade da obra já executada.
 - 27.Perante os pavimentos e rodapés: um entre centenas de artigos e inúmeras referências a materiais, é motivo de esconder a referência diferente da tinta para pavimento ou para paredes, onde a troca diz respeito à de um número, apenas.
 - 28.Estava disponível no contrato um preço unitário para tarefa equivalente.
 - 29.Perante a estrutura, fixação, iluminação e som: o preço foi da ordem dos 4% do montante onde a modificação se insere no conjunto global previsível das instalações eléctricas do edifício.
 - 30.A não execução desta estrutura no contexto da obra obrigaria à supressão de todo o volume de trabalhos de electricidade, no montante de € 835.000,00.
 - 31.Todos os demandados, de formação cultural acima da média, agiram de vontade livre e esclarecida pelo entendimento da lei a que tinham por si próprios chegado em síntese das opiniões técnicas que lhes chegaram e tinham solicitado.
- IV. Justificação do Julgamento da matéria de facto: assente, pelos documentos e pelos depoimentos unânimes, de conhecimento directo das circunstâncias do debate probatório, restrito, naturalmente, no plano das externalidades intuitivas dos decisores e da interacção municipal, às duas testemunhas de defesa.



V. Argumentos e decisão final:

(1) Seguiremos a metodologia de depurar os temas principais respeitantes ao encaminhamento da melhor solução do caso: (i) revisto de início, de modo algo breve, o problema da responsabilização por infracção financeira dos membros do colectivo decisor, abstencionistas; (ii) depois, enfrentada a questão deste diferendo no campo de análise da culpabilidade, porque poderá acontecer fornecer-nos uma directiva definitiva.

(2) A responsabilidade por prática de uma infracção financeira é de pacífica doutrina uma responsabilidade sancionatória que convoca a armadura da teoria da acção ilícita penal, para bom enquadramento das soluções almejadas.

(3) Em princípio, a responsabilidade sancionatória será, portanto, individual e singular; porém, o MP, neste caso, adjudica os abstencionistas ao cometimento dos factos proibidos, *por terem viabilizado a crítica deliberação da Câmara*.

(4) Em todo caso, se é certo, aqui, que a deliberação passou com as abstenções, também é certo que passaria, do mesmo modo, com votos contra. Coloca-se, pois, um problema de adequação do contributo ao resultado, neste caso. Por outro lado, a matéria provada não nos dá indicação sobre as condições em que os Vereadores abstencionistas poderiam ter configurado por si e para si próprios a viabilidade da deliberação camarária se apenas se abstivessem. Por exemplo, não demonstrou o MP qual foi a ordem da votação e, por isso, não se sabe, isto é, não ficou provado, ter tido cada um dos Vereadores que se absteve conhecimento do sentido de um encaminhamento da votação maioritária, antes de eles próprios votarem.

(6) No limite, portanto, a deliberação em causa só pode, por conseguinte, ser-lhes imputada *ex post*, por verdadeira ficção jurídica. Ora, nas melhores regras do direito sancionatório (que nem por isso, no domínio financeiro, convoca a responsabilidade das pessoas colectivas) este tipo de ficções *divergentes* da singularidade do contributo de cada um para a



acção colectiva, não podem ser tidas em conta como estruturas de acção relevante para efeitos de poder ser aplicado um gravamede cidadanía.

(7) Por conseguinte, a responsabilidade dos três últimos demandados fica, pelas razões expostas, desde já afastada, por motivo de não terem integrado a típica acção voluntária sancionada por lei: abster-se não é querer o resultado e nem sempre será aceitar, apesar de tudo, que este ocorra: depende, no limite, da ordem da votação, acaso não seja sequer tomada por escrutínio secreto.

(8) Vejamos agora o segundo tema, partindo do postulado de não haver equívoco normativo na posição do MP.

(9) Na proposta de Hans Welzel, com a estrutura finalista do delito, sabe-se que o dolo, nas teorias da culpabilidade, foi deslocado para a conduta e separado da anti-normatividade, i.e, da consciência da ilicitude. Esta permaneceu na culpabilidade como elemento autónomo.

(10) Na ordem dogmática, logo a tese deu solução ao novo tratamento do erro de tipo e do erro de proibição, idênticos até aí, ao excluïrem sempre o dolo, seja por erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal, seja por erro sobre a real consciência da ilicitude, tida como elemento componente do dolo normativo.

(11) Agora, com o advento do *finalismo* e da *teoria normativa pura da culpabilidade*, quando o erro viesse a recair sobre a ilicitude da conduta, não excluïria o dolo, se inevitável, mas a culpabilidade, ou seria factor de diminuição sancionatória, se evitável: o dolo, ali ainda, de qualquer maneira.

(12) É, todavia, a partir do todo desta posição, que acabaram por surgir divergências: levaram, mais além, às *teorias estrita e limitada da culpabilidade*.

(13) Na *teoria estrita da culpabilidade*, todo e qualquer erro inevitável sobre a ilicitude conduz à exclusão da culpabilidade; porém, no caso de o erro ser evitável, leva a uma atenuação, aplicada naturalmente ainda a título de dolo.

(14) A consequência é a mesma para toda e qualquer situação de erro sobre a ilicitude, quer directo, quer indirecto, por exemplo, quando recaia sobre uma causa que, a existir, tornaria lícita a conduta.

(15) Surgiu, no entanto, uma crítica no que diz respeito ao erro de proibição indirecto: se o erro recair sobre situações de



facto integrantes das causas de justificação não poderá ter o mesmo tratamento que o erro sobre os limites ou as permissões dessa mesmas causas de justificação. Nesses casos, equiparar-se-á nos efeitos ao erro de tipo, pese embora não se estar perante um erro de tipo. Esta é a tese nova da *teoria limitada da culpabilidade*.

(16) Nos casos de erro de proibição directo, a *teoria estrita* convence e, do mesmo modo, no caso de o erro recair sobre os limites permissivos (juridicidade do facto) de uma causa de justificação. Quando o erro recair, porém, sobre os *pressupostos de facto* de uma causa de justificação, o efeito já não pode ser a exclusão da culpabilidade, mas sim do dolo.

(17) Temos, então:

(i) *erro de proibição directo*: tem por objecto a norma considerada do ponto de vista da existência, validade e eficácia, e exclui a reprovação de culpabilidade;

(ii) *erro de permissão ou erro de proibição indirecto*: recai sobre uma causa de justificação, tendo por objecto os *limites jurídicos* dessa causa, ou a *existência de uma causa de justificação não prevista em lei*, e exclui a reprovação de culpabilidade, nos mesmos moldes do erro de proibição directo;

(iii) *erro de tipo permissivo*: tem por objecto os pressupostos objectivos de justificação legal, existe como errónea representação da situação justificante, incidindo sobre a verdade do *facto*, e exclui o dolo (por ser igual a um erro de tipo).

(18) Na *teoria estrita* não existe a variante do erro de tipo permissivo, que é tratado, como vimos acima, por erro de proibição indirecta, com a consequência clássica de excluir a culpabilidade, se inevitável, e não o dolo. Na prática, a diferença manifesta-se só quanto ao erro vencível, que será punido por culpa, ou dolo com reduzida sanção, dependendo da teoria adoptada, porque o erro invencível, por ausência de dolo e culpa, ou por ausência de culpabilidade, dá sempre lugar à absolvição.

(19) Bem vistas as coisas, nos casos em que o erro recai sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação (erro de tipo permissivo), os efeitos devem ser equiparados ao erro de tipo porque *o agente desejava agir de acordo com o ordenamento jurídico*.



(20) Iescheck dá a razão do privilégio que tudo isto supõe para o erro de tipo permissivo em comparação com os casos de erro de proibição indirecto: por um lado, está na *diminuição do desvalor da acção*, porque o autor acredita actuar justificadamente, crença que neste caso se acha referida a uma causa de justificação admitida (o autor acredita actuar juridicamente no sentido do direito vigente); por outro lado, também o conteúdo da culpabilidade própria do facto se reduz, pois a motivação que conduziu à formação do dolo não se baseia numa falta de atitude interna favorável ao direito, mas simplesmente num exame descuidado da situação.

(21) Em suma, o privilégio do tratamento do erro de tipo permissivo funda-se na circunstância de o erro recair sobre *situações de facto* e não *situações de direito*. E o real fundamento tem-no na íntima relação com a antiga dicotomia *erro de facto/erro de direito*, ligada ao conceito doutrinal e do ordenamento desfavorável à aceitação da relevância dos erros de direito: *ignorantia legis neminem excusat*.

(22) Mas certo certo é que a *teoria limitada* trouxe uma nova espécie de erro para a dogmática jurídico-sancionatória, o erro de tipo permissivo: *erro sui generis*, pois não pode ser classificado como erro de tipo, por não recair sobre os elementos do tipo, nem pode ser classificado como erro de proibição, pois se o fosse deveriam os seus efeitos ser os mesmos dos outros erros de proibição. Espécie intermediária: erro de proibição, por recair sobre a antijuridicidade, mas com efeitos de um erro de tipo, por excluir o dolo

(23) Ora, a exclusão do dolo é justamente onde reside o cerne de toda a crítica que tem sido feita à *teoria limitada*, pois não é concebível que se admita essa exclusão quando, em boa verdade, continuam presentes os elementos que o constituem: a representação ou conhecimento dos elementos do tipo sancionatório e a vontade do resultado sancionável.

(24) Com efeito, se o erro recai sobre uma causa que a existir tornaria a acção legítima, independentemente de ser um pressuposto fáctico ou normativo, o dolo permanece, porque o erro não recaiu sobre nenhum elemento da representação intelectual da conduta típica, mas sobre um ou vários elementos de uma causa de justificação.

(25) Entretanto, a inexistência de um elemento do tipo torna a conduta atípica: um erro invencível sobre a existência desse



elemento do tipo (erro de tipo) exclui o dolo, ao mesmo tempo que também torna a acção atípica.

(26) E nos casos do erro de tipo permissivo, pode ser, do mesmo modo, se o erro for invencível, porque, excluindo o dolo e a culpa (que são elementos do próprio tipo), chegaremos à conclusão incontornável de uma atipicidade da conduta.

(27) É, contudo, lógico que o dolo não fica, desde logo, excluído com a presença de um erro sobre uma situação de facto de uma causa de justificação.

(28) Claus Roxin insiste, todavia, tratar-se aqui de conduta não dolosa: dolo significa querer a realização de uma conduta que está proibida pelo ordenamento jurídico e o agente não quer realizar nada de ilícito, acredita pelo contrário, que se trata de conduta juridicamente permitida – não actua com dolo.

(29) É certo, porém, que não merece acatamento este modelo argumentativo, pois o autor parece confundir tipo e anti-juridicidade: a consciência de a conduta estar proibida pelo ordenamento significa consciência da ilicitude e não do tipo.

(30) Uma boa solução para a *teoria limitada* explicar, por fim, a exclusão do dolo, reside num dolo que viria a ficar excluído com base na *finalidade* de não cometer o crime, circunstância paralela à exclusão da ilicitude, onde não ficando excluída a tipicidade, opera justamente pelo mecanismo de uma diversão de finalidade.

(31) Anotemos que a *teoria limitada* chega ao mesmo resultado da *teoria dos elementos negativos do tipo*, segundo a qual o tipo seria constituído não só pelos elementos objectivos do tipo sancionatório propriamente dito, mas compreende também as *ausências de causa de justificação*: *tipo total de injusto* – a *ausência de uma causa de justificação passa a ser mais um elemento do tipo sancionatório*.

(32) Então, o autor que age com erro sobre uma causa de justificação (fáctica ou jurídica), erra sobre um elemento do tipo; donde, poder admitir-se que o dolo, segundo esta perspectiva, deva ser excluído por motivo de a representação de um dos elementos do tipo - ausência da justificação - estar viciada: o mesmo resultado só que por fundamentos distintos.



(33) Entretanto, para superar estas dúvidas pode fazer-se apelo à *teoria complexa da culpabilidade*, sustentada principalmente por Wessels, Iescheck e Maurach, segundo a qual, o dolo e a culpa teriam vertentes tanto na conduta como na culpabilidade.

Quanto à questão do erro, argumentam os autores: a *teoria limitada* refere-se à exclusão do dolo da culpabilidade e não ao dolo da conduta – a conduta continuaria dolosa.

(34) Esta teoria retorna, todavia, à antiga e já superada *teoria psicológico-normativa da culpabilidade*. Ensina Muñoz Conde (Gomes: 2001)⁹: *a teoria final da acção parece haver demonstrado que o tipo pode compreender sem violência essa característica subjectiva que se chama dolo natural, além de outras características subjectivas os chamados elementos subjectivos do injusto – que a doutrina tradicional incluía também nele. Voltar a incluir estes elementos na culpabilidade parece uma complicação desnecessária e uma falta anti-sistemática [...]. O que não se pode fazer é querer incluir um mesmo facto em duas categorias sistemáticas distintas, pois então, para que servem as classificações e disposições sistemáticas?*

(35) Eia, pois: o estudo da culpabilidade encontra-se em constante evolução, sendo influenciado por novas construções doutrinárias com base firme em critérios de política criminal que trazem para o estudo do direito sancionatório soluções práticas para casos em que, se não se levar em conta uma flexibilidade dogmática, viriam a resultar em graves injustiças e contrariedades do senso comum social.

(36) No que respeita em particular às *teorias estrita e limitada*, verifica-se esta influência no importante argumento utilizado pelos defensores da última destas no sentido de o erro vencível sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação só merecer sanção a título de culpa, porque o agente *quis agir em conformidade ao direito*: não seria justo, ou razoável puni-lo por dolo, tal como acontece com aquele que errou sobre a juridicidade do facto. Pontos de vista que se valem de critérios de justiça ou de política criminal, e não de uma construção teórica ou dogmática. São necessários, de

⁹ GOMES, Luís Flávio, 2001, Erro do Tipo e Erro de Proibição, *Revista dos Tribunais*, série: As Ciências Criminais no Século XXI, v.3.5, São Paulo.



certa forma, para que o direito sancionatório não se distancie do homem como centro e como fim do direito.

(37) Este percurso revisitador serve para recentrar a problemática estudada de fito na decisão e no âmbito e alcance do corte metodológico inaugural: as considerações de política criminal que subjazem ao esforço teórico descrito têm aqui um campo de aplicação pertinente e foi por e para isso mesmo a demora nestes tópicos fluentes.

(38) Ora bem:

Os demandados Júlio José Monteiro Barroso, Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos, António Marreiros Gonçalves, deliberaram de acordo com os pareceres e/ou informações dos técnicos dos serviços camarários (obras) e da empresa que acompanhou os trabalhos, e da Divisão Jurídica da CML.

Todos estes demandados, de formação cultural acima da média, agiram de vontade livre e esclarecida, sim, mas orientados pelo entendimento da lei a que tinham por si próprios chegado em síntese das opiniões técnicas que lhes chegaram e tinham solicitado.

(39) A comprovada compatibilidade das *melhorias* do projecto da obra com necessidades funcionais de imediata sensatez, respeitantes a uma infra-estrutura desportiva apetecível e aguardada, como é natural, pelos munícipes, no enquadramento dos dados que acima acabam de ficar anotados, preenchem ponto por ponto o programa de ensino de Jescheck: erro de tipo permissivo, com diminuição do desvalor da acção, porque os autores acreditaram actuar justificadamente, decididos sem qualquer falha de atitude interna favorável ao direito, mas simplesmente baseados num exame nem sequer em boa verdade descuidado da situação, mas, de algum modo, sem extremo rigor.

(40) Agora, nesta constelação de julgamento, teríamos também de ter em conta o reflexo do Visto concedido ao 1º adicional e a circunstância de uma tantas despesas do 2º adicional não terem sido criticadas na Auditoria.

(41) Nesta senda de dúvida, impõe-se a conclusão *em benefício dos demandados*, de não terem agido com culpa, e de deverem, por força do art.º 61.º/5 e 64.º/1 da Lei 98/97 de 26.08, ser absolvidos: tanto se decide assim, sem necessidade, naturalmente, de maior indagação.



Tribunal de Contas

Não são devidos emolumentos, nos termos da lei.

Lisboa e Tribunal de Contas, 2009.05.06.

(a) António Santos Carvalho.