



Acórdão n.º 36/2020 – 3.ª Secção

Recurso n.º 7/2020-JRF-3.ª Secção

Sumário

1. Cabendo aos demandados a prova dos factos impeditivos da alegada culpa, era seu o ónus de fazer prova de que as suas condutas se deveram ao alegado lapso, o que não lograram.
2. Era ónus dos recorrentes especificar, nas alegações de recurso, qual a prova pessoal, ou de outra natureza, que impunha decisão diversa sobre o concreto ponto da matéria de facto impugnada, não tendo dado cumprimento a esse ónus.
3. O não cumprimento do dever previsto no artigo 127.º do CCP, de publicitação no portal da internet dedicado aos contratos públicos, da celebração de quaisquer contratos, na sequência de ajuste direto, no prazo de 10 dias previsto na Portaria n.º 701-E/2008 de 29.07, por si só, ou seja, sem mais, não integra a previsão objetiva da infração financeira sancionatória prevista na primeira parte da alínea l), do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC.
4. A autorização ou ordem de pagamentos e a realização ou efetivação destes, em execução de contratos celebrados por ajuste direto e não publicitados no portal dos contratos públicos, são suscetíveis de integrar a previsão objetiva da infração financeira sancionatória tipificada na al. b) do n.º 1 do art.º 65.º, por violação de normas sobre o pagamento de despesas publicas.
5. Não é de qualificar como “culpa diminuta”, para efeitos de dispensa de aplicação de multa, ao abrigo do n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, uma simples e comum negligência.



6. A dispensa de aplicação de multa não é de operar automaticamente, devendo antes considerar-se um poder/dever do Tribunal, a operar em função de todas as circunstâncias do caso concreto.

ÓNUS DE PROVA – ÓNUS DAS ALEGAÇÕES - INFRAÇÃO
FINANCEIRA SANCIONATÓRIA – DISPENSA DE MULTA

Juiz Conselheiro: António Francisco Martins

Recurso n.º 7/2020-RO-3.ª S
Processo n.º 32/2019-JRF
Recorrentes: *Recorrente 1*
Recorrente 2

TRANSITADO EM JULGADO

*

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

I – Relatório

1. No processo n.º 32/2019-JRF, apenso a estes autos, foi proferida a sentença n.º 14/2020, em 17.06.2020, condenando os demandados:

“a) o primeiro, pela prática de uma infração sancionatória, sob a forma negligente, punível artigo 65.º n.º 1 alínea b), n.º 2 e 5 da LOPTC, em concurso aparente com uma infração sancionatória prevista e punível pelo artigo 65.º n.º 1 alínea l), n.º 2 e 5 da LOPTC na multa de 15 UC;

b) a segunda, pela prática de uma infração sancionatória prevista e punível pelo artigo 65.º n.º 1 alínea l), n.º 2 e 5 da LOPTC, ambas por violação do artigo 127.º n.º 1 do CCP multa de 12 UC”.

*

2. É desta sentença, que os demandados, ora recorrentes, interpuseram recursos, pedindo a procedência dos mesmos, com todas as consequências legais.

Os recorrentes terminam as alegações, individualmente apresentadas, com as mesmas conclusões, que se transcrevem:

A. O presente recurso visa a reapreciação da matéria de facto e, desta retirando as devidas consequências em matéria de direito, a reapreciação do enquadramento legal e subsunção dos factos em apreço, para efeitos do disposto no artigo 65.º, n.º 8, da LOPTC.

B. A sentença padece de vários vícios decisórios tanto em matéria de facto como de direito, não tendo o Tribunal ponderado e valorado devidamente os factos que deveriam ter influído na decisão a tomar e, pelo menos, na graduação da multa a aplicar e equivocadamente ter dado por não verificados os pressupostos de dispensa de multa, na parte relativa à apreciação da culpa diminuta do Recorrente.

C. O Tribunal considerou não ter sido pelo Recorrente provado que a conduta subjacente à infração se terá devido a um mero lapso, quando, pelo contrário, caberia ao Ministério Público a prova da verificação dos pressupostos de responsabilidade financeira sancionatória que imputa aos

agentes, onde se inclui o elemento subjetivo culpa, e a prova dos factos que lhe permitem sustentar essa imputação.

D. Os factos alegados pelo Recorrente e os elementos que instruem estes autos permitiram que o Tribunal percecionasse os contornos do caso e atestasse que a infração em causa apenas poderia ser imputada ao Recorrente a título de culpa negligente, a qual se deverá reconduzir ir à forma mais leve de culpa - a culpa diminuta.

E. O atraso na publicitação do contrato tratou-se de um caso pontual e excecional, assim como a autorização para a realização de pagamentos sem a observância desse requisito prévio, sem que outra infração deste tipo tenha sido detetada nos tantos outros procedimentos de ajuste direto realizados.

F. O lapso que resultou no atraso da publicitação do contrato em nada contendeu com a sua validade nem afetou a regularidade do procedimento que precedeu a sua celebração ou execução nos termos contratualizados, na medida em que se mantinham as necessidades que levaram à contratação dos serviços objeto do contrato, os fundamentos que levaram à configuração do procedimento naqueles termos, à adjudicação daquela proposta e à autorização da realização da despesa associada.

G. É factual e logicamente incompreensível, e incorreta, a conclusão a que o Tribunal chegou no sentido da inexistência de uma situação de culpa diminuta depois de ter reconhecido como provado que o contrato foi efetivamente publicitado, que nenhum dos demandados, até este momento, tinha sido visado no âmbito do apuramento de eventuais responsabilidades financeiras e que nenhum prejuízo foi causado ou derivou daquela infração.

H. A sentença perfilha uma leitura e interpretação equívocas do conceito de culpa diminuta, a que se refere o artigo 65.º, n.º 8, da LOPTC.

I. O regime aplicável à responsabilidade financeira sancionatória é aquele que se encontra previsto no artigo 67.º, n.º 2, da LOPTC, para efeitos de graduação da multa, e que inclui, no essencial, a ponderação das circunstâncias do caso, do montante dos valores públicos envolvidos, do enquadramento funcional dos agentes, da sua situação económica e da eventual história de antecedentes neste domínio.

J. Não obstante o elemento subjetivo do tipo - culpa - não se confundir com o elemento objetivo - infração -, não pode nem deve dissociar-se a apreciação da culpa das circunstâncias objetivas em que a infração terá ocorrido, como resulta dos elementos ou fatores a ponderar na graduação da multa e avaliação da culpa, de acordo com o disposto no artigo 67.º, n.º 2, da LOPTC e em linha com a disciplina inserta no artigo 64.º, quanto à responsabilidade financeira reintegratória.

K. Perante o caso e a situação do Recorrente, o Tribunal não poderia ter deixado de considerar, em especial, (i) o tipo e gravidade da infração imputada, (ii) o valor do contrato e eventual contingência associada, (iii) a inexistência de prejuízo para o interesse público financeiro, (iv) a ausência de qualquer imputação anterior de responsabilidade financeira, a inexistência de outras irregularidades ou infrações graves e o padrão de rigor e competência do Recorrente, (v) as funções e cargo desempenhado pelo Recorrente e (vi) a proporcionalidade da aplicação de uma multa como a fixada, tendo em conta o valor do contrato, a inexistência de prejuízo para o interesse público financeiro e a situação económica do Recorrente.

L. O conceito de culpa diminuta surge na jurisprudência do Tribunal de Contas como um conceito de cariz geral, aplicável de forma transversal em matéria de apuramento de culpa em sede de responsabilidade financeira, com vista à aplicação de soluções mais favoráveis aos demandados.

M. O conceito legal de culpa diminuta não corresponde ao conceito inovatório introduzido na sentença recorrida, de “quase ausência de culpa”, que, no limite, implicaria o afastamento de qualquer responsabilidade financeira já que não se teria por verificado o pressuposto da conduta culposa do agente para que se pudesse imputar essa responsabilidade.

N. Neste caso, está-se perante uma situação de culpa diminuta, em que as exigências de prevenção, gerais e especiais, são manifestamente baixas considerando o facto de a infração se tratar de um caso único e isolado, de uma infração leve, suprida, e de nenhuma outra infração financeira se conhecer ao Recorrente.

O. A dispensa de multa como sanção de substituição, implicando a declaração de culpa sem a consequente imputação de uma sanção, deverá ser considerada solução bastante e a adequada para o caso, atendendo ao circunstancialismo específico do mesmo e às finalidades e termos da consagração do instituto da dispensa de multa no n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, em conformidade com o entendimento sufragado anteriormente por este Tribunal perante idêntica infração Sentença n.º 17/2015 3.ª Secção-PL (Proc. 13JFR/2014), proferida a 25 de setembro de 2015.

P. O caso dos presentes autos configura uma situação de diminuição acentuada da ilicitude e de culpa diminuta do agente que deverá ser subsumida na hipótese ou previsão do artigo 65.º, n.º 8, da LOPTC, decidindo-se pela dispensa de multa.

*

3. O Ministério Público emitiu parecer no sentido de que a sentença recorrida não padece de qualquer vício, devendo a mesma ser mantida.

4. Corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

*

II – Fundamentação fáctica

Na sentença recorrida consideraram-se como:

A- Factos provados:

1. A Inspeção-Geral do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social realizou uma auditoria ao “Sistema e aos Procedimentos de Controlo Interno das Operações de Execução do Orçamento do Centro de Formação Profissional para a Indústria do Calçado”, com início a 31.01.2017, cujo âmbito foi circunscrito ao período de 2014 a 2016.

2. No termo dessa auditoria foi elaborado o Relatório nº 16/2017, o qual foi homologado por despacho de 08.03.2018 do Ministro do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social e, subseqüentemente, remetido ao Tribunal de Contas (com anexos).

3. O Centro de Formação Profissional para a Indústria do Calçado (doravante, CFPIC/Centro) é um centro protocolar de formação profissional, com sede em São João da Madeira, criado por Protocolo outorgado entre o Instituto do Emprego e Formação Profissional, a Associação Portuguesa das Indústrias do Calçado, Componentes de Artigos de Pele e Seus Sucedâneos (APICCAPS) e o Sindicato dos Operários da Indústria do Calçado, Malas e Afins (distritos de Aveiro e Coimbra).

4. Através da Portaria nº 488/87, de 8 de Junho, foi homologado o Protocolo de criação do CFPIC publicado em anexo à mesma (doravante, Protocolo) com o texto adaptado ao regime do Decreto-Lei nº 165/85, de 16 de Maio, sendo primeiro outorgante o Instituto do Emprego e Formação Profissional e, restantes, a associação e o sindicato acima referidos.

5. O CFPIC é um organismo dotado de personalidade jurídica de direito público, sem fins lucrativos, com autonomia administrativa e financeira e património próprio, cujas atribuições são promover actividades de formação profissional para valorização dos recursos humanos no sector da indústria do calçado.

6. O CFPIC foi integrado no sector público administrativo, concretamente, no sector institucional das “Administrações Públicas”, e no subsector “Instituições sem fim lucrativo da Administração Central” – cf. Doc. 1 da Certidão do Processo MP/RF/OCI nº 5/2018.

7. O CFPIC é financiado, essencialmente, por dinheiros públicos através do Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. (doravante, IEFP), nos termos constantes da Cláusula XXIII do Protocolo.

8. Nos anos de 2014 e 2015 a comparticipação do IEFP nas despesas de funcionamento do Centro foi de 96,03% e 96,20%, respetivamente (Cfr. Quadro nº 10 do Relatório de Auditoria)

9. O peso das participações do IEFP na execução anual da receita do Centro, correspondeu, no ano de 2014, a 96%, e no ano de 2015, a 90,20% (cfr. Quadro nº 4 do Relatório de Auditoria).

10. Nos anos de 2014 e 2015 o demandado *Recorrente 1* era o Director do CFPIC.

11. O Director é um dos órgãos do CFPIC, nomeado e exonerado por despacho do “Ministro Trabalho e Segurança Social” ou de quem tiver competência por ele delegada, sob proposta conjunta dos outorgantes do Protocolo e ouvido o Conselho de Administração do Centro (cf. Cláusulas VI, alínea b) e X do Protocolo).

12. A demandada *Recorrente 2* era, então, Chefe da Divisão Administrativa do Centro, à qual estava atribuída, entre o mais, a realização de processos de aquisição e o registo e tratamento de todos os documentos respeitantes a esta área.

13. Os demandados atuaram, conforme abaixo descrito, no exercício dessas funções e nessas qualidades.

14. Em Janeiro do corrente ano de 2019 o demandado *Recorrente 1* auferiu o vencimento líquido de € 2.966,72 e a demandada *Recorrente 2* o de € 1.937,33 (cf. Documentos 2 e 3 da Certidão do Processo MP/RF/OCI nº 5/2018).

15. No âmbito do Processo nº 3/2014, relativo a procedimento de aquisição de serviços (“Elaboração do projeto de reabilitação do Centro Formação A de S. João da Madeira”) por ajuste direto, o CFPIC celebrou contrato com a *sociedade A* na data de 27.05.2014.

16. Porém, só em 03.08.2015 foi publicada a celebração do contrato no portal da internet dos contratos públicos (Portal BASE).

17. Competia à demandada *Recorrente 2* na qualidade de Chefe da Divisão Administrativa, diligenciar no sentido da oportuna e atempada publicação do contrato.

18. No período compreendido entre a celebração do contrato e 24.02.2015 o demandado *Recorrente 1* autorizou a realização de pagamentos à referida sociedade, decorrentes daquele contrato, no montante global de € 14.800,00.

19. A demandada *Recorrente 2* não cuidou de diligenciar no sentido da oportuna publicitação do contrato, como lhe competia.

20. O demandado *Recorrente 1* não cuidou de se assegurar da publicitação do contrato antes de autorizar os referidos pagamentos, descurando a respectiva conformação legal.

21. Os demandados atuaram livre e conscientemente, não observando, como podiam e deviam, as disposições legais acima indicadas, que conheciam.

22. Agiram sem os cuidados e a atenção que os cargos que exerciam demandavam, concretamente, no que concerne à exigência do cumprimento das normas relativas à contratação pública, e o demandado *Recorrente 1*, ainda, no que respeita ao cumprimento das normas legais sobre autorização e pagamento de despesas públicas.

*

B- Factos não provados:

Não foram provados os factos alegados nas contestações, nomeadamente os factos alegados quanto à atuação dos demandados por “mero lapso”.

*

III – Fundamentação de direito

1. As questões decidendas

Considerando as conclusões das alegações, que delimitam o objeto do recurso, sem prejuízo do conhecimento de questões de conhecimento oficioso, nos termos do estatuído nos artigos 635º, nº 4, 639º, nº 1 e 608º, nº 2, todos do Código de Processo Civil (doravante CPC), estes, como os demais preceitos deste diploma legal adiante citados, aplicáveis *ex vi* art.º 80º da Lei nº 98/97 de 26.08, na redação em vigor à data dos factos (Lei de Organização e Processo dos Tribunal de Contas, doravante LOPTC e diploma legal a que pertencerão os preceitos adiante citados sem qualquer outra indicação), as questões a decidir nestes autos, a analisar pela ordem da sua precedência lógica, são três e podem enunciar-se nos seguintes termos:

1ª) *A sentença recorrida padece de vícios decisórios em matéria de facto?*

2ª) *As condutas dos demandados preenchem a previsão da infração financeira prevista na alínea l), do n.º 1, do artigo 65º da LOPTC, pela qual a 2.ª demandada vem condenada e o 1.º demandado vem condenado, em concurso aparente, com a infração prevista na alínea b) do mesmo preceito?*

3ª) *O caso em análise configura uma situação de diminuição acentuada da ilicitude e de culpa diminuta, em que a dispensa de multa, ao abrigo do n.º 8 do artigo 65º da LOPTC deverá ser considerada solução bastante e adequada?*

Vejamos.

*

2. Fixação da matéria de facto

Os recorrentes argumentam que a decisão recorrida “padece de vários vícios decisórios tanto em matéria de facto...” (conclusão B) das alegações).

Percorridas as alegações constata-se, porém, que os recorrentes não especificam os “concretos pontos de facto que consideram(m) incorretamente julgados”, como deveriam ter feito, em cumprimento do estatuído no artigo 640º, nº 1, al. a), do CPC.

Suprindo essa insuficiência de alegação percebe-se, da globalidade das alegações, que a dissonância dos recorrentes se prende com a circunstância de o Tribunal “afirmar não ter sido provado que a conduta em questão se terá devido a um mero lapso” (cf. n.º 9 das alegações), isto é, com os factos dados como não provados.

Deveriam, então, os recorrentes ter dado cumprimento ao ónus previsto na alínea b) do n.º 1 do citado artigo 640º do CPC, ou seja, especificar “os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida”.

Ora, nas alegações, os recorrentes não dão cumprimento a este ónus pois limitam-se a considerações vagas e genéricas (cf. n.º 10 e segs das alegações) sobre a forma como se poderá provar um lapso, além de considerações incorretas, como a seguir se demonstrará.

Incorretas, desde logo, quando referem não compreender que “na sentença recorrida apenas se dê ênfase à prova que teria sido produzida pelo Ministério Público, sem que expressamente se fizesse menção ou reconhecesse a prova apresentada pelos demandados” (cf. n.º 16 das alegações):

Assim não é porquanto, na sentença recorrida, fez-se valoração da prova apresentada pelos demandados. Aí se refere, na parte final da motivação de facto, que “os demandados não apresentaram prova pessoal ou qualquer outra que fundasse as suas alegações nas contestações nomeadamente que tivesse ocorrido um lapso”.

Ora, esta motivação da decisão recorrida não é colocada em causa pelos recorrentes pois não especificam, nas alegações de recurso, qual a prova pessoal, ou de outra natureza, que impunha decisão diversa sobre aquele ponto concreto da matéria de facto.

Acresce, quanto às considerações vagas e genéricas dos recorrentes, que não existindo uma forma tabelar de “provar um lapso”, estando assim esse eventual facto sujeito à livre apreciação da prova, não menos verdade é que, cabendo ao demandante, o Ministério Público, o ónus da prova da culpa – ainda que na modalidade de negligência – foi feita prova de factos, eventualmente suscetíveis de configurar a culpa dos demandados, conforme factos provados sob os n.ºs 19 a 22 da decisão recorrida. Os quais não foram impugnados pelos recorrentes, saliente-se.

Por outro lado, cabendo aos demandados a prova dos factos impeditivos da alegada culpa, era seu o ónus de fazer prova de que as suas condutas se deveram a lapso (e já agora que tipo de lapso: erro, engano, esquecimento, etc.), o que não lograram, sendo certo que não especificaram, como acima se

deixou notado, os concretos meios probatórios que imporiam decisão diversa da perfilhada pelo tribunal recorrido.

Nesta medida, é de concluir que não se vislumbram fundamentos, nomeadamente à luz do estatuído no artigo 640º do CPC, para alterar a decisão relativa à matéria de facto, a qual não padece dos alegados vícios decisórios em matéria de facto.

Em resumo, é negativa a resposta à 1ª questão atrás equacionada e, nessa medida, conclui-se que deve considerar-se como fixada a matéria de facto, tal como consta da decisão recorrida, sendo à luz dessa factualidade que irão analisar-se as demais questões, respeitantes à aplicação do direito.

*

3. As condutas dos demandados, à luz da infração financeira prevista na alínea l), do n.º 1, do artigo 65º da LOPTC

Pese embora não tenha sido suscitada nas conclusões das alegações a questão de saber se as condutas dos demandados preenchem a previsão típica da infração financeira prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC, entende-se que a mesma deve ser do conhecimento oficioso do Tribunal.

Na verdade, vindo suscitado e peticionado pelos recorrentes a dispensa de multa, isso implica que o Tribunal conclua, previamente, que estamos perante uma infração financeira, sancionável com multa, mas em que, usando da faculdade prevista no n.º 8 do artigo 65º citado e verificados os pressupostos aí exigidos, o Tribunal possa dispensar a aplicação da multa prevista para essa infração financeira.

Ou seja, antecedente à equação de saber se é de dispensar a aplicação de multa, é pressuposto que se conclua que a conduta em causa configura uma infração financeira.

Na decisão recorrida conclui-se que a conduta dos demandados, por violar os normativos do artigo 127º do Código dos Contratos Públicos (aprovado pelo DL 18/2008 de 29.01, na redação então em vigor, doravante CCP) e artigos 2.º, n.º 1 e 3.º, alínea i) da Portaria n.º 701-E/2008 de 29.07 (então vigente), consubstanciava a infração prevista na alínea l) do n.º 1 do citado artigo 65.º (cf. § 12, 15 e 20 da sentença recorrida). E, quanto ao 1.º demandado, considerou-se que essa infração se encontrava em relação de concurso aparente com a infração prevista na alínea b), do n.º 1, do mesmo artigo 65º, por violação de normas sobre a autorização de pagamento de despesas públicas, concretamente o artigo 42º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental (cf. §§ 26 e 27 da sentença recorrida).

Ora, se esta asserção quanto ao 1.º demandado, ou seja, a sua conduta configurar a previsão objetiva – e subjetiva também - da infração financeira prevista na alínea b) do n.º 1 do citado art.º 65º, por violação de normas sobre

a autorização de pagamento de despesas públicas, não nos suscita dúvidas, já o mesmo não ocorre, quanto aos dois demandados e relativamente à infração financeira prevista na alínea l) do n.º 1 do mesmo preceito, como a seguir se procurará demonstrar.

Preceituava o art.º 127º do CCP, na redação vigente à data dos factos, introduzida pela Lei nº 64-B/2011 de 30.12., o dever, para a entidade adjudicante, de publicitação no portal da internet dedicado aos contratos públicos, da celebração de quaisquer contratos, na sequência de ajuste direto, estabelecendo ainda, no nº 3 do preceito, que tal publicitação é “condição do respectivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos”. E determinavam os citados normativos da Portaria n.º 701-E/2008 que o relatório de contratação deveria ser publicado no Portal dos Contratos Públicos, até 10 dias úteis após a celebração do contrato.

Afigura-se-nos, ressalvada melhor opinião naturalmente, que o não cumprimento daquele dever, no referido prazo, por si só, ou seja, sem mais, não pode qualificar-se como uma “violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública” e, assim, ser subsumido à previsão da infração da alínea l) do nº 1 do art.º 65º.¹

Creemos, na verdade que a violação das normais legais ou regulamentares relativas à contratação pública, a que se refere este preceito, estão a montante do citado artigo 127º do CCP. Ou seja, a contratação pública já decorreu, na sequência de procedimento por ajuste direto, quando surge este dever de publicitação dos contratos celebrados. Dito de outra forma, a contratação pública é antecedente, incluindo a formalização do contrato, já está concluída e estamos numa fase subsequente, quando surge este dever de publicitação do contrato. A norma que estipula esse dever, o referido art.º 127º citado, não pode considerar-se, pois, como atinente ou com vista à realização da contratação pública. Estabelece antes um dever acessório, na sequência da realização da contratação pública, quando esta é feita por ajuste direto.

Mas estabelecendo aquela consequência, ou seja, a publicitação ser “condição do respectivo contrato”², temos que, enquanto não houver publicitação, não há contrato válido e eficaz.

Consequentemente, não existindo contrato válido e eficaz, não é possível proceder a quaisquer pagamentos, o que a parte final do referido nº 3 torna muito claro, ao prever que a publicitação é condição do contrato,

¹ Neste sentido assim decidimos na Sentença n.º 4/2019, acessível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2019/st004-2019-3s.pdf>

² Na redação atual, introduzida pelo DL 111-B/2017 de 31.08, a lei foi incisiva ao estabelecer que é “condição de eficácia do respetivo contrato” (sublinhado da nossa autoria, evidentemente)

independentemente da sua redução a escrito, “nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos”.

Assim, serão a autorização ou ordem e a realização de pagamentos, em execução de contratos celebrados por ajuste direto e não publicitados no portal dos contratos públicos, que são suscetíveis de integrar a previsão objetiva da infração tipificada na al. b) do n.º 1 do art.º 65º, por violação de normas sobre o pagamento de despesas publicas.

Por outro lado, os responsáveis por tal infração serão, em face do art.º 61º, n.º 1, da LOPTC, “o agente ou agentes da ação”, ou seja, quem autorizar/ordenar tal pagamento e quem o vier a realizar.

Nesta medida não pode deixar de se concluir que não está preenchida a previsão objetiva da infração financeira sancionatória imputada à 2ª demandada, prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 65º citado, porquanto vem apenas provado, em termos de conduta objetiva – aliás na sequência do que apenas vem alegado - que não cuidou de diligenciar pela publicação do contrato, como lhe competia (cf. n.º 19 dos factos provados).

Por outro lado, quanto ao 1.º demandado, a sua conduta é apenas enquadrável na previsão da alínea b) do n.º 1 do art.º 65º da LOPTC - e não também em concurso aparente com a da referida alínea l) - por ser agente da ação consubstanciadora de tal infração, na medida em que autorizou o pagamento daquele contrato não publicitado (cf. n.ºs 18, e 20 a dos factos provados da sentença recorrida).

Em resumo, pelos fundamentos expostos, quanto à 2.ª questão equacionada supra, é de concluir que a 2ª demandada não incorreu na responsabilidade financeira sancionatória que lhe vem imputada, pelo que deve dela ser absolvida e, quanto ao 1.º demandado, a infração cometida é apenas de qualificar como prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 65º citado, sem relação de concurso aparente com a da alínea l) do mesmo preceito.

*

4. Acentuada diminuição da ilicitude, culpa diminuta e dispensa de multa

Os recorrentes insurgem-se contra a decisão recorrida porquanto e, em suma, consideram que no caso se está perante uma situação de culpa diminuta e em que a dispensa de multa, “como sanção de substituição”, deverá ser considerada solução bastante e adequada, atendendo ao circunstancialismo específico do caso, o qual configurará “uma situação de diminuição acentuada da ilicitude e de culpa diminuta”, subsumível na previsão do n.º 8 do art.º 65º da LOPTC.

Vejam, no que tange ao recorrente, porquanto, relativamente à recorrente, esta questão mostra-se prejudicada, dado anteriormente termos

concluído que não cometeu a infração financeira sancionatória que lhe vinha imputada e, nessa medida, atento o disposto na primeira parte do n.º 2 do artigo 608º do CPC, não se conhecerá, quanto à mesma, de tal questão.

*

Antes de mais convém precisar o campo de aplicação dos n.ºs 7 e 8 do artigo 65º da LOPTC.

Com efeito, ao contrário do que parece ser o entendimento defendido na conclusão P) das alegações do recorrente, a “diminuição acentuada da ilicitude” não é relevante, nem deve ser fator a tomar em consideração, para efeitos de dispensa de aplicação da multa, ao abrigo do n.º 8 do artigo 65º citado.

A redação deste preceito é muito clara, no sentido de que para atender à possibilidade de tal dispensa de aplicação de multa, o que o Tribunal deve ponderar é a circunstância de culpa do demandado ser de qualificar como “diminuta” e não haver lugar à reposição ou esta tiver sido efetuada.

Já para efeitos de “atenuar especialmente a multa”, nos termos do n.º 7 do mesmo artigo 65º, aí sim, a diminuição por forma acentuada da ilicitude é fator que pode e deve ser tomado em consideração pelo Tribunal.

Foi aliás esta última a via de fundamentação da decisão recorrida ao considerar que a “unicidade do facto consubstanciador da infração em causa e os demais factos referidos, envolvendo as condições de exercício das funções” permitiam concluir pela diminuição acentuada da ilicitude e, assim, fazer uso daquele mecanismo da atenuação especial da multa (cf. § 32 da sentença recorrida).

Feita esta clarificação e analisada a argumentação do recorrente, à luz dos factos provados, não cremos que lhe assista razão, no que tange à requerida dispensa de multa, como a seguir se procurará evidenciar.

Começa por salientar-se que é inquestionável que o demandado/recorrente não agiu com o cuidado e a diligência que a situação requeria e que lhe era exigível, em função da sua condição de Diretor do CFPIC, com competência para autorizar a realização de pagamentos.

Isto considerando que o preenchimento do elemento subjetivo da infração em causa exige uma atuação com culpa, ainda que na modalidade de mera negligência – cf. art.º 61º, n.º 5, da LOPTC.

Tendo ainda presente o entendimento, que se nos afigura pacífico, de que “age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representa como possível a realização de um facto correspondente a um tipo de crime, mas atua sem se conformar com essa realização (negligência consciente); ou não chega

sequer a representar a possibilidade dessa realização do facto (negligência inconsciente)” - cf. o Acórdão do STJ, de 05-07-1989³.

No que tange ao cuidado e diligência que era exigível ao recorrente, em função da referida condição de Diretor do CFPIC, não pode deixar de se concluir que, antes de autorizar a realização de pagamentos, deveria ter tido o cuidado de averiguar, ou mandar averiguar, da publicitação do contrato no portal base, o que não terá feito.

Por outro lado, afigura-se-nos que o recorrente labora em equívoco ao convocar, para eventual aplicação do regime do n.º 8 do artigo 65º, os critérios de graduação da multa, previstos no artigo 67º, n.º 2, da LOPTC (cf. conclusões I), J) e K) das alegações). Com efeito, os critérios deste último preceito legal são de tomar em consideração mas apenas para a fixação, em concreto, da multa, tendo em consideração os limites mínimo e máximo, abstratos (cf. n.ºs 2, 4 e 5 do art.º 65º), ou já reduzidos por aplicação da atenuação especial da multa, ao abrigo do n.º 7 do artigo 65º.

Quanto à alegação da “leitura e interpretação equívocas do conceito de culpa diminuta”, perfilhadas na sentença recorrida, vejamos.

Este Tribunal tem efetivamente perfilhado um entendimento exigente quanto à qualificação de “culpa diminuta”, para efeitos de dispensa de aplicação de multa.

Por exemplo, na Sentença n.º 12/2020⁴, decidiu-se nesse sentido, após se ter concluído, depois de uma ponderação de todo o circunstancialismo do caso: “torna-se de algum modo compreensível a opção do demandado de autorizar os pagamentos dos prémios em falta, como forma de encontrar uma solução imediata e acautelar prováveis consequências negativas futuras, incluindo em termos de custos financeiros para” a entidade fiscalizada.

É de considerar pois que não é de qualificar como “diminuta” uma simples e comum negligência porquanto, em regra, estas infrações são cometidas apenas na forma negligente.

Aliás, o que a factualidade provada permite concluir é precisamente isso mesmo, ou seja, uma comum negligência, por parte do demandado, ora recorrente.

Nestas circunstâncias compreende-se a referência feita na decisão recorrida a que a culpa diminuta é «quase uma “ausência de culpa”» e que, no caso, não se estaria perante uma situação de culpa diminuta do demandado.

Por outro lado, é preciso tomar em consideração que, nos termos do preceito citado, a dispensa de aplicação de multa não é automática.

³ Acessível em www.dgsi.pt, Supremo Tribunal de Justiça, sob o n.º de processo 040148.

⁴ Acessível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2020/sto12-2020-3s.pdf>

Como se decidiu na Sentença n.º 5/2020⁵, “a aplicabilidade destes regimes não pode entender-se como uma obrigação *ope legis* do Tribunal, mas antes como um poder/dever, a operar em função de todas as circunstâncias do caso concreto”.

Cumpra ainda deixar claro que esta jurisprudência não é contraditória com a constante da sentença n.º 17/2015, da 3.ª secção, deste Tribunal, invocada pelo recorrente (cf. al. O) das alegações do recorrente).

Na verdade, a situação aí em apreciação era bem diferente desta.

Ao contrário do que aqui ocorre, aí os demandados eram apenas emitentes dos meios de pagamento (não tinham autorizado ou ordenado o pagamento, como aqui acontece, o que eleva o nível de responsabilidade), a que acresce que aquela emissão – apenas dos meios de pagamento, repete-se - tinha sido antecedida de autorizações de pagamento, sendo que a competência para aferir da publicitação dos contratos competia em primeira linha aos responsáveis por essas autorizações e, acima de tudo, “atuaram no convencimento de que as autorizações de pagamento tinham sido precedidas de publicitação no Portal dos Contratos Públicos”.

A diferença de situações, entre a apreciada na referida sentença n.º 17/2015 e a aqui em análise, não permite concluir que a aplicação do instituto de dispensa de multa é solução bastante e adequada para o caso.

Nesta medida, não merece censura a decisão recorrida, ao afastar a aplicação do regime previsto no n.º 8 e ao proceder à graduação da multa, após proceder à sua atenuação especial, ao abrigo do n.º 7, este como aquele do citado artigo 65º.

Em conclusão e em resumo, *não assiste razão ao recorrente quando propugna que deve ser dispensada de aplicação de multa, porquanto é de concluir que não se verifica o pressuposto exigido pelo n.º 8 do artigo 65º citado, ou seja, uma “culpa diminuta” do demandado.*

*

IV – Decisão

Pelo exposto, ao abrigo dos preceitos legais citados, *acordam os juízes que integram o Plenário da 3ª Secção em:*

- a) *absolver a demandada Recorrente 2 da infração que lhe vem imputada;*
- b) *manter a decisão recorrida, no que tange à condenação do demandado Recorrente 1, embora apenas pela infração financeira sancionatória, prevista e punida pelo artigo 65º, n.ºs 1, alínea b), 2, 5 e 7 da LOPTC, na multa de 15 (quinze) UC, julgando improcedente, quanto ao mais, o recurso deste demandado.*

⁵ Acessível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2020/sto05-2020-3s.pdf>

Emolumentos a cargo do *Recorrente 1* – cf. art.º 97º, nº 7, da LOPTC e art.º 16º, nºs 1, al. b) e 17º, nº 1, ambos do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo art.º 1º do DL 66/96 de 31.05 e publicado em anexo a este diploma legal.

Registe-se e notifique-se.

Após, abra conclusão, tendo em vista a elaboração de sumário e determinação de publicação no sítio do Tribunal de Contas.

*

Lisboa, 23 de setembro de 2020

(António Francisco Martins)

(Laura Tavares da Silva)

(José Manuel Ferreira de Araújo Barros)