



Acórdão n.º 05/2023 – 3.ª Secção/PL

Recurso Ordinário n.º 3/2022

Sumário

1. A independência funcional das entidades reguladoras independentes não é colocada em causa pela circunstância de estarem sujeitas a fiscalização sobre o cumprimento de procedimentos de legalidade, nomeadamente em matéria de gestão financeira e patrimonial, não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade das normas que preveem essa possibilidade de fiscalização, a exercer seja pelo Tribunal de Contas seja pelos órgãos de controlo interno.
2. A eventual falta de competência do órgão de controlo interno para a realização da auditoria e elaboração do relatório de auditoria, pressuposto do processo de julgamento de responsabilidades financeiras, não é matéria sujeita ao controlo jurisdicional do Tribunal de Contas, não configurando uma “nulidade”, geradora de nulidade de todo o processo.
3. Contendo o relatório de auditoria do órgão de controlo interno os requisitos exigidos no artigo 12.º, n.º 2, alínea b), da LOPTC, tendo sido enviado a este Tribunal pelo ministro competente para o apreciar e, já neste Tribunal, enviado ao Ministério Público por despacho do juiz competente, mostra-se preenchido o pressuposto objetivo para o exercício do direito de ação previsto nos artigos 58.º e 89.º da LOPTC.
4. A decisão sobre a matéria de facto pode ser alterada em via de recurso se a apreciação crítica do conjunto da prova (factos tidos como assentes, prova produzida ou documento superveniente) impuser decisão diversa, embora tal reapreciação não importe a realização de um segundo julgamento por parte do tribunal *ad quem*.



5. O exercício que se impõe ao tribunal *ad quem* é o de, num primeiro momento, analisar a fundamentação da decisão recorrida para aferir se a mesma respeitou as regras legais de valoração das diversas provas produzidas, se a mesma deu cumprimento à análise crítica das provas e se o discurso dessa análise crítica é lógico e coerente e, num segundo momento, indagar se foram cometidos os alegados erros na valoração das provas produzidas e/ou se não foram tomadas em consideração algumas provas e deviam tê-lo sido por serem provas relevantes, de tal forma que a sua apreciação impunha uma decisão diversa da que foi adotada, na decisão recorrida, sobre o/os concretos pontos da matéria de facto impugnada.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA INDEDEPENENTE –
INDEPEDÊNCIA FUNCIONAL – FISCALIZAÇÃO – ÓRGÃO DE
CONTROLO INTERNO – NULIDADE – DIREITO DE AÇÃO –
REAPRECIAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO - VALORAÇÃO DA
PROVA – ERRO NOTÓRIO -

Juiz Conselheiro: António Francisco Martins

Plenário – 3.ª Secção
Data: 08/02/2023
Processo: RO 3/2022

RELATOR: Conselheiro António Martins

TRANSITADO EM JULGADO

*

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

I – Relatório

1. No processo n.º 5/2022-JRF, apenso a estes autos, em que é demandante o Ministério Público (M.º P.º) e demandados (1.º demandado ou D1), (2.º demandado ou D2) e (3.º demandado ou D3), foi proferida a sentença n.º 23/2022, em 07.10.2022, absolvendo os demandados das infrações financeiras sancionatórias que lhes vinham imputadas.

2. É desta sentença que o demandante, ora recorrente, interpôs o presente recurso, pedindo a revogação da sentença recorrida e a sua substituição por outra que determine a condenação dos demandados nos termos e fundamentos referidos no requerimento para julgamento.

O recorrente termina as **alegações** com as seguintes **conclusões**:

“1. Resulta manifestamente errónea a fundamentação da sentença recorrida para justificar a exclusão da matéria de facto dada como provada quanto ao facto n.º 6.3. dos factos não provados, incorrendo a sentença recorrida em incorreta apreciação da prova produzida, afigurando-se-nos que este deve ser incluído nos factos provados.

2. Não se concorda com a posição vertida na sentença recorrida ao introduzir, de forma inapropriada e destituída de qualquer justificação legal, como pressuposto constitutivo da infração financeira da alínea l) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC (quanto à violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública) os fundamentos atinentes à recusa de visto enunciados na disposição do art.º 44.º, n.º 3 da mesma LOPTC.

3. No ponto II.4.4.2.1 da sentença – Quanto à factualidade constante dos pontos 5.5. a 5.10. da sentença (Ponto I- a) a e) do requerimento para julgamento – a sentença em análise fica prejudicada quando confrontados todos os anexos do Relatório OCI em causa, indicados como prova no requerimento para julgamento, onde se comprova que a intervenção dos demandados não ocorreu apenas no momento da adjudicação, mas também com a assinatura dos contratos, ou seja, no momento da celebração destes (vejam-se anexos 17-F, 19-F, 20-F, 22-F, 23-F, 24-F, 25-M, 27-F, 30-J, 33-K, 35-J, 36-H e 43-L).

4. No ponto II.4.4.2.4 da sentença - Quanto à factualidade constante do ponto 5.19. da sentença (Ponto III- alíneas j) a l) do requerimento para julgamento) a aludida conduta preenche os elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, bem como os da prevista na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo.

5. No ponto II.4.4.2.5 da sentença - Quanto à factualidade constante dos pontos 5.21. a 5.24 da sentença (Ponto IV- alíneas a) a g) do requerimento para julgamento) a aludida conduta preenche os elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea l)

do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, bem como os da prevista na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo.

6. No ponto II.4.4.2.6 da sentença - Quanto à factualidade constante do ponto 5.25. da sentença (Ponto V- alíneas b4) a e) do requerimento para julgamento) a sentença recorrida faz incorretamente o enquadramento da conduta pela violação da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, quando o que está em causa é a violação do princípio da legalidade na assunção, autorização e pagamento de despesas públicas e efetivamente está verificada com tal conduta a infração prevista na alínea b), do mn.º 1, do referido art.º 65.º.

7. A sentença recorrida violou o disposto nos art.ºs 61.º, n.º 5, 67.º, n.ºs 3 e 4 e alíneas b) e l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC e art.ºs 14.º e 15.º do Código Penal.

*

3. Os demandados, ora recorridos, apresentaram **contra-alegações**, nas quais concluem no sentido de que deve ser “julgado totalmente improcedente o recurso interposto pelo Recorrente”.

*

4. Concomitantemente, os demandados interpuseram **recurso subordinado**, pedindo que seja concedido provimento a tal recurso “revogando-se os segmentos decisórios da sentença recorrida nele postos em crise”, terminando as alegações com as seguintes **conclusões** (que se transcrevem *ipsis verbis*):

1. Ao contrário do considerado na Sentença recorrida, a regularidade dos “relatórios dos órgãos de controlo interno” para efetivação de responsabilidades financeiras não constitui um mero pressuposto processual do presente processo – cuja inobservância se subsume numa exceção dilatória inominada -, assumindo antes aquela formalidade uma dimensão material essencial para o processo judicial de efetivação da responsabilidades financeiras, e cujas irregularidades se encontram abrangidas pelo regime das nulidades processuais estabelecido no CPC.

2. Com efeito, tratando-se de um pressuposto processual como sustentado na sentença recorrida, o Tribunal limita-se à mera verificação formal da sua observância, recusando, portanto, a tutela jurisdicional efetiva dos demandados para apreciação das irregularidades materiais que nessa fase forem cometidas (designadamente a violação do direito de audiência prévia dos interessados).

3. A ERSAR, “pessoa coletiva de direito público, é uma entidade administrativa independente com funções de regulação e de supervisão, dotada de autonomia de gestão, administrativa e financeira e de património próprio e que se encontra adstrita ao ministério com atribuições na área do ambiente” ;

4. A ERSAR “é independente no exercício das suas funções, nos termos previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e nos presentes estatutos, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício” ;

5. Como bem notam Luís Fábria/Joana Féria Colaço, a independência funcional aqui consagrada “deve manifestar-se no estatuto funcional dos seus órgãos, isentando-os da sujeição a ordens, instruções, diretivas, recomendações, inspeções, aprovações, autorizações, revogações e outras formas de intervenção administrativa sem carácter estritamente vinculado, próprias da administração direta, indireta ou autónoma. Mas também se deve manifestar no estatuto dos próprios titulares dos órgãos, sob pena de a

independência funcional se degradar num formalismo exterior, ao deixar-se entrar pela janela os vínculos que se expulsaram pela porta” – sublinhado nosso.

6. O Tribunal recorrido, tendo concluído que a ERSAR se encontra abrangida pelo sistema de controlo interno da administração financeira do Estado e que, para esse efeito, a IGF é um órgão de controlo interno com competência para a realização de ações de fiscalização junto da ERSAR, incorreu em erro de julgamento ao abster-se de ajuizar da legalidade da auditoria promovida pela IGAMAOT, por considerar que esta é, nos termos legais um OCI e que, saber se o OCI competente para fiscalizar a ERSAR seria a IGAMAOT ou a IGF integra a “reserva de administração”, pelo que subtraída ao controlo jurisdicional.

7. Com efeito, ao contrário da IGF, a IGAMAOT não tem competências transversais sobre todos os serviços, organismos e entidades públicas.

8. Nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 23/2012, “a IGAMAOT tem por missão avaliar o desempenho e a gestão **dos serviços e organismos do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia (MAOTE) e do Ministério da Agricultura e do Mar (MAM), ou sujeitos à tutela dos respetivos ministros**, através de ações de auditoria e controlo, bem como assegurar o permanente acompanhamento e avaliação do cumprimento da legalidade nas áreas do ambiente, do ordenamento do território e da conservação da natureza e, ainda, exercer o controlo e auditoria no âmbito da segurança alimentar e o controlo de apoios financiados por fundos nacionais e da União Europeia, a favor da agricultura, das florestas, do desenvolvimento rural e da política do mar”.

9. Acrescenta o artigo 2.º, n.º 2, alíneas a) e b), do mesmo normativo que entre as atribuições da IGAMAOT constam a de “realizar, com carácter sistemático, auditorias, inspeções e outras ações de controlo à **atividade prosseguida pelos organismos, serviços e entidades dependentes do MAOTE e do MAM, ou sujeitos à tutela dos respetivos ministros**”, bem como a de “assegurar a realização de ações de auditoria administrativa e financeira, bem como de inspeção a entidades públicas e privadas em matérias de incidência ambiental (...)”.

10. O facto de, em termos abstratos tanto a IGF como a IGAMAOT serem OCI, não significa que estes possam, entre si, decidir, em concreto qual será competente para realizar uma auditoria aos processos aquisitivos da ERSAR, dado que os correspondentes âmbitos de atuação se encontram claramente identificados nas respetivas leis orgânicas.

11. É assim evidente que, sendo a IGF e a IGAMAOT OCIs, o seu campo de atuação é manifestamente distinto, não podendo a IGAMAOT exercer qualquer ação de fiscalização sobre qualquer órgão que não se encontre na direção ou tutela do MAOTE e do MAM.

12. Na verdade, se a IGAMAOT dispusesse das competências que invocou para “fiscalizar” a ERSAR, estariam criadas as condições para que a independência da ERSAR como entidade reguladora fosse meramente aparente.

13. Tal permitiria a degradação da independência funcional, constitucional e legalmente consagrado, “num formalismo exterior, ao deixar-se entrar pela janela os vínculos que se expulsaram pela porta”, e ao aceitar-se – num precedente, a todos os títulos, perigoso – que as inspeções funcionem como forma de pressão política sobre as entidades fora do âmbito da ação do ministério com atribuições na área do ambiente.

14. Desde modo, ao contrário do considerado na sentença recorrida, inexistente, pois, qualquer liberdade de decisão sobre qual o OCI competente para o efeito, se a IGF ou a IGAMAOT, como se estes pudessem, entre si e caso a caso, escolher as suas competências.

15. Em concretização do artigo 32.º, n.º 10 da CRP, o n.º 2 do artigo 13.º da LOPTC determina que “[é] assegurado aos responsáveis, **previamente à instauração dos processos**

de efetivação de responsabilidades, bem como dos processos de multa, **o direito de serem ouvidos sobre os factos que lhes são imputados**, a respetiva qualificação, o regime legal e os montantes a repor ou a pagar, tendo, para o efeito, acesso à informação disponível nas entidades ou organismos respetivos”.

16. O exercício efetivo deste direito fundamental de defesa pressupõe que o mesmo se processa perante a entidade legalmente competente. Deste modo, demonstrado que está que a IGAMAOT não é um OCI da ERSAR, conclui-se que os direitos fundamentais de defesa dos Recorridos foram inadmissivelmente violados no âmbito do processo administrativo de fiscalização da ERSAR, o que inquina de nulidade o presente processo.

17. O Tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento, ao considerar que o início do processo de efetivação de responsabilidades financeiras ocorre apenas com o requerimento inicial do Ministério Público, tendo os Recorridos tido a oportunidade de apresentar as correspondentes contestação, não tendo, portanto, ocorrido qualquer restrição aos direitos fundamentais de defesa dos Recorridos.

18. O Tribunal Recorrido considerou para esse efeito, que a fase administrativa se processa com total independência e autonomia face à fase judicial, não dispondo o Tribunal de Contas de competências para apreciar quaisquer atos prévios aos da instauração do processo pelo Ministério Público.

19. Salvo o devido respeito, este entendimento baseia-se numa interpretação das normas processuais não consentânea com o regime consagrado na CRP, nomeadamente no que respeita ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

20. Na verdade, é a lei que, em concretização do disposto do artigo 32.º, n.º 10 da CRP. impõe que os demandados tenham a possibilidade de ser ouvidos **“previamente à instauração dos processos de efetivação de responsabilidades”**. Deste modo, concluindo como se conclui que a IGAMAOT não é um OCI da ERSAR, então também os direitos de prévia audição dos demandados legalmente consagrados não podem considerar-se como regularmente exercidos, porquanto estes pressupõem o direito de audição perante a entidade legalmente competente.

21. Neste segmento decisório da Sentença recorrida, o Tribunal recusa a apreciação da regularidade da fase prévia à do requerimento de julgamento do Ministério Público, o que significa que aos Demandados inexistente qualquer tutela jurisdicional de controlo de legalidade daquela fase que a lei determina como imperativa e necessária para que possa legitimamente ser instaurado um processo de efetivação de responsabilidades financeiras.

22. Termos em que se conclui que a interpretação dos artigos 89.º, n.º 1, al. a), e 90.º, n.º 1 alínea b) ambos da LOPTC efetuada na sentença recorrida, de considerar que o Tribunal de Contas apenas julga a ação intentada pelo MP, sem possibilidade de sindicância do procedimento de recolha de indícios com vista à eventual exercício da ação é inconstitucional por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, n.º 4 e no artigo 268.º ambos da CRP, que assume a natureza de direito, liberdade e garantia.

*

5. O demandante apresentou **parecer, quanto ao recurso subordinado**, no sentido de que este não merece provimento, devendo nessa parte manter-se a sentença recorrida.

*

6. Corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

*

II – Fundamentação fáctica

7. Na sentença recorrida consideraram-se como factos provados (f. p.):

“5. Tendo por referência a factualidade com relevância para a causa (infra §§ 11 a 17), julgam-se provados os factos que se passam a indicar.

5.1 O mandato dos 3 Demandados como membros do Conselho de Administração (CA) da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) teve início no dia 20 de abril de 2015, sendo o 1.º Demandado Presidente e os outros Demandados vogais.

5.2 Os Demandados terminaram os respetivos mandatos como membros do CA da ERSAR em datas distintas:

a) A 2.ª Demandada em 12 de novembro de 2020;

b) O 3.º Demandado em 31 de dezembro de 2020;

c) O 1.º Demandado em 22 de julho de 2021.

5.3 A IGAMAOT levou a cabo a auditoria n.º NUI/AU/AF 000003/20.9AF (cf. supra § 2) à ERSAR que incidiu sobre um conjunto de 38 procedimentos de aquisição levados a cabo pela ERSAR durante os anos de 2017 e 2018.

5.4 A lista subsequente compreende a indicação de 38 procedimentos auditados com menção de adjudicatário, montante (sem contabilização do IVA), tipo de procedimento e montante pago pela ERSAR (sem contabilização do IVA):

- 1 504995634 Empresa A 85 490,24 € Ajuste direto 39 182,98 €;
- 2 506628752 Multinacional B 62 206,72 € Ajuste direto 62 206,72 €;
- 3 508122996 Associação C 57 500,00 € Ajuste direto 57 500,00 €;
- 4 506628752 Multinacional B 57 341,29 € Ajuste direto 57 341,29 €;
- 5 506628752 Multinacional B 56 968,83 € Ajuste direto 56 963,83 €;
- 6 501618392 Agência D 30 000,00 € Ajuste direto 30 000,00 €;
- 7 503731765 Associação E 29 947,74 € Ajuste direto 29 947,74 €;
- 8 215244710 interveniente F 28 224,00 € Ajuste direto 14 112,00 €;
- 9 506628752 Multinacional B 24 206,74 € Ajuste direto 24 206,74 €;
- 10 151063540 Instituto G 19 900,00 € Ajuste direto 9 950,00 €;
- 11 503342688 Empresa H 19 800,00 € Ajuste direto 9 900,00 €;
- 12 502726890 Sociedade I 18 750,00 € Ajuste direto 1 250,00 €;
- 13 504193279 Sociedade J 17 500,00 € Ajuste direto 17 500,00 €;
- 14 500697370 Sociedade K 16 884,35 € Ajuste direto 7 943,89 €;
- 15 508687225 Sociedade L 15 750,00 € Ajuste direto 15 750,00 €;
- 16 513465731 Sociedade M 12 500,00 € Ajuste direto 12 500,00 €;
- 17 504279696 Sociedade N 10 530,22 € Ajuste direto 10 530,22 €;
- 18 508687225 Sociedade L 10 440,00 € Ajuste direto 10 440,00 €;
- 19 505853671 Sociedade O 10 020,00 € Ajuste direto 10 020,00 €;
- 20 508296102 Sociedade P 7 455,68 € Ajuste direto 7 455,68 €;
- 21 508296102 Sociedade P 5 964,94 € Ajuste direto 5 964,94 €;
- 22 504723456 Sociedade Q 58 671,25 € Ajuste direto com convite a várias entidades 25 561,74 €;
- 23 502829257 Sociedade R 45 000,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 45 000,00 €;
- 24 512090637 Sociedade S 32 500,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 32 500,00 €;

- 25 500188629 Sociedade T 29 769,69 € Ajuste direto com convite a várias entidades 29 451,92 €;
- 26 503816027 Sociedade U 27 400,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 27 400,00 €;
- 27 501559094 Universidade V 27 000,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 27 000,00 €;
- 28 512090637 Sociedade S 25 000,01 € Ajuste direto com convite a várias entidades 25 000,01 €;
- 29 506628752 Sociedade W 17 500,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 17 500,00 €;
- 30 503882887 Sociedade X 339 594,00 € Concurso público 70 173,88 €;
- 31 501559094 Universidade V 200 000,00 € Concurso público 105 882,35 €;
- 32 501559094 Universidade V 42 000,00 € Concurso público 20 160,00 €;
- 33 506628752 Multinacional B 35 102,07 € Concurso público 35 102,07 €;
- 34 506628752 Multinacional B 32 961,99 € Concurso público 32 961,99 €;
- 35 506628752 Multinacional B 31 907,67 € Concurso público 31 907,67 €;
- 36 506628752 Multinacional B 25 410,00 € Concurso público 25 410,00 €;
- 37 506628752 Multinacional B 18 388,96 € Concurso público 18 388,96 €;
- 38 508122996 Associação C 34 500,00 € Consulta prévia 34 500,00 €;
- 39 504839748 Sociedade Y 10 856,86 € Consulta prévia 10 856,86 €.

5.5 Nos procedimentos por ajuste direto levados a cabo pela ERSAR identificados no § 5.4 sob os números 2, 4, 5 e 9 (Sociedade W), 8 (interveniente F) e 12 (Sociedade I) falta a declaração emitida conforme modelo constante do Anexo II do Código dos Contratos Públicos (CCP).

5.6 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 7 (Associação E) falta certidão do registo criminal dos titulares de órgãos sociais, documento comprovativo da capacidade do representante legal da Associação E para assinatura de contrato e declaração a que se refere o artigo 81.º n.º 1, alínea a), do CCP.

5.7 Nos procedimentos por ajuste direto levados a cabo pela ERSAR identificados no § 5.4 sob os números 15 e 18 (Sociedade L), 20 e 21 (Sociedade P) falta documento comprovativo da capacidade do representante legal do adjudicatário e ainda os documentos comprovativos de não estarem nas condições de impedimento constantes no n.º 1, alíneas b) e h) do artigo 55.º do CCP, bem como os certificados de registo criminal e do registo comercial da empresa.

5.8 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 27 (Universidade V) apenas foi apresentada a certidão de "não dívida" à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e a declaração de "situação contributiva regularizada" ao Instituto de Segurança Social, I. P. (ISS), faltando os demais documentos.

5.9 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 10 (Instituto G), a declaração da "situação contributiva regularizada" da ISS e a certidão de "não dívida da AT" não se encontram temporalmente válidas e a declaração do anexo II do CCP não respeita ao procedimento em causa.

5.10 Relativamente aos procedimentos identificados nos §§ 5.5 a 5.9 as deliberações finais foram aprovadas por unanimidade pelos três Demandados enquanto membros do CA da ERSAR com exceção dos procedimentos 15 e 18 que foram apenas

aprovadas por maioria formada pelos dois primeiros Demandados pois nesses dois casos o 3.º Demandado votou desfavoravelmente tendo defendido por declaração lavrada em ata que se devia optar por concurso público.

5.11 No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 15 (para aquisição de serviços jurídicos e de contencioso à Sociedade L):

a) A aprovação ocorreu por deliberação de 2-10-2017.

b) O CA da ERSAR apreciou informação I-001340/2017 de jurista da ERSAR, que merecera a concordância da Diretora Administrativa e Financeira em que, nomeadamente, se refere que «tendo cessado o atual Contrato a sua vigência (contrato celebrado a 13 de dezembro de 2016, pelo período de 6 meses, no valor de € 15 750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta euros, sem IVA incluído), e tendo em consideração a necessidade de se assegurar a continuidade de prestação de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR, importa desencadear o respetivo procedimento com vista à celebração de novo Contrato para prestação de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR» sendo promovida a «autorização do procedimento, por ajuste direto, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com consulta à Sociedade L, [...], para aquisição de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR»

c) Na fundamentação do ajuste direto foi invocado o disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Código dos Contratos Públicos na sua versão originária que, nomeadamente, admitia a escolha do ajuste direto na celebração de contratos de aquisição de serviços de valor inferior a 75.000,00 €.

5.12 No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 18 (para aquisição de serviços jurídicos e de contencioso à Sociedade L)

a) A aprovação ocorreu por deliberação do CA de 14-6-2018.

b) Na Informação de jurista do Departamento Administrativo e Financeiro com a concordância do respetivo diretor invoca-se, designadamente, a necessidade de assegurar a continuidade do patrocínio judiciário nos processos judiciais pendentes em que o patrocínio tinha sido atribuído à sociedade de advogados Sociedade L (processos n.º 523/16.0BEBRG no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 747/16.0BELSB no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, Processo n.º 650/17.6BEBRG no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 1143/18.0BESNT no Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, Processo n.º 283/090BECTS no Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco; Processo n.º 714/10.7BEAVR no Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro.); a confiança na qualidade dos serviços prestados e a circunstância de a referida sociedade de advogados ter sido a entidade que apoiou a ERSAR na elaboração dos regulamentos internos previstos na LCER e correspondentes estatutos.

c) A informação refere, tal como no caso do procedimento anterior com o mesmo adjudicatário, que os serviços a realizar compreendem, ainda, assessoria jurídica, elaboração de pareceres, procedimentos de contratação pública, apoio em processos de impugnação graciosa e patrocínio judiciário em processos em que a ERSAR venha a ser parte.

d) Referindo-se na Informação do Departamento Administrativo e Financeiro como suporte legal para a adjudicação o disposto na subalínea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

e) Nos dois anos anteriores haviam sido celebrados outros contratos, com idêntico objeto, entre a ERSAR e o mesmo adjudicatário (Sociedade L), sempre por via de ajuste diretos, e o respetivo preço acumulado atingia 47.250,00 €.

5.13 Nas deliberações do CA da ERSAR de 2-10-2017 e 14-6-2018 relativas aos procedimentos identificados no § 5.4 sob os números 15 e 18 as propostas formuladas pelo serviço jurídico da ERSAR ao CA foram aprovadas por maioria (com os votos favoráveis de D1 e D2 e o voto de vencido de D3):

a) Tendo o 3.º Demandado declarado para efeitos da ata relativa à deliberação de 2-10-2017 que «votou contra por entender que esta oportunidade deveria ser aproveitada para abrir um concurso público tendo em vista aumentar a transparência e competitividade dos serviços jurídicos prestados à ERSAR», referindo ainda «que para os atuais processos judiciais em curso seria possível prolongar a colaboração do Dr. interveniente Z uma vez que o Código dos Contratos Públicos prevê essa possibilidade para processos judiciais».

b) Por seu turno, também na ata relativa à deliberação de 2-10-2017, a 2.ª Demandada deixou consignado que o seu voto «fundamenta-se no facto de ter sido confirmado pelo Departamento Administrativo e Financeiro que a prorrogação estava dentro dos limites legais aplicáveis e que o prestador de serviços estava a acompanhar diversos assuntos, identificados na presente informação, entre os quais se inclui o acompanhamento de processos judiciais de extrema importância para a ERSAR e não ser viável suspender os serviços jurídicos na pendência do concurso público e, ainda, na eventual inconveniência da transferência destes processos para outro prestador de serviços que, necessariamente, careceria de tempo para os conhecer e para neles poder intervir representando juridicamente a ERSAR».

c) No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 18, a proposta do Departamento Administrativo e Financeiro voltou a ser aprovada pela mesma maioria, tendo os vogais D2 e D3 para efeitos da deliberação de 14-6-2018 remetido para as suas declarações formuladas em 2-10-2017.

5.14 Sobre o tema da contabilização de contratos celebrados antes da entrada em vigor Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto para efeitos do novo limite de 20.000 € estabelecido no n.º 2 do artigo 113.º do CCP como teto para ajustes diretos fundamentados no valor celebrados com o mesmo cocontratante, o Instituto dos Mercados Públicos Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC) publicitou na rede eletrónica o que intitulou como «esclarecimento», de 7 de março de 2018, sobre a Orientação Técnica 01/CC/2018, em que depois de identificação do assunto [«escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia (artigo 113.º do CCP)»] se proclama: «a resposta à questão n.º 8 constante da Orientação Técnica 01/CCP/2018 corresponde ao novo paradigma da Contratação Pública que a última revisão do Código dos Contratos Públicos visa implementar. Todavia, durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016. Reitera-se, no entanto, que todos os serviços, organismos e entidades devem envidar os melhores esforços para cumprir sempre e/ou assim que possível, a orientação em causa.»

5.15 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 (valores autorizados e pagos: 143.770,69 €), os três Demandados, enquanto membros do CA da ERSAR, autorizaram por deliberação unânime de 16-11-2017 a contratação de serviços ao aprovarem sem alterações a informação n.º I - 001792/2017 que

foi apresentada ao CA pelo Departamento Administrativo e Financeiro da ERSAR com parecer escrito favorável da respetiva diretora emitido em 15-11-2017.

5.16 A deliberação do CA da ERSAR compreendeu a nomeação do júri, aprovação do programa de concurso (PC) e do Caderno de Encargos (CE), tendo na informação dos serviços jurídicos da ERSAR que veio a ser aprovada por unanimidade pelo CA a opção de abertura do procedimento sido fundamentada com base no «facto de estar em causa a prestação serviços com uma forte componente técnica que requer conhecimento especializado, e para a qual se exige uma ampla autonomia técnica e um elevado grau de responsabilização pelo resultado final dos serviços prestados» a desempenhar por «entidades credíveis e altamente qualificadas no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, não sendo viável nem desejável que os mesmos sejam realizados diretamente e exclusivamente pelos serviços da ERSAR».

5.17 A cláusula 35.^a do caderno de encargos, que tem como epígrafe «Requisitos técnicos: constituição de equipas multidisciplinares», estabelece:

«1. Para a execução do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento, o adjudicatário deverá constituir, por lote, equipas multidisciplinares integradas por elementos com as seguintes funções:

a) 1 (um) Coordenador do projeto, pertencente aos quadros da empresa, que deve ter, no mínimo, experiência de 3 (três) anos na gestão e coordenação de projetos de auditorias nas áreas das águas e resíduos, no âmbito da execução de Contratos que perfaçam um valor igual ou superior ao preço base do presente procedimento;

b) 1 (um) Coordenador das auditorias técnicas que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR;

c) 1 (um) Coordenador das auditorias financeiras que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias financeiras;

d) Equipa de auditores na área do ambiente que, independentemente do tipo de relação contratual estabelecida com o candidato, devem ter experiência comprovada na realização de auditorias no âmbito da análise e validação de dados ambientais, com o grau académico mínimo de Licenciado (pré-Bolonha) ou, se aplicável, o regime introduzido pelo acordo de Bolonha, o grau de Mestre, devendo, no mínimo, obedecer a pelo menos um dos seguintes requisitos de capacidade:

i. 5 (cinco) auditorias no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR realizadas nos últimos 3 (três) anos aos serviços de águas e resíduos;

ii. 10 (de2) auditorias na validação de dados ambientais dos serviços de águas e resíduos.

e) Equipa de auditores financeiros que, independentemente do tipo de relação contratual estabelecida com o candidato, devem ter experiência comprovada na realização de auditorias financeiras, com o grau académico mínimo de licenciado ou, se aplicável, o regime introduzido pelo acordo de Bolonha, o grau de Mestre, em Gestão, Gestão Financeira, ou Contabilidade, devendo no mínimo obedecer a pelo menos um dos seguintes requisitos de capacidade:

i. 10 (de2) auditorias financeiras realizadas nos últimos 3 (três) anos, nos domínios das auditorias a realizar;

ii. 5 (cinco) anos de experiência profissional em auditoria financeira nos sistemas contabilísticos SNC/IAS ou 5 (cinco) anos de experiência profissional em auditoria financeira nos sistemas contabilísticos POCAL;

f) As equipas de auditores técnicos e financeiros devem ser dimensionadas considerando que cada auditor deve realizar no mínimo 3 (três) auditorias e no máximo 10 (dez) auditorias.

2. A definição da equipa do adjudicatário deverá corresponder aos seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) Os candidatos devem evidenciar experiência de gestão de contratos de realização de auditorias num dos últimos 3 (três) anos e com um valor global igual ou superior ao preço base do presente procedimento;

b) Os elementos das equipas auditoras propostos e a afetar a execução do Contrato devem ser fluentes em língua portuguesa ou fazer-se acompanhar, nessa execução e sem quaisquer encargos acrescidos para a ERSAR, de tradutor fluente em língua portuguesa;

c) Os candidatos e as equipas auditoras devem possuir conhecimentos informáticos na ótica do utilizador para interagirem de forma eficaz com o Portal da ERSAR.

3. O adjudicatário deverá apresentar, no mínimo, 2 (dois) auditores suplentes na área do ambiente e 2 (dois) auditores suplentes na área financeira que reúnam os mesmos requisitos relevantes para efeitos do procedimento.

4. O adjudicatário apenas poderá substituir elementos da equipa principal ou suplente inicialmente propostos, por outros que reúnam os requisitos mínimos relevantes para efeitos do procedimento, mediante autorização escrita da ERSAR.

5. Após a assinatura do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento, todos os auditores deverão frequentar a ação de formação do processo de «validação de informação reportada a ERSAR pelas entidades gestoras».

6. A comprovação das qualificações e habilitações dos elementos das equipas multidisciplinares a afetar a execução do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento deve ter lugar no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação (conjuntamente com os documentos de habilitação referidos nos n.os 1 e 4 do artigo 81.º do CCP), através da disponibilização à ERSAR dos respetivos certificados simplificados de habilitações literárias e profissionais e de declaração individual de aceitação das funções devidaoneo15e assinada por cada um dos técnicos, de acordo com os modelos incluídos nos Anexos I e II do presente Caderno de Encargos.

7. Se a ERSAR verificar que os meios técnicos (humanos e materiais) utilizados pelo adjudicatário são insuficientes ou inadequados a boa execução dos trabalhos, poderá impor o seu reforço, incluindo a aquisição de meios ou a sua modificação ou substituição, sem acréscimo do preço contratual.

8. A definição da equipa do adjudicatário deverá corresponder ao estipulado na alínea b) do n.º 5 e no n.º 6 da Cláusula Oitava do Programa do Concurso, sem prejuízo, mediante autorização escrita da ERSAR nesse sentido, da substituição dos elementos da equipa inicialmente propostos por outros que reúnam os requisitos mínimos relevantes para efeitos do presente procedimento.»

5.18 A "Multinacional B" e a "Associação E" desenvolveram a mesma atividade objeto do procedimento em causa nos 3 anos anteriores ao mesmo.

5.19 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, que se iniciou em 16-11-2017, o júri do procedimento foi dispensado da condução do mesmo ao abrigo do n.º 4 do artigo 67.º do CCP por deliberação unânime do CA que aprovou em 14-6-2018 a proposta nesse sentido constante da Informação n.º I - 000760/2018 do Departamento Administrativo e Financeiro.

5.20 Também no procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 29, iniciado antes de 1-1-2018 e em que foi apresentada uma única proposta (Multinacional B) ocorreu a dispensa do júri.

5.21 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob o número 30 (Sociedade X), os três Demandados, enquanto membros do CA da ERSAR, por deliberação datada de 27.04.2018, e conforme despacho exarado sobre a informação n.º 1 - 000340/2018, autorizaram a contratação de serviços de manutenção aplicacional evolutiva e não evolutiva do Portal da ERSAR.

5.22 Para além da aquisição desses serviços, através de tal despacho, os demandados aprovaram as peças procedimentais e autorizaram a assunção de compromissos plurianuais, bem como a submissão da aquisição de serviços para efeitos de obtenção da validação prévia e elegibilidade das despesas por parte da Agência para a Modernização Administrativa, I. P.

5.23 O tipo de procedimento escolhido foi o de concurso público ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, não constando das peças escritas do procedimento a fundamentação da decisão de não contratação por lotes, ao invés do que sucedeu no iniciado com deliberação do CA da ERSAR, datada de 05.11.2018, através de despacho exarado sobre a informação I-001120/2018 em que já foi expressamente fundamentada a não contratação por lotes.

5.24 O procedimento em causa reportava-se à aquisição de serviços de manutenção aplicacional corretiva e evolutiva do Portal ERSAR, que abrange, sumariamente, o seguinte: «a) Desenvolvimento aplicacional evolutivo do Portal ERSAR, de acordo com o levantamento de necessidades e respetivos requisitos funcionais/técnicos devidamente identificados na Clausula Vigésima Sétima no Caderno de Encargos do procedimento; b) Manutenção aplicacional corretiva das funcionalidades já existentes no atual portal ERSAR».

5.25 Relativamente aos procedimentos por ajuste direto identificados no § 5.4 sob os números 11, 20 e 21 e ao procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37:

a) Nos procedimentos identificados no § 5.4 sob os números 20 e 21 não foi efetuada "consulta prévia à decisão de contratar" a outros organismos da Administração Pública, no quadro do mesmo Ministério.

b) O procedimento de ajuste prévio n.º 20 reporta-se a um software protegido por direitos de propriedade intelectual pelo que não podia ser satisfeito através de recursos próprios ou de outros serviços ou entidades da Administração Pública.

c) O procedimento de ajuste prévio n.º 21 corresponde a um procedimento cuja decisão de contratar foi adotada em 7 de dezembro de 2016.

d) O procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 visou a aquisição de serviços de validação de informação reportada no âmbito da regulação da qualidade de serviço e regulação económica levada a cabo pela ERSAR.

e) Nesse procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, conforme resulta da decisão de contratar, a obrigação de consulta prévia estabelecida no n.º 2 do artigo 50.º da Lei de Orçamento de Estado para 2017 foi considerada cumprida pelos serviços da ERSAR e respetivo CA com fundamento na circunstância de o pedido ter sido formalizado «através do ofício n.º 002140/2017, de 09/03/2017, na sequência da deliberação do Conselho de Administração da ERSAR, datada de 2017.03.08, exarada sobre a Informação I-000359/2017), pela ERSAR, junto das entidades a consultar (a saber: SG

sg@sg.mamb.gov.pt); IGAMAOT (secdir@igamaot.gov.pt; DGT (dirgeral@dgterritorio.pt) APA (secretariadodg@apambiente.pt) ; IHRU (cd@ihru.pt)».

f) Tendo na referida Informação I-000359/2017, o Técnico subscritor proposto no ponto 6 a autorização nos seguintes termos: «Nesta senda, e tendo esta Entidade Reguladora, a presente data, em perspetiva a abertura, no ano de 2017, de procedimentos cujo objeto contratual é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 50.º da Lei n. 42/2016, de 28 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2017), submete-se a análise e decisão do Conselho de Administração a autorização de submissão do pedido com vista ao cumprimento, desde já, do disposto no n.º 2 do artigo 50º da Lei n. 42/2016, de 28 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2017)».

g) Em anexo à I-000359/2017 seguiram os formulários referentes aos 5 Lotes para os serviços de auditoria a contratar, ou seja, um procedimento absolutamente idêntico ao do identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, sendo naqueles formulários, claramente se indica o prazo de execução da prestação de serviços – 120 dias – sem a indicação da data de início e fim.

h) Na decisão de contratar do procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 refere-se de forma expressa:

«De acordo com o e-mail, datado de 2017.02.08, remetido à ERSAR pela Secretária-Geral do MAMB, na pessoa de Sua Ex.^a a Secretária-Geral Adjunta, incumbe as entidades referidas no ponto anterior pronunciarem-se, no prazo de 10 (dez) dias de calendário, a contar da data de receção do pedido, sobre a possibilidade de satisfação da aquisição de serviços proposta. Decorrido aquele prazo sem que seja rececionada pronuncia ao pedido, considera-se demonstrada a impossibilidade de satisfação do mesmo por parte das entidades consultadas, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março (Decreto-Lei que estabelece as disposições necessárias a execução do Orçamento de Estado para 2017); [...]

Na sequência do referido nos 2 (dois) pontos anteriores, nenhuma das entidades consultadas se pronunciou, no prazo de 10 (dez) dias de calendário, a contar da data de receção do pedido, pelo que considera-se demonstrada a impossibilidade de satisfação da aquisição de serviços proposta por parte das entidades consultadas, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março.»

i) No procedimento identificado no § 5.4 sob o número 11, a decisão de contratar teve como suporte a prévia informação da decisão de abertura n.º I-001012/2018 em que se submeteu à consideração superior a contratação nos seguintes termos:

«a) A aprovação e autorização de submissão do pedido, junto das entidades a consultar, acompanhado do formulário devidamente preenchido, o qual segue em anexo, bem como de toda a comunicação necessária e que, eventualmente, venha a ser solicitada posteriormente à ERSAR, com vista ao cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 59.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2018); b) A autorização condicionada à verificação prévia do disposto na alínea anterior, do procedimento pré-contratual de ajuste direto, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos».

j) Pelo que, a decisão de contratar adotada no dia 9-8-2018 ficou sujeita à condição suspensiva de cumprimento integral do regime estabelecido no n.º 2 do artigo 59.º da Lei do Orçamento de Estrado para 2018 tendo a produção dos efeitos da decisão de contratar ficado suspensa até que decorressem 10 dias após a submissão da consulta prévia ao abrigo do n.º 2 do artigo 59.º da Lei do Orçamento de Estrado para 2018.

k) O procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 destinava-se à aquisição dos serviços de manutenção do software Conduktiv Technologies consistindo na aquisição do direito de acesso a um serviço de manutenção baseado em serviço de update e upgrade de produto e em serviço de apoio a clientes, reportando-se à renovação do licenciamento do software em causa, dado que o contrato que se encontrava em vigor iria terminar no dia 31 de dezembro de 2016.

l) No aludido procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 tendo todos os atos procedimentais até à aceitação da minuta do contrato pelo adjudicatário foram realizados no ano de 2016 (), mas a outorga do contrato veio a ocorrer no dia 20.01.2017.

m) A Portaria n.º 257/2017, de 16 de agosto, entrou em vigor em 17.01.2017 e por essa via o artigo 49.º, n.º 4, da Lei de Orçamento de Estado para 2017 (aprovado pela Lei n.º 42/2016) que foi regulamentado por aquela também iniciou vigência em 17.08.2017.

n) Depois da publicação da Portaria n.º 257/2017 todos os contratos celebrados pela ERSAR durante o ano de 2017 e abrangidos pela norma da Lei do Orçamento regulamentada por foram comunicados nos termos estabelecidos por esse regulamento com a única exceção do contrato celebrado na sequência do procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21.

o) Os Demandados no âmbito das suas competências determinaram o cumprimento pelos serviços da ERSAR do estabelecido nas regras da Lei de Orçamento de Estado para 2017, o que incluía a norma do artigo 49.º, n.º 4, desse diploma e a não comunicação do contrato celebrado na sequência do procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 decorreu, apenas, de os serviços da ERSAR, o âmbito das suas competências executivas, não o terem processado como abrangido por aquela norma legal, sem que a questão tenha sido expressamente suscitada perante o CA da ERSAR.

5.26 Os Demandados nas deliberações em que aprovaram os procedimentos aderiram ao sentido das informações que lhes foram apresentadas e não identificaram eventuais vícios de legalidade nos procedimentos em causa, apesar de bem saberem que tinham a responsabilidade final pelo cumprimento da legalidade nesses atos.

5.27 Os Demandados agiram livre e conscientemente em todas as deliberações de aprovação de procedimentos acima indicados.

5.28 A falta de entrega dos documentos de habilitação referidos nos §§ 5.5 a 5.10 deveu-se, em grande parte, ao modelo de notificação para a entrega dos documentos de habilitação produzido pela ERSAR que solicitava apenas a entrega das certidões comprovativas da situação tributária e contributiva regularizadas.

5.29 O problema com a entrega dos documentos de habilitação foi identificado pela ERSAR antes da realização da auditoria da IGAMAOT tendo posteriormente aos procedimentos referidos nos §§ 5.5 a 5.10 e antes daquela auditoria sido determinadas ações de melhoria procedimental, o que compreendeu, nomeadamente, alteração do modelo do ofício de notificação para a entrega dos documentos de habilitação passando a ser solicitados aos adjudicatários todos os documentos de habilitação exigíveis pelo artigo 81.º do CCP.

5.30 A identificação de dificuldades em termos de procedimentos de contratação pública também determinou o reforço com mais duas (2) pessoas da equipa do Departamento Administrativo e Financeiro afeta à área de contratação.

*

8. Ainda na sentença recorrida, consideraram-se como factos não provados (f. n. p.):

“6. Tendo por referência a factualidade articulada com relevância para a causa, para além das alegações factuais incompatíveis com matéria julgada provada na parte II.1 e de temas que não apresentavam relevância para o julgamento da causa, não se consideram provados os seguintes factos:

6.1 Nos procedimentos referidos nos §§ 5.5 a 5.10 os adjudicatários não satisfaziam os requisitos suscetíveis de ser provados pelos documentos aí mencionados.

6.2 A «real motivação» do 1.º Demandado e da 2.ª Demandada na adoção e fundamentação dos procedimentos referidos nos §§ 5.11 a 5.14 fosse, ao invés dos motivos invocados nas informações do Departamento Administrativo e Financeiro, «assegurar a continuidade dos serviços da sociedade adjudicatária apesar da mudança ocorrida na lei».

6.3 Os três Demandados não atuaram com o cuidado e a diligência que as situações requeriam e de que eram capazes, nas funções por si desempenhadas, atentas as informações, os conhecimentos e as competências de que dispunham.

*

III – Fundamentação de direito

A. As questões decidendas

9. Considerando as conclusões das alegações do recurso principal e do recurso subordinado, as quais delimitam o objeto dos recursos, sem prejuízo do conhecimento oficioso de outras questões, nos termos do estatuído nos artigos 633.º, 635º, n.º 4, 639º, n.º 1 e 608º, n.º 2, todos do Código de Processo Civil (CPC), estes, como os demais preceitos deste diploma legal adiante citados, aplicáveis *ex vi* artigo 80º da Lei n.º 98/97 de 26.08, na redação em vigor à data dos factos (Lei de Organização e Processo dos Tribunal de Contas-LOPTC) e diploma legal a que pertencerão os preceitos adiante citados sem qualquer outra indicação, as questões a decidir nestes autos podem enunciar-se nos seguintes termos:

1.ª) *A sentença recorrida é manifestamente errónea ao justificar o facto n.º 6.3. como facto não provado, padecendo de incorreta apreciação da prova produzida?*

2.ª) *A sentença recorrida enferma de erro na aplicação do direito, encontrando-se preenchidos os elementos objetivo e subjetivo das infrações imputadas aos demandados?*

3.ª) *A IGAMAOT (Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território) não dispunha de competências para “fiscalizar” a ERSAR, tendo os direitos fundamentais de defesa dos demandados/recorridos sido violados, no âmbito do processo administrativo de fiscalização da ERSAR, o que inquina de nulidade o presente processo?*

4.ª) *A interpretação dos artigos 89.º, n.º 1, al. a), e 90.º, n.º 1 alínea b) ambos da LOPTC efetuada na sentença recorrida, de considerar que o Tribunal de Contas apenas julga a ação intentada pelo MP, sem possibilidade de sindicância do procedimento de recolha de indícios com vista ao eventual exercício da ação, é inconstitucional por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, n.º 4 e no artigo 268.º ambos da CRP?*

Considerando que é de conhecer do recurso subordinado, nos mesmos termos do recurso principal, ou seja, o conhecimento daquele não está dependente da procedência do recurso principal e, por outro lado, uma vez que nada obsta ao conhecimento deste (cf. artigo 633.º, n.º 3, do CPC), as questões atrás enunciadas devem ser conhecidas pela ordem da sua precedência lógica¹ e, nessa medida, impõe-se conhecer primeiro das questões n.ºs 3 e 4, suscitadas pelo recurso subordinado.

¹ Neste sentido cf. Acórdão do STJ de 20.10.1942 (Boletim Oficial, 2.º, pág. 275), citado pelo Professor Alberto dos Reis, com a sua nota de concordância, in Código de Processo Civil Anotado, Vol. V, Coimbra Editora, 1981 (Reimpressão), págs. 289-290.

Vejamos.

*

B. Competência do órgão de controlo interno e nulidade do processo

10. Os demandados requereram, na contestação deduzida, a declaração de nulidade da auditoria da IGAMAOT, por violação do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea b), do CPA dada a “incompetência absoluta” daquela Inspeção Geral para realizar a auditoria à ERSAR e, em consequência, a declaração de nulidade do processo por violação do disposto no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC e dos direitos fundamentais de defesa dos demandados, com a inerente “extinção” do mesmo.

11. A argumentação dos demandados sobre esta pretensão foi bem sintetizada nas “ideias centrais” enunciadas no § 21 da sentença recorrida, que aqui se tomam em consideração.

12. Na decisão recorrida considerou-se que não existia nenhum ato processual afetado pelo vício da nulidade total, pelo que a exceção dilatória em causa - embora os demandados não a tivessem enquadrado processualmente, só poderia ter esse enquadramento na fundamentação da decisão recorrida – deveria ser julgada improcedente, como foi.

13. Analisada a argumentação dos recorrentes afigura-se-nos, ressalvada naturalmente melhor opinião em contrário, que não lhes assiste razão, como a seguir se procurará evidenciar.

14. Temos como certo, atento o estatuído no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC, que o processo de julgamento de responsabilidades financeiras, visando efetivar tais responsabilidades, pode ter por base factos evidenciados em relatórios de ações de controlo levados a cabo pelo Tribunal de Contas ou em “relatórios dos órgãos de controlo interno”.

15. Por outro lado, pese embora a ERSAR seja uma entidade administrativa independente, com um regime de independência “no exercício das suas funções, nos termos previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto” (cf. artigos 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, ambos dos Estatutos da ERSAR, aprovados pelo artigo 2.º da Lei n.º 10/2014 de 06 de março e constantes do anexo à mesma Lei), daí não decorre que esteja isenta de qualquer fiscalização, nomeadamente sobre o cumprimento de procedimentos de legalidade.

16. Pelo contrário, tal fiscalização, nomeadamente em “matéria de gestão financeira e patrimonial” está expressamente prevista nos seus Estatutos (cf. n.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos da ERSAR) e pode ser levada a cabo pelo Tribunal de Contas, mas também pelos órgãos de controlo interno, no âmbito do “regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado” - cf. artigo 2.º, n.º 4, alíneas d) e e) dos Estatutos da ERSAR, artigos 12.º, n.º 2, alínea b) e 57.º, n.º 2, ambos da LOPTC e artigos 2.º e 3.º do DL 166/98 de 25.06, diploma que aprova o sistema de controlo interno (SCI) da administração financeira do Estado e que integra, além dos mais, as “inspeções gerais”.

17. Acresce, como bem se assinala na sentença recorrida (§§ 50 e 51), invocando-se o regime previsto na Lei Quadro das Entidades Reguladoras (LQER), aprovada pelo artigo 1.º da Lei n.º 67/2013 de 28.08 e publicado em anexo a esta Lei, a sujeição das entidades reguladoras ao “regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas” e ao “regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado”, assim como competir ao Conselho de Administração das entidades reguladoras “assegurar as condições necessárias ao exercício do controlo financeiro e orçamental pelas entidades legalmente competentes” (cf. artigos 5.º, n.º 3, alíneas d) e e) e 21.º, n.º 2, alínea f), respetivamente, da LQER)

18. Nesta medida, temos por certo, no seguimento da jurisprudência já afirmada no Acórdão n.º 17/2022-3.ª Secção, (§§ 88 a 91)², embora não diretamente aplicável a este caso, que a independência funcional das entidades reguladoras independentes não é colocada em causa pela circunstância de estarem sujeitas a fiscalização sobre o cumprimento de procedimentos de legalidade, nomeadamente em matéria de gestão financeira e patrimonial, não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade das normas que preveem essa possibilidade de fiscalização, a exercer seja pelo Tribunal de Contas seja pelos órgãos de controlo interno.

19. Reafirma-se que as entidades reguladoras, como decorre expressamente do seu regime legal (máxime artigo 5º n.º 3 alíneas d) e e), da LQER), estão sujeitas ao regime da fiscalização financeira do Estado e da consequente responsabilidade financeira dos que nela exercem competências decisórias. E enfatiza-se que as entidades reguladoras, nesta matéria de cumprimento de procedimentos de legalidade, não são “ilhas” ou “fortalezas” imunes ao controlo financeiro público, no âmbito do sistema público de controlo financeiro do Estado.

20. Por outro lado, como decorre dos autos (cf. §§ 2.1. a 2.5 da sentença recorrida), o relatório de auditoria do órgão de controlo interno que esteve na origem do requerimento do Ministério Público que deu início aos presentes autos, cumpre todos os requisitos exigidos como pressuposto processual necessário para fundamentar o início de um processo de julgamento de responsabilidades financeiras, nomeadamente porque contem os requisitos exigidos pela alínea b) do n.º 2 do artigo 12.º da LOPTC, foi enviado a este Tribunal pelo ministro competente para o apreciar e, já neste Tribunal, foi enviado ao Ministério Público por despacho do juiz competente (cf. n.º 2 do artigo 57.º da LOPTC).

21. Assim sendo, não se vislumbra que o relatório de auditoria em causa padeça de qualquer irregularidade que, à luz dos citados normativos da LOPTC, o desqualifique enquanto pressuposto objetivo, necessário e imprescindível, para nele ser fundado o exercício do direito de ação previsto nos artigos 58.º e 89.º da LOTPC ou, na terminologia da decisão recorrida, enquanto “condição objetiva de procedibilidade suscetível de determinar a absolvição da instância” (cf. § 42 da sentença recorrida).

22. A questão suscitada pelos demandados e ora recorrentes subordinados, relativamente ao relatório de auditoria em causa, ou seja, a eventual falta de competência da IGAMAOT para realizar tal auditoria, é aspeto que não cabe a este Tribunal dilucidar e resolver, porquanto tal matéria não está sujeita ao controlo jurisdicional, nomeadamente do Tribunal de Contas, nesta fase processual.

23. Se os demandados – ou a própria entidade fiscalizada, a ERSAR – consideravam que a IGAMAOT não era a entidade competente para realizar a ação de auditoria em causa deviam ter suscitado essa questão na fase administrativa de realização da mesma, para o que tiveram várias oportunidades, a começar pelo momento em que lhes foi comunicado o início de realização dos trabalhos de auditoria, passando pela altura em que lhes foi concedido o direito ao contraditório e culminando pela possibilidade de impugnarem o despacho do Ministro do Ambiente e da Ação Climática que homologou o relatório de auditoria em causa e determinou o seu envio a este Tribunal de Contas.

24. Em qualquer um desses momentos estava ao alcance dos demandados suscitar a regularidade/legalidade da ação de auditoria, nomeadamente a agora invocada

² Acessível, assim como os deste Tribunal adiante citados, em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/3s/Paginas/acordaos-3s.aspx>

“incompetência absoluta” da IGAMAOT, enquanto órgão de controlo interno competente para a levar a cabo, exercendo então, se fosse o caso, a tutela jurisdicional de controlo da legalidade, nessa fase e através dos tribunais competentes da jurisdição administrativa.

25. Não tendo suscitado então tal questão, nem tendo exercido tal tutela jurisdicional no momento e em sede próprias, não podem agora os demandados suscitar essa questão neste processo, como se a mesma constituísse uma “nulidade” processual abrangida “pelo regime das nulidades processuais estabelecido no CPC”, assim como não podem aqui, na jurisdição financeira, exercer a tutela jurisdicional que não exerceram em tempo e na sede própria, a jurisdição administrativa.

26. Acresce que, ao contrário do que os demandados e ora recorrentes neste recurso subordinado pretextam, não vislumbramos que tenham sido violados os seus direitos fundamentais de defesa, no âmbito do processo administrativo de fiscalização da ERSAR.

27. Na verdade, como bem se salienta na decisão recorrida (cf. § 2.3. da mesma) os demandados foram notificados para exercerem o direito ao contraditório, relativamente a um primeiro relatório (ou relato) sobre as suas eventuais responsabilidades e, como decorre dos autos apensos (processo de auditoria), exerceram tal direito, pelo que em termos substanciais foi assegurado o direito fundamental ao contraditório, como se exige no artigo 12.º, n.º 2, alínea b), da LOPTC.

28. A perspetiva dos demandados e ora recorrentes, neste recurso subordinado, de que “o exercício efetivo deste direito fundamental de defesa pressupõe que o mesmo se processa perante a entidade legalmente competente” e que a IGAMAOT não o seria, não tem fundamento, como já atrás se procurou justificar.

29. Com efeito, não tendo sido colocado em causa, no momento adequado e em sede própria, o procedimento levado a cabo em termos de realização da auditoria e tendo os demandados tido a oportunidade para o efeito, nomeadamente quando lhes foi enviado o relato e para exercerem o direito ao contraditório, antes pelo contrário, tendo exercido tal direito, não é nesta fase – de julgamento em sede de responsabilidade financeira – que aquela questão pode ser suscitada e conhecida.

30. Pese embora, como se disse e se reafirma, não caiba a este Tribunal dilucidar e resolver, nesta jurisdição e fase processual, a eventual falta de competência da IGAMAOT para realizar a auditoria subjacente a este processo jurisdicional, ainda assim sempre se dirá que não se vislumbra que a posição dos recorrentes tenha qualquer sustentáculo legal.

31. Na verdade, considerando a missão da ERSAR, de “regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, abreviadamente designados por serviços de águas e resíduos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano” (cf. artigo 1.º, n.º 2, dos Estatutos da ERSAR) e que a mesma “se encontra adstrita ao ministério com atribuições na área do ambiente” (cf. n.º 1 do mesmo preceito), não se vislumbra que outro órgão de controlo fosse competente, que não a IGAMAOT, integrada no Ministério do Ambiente e Transição Energética, atenta a então orgânica do XXI Governo Constitucional (cf. DL n.º 251-A/2015 de 17.12, com as alterações introduzidas pelo DL 26/2017 de 09.03, DL 99/2017 de 18.08, DL 138/2017 de 10.11, DL 90/2018 de 09.11 e DL n.º 31/2019 de 31.03).

32. Aliás, à mesma conclusão se chega tomando-se em consideração o estatuído no n.º 2 do artigo 9.º da LQER, nos termos do qual “a entidade reguladora considera -se adstrita ao ministério cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora”.

33. Assim, e em resumo, quanto à 3.^a questão atrás equacionada, no essencial é de responder negativamente, ou seja, não vislumbramos que tenha sido cometida qualquer nulidade que inquine de nulidade todo o processo e/ou que os direitos fundamentais de defesa dos demandados tenham sido violados, improcedendo assim as conclusões 1.^a a 21.^a do recurso subordinado.

*

C. Inconstitucionalidade por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva

34. Os demandados, ora recorrentes no recurso subordinado, insurgem-se contra a decisão recorrida por considerarem que nesta se fez uma interpretação inconstitucional dos artigos 89.^o, n.^o 1, alínea a) e 90.^o, n.^o 1, alínea b), ambos da LOPTC, por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.^o, n.^o 4 e no artigo 268.^o, ambos da Constituição da República Portuguesa (CRP).

35. Analisada a argumentação dos recorrentes, afigura-se-nos não ter a mesma qualquer fundamento.

36. Na verdade, ao contrário do que pretextam os recorrentes, na sentença recorrida a interpretação que se fez do “complexo normativo constituído pelos artigos 89.^o a 94.^o da LOPTC” e concretamente das normas deste diploma legal mencionadas no § 34 supra, foi antes no sentido de que eles asseguram, em conformidade com a Constituição, os direitos de defesa, nos termos dos artigos 32.^o, n.^o 10, 20.^o, n.^{os} 1 e 4 e 214.^o, n.^o 1, alínea c), todos da CRP - (cf. §§ 66 a 72 da sentença recorrida).

37. Como aí expressamente se refere, no presente processo de efetivação de responsabilidades financeiras, perante o requerimento inicial do Ministério Público, com alegação dos factos e formulação do pedido, foi reconhecido aos demandados o direito de contestação, complementado pelo direito de participação em audiência, com possibilidade de apresentação de provas e alegações, direitos que exerceram, ficando dessa forma assegurado o direito constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva.

38. Nesta medida, não tendo sido feita na decisão recorrida e quanto aos preceitos legais em causa a interpretação invocada pelos recorrentes, não pode deixar de se concluir que falece de fundamento a imputada violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, no âmbito do processo jurisdicional de efetivação de responsabilidades financeiras aqui em causa.

39. Nestes termos, quanto à 4.^a questão atrás equacionada, é de concluir que não foi efetuada na sentença recorrida qualquer interpretação inconstitucional dos artigos 89.^o, n.^o 1, alínea a) e 90.^o, n.^o 1, alínea b), ambos da LOPTC, improcedendo assim a conclusão 22.^a do recurso subordinado.

*

D. Erro notório na valoração da prova

40. O recorrente, do recurso principal, considera “manifestamente errónea a fundamentação da sentença recorrida para justificar a exclusão da matéria de facto dada como provada quanto ao facto n.^o 6.3. dos factos não provados” (cf. conclusão 1. das alegações).

41. Percebe-se das alegações do recorrente a sua discordância em relação à forma como o Tribunal *a quo* justificou, no ponto 9.2., a não existência de prova quanto ao facto referido no ponto 6.3. dos f. n. p. partindo-se depois, naquelas alegações, para uma asserção conclusiva a de que, face à alegação constante dos pontos n.^{os} VI, I-d), II-o), III-a), b), c), j), e o), IV-a), b), c), d) e g) e V-d) do requerimento inicial, “conjugada com a alegação dos cargos dos demandados”, “não deixa dúvidas no que tange à alegação e prova do elemento

subjetivo da infração, pois ao procederem como procederam, no desempenho dos referidos cargos, não poderiam ignorar as ilegalidades em que incorreram na prática de tais atos”.

42. Também se aponta à sentença recorrida uma “contradição absoluta”, entre aquele facto dado como não provado, por confronto “com o facto dado como provado no ponto 5.26 da sentença...”.

43. Assim as questões a analisar, nesta vertente da impugnação da matéria de facto, são as de saber se é inequívoca, não deixando margem para dúvidas, a asserção conclusiva que o recorrente expõe e, por outro lado, se ocorre uma contradição absoluta entre factos provados e não provados.

44. Desde já se adianta que, percorridas as alegações, nomeadamente o ponto 2 das mesmas, com a epígrafe “da impugnação da matéria de facto”, não se nos afigura terem aí sido invocadas razões suficientemente convincentes para nos permitir concluir ter ocorrido um erro notório na valoração da prova por parte do tribunal *a quo*, assim como verificar-se uma contradição absoluta entre factos provados e não provados, como a seguir se procurará justificar.

45. Decorre do estatuído no artigo 662.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), do CPC, que a decisão sobre a matéria de facto pode ser alterada em via de recurso se a apreciação crítica do conjunto da prova (factos tidos como assentes, prova produzida ou documento superveniente) impuser decisão diversa, assim como deve ser anulada a decisão sobre a matéria de facto quando, não constando do processo todos os elementos que permitiriam a alteração da decisão de facto, o tribunal *ad quem* reputar como “contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto”.

46. Nesta operação de reapreciação da decisão sobre a matéria de facto há alguns aspetos que importa tomar em consideração, um dos quais se prende com o modo de proceder, ou seja, tal reapreciação não importa a realização de um segundo julgamento por parte do tribunal *ad quem*.

47. Com efeito, o exercício que se impõe ao tribunal *ad quem* é o de analisar a fundamentação da decisão recorrida para aferir se a mesma deu cumprimento à análise crítica das provas, no seguimento do comando contido no artigo 205.º, n.º 1, da CRP, nos termos do qual as decisões dos tribunais, que não de mero expediente, “são fundamentadas na forma prevista na lei” e, ainda, tendo presente o estatuído no artigo 94.º, n.º 3, da LOPTC, onde se exige uma análise crítica e “de forma concisa” das provas.

48. Naquele exercício de análise da fundamentação da decisão de facto há que averiguar, num primeiro momento, se a mesma respeita as regras legais de valoração das diversas provas produzidas e se o discurso de análise crítico dessas provas é lógico e coerente.

49. Num segundo momento impõe-se analisar a argumentação das alegações do recorrente para aferir se foram, ou não, cometidos os alegados erros na valoração das provas produzidas e/ou se não foram tomadas em consideração algumas provas e deviam tê-lo sido por serem provas relevantes, de tal forma que a sua apreciação impõe uma decisão diversa da que foi adotada, na decisão recorrida, sobre o/os concretos pontos da matéria de facto impugnada.

50. Ainda nesse segundo momento é de proceder, se for o caso, ao confronto entre factos provados e não provados, apontados como contraditórios, para aferir dessa contradição absoluta.

51. Claro que, naquele exercício de análise e valoração, cada um dos meios de prova não pode deixar de ser analisado e valorado em função do conjunto global da prova

produzida e, por outro lado, na análise crítica das provas, compreende-se uma tarefa de indicação das ilações tiradas dos factos instrumentais, a ponderação das regras de experiência comum e a especificação dos demais fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 607.º do CPC.

52. Tem sido esta a jurisprudência constante deste Tribunal, como decorre, entre outros, dos Acórdãos n.ºs 9/2021-3.ª S/PL, de 07 de abril, 22/2021-3.ª S/PL, de 06 de setembro e 24/2021-3.ª S/PL de 6 de outubro.

53. Aplicando estas considerações à pretensão do recorrente, de alteração da decisão sobre a matéria de facto, vejamos agora se tal decisão padece dos apontados erros de valoração da prova e de contradição entre factos provados e não provados.

54. A motivação da decisão sobre a matéria de facto não provada (cf. § 9 da sentença recorrida), respeita as regras legais de valoração da prova documental produzida - única aqui em causa porquanto não foi produzida outra prova (cf. ponto 4.6 da sentença recorrida -, sendo certo, aliás, que o recorrente também não lhe assaca qualquer violação das regras legais sobre a valoração da prova documental.

55. Por outro lado, tal fundamentação corresponde a um discurso de análise crítica daquelas provas que se nos afigura lógico e coerente e nela se justifica que, feita a apreciação crítica de “toda a prova”, “constatou-se ausência de prova” quanto aos factos não provados, nestes se incluindo o ponto 6.3., “tendo, ainda, sido valorada prova em sentido contrário” (cf. § 9.2. da sentença recorrida).

56. Impõe-se nesta medida concluir que a sentença recorrida é consistente quanto àquilo que, num primeiro momento se impunha analisar, ou seja, o respeito pelas regras legais de valoração das diversas provas produzidas e um discurso de análise crítica dessas provas lógico e coerente.

57. Mesmo no que tange à apontada contradição entre factos provados e não provados não a vislumbramos, muito menos uma contradição absoluta”, entre o f. p. sob o n.º 5.26 e o f. n. p. elencado no n.º 6.3.

58. Na verdade, o que se pode extrair do f. p. n.º 5.26 é apenas que os demandados sabiam que tinham a responsabilidade final pelo cumprimento da legalidade nos procedimentos aquisitivos em causa, que aderiram ao sentido das informações que os serviços administrativos e financeiros da ERSAR lhes apresentaram e que, nessas circunstâncias, “não identificaram eventuais vícios de legalidade nos procedimentos em causa”.

59. Mesmo no pressuposto – que aqui se equaciona apenas para efeitos de raciocínio – de os procedimentos em causa estarem afetados por vícios de legalidade, daqui não “ressalta de forma inequívoca a violação do referido dever de cuidado que sobre os demandados recaía e a diligência exigível à sua qualidade funcional”, como alega o recorrente.

60. Com efeito, é perfeitamente compatível que, em função das informações que dispunham – nomeadamente as informações prestadas pelos serviços administrativos e financeiros da ERSAR – dos conhecimentos de que dispunham – e não vem alegado e provado que os demandados tinham conhecimento de tais eventuais ilegalidades ou que dispusessem de conhecimentos particulares ou especiais que lhes permitissem saber dessas eventuais ilegalidades – das competências de que dispunham e das funções que desempenhavam, os demandados tivessem atuado como atuaram – em termos de condutas objetivas – sem que daí se possa afirmar ou concluir que o fizeram com falta de cuidado e diligência, ou seja, com culpa.

61. Na verdade “a não identificação de eventuais vícios de legalidade nos procedimentos em causa”, com culpa, não pode considerar-se que decorre automaticamente das ações materiais e objetivas levadas a cabo pelos demandados.

62. Essa culpa pressupõe ou exige a demonstração de que, em cada caso concreto, o agente não atuou com o cuidado e a diligência que se impunham e de que era capaz, em função dos conhecimentos que tinha ou devia ter e das competências ou responsabilidades das funções/cargo que desempenhava, que é aquilo que foi considerado não provado no n.º 6.3 dos f. n. p..

63. No fundo e, em resumo, são compatíveis as ações objetivas dadas como provadas no ponto 5.26, ou seja, a aprovação de deliberações e a não identificação de eventuais vícios de legalidade nos procedimentos, assim como o conhecimento por parte dos demandados de serem eles os responsáveis finais por zelarem da legalidade dos procedimentos, com a circunstância de, nas situações concretas, não se ter feito prova de os demandados terem atuado sem cuidado e diligência, ou seja, terem atuado de forma negligente.

64. Vejamos agora aquilo que, ainda num segundo momento se impõe analisar, ou seja, a argumentação do recorrente sobre os erros notórios na valoração das provas produzidas quanto ao facto n.º 6.3. dos f. n. p.

65. Recorde-se que o que está em causa, no n.º 6.3. dos f. n. p., é ter-se julgado como não provado o essencial da alegação constante do ponto VI do requerimento inicial, do seguinte teor: “Os demandados A, B, e C, que autorizaram todas as despesas ilegais acima descritas, não atuaram com o cuidado e a diligência que as situações requeriam e de que eram capazes, nas funções por si desempenhadas, atentas as informações, os conhecimentos e as competências de que dispunham” (sublinhado da nossa autoria).

66. A argumentação do recorrente neste domínio afigura-se-nos porém escassa pois, além de tecer críticas às considerações/razões realçadas nas alíneas a) a d) do ponto 9.2 da sentença recorrida, limita-se a uma asserção conclusiva, a de que dos factos materiais levados a cabo pelos demandados e da sua correlação com os cargos dos demandados, decorre, necessariamente, que os demandados não poderiam ignorar as ilegalidades em que incorreriam.

67. Mas, em concreto, não é apontada uma prova, no sentido do artigo 341.º do Código Civil, ou seja, de “demonstração da realidade dos factos”, concretamente sobre a preposição do n.º 6.3., para infirmar o constante da justificação da sentença recorrida: “ausência de prova sobre as proposições que aí constam” (cf. corpo do § 9 da sentença recorrida); “ausência de qualquer prova no sentido de que os demandados incumpriram deveres de cuidado....” (cf. corpo do § 9.2. da sentença recorrida).

68. Assim como não é infirmada - nem sequer tal exercício foi procurado levar a cabo - a justificação avançada no corpo do § 9 da sentença recorrida, para dar como não provados os factos elencados no ponto 6 dos f. n. p., ou seja, que foi “valorada prova em sentido contrário ao teor das referidas asserções”.

69. Efetivamente, percorrida a factualidade dada como provada, há um conjunto de factos que não podem deixar de ser consideradas como prova, em contrário, à alegada culpa dos demandados, de não terem atuado com o cuidado e a diligência que se impunha, ao tomarem as decisões/ações em causa.

70. São exemplos de valoração de prova em sentido contrário os pareceres de jurista e/ou informações do Departamento Administrativo e Financeiro da ERSAR, que mereceram a concordância da Diretora Administrativa e Financeira e nos quais até a 2.ª demandada

expressamente fundamentou o seu voto (cf. n.ºs 5.11 a 5.13 dos f. p.); as informações do Departamento Administrativo e Financeiro da ERSAR, com informação favorável da respetiva diretora (cf. n.ºs 5.15, 5.16., 5.19, 5.20, 5.21, 5.25, especialmente alínea o) e 5.28 dos f. p.).

71. Desta prova, em sentido contrário, não decorre necessariamente que os demandados, in casu, ainda assim não lhes pudesse ser assacada responsabilidade financeira sancionatória, pois não estamos no domínio das causas de exclusão da culpa, previstas no artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC e artigo 80.º-A do Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais (RFALEI), aprovado pela Lei n.º 73/2013 de 03.09, aditado pelo artigo 3.º da Lei n.º 51/2018 de 16.08.

72. Mas não pode ignorar-se tal prova em sentido contrário, nomeadamente para a sua ponderação na correlação dos factos materiais levados a cabo pelos demandados e dos seus cargos, nomeadamente que aqueles atos materiais foram levados a cabo naquelas circunstâncias, baseados em pareceres/informações e que nenhuma prova foi feita no sentido de que os demandados, em função dos seus conhecimentos e experiência, não deveriam tomar em consideração tais pareceres/informações.

73. Em suma, não acompanhamos a perspetiva subjetiva de análise da prova por parte do recorrente e cremos que a mesma não coloca em causa, em termos de erro na valoração da prova por parte do Tribunal *a quo*, a decisão sobre a matéria de facto.

74. Assim, pelos fundamentos e razões atrás aduzidas, *é de concluir pela resposta negativa à 1.ª questão supra equacionada, não padecendo a sentença recorrida de erro notório na valoração da prova, improcedendo a conclusão 1.ª das alegações do recorrente.*

*

E. Erro de direito e preenchimento dos elementos objetivo e subjetivo das infrações imputadas aos demandados

75. Concorda-se com a alegação do recorrente de que, para a verificação de uma infração financeira sancionatória, se exige “por um lado, enquanto elemento objetivo, uma conduta que viole qualquer dos tipos legais previstos nas várias alíneas do referido art.º 65.º da LOPTC e, por outro lado, a verificação do elemento subjetivo consubstanciado na atuação culposa do agente”.

76. Porém, já não acompanhamos tal alegação quando aí se considera que, relativamente às infrações financeiras imputadas, existe fundamento para condenar os demandados em conformidade com o peticionado no requerimento para julgamento.

77. Desde logo porque, ao contrário do que é pressuposto nas alegações pelo recorrente, não está provada factualidade – tenha-se aqui em consideração a improcedência do recurso quanto à alteração da decisão de facto, que deu como não provada a proposição inserta no n.º 6.3. dos f. n. p. - que permita concluir pelo preenchimento do elemento subjetivo das infrações, ou seja, que os demandados agiram com culpa, ainda que na modalidade de negligência, por não terem atuado com o cuidado e a diligência devidos, relativamente às decisões que adotaram.

78. Na medida em que só é possível concluir pela ocorrência de uma infração financeira sancionatória se se verificar o preenchimento dos dois elementos da mesma, o objetivo e o subjetivo, o não preenchimento deste último tem como consequência, necessariamente, que não seja possível imputar aos demandados as infrações financeiras em causa, o que nos dispensa da averiguação do eventual preenchimento do elemento objetivo.

79. Sempre se dirá, no entanto, que a alegação constante do requerimento inicial sobre as condutas objetivas e subjetivas imputadas aos demandados, articulada com a qualificação das infrações, não terá sido a mais adequada, o que tem necessariamente reflexos quando se afere da verificação dos requisitos das infrações em causa.

80. Vem isto a propósito da alegação inserta no ponto VI do requerimento inicial, em que o demandante, ao alegar o elemento subjetivo das infrações, reduz a atuação dos demandados à matéria da “autorização de despesa” (cf. § 64 supra, em que se sublinhou precisamente esse segmento da alegação), sendo certo que as condutas objetivas alegadas não se relacionam, em regra, com essa matéria (v.g. “falta de apresentação de todos os documentos de habilitação devidos aquando da adjudicação” - cf. ponto I do RI; “violação do n.º 2 do artigo 113.º e n.º 4 do artigo 1.º do CCP” – cf. al. m) do ponto II do RI; “violado o disposto no artigo 49.º do CCP) – cf. al. h) do ponto III do RI e “violação do disposto no n.º 1 do artigo 12.º e 13.º do CCP” -cf. al. m) do ponto III do RI; “não foi ... respeitado o disposto no artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP” – cf. al. e) do ponto IV do RI,) mas antes com a violação de normas relativas à contratação pública (cf. alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º, da LOPTC).

81. Em síntese, e em conclusão, *improcedem as demais conclusões das alegações de recurso principal, sendo de responder negativamente à 2.ª questão supra equacionada e, em consequência, é de manter a decisão recorrida, julgando improcedente o recurso principal.*

*

III – Decisão

Pelo exposto, ao abrigo dos preceitos legais citados, *acordam os juízes que integram o Plenário da 3ª Secção em julgar improcedentes o recurso principal e o recurso subordinado e, em consequência, manter a decisão recorrida, que julgou improcedentes as exceções suscitadas pelos demandados e absolveu os demandados dos pedidos formulados pelo requerente, nos seus precisos termos.*

Emolumentos do recurso subordinado a cargo dos recorrentes/demandados, não sendo devidos emolumentos pela improcedência do recurso principal – cf. artigo 16.º, n.ºs 1, alínea b) e 2 e artigo 20.º, ambos do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo artigo 1.º do DL 66/96 de 31.05.

Registe-se e notifique-se.

*

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

*

Lisboa, 08 de fevereiro de 2023

(António Francisco Martins)

(José Mouraz Lopes)

(Paulo Pereira Gouveia)