



Transitada em julgado

## SENTENÇA nº 04/2009 - 3ªS (Processo nº 1 JC/2009)

1. O digno Procurador-geral da Republica (Adj.) demanda, por responsabilidade financeira reintegratória, o. Antigo Presidente do IPL, Exmo. Senhor Prof. dr. Alberto Augusto Antas de Barros Júnior, na mesma qualidade, o Senhor Prof. doutor Luis Manuel Vicente Ferreira Simões, os Vice-Presidentes de então, Exmo. Senhor Prof. dr. Fernando Leopoldo Severino Otero, Exmo. Senhor Prof. dr. Jorge Manuel Pereira Martins e o Administrador IPL, Exmo. Senhor dr. Antonio José Carvalho Marques.
2. Imputa-lhes a prática da infracção pp no artº 59º/4 da Lei 98/97, 26.08; ao mesmo tempo pede a homologação do saldo de encerramento da conta de gerência IPL 2005, ao abrigo dos artºs 90º/1 d. e 94º/3.4.5 da cit. lei
3. Em síntese:
  - (i) Sob proposta do Administrador, último dos demandados, por despacho, 03.08.04, do primeiro, foi autorizada a celebração de um *contrato de prestação de serviços/avença*, com a Senhora. D. Maria de Fátima Afonso Marques Barreira, aposentada do IPL<sup>1</sup>;
  - (ii) E a 03.10.30, por um período de 60 dias, com a remuneração de € 4 500,00, foi firmado o convénio;
  - (iii) Depois, perante proposta em tudo idêntica e da mesma autoria, por despacho de 03.10.30, o segundo demandado, então Presidente IPL sucessor, autorizou a celebração de um novo *contrato de avença*, com a mesma funcionária aposentada, o

---

<sup>1</sup> Despacho CGA, 03.07.14



- qual teve início em 03.11.02, por um ano, com a remuneração mensal de € 1 700,00;
- (iv) Na sequência, ainda sob proposta do Administrador IPL demandado e acima referido, por novo despacho, 04.10.25, do segundo, aquele contrato foi renovado, 05.10.11, por mais um ano – de 11.04 a 11.05;
  - (v) Idem, sob proposta do já referido Senhor. dr. Antonio J. Carvalho Marques, foi tirada deliberação do C.A/IPL que autorizou a celebração de mais um novo *contrato de avença* com a Senhora. D. Maria de Fátima, tendo participado na votação o segundo, terceiro e quarto demandados;
  - (vi) O contrato foi então celebrado com início em 05.11.01, de novo pelo prazo de 1 ano e com a remuneração fixada de € 1 020,00, decréscimo devido a ter sido reduzida a respectiva carga horária<sup>2</sup>;
  - (vii) Ora, durante todo o tempo da vigência de todos estes *contratos de avença*, a funcionária aposentada sempre acumulou na totalidade quer o montante da respectiva pensão, abonada pela CGA, quer os montantes dos respectivos vencimentos;
  - (viii) Continuou porém a exercer as mesmas funções que desempenhara, antes, no activo, no IPL.
  - (ix) Deste modo, a despesa correspondente às somas indevidamente pagas à Senhora. D. Maria de Fátima, ascende a € 36 569,34, por infracção ao disposto no artº 78º, 79º, DL 498º/72, 09.12<sup>3</sup> com as redacções iniciais e subsequentes.

---

<sup>2</sup> Este ultimo contrato acabou por ter sido rescindido unilateralmente, pela avençada, em 06.08.01

<sup>3</sup> Quando foi contratada, 10.03, estava em vigor o E.A., DL 498/72, 09.12, red. artºs 78 e 79: DL 215/87, 29.05; mas, alterada, por fim, pelo DL 179/05, 02.11, a redacção original dos preceitos impunha um princípio de proibição absoluta de acumulação de funções, apenas derogada por Deliberação de Conselho de Ministros em casos de *prestação única de serviços*. Com o regime do DL.215/87, 29.05, as derrogações poderiam ser permitidas por lei ou quando, sob proposta do Membro do Governo da Tutela, o Primeiro-Ministro deferisse. No que diz respeito ao sistema remuneratório, na primeira versão do E.A (DL.498/72), era mantida a totalidade da pensão a que acresceria uma terça parte remuneratória do exercício das funções acumuladas; na segunda versão (DL.215/87) – no essencial o mesmo regime regra, podendo no entanto o Primeiro-Ministro autorizar um limite superior que não excedesse o valor mais elevado da soma; na terceira



4. Na contestação, porém, os demandados defenderam a improcedência do pedido:
- (1) Mostrou-se indispensável a colaboração da Senhora. D. Maria de Fátima, não para exercer as funções que deixava com a apresentação, mas para ajudar a orientar quer a *formatação* do novo programa informático, quer a importação do *histórico* para o ambiente cibernético;
  - (2) Era necessária, naturalmente por se tratar de alguém que tinha conhecimentos e experiência na área financeira da gestão de estabelecimentos de Ensino Superior Publico, enquanto cedo se verificou que o IPL não ia poder recorrer a funcionário doutra Escola, já que todos tinham carência idêntica;
  - (3) Com efeito, não havia disponibilidade de pessoal habilitado nos serviços centrais para a missão e restava a alternativa de um funcionário de algum dos Estabelecimentos de Ensino do IPL;
  - (4) Mas, da análise levada a cabo logo se verificou a impossibilidade de uma solução confiável;
  - (5) Por outro lado, o Administrador IPL (aqui também demandado) e que propôs a celebração dos contratos críticos, era e é considerado um jurista muito exigente e de alto desempenho;
  - (6) Ora, nenhum dos outros demandados teria autorizado a celebração do(s) contrato(s) ou que fossem pagas as remunerações fixadas, se pudessem ter duvidado sequer de serem legais;
  - (7) Aliás, a situação em causa era pratica que se verificava noutros estabelecimentos de Ensino Superior Publico;
  - (8) E, por fim, as avenças traduziram-se em vantagem para o IPL de valor incomparavelmente superior ao custo;

---

versão (DI. 179/05), actualmente em vigor, o aposentado tem de optar ou por um terço da pensão de aposentação, ou por um terço da remuneração base que compita às funções exercidas, naturalmente conforme lhe for mais favorável:



(9) De qualquer modo, a referida prestação de serviços mostrou-se imprescindível e a prestadora em causa não a teria aceite por preço inferior ao que lhe foi disponibilizado

5. Pronta para julgamento, por não haver motivo que obstasse ao conhecimento de mérito da causa, foi decidida a matéria assente:

(1) *O saldo de encerramento da conta de gerência de 2005 do IPL foi de € 2 060 445,85.*

(2) *Teve pareceres de **favorável com reservas** no juízo sobre a conta e de **homologação**, no ponto de vista do Ministério Público.*

(3) *O primeiro Demandado, Senhor Prof. dr. Alberto A. de Barros Júnior, Presidente do IPL, sob proposta do Administrador Senhor dr. António J. Carvalho Marques, despachou no sentido de autorizar, 03.08.04, a celebração de um contrato de prestação de serviços, na modalidade de avença, entre o IPL e a Senhora D. Maria de Fátima A.M. Barreira.*

(4) *A Senhora D. Maria de Fátima já havia sido funcionária do IPL, mas agora estava aposentada da Função Pública<sup>4</sup>.*

(5) *E sobre o requerimento desta aposentação, 02.11.21, o Senhor Prof. dr. Alberto Antas de Barros despachou: **não há inconveniente para o serviço.***

(6) *Entretanto, o sobredito contrato de avença foi firmado, 03.10.30, por um período de 60 dias, com uma remuneração da avençada de €4 500,00.*

(7) *Decorreu durante os meses 09 e 10.2003.*

(8) *Ao mesmo tempo, a Senhora D. Maria de Fátima passou a ser abonada, 10.2003, da respectiva pensão CGA, pelo montante ilíquido de 14 X € 2 700,52<sup>5</sup>.*

---

<sup>4</sup> Despacho CGA, 03.06.14

<sup>5</sup> Aviso CGA nº 10 152/03, D. R. II S. 03.09.30.



(9) Em 03.10.30, depois, também do mesmo modo sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, foi autorizado novo contrato de avença com a mesma funcionária aposentada, pelo Senhor Prof. doutor Luís Manuel V. Ferreira Simões, então no início de funções como Presidente do IPL.

(10) Este segundo contrato teve início em 03.11.02, por um ano e com a remuneração mensal da avençada de € 1 700,00.

(11) Em 04.10.25, por novo despacho deste último Presidente IPL e do mesmo modo sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, o contrato antecedente foi renovado por mais um ano, de 11.2004 a 11.2005.

(12) E por deliberação unânime do CA/IPL, 05.10.11, ainda sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, foi mais uma vez autorizada a celebração de um novo contrato de avença com a mesma Senhora D. Maria de Fátima Barreira.

(13) Integravam naquela altura o CA/IPL e participaram no acto o Senhor Prof. dr. Luis Manuel V. Ferreira Simões, já referido, na qualidade de Presidente e os Vice-Presidentes, Senhor Prof. dr. Fernando L. S. Otero e Senhor Prof. dr. Jorge M. P. Matias.

(14) Deste órgão do mesmo modo fazia parte o Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques que votou.

(15) O novo contrato de avença teve início em 05.11.01, de novo pelo prazo de um ano e com a remuneração mensal de € 1020,00, com redução da carga horária.

(16) Por fim, este último contrato acabou por ser rescindido unilateralmente pela Senhora D. Maria de Fátima Barreira, 06.08.01.

(17) Durante todo o período de vigência dos contratos de avença referidos, esta funcionária aposentada sempre acumulou na totalidade, quer o montante da respectiva pensão, quer os montantes das remunerações avençadas com o IPL.

(18) A Senhora D. Maria de Fátima Barreira tinha sido Chefe de Repartição (em comissão de serviço) no IPL, correspondendo-lhe, no serviço activo, 03.12.31, a remuneração base de €2 700,52.



(19) *De acordo com os textos contratuais, as funções exercidas, depois da aposentação, pela avençada, eram de assessoria na área dos recursos humanos.*

(20) *Como funcionária do IPL competiu-lhe no antecedente a coordenação da área financeira, recursos humanos e de todo o expediente administrativo.*

(21) *O Senhor Prof. dr. Alberto A. de Barros, quando despachou não haver inconveniente para o serviço com a aposentação da Senhora D. Maria de Fátima Barreira teve em conta a posição pessoal da funcionária, dedicada.*

(22) *Mas já estava em preparação o processo eleitoral para a nova presidência do IPL, à qual pretendia recandidatar-se, com um programa de profunda reorganização dos Serviços Centrais do Instituto.*

(23) *Decidiu mais tarde não o fazer e deixar os planos reorganizativos.*

(24) *Já neste ambiente, em pleno período das férias de verão, surgiu-lhe a notícia do reconhecimento CGA da aposentação da Senhora D. Maria de Fátima Barreira.*

(25) *E o certo é que nos serviços centrais do IPL nenhum funcionário havia com conhecimentos e experiência da área financeira para a substituir.*

(26) *Como solução confiou no parecer favorável do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, reputado jurista da Função Pública, no que diz respeito à celebração da primeira avença.*

(27) *Entretanto, o novo Presidente Prof. doutor Vicente Ferreira intentou o recurso a um técnico superior de uma das Escolas IPL.*

(28) *Mas o remédio não se demonstrou possível a curto prazo.*

(29) *Por outro lado, não lhe pareceu aconselhável abrir concurso, tendo em vista a necessidade de experiência específica para o exercício das funções carecidas.*

(30) *Ainda assim, também não se mostrou possível o recurso a formas de mobilidade: o IPL não tinha quadro de pessoal, contra-motivo de candidaturas e assentimentos.*



(31) Até mais tarde, muitas outras propostas e diligências no sentido da criação do quadro não docente do IPL se frustraram.

(32) Ora, foi por todas estas razões que o Prof. doutor Vicente Ferreira celebrou o outro contrato de avença, por um ano, com a Senhora D. Maria de Fátima Barreira, ao mesmo tempo que se abalçou ao plano de reorganização interna necessário.

(33) Acrescia a implementação informática da área financeira e dos recursos humanos segundo as directivas POC Educação: implicou enormes dificuldades de registo contabilístico.

(34) A Senhora D. Maria de Fátima Barreira auxiliou por essa altura nas ajudas às formatações necessárias e na recolha do histórico para o ambiente informático.

(35) De qualquer maneira, a colaboração desta funcionária aposentada foi variando ao longo do tempo: mais frequente de início e mais esporádica depois.

(36) Por fim, a progressiva diminuição do volume dos serviços prestados traduziu-se para ela numa progressiva diminuição do preço contratado e que recebeu.

(37) Aliás, a situação em causa era e ainda é comum na Administração Pública<sup>6</sup>.

(38) A Senhora D. Maria de Fátima Barreira não teria aceite a avença se o preço contratado ou efectivo viesse a ser inferior ao que lhe foi prestado.

(39) E também no caso do CA/IPL, nenhum dos decisores votaria se não fosse o parecer do Senhor dr. António Carvalho Marques.”

## 6. Cumpre decidir:

---

<sup>6</sup> Vidé Ofício-Circ CGA 2/2009, 01.04: *Têm chegado ao conhecimento da CGA informações sobre casos de exercício de funções pública ou de trabalho remunerado por aposentados, reformados, reservistas e equiparados fora de efectividade de serviço em serviços do Estado...; tal possibilidade encontra-se hoje condicionada... [por] razões de interesse público excepcional...ao contrário do que sucedia no passado...[onde] obedecia então a requisitos francamente menos exigentes...; permito-me alertar...para a necessidade de ser escrupulosamente observado o que sobre esta matéria se encontra actualmente estabelecido...disponibilizando-se desde já CGA para prestar a colaboração necessária à... correcção das situações desconformes...*



- (1) A tese da defesa tem fundamento na alegação de terem sido contratados não serviços de uma funcionária aposentada, mas a transferência de *know-how* necessária ao conceito ou afinação do programa informático incontornável de gestão do IPL nas novas circunstâncias legais da autonomia universitária e exigências da reforma da contabilidade pública,
- (2) Assim, avança o tópico de se ter tratado, neste caso, de uma prestação de serviços radical, com preço contratado após negociações inderrogáveis, de todo estranha ao reticular perfil do estatuto previdencial da avençada.
- (3) Esta a base das razões em que assentam; em particular alegam, depois, todos os demandados, excepto o último – Administrador IPL – terem decidido com apoio na proposta deste profissional, jurista da função pública reputado, conhecido e aceite como meticoloso na análise legal.
- (4) Contudo, os argumentos principais não podem proceder, tanto quanto a tese de uma inconstitucionalidade do sistema remuneratório dos aposentados da função pública por serviços prestados ao Estado-Administração, não tem sido acolhida pelo Tribunal Constitucional.
- (5) Com efeito, interconexionam-se ambos os planos e já o Ac.TC 386/91, 22.10<sup>7</sup> ou o Ac. TC 285/02, 02.06.18, haviam decidido: *contrariamente... não é inconstitucional, por violação do princípio de que para **trabalho igual salário igual**, consagrado no art.º59º/1a. CRP, a norma do artº79º Dl.498/72, 09.12, sempre que o aposentado não receba integralmente a remuneração correspondente ao desempenho das funções públicas que lhe seja permitido desempenhar; só existir[ia] violação desse princípio se, como se sublinha no [1º dos Acórdãos citados], o aposentado recebe[sse], a*

---

<sup>7</sup> Dr. II Série, 92.04.02, pp.3112 ss





*final, menos do que um trabalhador no activo que exerce[sse] em quantidade e qualidade iguais<sup>8</sup>*

- (6) Antes de tudo, vemos que não há motivo hermenêutico bastante para distinguir as prestações de serviços (mesmo lícitas e contratadas pela Administração com os aposentados) de entre uma avença de continuidade da função anteriormente desempenhada e outra com objecto diverso e urgente: é dado este que ao mesmo tempo se retira do artº 79º, DL498/72, 09.12º, não podendo, nem devendo, restringir-se o sentido de *outras funções públicas* às funções estatutárias, vista a lógica constitucional acolhida para a redução remuneratória, como adiante ficará sublinhado.
- (7) No entanto, a controvérsia sobre o sentido legal de que este Acórdão dá notícia, antes de ter tido a solução jurisprudencial anotada e ainda depois, continuou a subsistir no campo da reflexão da comunidade dos juristas com uma solução bifronte, elegível a da minoria, e elegível principalmente no caso do acolhimento que os não-juristas concedem às propostas e pareceres dos peritos, quando estes se dispensam de apresentar todos os argumentos pró e contra do debate.
- (8) Para todos os jurisconsultos, muito embora, *a Constituição consagra no artº 59º/1...o direito á retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o referido princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna: é a reafirmação do principio fundamental da igualdade, consagrado no artº 13º da lei Básica, vertido na óptica dos direitos dos trabalhadores, efectuando-se uma determinação negativa [a proibição da discriminação] e referindo-se um parâmetro positivo [a igualdade de retribuição], sujeito este a avaliação mediante*

<sup>8</sup> Vd. Ac. TC 271/2009, 09.05.27, Dr. II Serie nº127, 09.07.03, I Relatório, 8.12/8.15, segue, aqui: *sendo de uma total clareza ambos os Acórdãos citados, tornam-se desnecessários outros desenvolvimentos...*

<sup>9</sup> [red.orig.]...*nos casos em que aos aposentados seja permitido desempenhar outras funções públicas, é-lhes mantida a pensão de aposentação e abonada uma terça parte da remuneração que competir a essas funções, salvo se lei especial determinar ou o Conselho de Ministros autorizar abono superior, até ao limite do mesmo. No precedente artº 78/1: Os aposentados não podem exercer funções ao serviço do Estado... salvo em regime de mera prestação de serviços... e nos demais casos permitidos pela lei, quer directamente, quer mediante autorização do Conselho de Ministros.*



*critérios objectivos e materiais – logo, não meramente formais – da quantidade, qualidade e natureza do trabalho, aos quais não poderá ser alheia a realidade social e, por fim, definindo-se o objectivo da garantia de uma retribuição do trabalho permissora de um trem de vida, individual e do agregado familiar, adequando ao grau económico generalizado do país<sup>10</sup>*

- (9) *Alguns porém, não acompanhavam o passo seguinte: ...a pensão auferida (que até, numa certa visão das coisas, poderia ser entendida como o posterior pagamento daquela parte da retribuição do trabalho desempunhado pelo servidor do Estado enquanto se manteve no activo,*
- (10) *pagamento esse que lhe não foi feito, porque, ao menos em parte, descontado no vencimento liquido então auferido a titulo de subscrição para a CJA, e que, ajuntado á parte já paga, justificava a remuneração líquida global como ajustada á quantidade, qualidade e natureza do trabalho efectuado) pode, ou deve, ser entendida como a atribuição de um quantitativo ajustado á prossecução da existência condigna de vida do servidor, atentas as condições sociais e familiares que deterá aquando da sua aposentação: a ser assim, estaria efectivada a garantia [Constitucional] e, por isso, a remuneração pelo desempenho por outras funções públicas – ainda que limitada – representaria um **plus** retributivo a crescer ao percebido a título de pensão, pelo aposentado; na verdade, os proventos auferidos pelo funcionário no activo e decorrentes do exercício de funções ou cargos públicos em qualidade e quantidade iguais ás desempenhadas pelo aposentado autorizado a exerce-las constituem, quanto ao primeiro, o núcleo essencial da respectiva retribuição, que há-de obedecer ao comando garantístico da parte final do mencionado preceito da Constituição, derivando, ainda, de algum modo, do próprio direito ao trabalho concedido aos cidadão; ora, se aos aposentados da função*

---

<sup>10</sup> O passo citado do Ac. TC 271/2009 (vd. nota antecedente) tem por referência Gomes Canotilho JJ & Moreira, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, II ed. I vol, pp.321 ss; Leite, Jorge, *Direito do Trabalho e Segurança Social*, pp.305 ss; Lucas Pires, Francisco, *Uma Constituição para Portugal*, 1975 pp.62 ss.



*publica a garantia de existência condigna está assegurada pela atribuição da pensão de reforma, é claro que o quantitativo que percebem além da pensão e advindo do permitido desempenho de outro emprego ou cargo públicos, colocá-los-á, relativamente a essa garantia, em situação não igual á dos funcionários do activo que exercem funções iguais, em quantidade e qualidade, às que o aposentado está autorizado a desempenhar; a remuneração auferida pelo trabalhador da função pública aposentado e em consequência do trabalho “cumulado”, constitui, pois, um **plus** retributivo que não tem origem, directamente, no seu direito ao trabalho, conquanto, obviamente, derive do trabalho desempenhado.*

- (11) É esta clivagem que faz emergir, neste caso, a problemática do erro sobre a ilicitude da conduta na modalidade de erro de permissão, como adiante também veremos. Revisitemos, pois a síntese dos argumentos teóricos acerca da relevância de um impedimento sancionatório com base neste domínio conceptual: os demandados clamam terem decidido sob proposta do jurista que fazia parte da Administração IPL e que, por isso, no contexto da confiança pericial nele depositada acreditaram ter tido um comportamento permitido
- (12) Entretanto, o último demandado, optou em consciência e após estudo aturado do problema pela hipótese de solução derrotada na jurisprudência Constitucional.
- (13) E é aqui que as distinções em torno da natureza, características e efeitos de certos erros sobre a ilicitude têm sido das mais discutidas em direito, problemática, onde são centrais duas ideias: (i) uma tendência para existir um cada vez mais amplo reconhecimento dos efeitos desses erros em benefício dos particulares, mesmo a partir de posições de principio menos generosas; (ii) uma reivindicação cada vez mais intensa de normativismo, perante os excessos psicologistas.
- (14) Vejamos: na proposta de Hens Welzel o dolo foi deslocado para a conduta e separado da anti-normatividade; esta circunstância, na ordem dogmática, levou a um novo tratamento: se o erro viesse a recair sobre a ilicitude da conduta, não excluiria o dolo, apenas se inevitável, mas a culpabilidade - seria factor de inibição sancionatória, se evitável.



- (15) As divergências que surgiram entretanto levaram às *teorias estrita e limitada da culpabilidade*: naquela, qualquer erro inevitável sobre a ilicitude conduz à exclusão da culpabilidade, mas o erro evitável, apenas á atenuação sancionatória, reacção aplicada a título de dolo.
- (16) E a consequência é a mesma para toda e qualquer situação de erro sobre a ilicitude, quer directo quer indirecto, por exemplo quando recaia sobre uma causa, que a existir, tornaria lícita a conduta.
- (17) Na teoria limitada da culpabilidade: o erro que recair sobre situações de facto integrantes das causas de justificação não terá o mesmo tratamento que o erro sobre os limites ou as permissões dessas mesmas causas de justificação – equiparar-se-á, naqueles casos, ao erro de tipo, pese embora não se estar perante um erro de tipo.
- (18) Ora, nos casos de erro de proibição directo, a *teoria estrita* convence e, do mesmo modo, no caso de o erro recair sobre os limites permissivos de uma causa de justificação (juridicidade do facto). Quando o erro recair, porém, sobre os *pressupostos de facto* de uma causa de justificação, o efeito já não pode ser a exclusão da culpabilidade, mas sim do dolo.
- (19) Temos, então:
- (i) *erro de proibição directo*: tem por objecto a norma considerada do ponto de vista da existência, validade e eficácia, e exclui a reprovação de culpabilidade;
  - (ii) *erro de permissão ou erro de proibição indirecto*: recaia sobre uma causa de justificação, tendo por objecto os *limites jurídicos* dessa causa, ou a *existência de uma causa de justificação não prevista em lei*, e exclui a reprovação de culpabilidade, nos mesmos moldes do erro de proibição directo;
  - (iii) *erro de tipo permissivo*: tem por objecto os pressupostos objectivos de justificação legal, existe como errónea representação da situação justificante, incidindo sobre a verdade do *facto*, e exclui o dolo (por ser igual a um erro de tipo).



19. Na *teoria estrita* não existe a variante do erro de tipo permissivo, que é tratado, como erro de proibição indirecto, com a consequência clássica de excluir a culpabilidade, se inevitável, e não o dolo.
20. Na prática, a diferença manifesta-se só quanto ao erro vencível, que será punido por culpa, ou dolo com reduzida sanção, dependendo da teoria adoptada, porque o erro invencível, por ausência de dolo e culpa, ou por ausência de culpabilidade, dá sempre lugar à absolvição.
21. Bem vistas as coisas, nos casos em que o erro recair sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação (erro de tipo permissivo), os efeitos devem ser equiparados ao erro de tipo porque *o agente desejava agir de acordo com o ordenamento jurídico*.
22. Iescheck dá a razão do privilégio que tudo isto supõe para o erro de tipo permissivo em comparação com os casos de erro de proibição indirecto: por um lado, está na *diminuição do desvalor da acção*, porque o autor acredita actuar justificadamente, crença que neste caso se acha referida a uma causa de justificação admitida (o autor acredita actuar juridicamente no sentido do direito vigente); por outro lado, também o conteúdo da culpabilidade própria do facto se reduz, pois a motivação que conduziu à formação do dolo não se baseia numa falta de atitude interna favorável ao direito, mas simplesmente num exame descuidado da situação.
23. Em suma, o privilégio do tratamento do erro de tipo permissivo funda-se na circunstância de o erro recair sobre *situações de facto* e não *situações de direito*. E o real fundamento tem-no na íntima relação com a antiga dicotomia *erro de facto/erro de direito*, ligada ao conceito doutrinal e do ordenamento desfavorável à aceitação da relevância dos erros de direito: *ignorantia legis neminem excusat*.
24. Mas certo é que a *teoria limitada* trouxe uma nova espécie de erro para a dogmática jurídico-sancionatória, o erro de tipo permissivo: mas *erro sui generis*, pois não pode ser classificado como erro de tipo, por não recair sobre os elementos do tipo, nem pode ser classificado como erro de proibição, pois se o fosse deveriam os seus efeitos ser os mesmos dos outros erros de proibição. Espécie intermediária: erro de



- proibição, por recair sobre a antijuridicidade, mas com efeitos de um erro de tipo, por excluir o dolo.
25. Aqui chegados, temos que ter em conta que a exclusão do dolo é justamente onde reside o cerne de toda a crítica que tem sido feita à *teoria limitada*, pois não é concebível que se admita essa exclusão quando, em boa verdade, continuam presentes os elementos que o constituem: a representação ou conhecimento dos elementos do tipo sancionatório e a vontade do resultado sancionável.
  26. Com efeito, se o erro recai sobre uma causa que a existir tornaria a acção legítima, independentemente de ser um pressuposto fáctico ou normativo, o dolo permanece, porque o erro não recaiu sobre nenhum elemento da representação intelectual da conduta típica, mas sobre um ou vários elementos de uma causa de justificação.
  27. Entretanto, chamemos a debate que a inexistência de um elemento do tipo torna a conduta atípica: um erro invencível sobre a existência desse elemento do tipo (erro de tipo) exclui o dolo, ao mesmo tempo que também torna a acção atípica.
  28. E nos casos do erro de tipo permissivo, pode ser, também assim, se o erro for invencível, porque, excluindo o dolo e a culpa (que são elementos do próprio tipo), teremos de chegar à conclusão incontornável de uma atipicidade da conduta.
  29. Continua lógico embora que o dolo não fique desde logo excluído com a presença de um erro sobre uma situação de facto de uma causa de justificação.
  30. Mesmo assim, Claus Roxin, como veremos adiante noutro foco, sugere porventura tratar-se aqui de conduta não dolosa: dolo significa querer a realização de uma conduta que está proibida pelo ordenamento jurídico e o agente não quer realizar nada de ilícito, acredita, pelo contrário, que se trata de conduta juridicamente permitida – não actua com dolo.
  31. Porém, é certo que não merece acatamento, por ora, este modelo argumentativo, pois o autor parece confundir tipo e anti-juridicidade: a consciência de a conduta estar proibida pelo ordenamento significa consciência da ilicitude e não do tipo.



32. Enfim, a partir do antigo brocado *error juris nocet*, foi muito incrementada, no percurso jus cultural a relevância desta figura de erro: o resultado chegou a concepções contemporâneas quer legais, quer doutrinárias e jurisprudenciais da equiparação, por exemplo, do erro do direito extra-penal ao erro de facto.
33. Entretanto, desde que foi introduzido no direito positivo um *standard* de erro, por exemplo, o *standard* do artº 17º CPenal, com consequências específicas, não se duvida de possuir em si e por si mesmo um âmbito e alcance distintivo.
34. Muito embora, à parte não ser possível falar de uma valoração em sentido estrito em todos os casos de elementos geralmente chamados normativos, senão apenas no caso dos predicados de valor, do que verdadeiramente se trata é de identificar quais são as valorações ou, em geral, as referências normativas que devem ser agregadas ao ânimo contrário ao direito, como pressupostos de algo distinto da valoração que supõe um intrínseco juízo de anti-juridicidade.
35. Decisivo não será, em boa verdade, que esse ânimo dos demandados tenha no horizonte, ou não, valorações, nem que, como sujeitos agentes tenham acabado por desconhecer a ilicitude do facto. É fundamental, sim, *ter carecido dos dados necessários para orientar a conduta pelo direito*.
36. Aqui, quem sofre um erro de permissão (geral, que é o que nos importa perante o caso concreto) possui um dado relevante: conhece a realidade do seu facto (não só do ponto de vista naturalístico, mas também nos aspectos normativos) e com perfeita clareza, o que lhe permite, na mediania e do ponto de vista do direito, reconhecê-la, no anverso, à proibição.
37. Ora, estas marcas que devem permitir reconhecer a proibição, desenha-as o legislador, a quem o tribunal (servido pelo juiz *de direito*) não pode substituir-se na redacção das normas. É bem por isso que se justifica um tratamento relativamente mais duro do erro de permissão vencível.
38. Retomemos: quem actua sob um erro de permissão conhece aquilo que é necessário ou imprescindível para uma correcta orientação da



- consciência do agente em relação ao desvalor do injusto: terá de resolver uma questão que é, afinal de contas, uma questão normativa.
39. Logo, apesar de os dados psicológicos da realidade não poderem ser desdenhados em absoluto como pressuposto dessas decisões normativas, os dados disponíveis mostram diferentes graus de possibilidade de seguimento do direito: resultados que emergem, afinal, da consideração de aspectos normados e que o direito pode e deve valorar na hora de decidir (acto sempre normativo) sancionar ou não, ou de o fazer num ou noutro grau e intensidade.
40. No entanto, é verdade que a existência nos tipos de proibição<sup>11</sup>, de elementos normativos de extrema complexidade e de difícil leitura e a existência de um direito sancionatório avulso numa sociedade cada vez mais complexa, tornam evidente que o conhecimento dos factos (incluindo as suas componentes normativas) nem sempre supõe a tomada de atenção que o direito pretende.
41. Outorga relevo esta circunstância ao erro de permissão vencível (salvo em casos de cegueira jurídica ou hostilidade ao direito): uma maior generosidade parece muito mais de acordo com a evolução do tratamento do erro de permissão e com a realidade social e normativa contemporânea – é que pode existir, com muita probabilidade, um desconhecimento actual da proibição por parte do agente.
42. De qualquer modo, superada já a fase em que o conhecimento da anti-jurisprudência se equiparava ao conhecimento da proibição moral ou da lesividade social da conduta, as opiniões doutrinárias a respeito de qual deva ser o objecto do conhecimento da anti-jurisprudência movem-se em torno de dois pólos: (i) o pólo da doutrina amplamente dominante na Europa para a qual basta, no sentido de se afirmar a ausência de erro, que o sujeito conheça (sem que seja necessário um conhecimento reflexivo e expressamente actualizado) estar a sua conduta desvalorizada ou proibida pelo ordenamento jurídico, em qualquer dos seus ramos (consciência da anti-jurisprudência moral/erro de proibição geral); (ii) ou

---

<sup>11</sup> Não se trata de um conceito estritamente penal, mas que diz respeito à generalidade do direito sancionatório ou mesmo de pré conformação da esfera pública, prosseguido o bem comum na consubstancial legalidade da acção do Estado aparelho.





o pólo da doutrina maioritária em Portugal que propõe como objecto do conhecimento da anti-jurisdicção, a anti-jurisdicção sancionatória (decisivo seria aqui o erro de proibição financeira da conduta: erro sobre a punibilidade, ainda que não seja acompanhado de um erro sobre a proibição geral)<sup>12</sup>.

43. A questão controversa tem como cenário uma certa ponderação: até onde se deve exigir ao cidadão o conhecimento das normas e um esforço para obtê-lo?
44. A evolução do tratamento do erro de permissão em direito desde o *error juris nocet* até à actualidade é precisamente a história do menor ou maior reconhecimento de um âmbito de liberdade e sentido que tem de menor exigência ao particular: parece lógico (dado o desenvolvimento e complexidades social e normativa) amplificar essa esfera de liberdade (por isso, não será estéril o esforço de ir mais além).
45. Embora assim, tem razão a doutrina dominante quando sublinha que existe, pelo menos na maioria dos casos em que é conhecido o carácter proibido, ainda que não sancionatoriamente proibido, uma justificação bastante para considerar culpado o agente. Mais concretamente parece que não se pode dizer, nesses casos, que a sua capacidade de motivação pelas normas está excluída ou perturbada, ao menos de um modo que releve para excluir a culpabilidade, muito embora esta como conceito normativo seja susceptível de amplitude.
46. Por outro lado, são conhecidas as reticências que os tribunais opõem a uma estimativa relevante dos erros de permissão e muito mais a considerá-los invencíveis. Deve-se, enfim, tal estado de coisas a um conceito de invencibilidade na coincidência com a *impossibilidade absoluta de conhecer o injusto*. A partir desta perspectiva é muito difícil evidentemente um veredicto de erro invencível, dado que o

---

<sup>12</sup> O argumento central que se esgrime contra esta tese (minoritária em termos europeus) reside no seguinte: quando o sujeito conhece o carácter proibido da conduta, isso mesmo é suficiente para que se motive a favor do direito, sem que seja necessário que conheça estar a realizar um específico ilícito. Em favor da tese argumenta-se, não obstante, que só o conhecimento da proibição sancionatória supõe um completo conhecimento do sentido social negativo do facto e que, assim, se não invade excessivamente o âmbito de liberdade do cidadão, considerado o dever que tem de obter informações sobre o que lhe está ou não proibido.



- conhecimento das normas e, no limite, a possibilidade de alguém se informar contextualmente, se constituem numa saída sem erro.
47. No entanto (regressemos a Roxin) isso mesmo supõe uma exigência excessiva para o agente: dificultaria a vida social, por não poder ter, neste domínio, correspondência adequada com o que a lei pretende. A tendência deve ser, pois, para uma certa retirada de exigências (naturalmente quando haja razões materiais que a fundamentem), apreciando com maior generosidade erros de permissão (in)vencíveis, quando não derivam sem mais do conhecimento comum dos factos ou da socialização normal do sujeito.
48. Uma primeira via da restrição, proposta na Alemanha por Horn, seria a de exigir como primeiro requisito para que o erro seja vencível, a existência psicologicamente contrastada de pelo menos algumas dúvidas inespecíficas ou dúvidas ligeiras do sujeito sobre o carácter proibido do facto, porque só então lhe surgem verdadeiras razões ou motivos para se questionar acerca da licitude da sua conduta.
49. Esta posição é, por um lado, excessivamente generosa na apreciação da invencibilidade: as dúvidas não são o único dos elementos em que se pode fundamentar a capacidade de examinar uma dada situação jurídica - outros há. Por exemplo, *a actuação do agente num sector de actividade especificamente regulado*.
50. Ao invés, é demasiadamente restrita, pois devia considerar vencível o erro quando o sujeito, já tendo dúvidas efectivas, não se informou devidamente, muito embora se não viesse a comprovar, em todo o caso, que a circunstância de se ter informado melhor, i.é, com recurso ao acervo dos dados disponíveis, ainda assim, não teria resolvido essas suas dúvidas: carência esta, que, afinal, o havia levado a considerar lícita a sua conduta. Não é possível, insiste-se, ancorarmo-nos só em dados psicológicos: há que introduzir maiores considerações normativas.
51. As propostas neste sentido procedem de Jakobs, mas é Roxin, que estabelece uma directiva superior a respeito da vencibilidade ou invencibilidade do erro de permissão: o erro é invencível não só quando seja invulnerável à formulação de dúvidas, senão também quando o agente tem razões sensatas, suas, para supor o carácter permitido do



facto: *neste caso a atitude perante o direito que se manifesta no erro não precisa de sanção.*

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

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

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

54. Em conclusão, o erro sobre o que habitualmente se denomina elementos normativos só exime quando o sujeito se equivoca sobre a concorrência no seu facto do elemento proibição em todo o seu sentido material autêntico. De outro modo, estaremos perante um erro de subsunção, irrelevante em si mesmo, mas que, no entanto, em certas ocasiões, como são as deste caso e assim veremos, pode conduzir a um erro, no limite, *erro sobre a proibição sancionatória da conduta.*

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



56. Anotemos que a *teoria limitada* chega ao mesmo resultado da *teoria dos elementos negativos do tipo*, segundo a qual o tipo seria constituído não só pelos elementos objectivos do tipo sancionatório propriamente dito, mas compreende também as *ausências de causa de justificação: tipo total de injusto – a ausência de uma causa de justificação passa a ser mais um elemento do tipo sancionatório*.
57. Então, o autor que age com erro sobre uma causa de justificação (fáctica ou jurídica), erra sobre um elemento do tipo; donde, poder admitir-se que o dolo, segundo esta perspectiva, deva ser excluído por motivo de a representação de um dos elementos do tipo – ausência da justificação – estar viciada: o mesmo resultado só que por fundamentos distintos.
58. Mais além, para superar todas estas dúvidas pode fazer-se apelo à *teoria complexa da culpabilidade*, sustentada principalmente por Wessels, Iescheck e Maurach, segundo a qual, o dolo e a culpa teriam vertentes tanto na conduta como na culpabilidade.
59. Quanto à questão do erro, argumentam estes autores: a *teoria limitada* refere-se à exclusão do dolo da culpabilidade e não ao dolo da conduta – a conduta continuaria dolosa.
60. Esta teoria retorna, porém, à antiga e já superada *teoria psico-normativa da culpabilidade* - ensina Muñoz Conde (Gomes: 2001)<sup>13</sup>: *a teoria final da acção parece haver demonstrado que o tipo pode compreender sem violência essa característica subjectiva que se chama dolo natural, além de outras características subjectivas os chamados elementos subjectivos do injusto – que a doutrina tradicional incluía também nele; voltar a incluir estes elementos na culpabilidade parece uma complicação desnecessária e uma falta anti-sistemática [...]; o que não se pode fazer é querer incluir um*

---

<sup>13</sup> GOMES, Luís Flávio, 2001, Erro do Tipo e Erro de Proibição, *Revista dos Tribunais*, série: As Ciências Criminais no Século XXI, v.3.5, São Paulo.



*mesmo facto em duas categorias sistemáticas distintas, pois então, para que servem as classificações e disposições sistemáticas*

61. Eia, pois: afinal de contas, o estudo da culpabilidade encontra-se em constante evolução, sendo influenciado por novas construções doutrinárias com base firme em critérios de política criminal que trazem para o estudo do direito sancionatório soluções práticas para casos em que, se não se levar em conta uma flexibilidade dogmática, viriam a resultar em graves injustiças e contrariedades do social senso comum
62. No que respeita em particular às *teorias estrita e limitada*, verifica-se esta influência no importante e questionador argumento utilizado pelos defensores da última destas no sentido de o erro vencível sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação só merecer sanção a título de culpa, porque o agente *quis agir em conformidade ao direito*: não seria justo, ou razoável puni-lo por dolo, tal como acontece com aquele que errou sobre a juridicidade do facto.
63. Pontos de vista, afinal, que se valem de critérios de justiça ou de política criminal, e não de uma construção teórica ou dogmática: são necessários, de certa forma, para que o direito sancionatório não acabe por se distanciar do homem como centro e como fim do direito
64. Este percurso revisitador serve para recentrar a problemática em jogo de fito na decisão deste caso: as considerações de política criminal que subjazem ao esforço teórico descrito têm aqui um campo de aplicação pertinente e foi por e para isso mesmo a demora nestes tópicos fluentes
65. Ora bem:

- (i) *O primeiro Demandado, Senhor Prof. dr. Alberto A. de Barros Júnior, Presidente do IPL, sob proposta do Administrador Senhor dr. António J. Carvalho Marques, despachou no sentido de autorizar, 03.08.04, a celebração de um contrato de prestação de serviços, mediante a remuneração fixa, na modalidade de avença, entre o IPL e a antiga e agora funcionária aposentada, Senhora D. Maria de Fátima A. M. Barreira.*



- (ii) *Ao mesmo tempo, a Senhora D. Maria de Fátima passou a ser abonada, da respectiva pensão CGA,*
- (iii) *Em 03.10.30, depois, também do mesmo modo sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, foi autorizado novo e idêntico contrato de avença com a mesma funcionária aposentada, pelo Senhor Prof. doutor Luís Manuel V. Ferreira Simões, então no início de funções como Presidente do IPL*
- (iv) *Em 04.10.25, por novo despacho deste Presidente IPL e, do mesmo modo, sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, o contrato antecedente foi renovado*
- (v) *Por fim, por deliberação unânime do CA/IPL, 05.10.11, ainda sob proposta do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, foi mais uma vez autorizada a celebração de um novo contrato de avença com a mesma Senhora D. Maria de Fátima Barreira*
- (vi) *Integravam naquela altura o CA/IPL e participaram no acto o Senhor Prof. dr. Luis Manuel V. Ferreira Simões, já referido, na qualidade de Presidente e os Vice-Presidentes, Senhor Prof. dr. Fernando L. S. Otero e Senhor Prof. dr. Jorge M. P. Matias*
- (vii) *Deste órgão, ao mesmo tempo, fazia parte o Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques que votou*
- (viii) *Durante todo o período de vigência dos contratos de avença referidos, esta funcionária aposentada sempre acumulou na totalidade, quer o montante da respectiva pensão, quer os montantes das remunerações avençadas com o IPL*
- (ix) *A Senhora D. Maria de Fátima Barreira não teria, aliás, aceitado a avença se o preço contratado ou efectivo viesse a ser inferior ao que lhe foi prestado*
- (x) *Nos serviços centrais do IPL nenhum funcionário havia com conhecimentos e experiência da área financeira para a substituir*



- (xi) *Como solução confiou o Senhor Prof. dr. Alberto A. de Barros, no parecer favorável do Administrador Senhor dr. António Carvalho Marques, reputado jurista da Função Pública, no que diz respeito à celebração da primeira avença*
- (xii) *Foi pelas mesmas razões que o Prof. doutor Vicente Ferreira celebrou o outro contrato de avença, por um ano, e a renovação, com a Senhora D. Maria de Fátima Barreira*
- (xiii) *Por fim, no caso do CAIPL, nenhum dos decisores votaria se não fosse o parecer do Senhor dr. António Carvalho Marques*

66. Todos estes dados da matéria assente, remetem, neste caso, para não se verificarem, senão com referência aos demandados não-juristas, as especificações que acima foram apresentadas para a relevância absoluta do erro de permissão: a dúvida deveria ter sido problematizada e dar lugar a uma solução em sentido contrário à do modelo aceite pelos defendentes, decisores públicos *num sector de actividades especificamente regulado*, fundada no conhecimento e estudo da jurisprudência maioritária, das decisões do T.Constitucional.

67. Teremos de considerar, pois, em face da matéria comprovada, que não foram levados a cabo, pelo demandado Senhor dr. Antonio Carvalho Marques, os esforços ponderados e informativos exigíveis, que nem sequer demonstrou ter encarado a possibilidade de um equívoco de conformidade ao direito da solução aconselhada e de o remover.

68. Sob este ponto de vista, a longa carreira e a reputação de excelência deste jurista, tem de afastar a desculpabilidade do erro substancial: ter feito conformarem-se *hic et nunc* com um parecer minoritário todos os demais demandados, decisores leigos (e a quem se dirigiu como tais), no convencimento *da sua única verdade* – posição minoritária, apesar de tudo possível no jogo aplicativo do direito, acaso tivesse ocorrido uma opção, por assim dizer, *congruente* que pressupõe o dever de encarar e



divulgar junto dos consulentes a dualidade de soluções propostas pela cultura forense (referidas de início).

69. Já não é assim no que diz respeito a estes últimos, naturalmente: têm de ser diferenciados do demandado jurisconsulto pelo *hábito* que hoje reveste, em si mesma, a opinião de um jurisconsulto sénior.

70. No caso destes, perante a circunstância que acaba de ser apontada, de conserva com um exercício das funções públicas dirigentes de pouca experiência significativa, ocorreu certamente o mesmo erro, mas desculpável, no mimetismo do voto da experiência, concorde com o saber especializado.

71. Deste modo, convocando a referência matricial do artº 17º/2 CPenal, numa leitura normativa tendo em conta o prisma da política sancionatória no domínio da autorização de despesas que orienta à proeminência da segurança e clareza dos gastos públicos, sob procedimentos equitativos (incrustados na excelência das magistraturas docentes, em regime de autonomia universitária), ao primeiro demandado poderá ser aplicada, com atenuação especial, a sanção devida.

72. Enquanto isto, todos os outros demandados deverão ser absolvidos.

73. Mas para escolha e graduação sancionatória, deveremos encarar o problema, sob o contraste de algumas das sugestões da *Teoria Económica dos Delitos e das Penas* (Becker, 1968)<sup>14</sup> que utiliza categorias da economia na elaboração das políticas criminais: a análise económica do direito tornou-se, hoje, uma disciplina enraizada, com suporte

---

14 BECKER, G.S. Crime and punishment An economic approach, *Journal of Political Economy*, 1968, p. 537-592 [id., *Chicago Studies in Political Economy*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 537-592].





metodológico incontornável, na ciência jurídica<sup>15</sup> e, apesar de tudo, trata-se aqui de uma responsabilidade financeira restitutiva

74. Citemos, por exemplo, Montero Solero & Torres López (1998: 176)<sup>16</sup> :...o direito deve cumprir uma série bem definida de funções, a saber – [i] eliminar ou reduzir os custos de transacções que impeçam ou limitem o correcto funcionamento do mercado; ...[ii] instaurar um sistema de responsabilidade que estabeleça as condições em que devem ser internalizados os efeitos externos, para uma possível compensação...[iii], em ultima instância, estabelecer um sistema economicamente eficiente de sanções para obstar á prática dos comportamentos vedados ou, no caso de ocorrerem, de aplicação dessas mesmas sanções.

75. Enfim, o ponto de partida teórico desta abordagem problemática é o da análise levada a cabo pelo autor sob espécie do custo/benefício da prática de determinada conduta social lesiva e onde, num tal contexto, emerge uma aproximação nítida entre as teorias económicas e a teoria da prevenção geral negativa da pena: a chave applicativa do direito sancionatório encontrar-se-á nos estímulos e dificuldades inerentes à actividade ilegal, ou seja, nos custos e benefícios que venha a proporcionar.

76. Assim, o sistema sancionatório constrói-se e estrutura-se num conjunto de mecanismos que, com analogia a quaisquer outras actividades de natureza económica, fixe preços inibidores das ineficiências e, que, pelo contrário, incentivem as transacções de risco mínimo que suponham o risco mínimo e a maior utilidade, com o melhor uso possível dos recursos disponíveis para a segurança colectiva.

---

15 Vd. STIGLER, G. J. Law or economics? *Journal of law & economics*, V. XXXV, Outubro/1992, p. 458: sugeriu que em razão da amplitude dos problemas jurídicos que têm sido enfrentados pela ciência económica., invade [esta] todos os domínios do direito

16 MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan, *La economía del delito y de las penas*, Granada: Comares, 1998.



77. Citemos de novo Montero Solero & Torres López (1998: ix):...o infractor tem-se a si próprio como um agente de maximização que avalia racionalmente as expectativas de custo/benefício e oferece a eventual comissão de uma actividade repudiada pela sociedade: a sanção, por seu turno, não é senão o preço resultante de um equilíbrio preciso entre a procura de segurança e a oferta de desvios correspondente; [neste sentido] o sistema judicial não será outra coisa que um autentico mercado no qual se podem resolver este tipo de transacções e no qual se devem otimizar todos os recursos, públicos ou privados, que é preciso investir para alcançar uma combinação desejada entre segurança e despesa eficiente.

78. A relação custo/benefício é, portanto, uma constante a ter de ser levada em conta tanto pelo autor da infracção como pelo ordenamento, sob a perspectiva das políticas sancionatórias, mas o destinatário da sanção, aquando da análise particular que leva a cabo, além dos custos inerentes ao sistema sancionatório - possibilidade de condenação e cumprimento – leva também em conta outros factores, por exemplo, o grau de interiorização e conformidade havido com uma variada gama de princípios e normas sociais: eis o que explica o não cometimento, apesar de uma análise favorável à prática.

79. E tanto quanto neste caso o cálculo implica a utilização de elementos monetários e não monetários, o custo social também não é só monetário, nem tem natureza exclusivamente económica: há custos directos de lesão e custos indirectos, suportados pelo Estado, principalmente através dos gastos do sistema de justiça e, no âmbito dos custos não monetários, o custo institucional afectado ao Estado enquanto entidade de manutenção da paz e harmonia sociais<sup>17</sup>.

---

17 Vd. CALABRESI, G.; MELAMED, D, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral, *Harvard Law Review*, v. 85, 1972, p. 1.089-1.128.,p. 1.126:...o [infractor] não só produz danos á vítima, mas também fulmina as regras e valores protegidos pela norma



80. Montero Solero & Torres López (1998: 25) dividem ainda estes custos em custos imediatos e retardados, referentes, os primeiros, aos gastos com a decisão da prática vedada e, os segundos, derivados das consequências jurídicas, tanto como de um forte custo adicional: a censura imposta pela sociedade ao autor da infracção, no dimensionamento com que se apresenta de rejeição comunitária quotidiana.

81. Mas mesmo reconhecendo toda esta variedade da gama dos custos, a teoria económica tem por objectivo calculá-los em metálico, progredindo em determinar os equivalentes monetários correspondentes, para que seja possível uma análise global das repercussões económicas e sociais das práticas vedadas.

82. Desta maneira, tornar-se-á necessário que se determinem, pois, os equivalentes em moeda corrente para todos os custos/benefícios nelas radicados o que vale dizer: o sistema sancionatório deve aplicar sanções pecuniárias a partir desta estimativa de custo, cobrindo o dano social causado.

83. E haverá de existir, por fim, uma proporcionalidade entre o custo esperado para aplicação da sanção e o custo que o autor impõe com a conduta ilegal: a prática vedada, em suma, como sugere Ehrlich (1979:299)<sup>18</sup> *é uma actividade que impõe externalidades negativas, tanto na riqueza como na utilidade social*

84. Entretanto, não vá sem se dizer que as teorias económicas reconhecem ser imprescindível o conhecimento das leis sancionatórias, inclusivamente nos domínios da mudança, muito frequente, por parte daqueles a quem são submetidas: é forma adequada de antecipação e correcta incorporação do cálculo custo/benefício, quando das práticas ilegais em causa, compatível com o teorema de todas as pessoas poderem ser pelo menos solicitadas a praticar uma conduta ilícita.

---

18 EHRLICH, I, The Economic approach to crime – a preliminary assessment, *Criminological Review Yearbook*, v. 1, Sage Publications, 1979, p. 287-304.



85. Contudo, segundo os economicistas, as incertezas neste campo são sempre mais aparentes do que reais, porquanto os dados mediáticos permitem quase sempre uma ideia aproximada da medida da penalidade a ser imposta por cada tipo infraccional (Bowles, 1982: 58)<sup>19</sup>

86. Na linha de Beccaria<sup>20</sup>, são desta forma instrumentos principais da política criminal a alta probabilidade de condenação e a amplitude sancionatória, ou seja, no dizer de Posner (1992: 172)<sup>21</sup>: *...objectivo final, portanto, da análise económica ... é ...lograr que o sistema criminal como um todo funcione em conformidade com o critério económico de eficiência no emprego dos recursos que no seu desenvolvimento são postos em jogo*

87. Sob este ponto de vista, a sanção patrimonial é considerada como o factor que melhor anula os custos sociais do cometimento ilegal, por razão de um baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como compensador, transfere renda do sancionado para equalizar o prejuízo<sup>22</sup>.

88. A teoria económica dos delitos e das penas parte do modelo de sociedade consensual que radica no senso comum, do livre-arbítrio ou da liberdade de vontade, dos liberalismos do passado e do presente, aí, onde o direito sancionatório protege bens jurídicos universais, devendo ser aplicado de forma rigidamente equalitária e pautando-se pelo inexorável princípio da legalidade: configura a ideologia da defesa social que atribui á

---

19 BOWLES, R, *Law and the Economy*, Oxford: Martin Robertson, 1982.

20 ... o interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos á sociedade sejam os mais raros; os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes á medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum; deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas (Aut.cit., *Dos Delitos e Das Penas*, trd. port.ed. Gulbenkian)

21 POSNER, R. A, *Economic analysis of law*, Boston: Little Brown, 1992.

22 Vd. Becker (1998: 565): sugere que a pena de multa, para atingir um nível de excelência, deve permitir que dentro da compensação feita pelo infractor á vitima, seja o particular ou o Estado, se atinja a situação existente anterior ao cometimento, isto é, o valor decorrente da pena de multa deve fazer jus á total reparação pelo dano sofrido a ponto de restituir á mesma e idéntica situação anterior em que se encontrava o prejudicado com a prática infraccional.



sanção as funções oficiais declaradas de retribuição, prevenção geral e prevenção especial<sup>23</sup>

89. Contudo, não é possível ignorar as divergências e os conflitos próprios a uma desigual distribuição do poder e da influência nas nossas sociedades: tem de ter importância quem pratica o comportamento ilícito e porque o faz, no confronto, sim, com quem tem o poder de definir quais serão os comportamentos sancionatórios e quais os objectivos reais previstos para a utilização deste sistema legal e social de controlo - este dado, no que nos importa para a solução do caso, obtém transcrição constitucional num ordenamento que protege a opinião pluralista e defende um espaço para o pensamento minoritário.

90. Por conseguinte, o *pathos* sancionatório não pode incluir algo de inerente a quem comete a ilegalidade, como um mal prévio que aflora na prática da conduta descrita no tipo, mas sim o conceito de, pela razão mesma de a conduta estar descrita, desencadear de si uma reacção social adequada contra a prática dela em si própria, desta forma, com origem, social e definitiva e no âmbito e alcance de um *direito que se afasta de forma clara e explícita do serviço instrumental do poder*, com o fim de manter o *status quo*, principalmente.

91. É, aliás, no ponto de vista de um programa crítico desta natureza que têm base imediata e constitucional os preceitos: *(i)* do artº 60º, DL98/97, 28.08, quando faz indexar ao dolo e culpa grave a disposição prudencial do TContas em condenar o responsável na reposição das importâncias não arrecadadas em prejuízo do Estado; *(ii)* do artº 64º do mesmo diploma legal, quando ordena *a avaliação da culpa*, em concreta situação do agente na burocracia do Estado-aparelho, *tendo em conta as*

---

23 Vd. ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999 p. 159-160:...*a criminologia tradicional deixa de fora do seu objecto a análise e a crítica do poder criminalizante. Unicamente procede ao estudo dos criminalizados (seleccionados). Embora seja incompatível com o direito penal de culpabilidade e do acto, combina-se perfeitamente com um direito penal do acto que se limita aos caracteres jurídicos do acto sem entrar no sentido teleológico da punição e sua crítica*



*competências do cargo ou a índole das principais funções e o volume e fundos movimentados, ou ainda o montante material da lesão dos dinheiros ou valores públicos; (iii) para no nº2 do inciso conceder ao Tribunal um motivo justificado e a faculdade de reduzir ou ressaltar a responsabilidade em que houver incorrido o infractor; (iv) ou, no artº 65º/7, dispor: o TContas pode, quando não haja dolo dos responsáveis, converter a reposição em pagamento de multa de montante pecuniário inferior...*

92. Com efeito, a lei reequilibra desta maneira precisamente um déficit de poder e influência social na relação decisor publico/hegemonia-do-Estado-aparelho, fazendo intervir, com ampla eficácia, o julgamento judicial e prudencial do caso, numa tábua de indicadores e referências que não podem deixar de ter em conta, aqui, o dado da matéria provada seguinte: *...a situação em causa era e ainda é comum na Administração Pública*<sup>24</sup>.

93. Prosseguindo na linha da exposição: em face do disposto no artº 73º/1 c CPenal, posto que esta norma modifica a sanção aplicável, para montante variável com um máximo (reduzido de 1/3) e um mínimo (mínimo geral), considerado o ambiente de cometimento da proibição (como se disse: *compreende-se a opção pela solução jurídica minoritária fundada na autonomia do jurista, num quadro de sobre estimativa capacitadora*, erro que, no limite, a teoria económica dos delitos e das penas valoriza), passar-se-á à graduação sancionatória visto que tudo nos aconselha, segundo a perspectiva morigerada exposta na parte final, apesar de tudo, a um ilogismo da relevação da responsabilidade do demandado.

---

<sup>24</sup> Vid.nota 6: Ofício-Circ CGA 2/2009, 01.04:



94. Com efeito, o demandado levou a um extremo ineficiente essa autonomia de pensar a lei, que efectivamente cabe aos juristas, mas não seguindo procedimentos, em si próprios eficazes, de registo protocolar, com o objectivo de obter a consistência do debate e a transmissão aos consulentes dos dados do campo problemático e solução a partir da qual aconselhou as decisões concordes com o direito, segundo o seu particular e convicto parecer.

95. Para aquele desígnio primeiro terá importância, pois, atribuímos uma pontuação de grau intenso, numa escala de 1 a 6<sup>25</sup>, à culpabilidade efectivamente revelada na conduta do demandado.

96. Será de estimar, segundo esta escala, e tendo em conta as circunstâncias acima sumariadas (que apontam para um descuido de demonstração da tese eleita, frente a não-juristas), o grau 1 da intensidade da censura concreta a considerar neste caso.

97. Importa por fim escolher a sanção entre reposição ou multa, para o que optaremos pela tese da teoria limitada da culpabilidade de *o erro vencível sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação só merecer sanção a título de culpa porque o agente quis agir em conformidade ao direito: não seria justo, ou razoável puni-lo por dolo*

98. Se já graduamos a culpa de 1 para 6 do visado, não pode esta senão ser considerada como culpa abaixo da *culpa grave*, portanto, não cabe a reposição, mas sim a multa menor.

---

<sup>25</sup> Escala em que 6 corresponda a erro indesculpável muito maior, 5 indesculpável maior, 4 indesculpável, 3 indesculpável menor, 2 indesculpável muito menor, 1 indesculpável mínimo



99. Esta terá de ser estimada duas vezes, tendo em conta a alteração da lei, para se aferir qual o regime concretamente mais favorável ao demandado; assim, temos uma multa em que o máximo é € 20 834,87, e o mínimo € 1 488,20<sup>26</sup>, segundo a redacção anterior à lei 48/2006, 29.08 que alterou o artº 65º/2, lei 98/97, 28.08, e uma multa de € 15 300,00 e € 1 530,00, no dispositivo actual.

100. Posto isto, multa acertada de € 2 066,95, no primeiro quadro e uma multa final de € 1 445,00, no segundo dos enquadramentos legais acima referidos: esta ultima sanção é escolhida por representar, portanto, essa em particular que resulta do regime mais favorável ao demandado<sup>27</sup>, e seguindo todo o conjunto das justificações normativas até aqui apresentadas.

## 9. Final:

Tudo visto, atendendo às justificações da lei que a seu tempo foram seriadas, vai julgado procedente o pedido no que diz respeito ao demandado Senhor dr. Antonio José Carvalho Marques, Administrador do IPL, condenado, por conseguinte, na multa, de € 1 445,00 em substituição do montante a repor pedido e por prática da infracção financeira reintegratória que o digno Procurador Geral da Republica (Adj.) lhe imputou, ao abrigo do disposto no artº 59º/1, Lei 98/97, 26.08.

No seguimento, vai do mesmo homologado o saldo do encerramento da conta, IPL 2005, por razão do parecer e pedido nesse sentido, não havendo lugar à reposição, como se viu (artº 94º/4 da. Lei 98/97, 26.08).

---

<sup>26</sup> Dados oficiais do vencimento do Senhor dr. Antonio Carvalho Marques, fornecidos pelo IPL, 09.09.02.

<sup>27</sup> Nos cálculos, em que intervieram os limites máximo e mínimo provenientes da atenuação extraordinária, consideraram-se os dois mínimos especiais da pena por serem inferiores ao mínimo geral de 10 dias de multa a € 200,00, perante um vencimento mensal liquido de € 2 976, 41.





# Tribunal de Contas

---

Os restantes demandados vão absolvidos do pedido.

Emolumentos: são devidos pelo demandado Senhor dr. Antonio José Carvalho Marques, nos termos do artº 14º/1 do RJETC anex. Dl. 66/96, de 31 de Maio, isentos os demandados absolvidos nos termos do artº 15º cit.

Lisboa, 3 de Setembro de 2009

(António Santos Carvalho)