



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Não transitado em julgado

RECURSO ORDINÁRIO N.º 4/2017

Processo n.º 2/2017 JRF 3.ª Secção

ACÓRDÃO N.º 21/2017 - 3.ª SECÇÃO

Acordam os Juízes Conselheiros que compõem a terceira secção:

I – RELATÓRIO

Em processo de julgamento de responsabilidades financeiras, que move a **Vitor Manuel da Silva Santos, José Monteiro Fernandes Brás e Ascenso Luís Seixas Simões** (ids. nos autos), o Ministério Público (MP) recorre da sentença da 3.ª Secção que absolveu os demandados da acusação da prática das infracções financeiras de natureza sancionatória e reintegratória que lhes eram imputadas.

Isto por, enquanto presidente e vogais, respectivamente, do conselho de administração da ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, não terem procedido à entrega nos cofres do Estado do montante correspondente a 85% do valor acumulado dos saldos de gerência, resultados transitados e apurados no final do exercício de 2009, nos termos do disposto na al. f) do n.º 1 do art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, em infracção ao previsto no art.º 60.º e nas als. a) e d) do art.º 65.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC).

Para o efeito, o recorrente conclui assim as suas alegações:

A) Da impugnação da matéria de facto

i) Factos que deveriam ter sido levados à decisão sobre a matéria de facto

1. Os factos constantes no artigo 18.º da Petição Inicial não foram levados à decisão sobre a matéria de facto.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

2. A prova desses factos resulta da informação recolhida pela IGF (cfr. Informação n.º 1286/2013, junta com a PI) e de fls. 61/62 do processo apenso, sendo certo que não sofreu qualquer contestação por parte dos demandados.

3. Razão pela qual, devem os factos constantes do mencionado artigo da Petição Inicial ser incluídos na decisão sobre a matéria de facto e, consequentemente julgado provados.

ii) Factos cuja resposta deveria ter sido "provado"

4. A sentença recorrida deu como não provado que:

- "Os Demandados sabiam que a não entrega do montante de € 2.446.554 violava o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010 e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável."
- "Os Demandados ao não terem entregado nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, se tivessem conformado com a realização de qualquer infração financeira sancionatória".

5. Porém, a prova produzida nos autos impunha decisão diversa (provado).

6. Em primeiro lugar, as informações da DGO e o despacho SEO, de que os demandados tiveram conhecimento, nos termos das quais deveriam dar cumprimento ao n.º 1, alínea f), do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010 (cf. alíneas H), H1 e I, da factualidade provada).

7. Em segundo lugar, as informações da IGF n.ºs 339/2011/IGF e 1447/2012/IGF, do conhecimento dos demandados, no sentido do cumprimento do aludido normativo, sob pena de serem instaurados procedimentos para aplicação das responsabilidades inerentes,



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

nomeadamente de índole financeira.

8. Por último, porque o entendimento dos demandados, no sentido de que o artigo 8.º, n.º 1, alínea f) da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, não era aplicável à ERSE, sendo-lhes antes aplicável o n.º 2 do referido artigo 8.º, não faz qualquer sentido, dado não resultar deste preceito alguma excepção aplicável à ERSE (cf. fundamentação da sentença recorrida quanto aos factos julgados não provados).
9. Razão pela qual se deve alterar a consideração de não provado de tais factos para provado.

B) Do direito:

10. A tese da ERSE no sentido de que, por ser financiada por receitas próprias, não estaria abrangida pelas obrigações dos restantes serviços e fundos autónomos, carece de fundamento.
11. De facto o legislador inclui expressamente a ERSE no rol das entidades reguladoras que estavam obrigadas ao cumprimento dessas obrigações.
12. Ademais, não existe nos estatutos da ERSE qualquer norma especial que contrarie a imposição do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, único caso em que o legislador admite uma aplicação diferente dos saldos.
13. Não é defensável que a mesma possa resultar do artigo 50.º do Dec. Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, que nada dispunha acerca de eventuais transições de saldos ou, inclusive, das Diretivas Comunitárias n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, que apenas mencionam o dever do Estado Português assegurar à ERSE a atribuição de autonomia financeira e de um orçamento próprio.
14. Só a partir da entrada em vigor do Dec. Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho (ocorrida em 26 de Junho de 2013) é que se tomou possível a dedução dos



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

saldos de gerência às tarifas (a aplicar só aos factos futuros e nunca aos anteriores saldos acumulados), uma vez que anteriormente não existia legislação que o permitisse.

15. Mesmo no caso da lei-quadro das entidades reguladoras - Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto - se poderá considerar que põe em causa o que anteriormente foi legislado para os saldos apurados no ano de 2009, sob pena de se contrariar o princípio geral de aplicação das leis no tempo e o princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, face às demais entidades reguladoras cumpridoras.
16. Em suma, ao contrário dos fundamentos da sentença, entendemos que a interpretação veiculada pela ERSE sobre a não aplicação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f) da Lei n.º 12-A/2010, não tem qualquer fundamento, não podendo, por isso, ser considerada como "uma interpretação possível dentro das diversas soluções plausíveis em direito permitidas".
17. Impõe-se, em consequência, que a sentença seja revogada neste segmento, condenando-se os Demandados pela prática da infração prevista no artigo 65.º, n.º 1, alíneas a) e d) da LOPTC, por violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho.
18. Como se alcança da leitura do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, cit., ele insere-se num conjunto de medidas de consolidação orçamental que tiveram como escopo essencial reforçar e acelerar a redução do défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento (pEC).
19. O legislador atuou numa situação de emergência económica e impôs às entidades reguladoras uma medida que também contribuisse para a



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

consolidação orçamental a que o país se encontrava obrigado.

20. A cessação automática da sua vigência resulta claramente do próprio teor do preceito, pois apenas estão em causa os saldos de gerência apurados no final do exercício de 2009 (cf. artigo 8.º, n.º 1, alínea f) da citada lei).
21. Estamos, pois claramente perante uma " norma temporária", na modalidade das chamadas "normas de emergência", no caso destinada a reforçar e acelerar a redução do défice excessivo e controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento.
21. Significa isto, que os factos cometidos pelos demandados durante o período de vigência daquela norma continuam a ser puníveis por força do disposto no artigo 2.º, n.º 3, do Código Penal.
22. Por conseguinte, a sentença recorrida deve igualmente ser revogada neste segmento e substituída por outra que determine a condenação dos demandados pela infração prevista no artigo 65.º, n.º 1, alíneas a) e d), da LOPTC, por violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho e artigo 2.º, n.º 3, do Código Penal.
23. De uma interpretação conforme ao elemento literal do artigo 60.º da LOPTC, resulta que qualquer das situações aí previstas - não liquidação, não cobrança ou não entrega de receitas - é suscetível de preencher o tipo de ilícito que vem imputado, nos autos, aos demandados.
24. Também numa interpretação conforme ao elemento teleológico da norma do citado preceito se alcança a mesma conclusão.
26. É que a arrecadação sem entrega tem o mesmo efeito prático que a não arrecadação - prejuízo do Estado ou de entidades públicas. Daí que o



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

legislador tenha sancionado, para além da falta de liquidação ou cobrança, também a falta de entrega de receitas em prejuízo do Estado ou de entidades públicas.

27. Em suma, não faz sentido sustentar que só a não arrecadação de receitas em prejuízo do Estado ou de entidades públicas é pressuposto da reposição e da consequente condenação dos demandados.

28. Pelo que deve a sentença recorrida ser revogada neste segmento e substituída por outra que julgue que os demandados praticaram a infração de natureza reintegratória, que lhes vem imputada nos autos, prevista no artigo 60.º da LOPTC, com a consequente condenação.

Termos em que, deve o presente recurso ser julgado procedente, revogando-se a dita sentença recorrida e substituindo-se a mesma por outra que decida pela condenação dos demandados nos termos peticionados.

Na sequência da admissão do recurso, os recorridos foram notificados (fls. 16), nos termos e para os efeitos do art.º 99.º, n.º 2, da LOPTC, para responderem no prazo de 15 dias, tendo apresentado todos as suas contra-alegações (fls. 27-42), que assim concluíram:

(A) A decisão proferida pela 3.ª Secção do Tribunal de Contas (Sentença n.º 8/2017 de 5 de junho de 2017) no âmbito do Processo n.º 2/2017 - JRF 3.ª Secção não padece de qualquer erro no julgamento da matéria de facto ou no julgamento da matéria de direito, devendo a mesma manter-se nos seus exactos termos;

(B) Em relação ao julgamento da matéria de facto, não deve o artigo 18.º da



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Petição Inicial ser considerado nos termos agora aduzidos pelo Recorrente, como também deve manter-se a factualidade considerada como não provada pela Sentença;

- (C) Em ambos os casos, o Recorrente pretende pôr em crise o facto de os Recorridos poderem ter um entendimento próprio a propósito da aplicação do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, querendo dar relevo à ideia de que a posição díspar da IGF deve prevalecer e de que o conhecimento que os Recorridos tiveram da mesma é condição suficiente para que estes tivessem consciência da alegada ilicitude financeira;
- (D) No âmbito da responsabilidade financeira sancionatória, consideram os Recorridos não terem violado a alínea f) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, e, por conseguinte, não poderem ser julgados responsáveis nos termos das alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, por a terem violado.
- (E) Os quatro argumentos apresentados a este respeito pelo Recorrente devem ser considerados totalmente improcedentes.
- (F) O Recorrente não logrou demonstrar por que razão o artigo 50.º dos estatutos da ERSE vigentes à data da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, interpretado num sentido conforme com o n.º 5 do artigo 35.º da Diretiva 2009/72/CE e com o n.º 5 do artigo 39.º da Diretiva 2009/73/CE, não permite a aplicação da exceção prevista no n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho.
- (G) Em decorrência, o argumento de que a dedução dos saldos de gerência só foi possível com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, naturalmente falece, tal como falece a ideia de que este mesmo



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

decreto-lei só pudesse aplicar-se aos saldos futuros e não aos saldos pretéritos.

- (H) O Recorrente faz uma má leitura do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, não sabendo conjugar a regra geral do n.º 1 com a regra excecional do n.º 2, pelo que não tem qualquer cabimento argumentar que o artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, constitui norma especial que sempre prevaleceria sobre as normas constantes dos estatutos da ERSE, quando inclusivamente o n.º 2 do referido artigo 8.º prevê a prevalência das normas especiais constantes dos estatutos das entidades reguladoras.
- (I) Por último, contrariamente ao pretendido pelo Recorrente, o n.º 3 do artigo 2.º do Código Penal não tem qualquer aplicação à situação objeto dos presentes autos, uma vez que o artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, não constitui uma norma temporária para efeitos de aplicação da lei sancionatória no tempo, por não se verificarem os pressupostos da exclusão da aplicação retroativa de leis mais favoráveis.
- (J) No âmbito da responsabilidade financeira reintegratória, não logrou igualmente o Recorrente demonstrar estarem preenchidos todos os pressupostos previstos no artigo 60.º da LOPTC, nomeadamente os que exigem que uma atuação dolosa e com culpa grave do agente, reconhecendo inclusive que os Recorridos procederam à arrecadação da receita e que a mesma não saiu da esfera pública, apesar de não ter sido transferida para o Orçamento do Estado;
- (K) Por último, é de referir ainda que a aplicação do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, no sentido que é proposto pelo Recorrente é inconstitucional por violação do disposto no n.º 3 do artigo 8.º, no n.º 2 do artigo 103.º e no n.º



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

3 do artigo 267.º da Constituição;

(L) Como também é inconstitucional a aplicação do n.º 3 do artigo 2.º do Código Penal no sentido proposto pelo Recorrente, por violação do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, uma vez que ao caso em apreço não é possível excluir a aplicação retroativa da lei mais favorável.

Termos em que devem as presentes Contra-Alegações proceder, por provadas, mantendo-se a sentença recorrida nos exactos termos dela constantes, tudo com as demais cominações legais. Assim se fazendo a habitual Justiça!

Corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A douta sentença recorrida tomou como base factual a que a seguir se descreve.

A – Os factos provados

A) A Inspeção Geral de Finanças (IGF) procedeu a uma ação inspetiva à ERSE que incidiu sobre o cumprimento das medidas de consolidação orçamental - transição dos saldos de gerência de 2009. (v. Processo n.º 2011/88/A8/21-IGF, apenso aos autos);

B) Durante todo o exercício analisado (1 de janeiro a 31 de dezembro de 2010), os dois primeiros Demandados integravam o Conselho de Administração da ERSE, o primeiro na qualidade de Presidente e o segundo na qualidade de Vogal. (v. fls. 32 dos presentes autos);

C) O terceiro Demandado, no mesmo Conselho, exerceu as funções de Vogal, de 10



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

de maio a 31 de dezembro de 2010. (v. fls. 32 dos presentes autos);

- D) Em 7 de março de 2007, o Secretário de Estado do Orçamento autorizou a reversão dos saldos de gerência entre 2003 e 2005 para as entidades concessionárias, no montante M€ 1,2 «no sentido de os fazer repercutir nas tarifas, visando colmatar parcialmente o tarifário atualmente existente», considerando que o artigo 50.º, n.º 3, do DL 97/2002, de 12 de abril, estipula que as contribuições recebidas da entidade concessionária da RNT e da entidade concessionária da rede nacional de transporte de gás natural são incluídas nas tarifas a praticar pelas entidades concessionárias. (v. Informação 339/2011, da IGF, fls. 3 v.º do processo apenso);
- E) Os saldos de gerência da ERSE acumulados nos exercícios de 2008 e 2009 eram os seguintes:

Unidade: Euros

Saldo da Conta de	Saldo da Conta de	Saldo = B-A
Gerência 2008 (A)	Gerência 2009 (B)	
2.232.033,00	2.878.299,00	646.266,00

Fonte: Mapa dos fluxos de caixa do ano de 2009

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 3);

- F) Os Demandados, nas qualidades acima referidas, decidiram não entregarem nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, ou seja, o valor de 2.446.554,00€, por entender que a alínea f) do n.º 1 artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, que aprovou um conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental, não era aplicável à ERSE, sendo-lhe antes aplicável o n.º 2 do referido artigo 8.º.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

(v. factualidade constante das alíneas D), reportada a um antecedente em que os saldos de gerência foram devolvidos, e razões aduzidas pela ERSE descritas nas alíneas G), I), J), L), M) e N) do probatório, justificativas da decisão de não entrega nos cofres do Estado de 85% do saldo acumulado na gerência de 2009).;

- G)** Em 1 de junho de 2010, a ERSE remeteu ao Senhor Secretário de Estado do Orçamento a sua posição face às iniciativas legislativas aprovadas que obrigavam a congelamentos (artigo 2.º da Lei 3-8/2010, de 28 de Abril) e cativações (artigo 3.º do DL n.º 72-A/2010, de 18 de Julho) nos orçamentos dos serviços autónomos, solicitando que fosse dispensado do seu cumprimento.

Em sua opinião «(, . .) os *estatutos da ERSE (. . .), aprovados pelo Decreto-Lei 97/2002, de 12 de abril, no seu artigo 50.º, são bem claros ao determinarem que o seu orçamento é financiado, unicamente, pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, não permitindo de para ele serem canalizados transferências do Orçamento do Estado. Ao mesmo tempo, está bem claro que, aos montantes das receitas que integram o orçamento da ERSE, não pode ser dado destino diferente, nem sofrer qualquer limitação que não seja, unicamente, o assegurar o cabal cumprimento das atribuições que lhe estão conferidas e o funcionamento dos seus serviços. No momento em que a ERSE prepara o Plano de Atividades e Orçamento para cada ano, fica determinado que o esforço pedido aos consumidores se limita ao mínimo essencial, garantindo-se unicamente que os ,-. saldos, a existirem, serão devolvidos aos consumidores tal como aconteceu em 27 de agosto de 2007 no montante de 1.202.589,00 euros, através da incorporação nas tarifas reguladas*” (Anexo I);

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 3 v.º e 4);

- H)** Sobre este pedido, a Direção-Geral do Orçamento (DGO) pronunciou-se no sentido seguinte:



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

« ... a ERSE é uma pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira, criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, está sujeita à aplicação do POCP e ao cumprimento das regras orçamentais, bem como às previstas no regime jurídico das entidades públicas empresariais. Os seus estatutos preveem a integração da ERSE no Orçamento de Estado, tutelado pelo Ministro da Economia, e quando for caso disso, pelo Ministro das Finanças. A ERSE está sujeita ao regime orçamental e financeiro dos Serviços e Fundos Autónomos da Administração Pública, nos termos da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro.

Por isso, «...a Delegação insiste nos consecutivos atos de incumprimento das normas orçamentais vigentes, por parte da ERSE.

Muito embora o orçamento da ERSE seja financiado exclusivamente pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, de acordo com o parecer do GCOR, (. . .) não vislumbramos qualquer normativo que fundamente de forma clara a não aplicação das normas orçamentais em vigor à ERSE (. . .).

Assim, em nosso entendimento e do GCOR, deverá esta entidade registar no seu orçamento todos os cativos previstos na Lei n.º 3-8/2010, de 28 de Abril e no Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, bem como proceder ao tratamento dos saldos de gerência, tal como exposto nos pontos 4 e 5 desta informação, à luz da Lei 12-A/2010, de 30 de junho.» (Anexo II).

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4);

H1) Esta informação da DGO recolheu, em 18/Out/2010, o seguinte despacho do SEO
"Visto. A ERSE deve dar cumprimento à Lei 12-A/2010".

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4; Anexo II);

I) Face ao teor do despacho do SEAO, o Conselho de Administração da ERSE



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

solicitou ao **Conselho Consultivo** uma posição sobre a aplicação do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, que, em 23 de Novembro de 2010, através do seu Presidente, emitiu parecer no sentido de que os saldos de gerência devem reverter para os consumidores.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4 e 4vº, e Anexo 111);

J) Em 22 de dezembro de 2010, a ERSE comunicou ao SEAO o parecer transmitido pelo Presidente do Conselho Consultivo, solicitando indicação dos procedimentos necessários à libertação dos saldos que permitam a sua inclusão nos próximos períodos tarifários, contribuindo para uma redução da fatura energética das empresas e famílias.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4 e 4vo, e Anexo iv);

K) Sobre este pedido, a DGO pronunciou-se, em 11 de janeiro de 2011, no sentido de *«além de já existir um despacho do Senhor Secretário Adjunto e do Orçamento referindo que a ERSE deverá cumprir a Lei n.º 12-A/2010, não há fundamento legal para que a ERSE seja excepcionada do âmbito de aplicação do artigo 8.º, da mencionada lei»*

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4vº, e Anexo v);

K1) Esta informação da DGO obteve o seguinte despacho, em 19 de novembro de 2011 *«À IGF para os devidos efeitos»*.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4v.º, e Anexo v);

L) Após contacto efectuado com responsáveis da ERSE no sentido de esclarecer melhor a posição da ERSE, a IGF solicitou, por *e-mail*, em 3 de fevereiro de 2011, resposta às seguintes questões:

- *« ... A fundamentação para a não entrega, como receita geral do Estado, do saldo*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

de gerência de 2009, com a indicação concreta da(s) «...normas especiais constantes...» do diploma orgânico da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (n.º 2 do artigo 8.º da Lei 12-A/2010, de 30 de junho) que sustentam a vossa posição»;

- *Especificação de eventuais normas e decisões comunitárias que obriguem à entrega dos valores dos saldos de gerência aos consumidores (cópia). Nesse caso, solicitávamos que nos indicassem quando pretendem proceder a essa entrega aos consumidores, qual o meio utilizado e qual o valor a considerar ... »*

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4v.º, e Anexo v);

M) Em resposta à solicitação da IGF, a ERSE, apresentou um **parecer jurídico**, da sociedade "Paz Ferreira e Associados - Sociedade de Advogados RL", subscrito pelos juriconsultos Carlos Baptista Lobo (Doutor em Direito) e Sérgio Gonçalves do Cabo (Mestre em Direito), no qual se conclui:

«1.ª As soluções presentes nas leis do orçamento e nos diplomas de execução orçamental referentes a cativações e reversão de saldos de gerência não têm qualquer razão de ser quanto aos serviços e organismos com autonomia financeira integralmente financiados por receitas próprias que lhes estão consignadas - como é o caso da ERSE - uma vez que a integração do orçamento destes serviços e organismos no orçamento de Estado apenas visa cumprir uma função de legitimação política, de controlo e de consolidação financeira, não lhes retirando a autonomia financeira (patrimonial, orçamental, de tesouraria e creditícia) que estatutariamente lhe foi atribuída e que decorre das Bases da Contabilidade Pública e do RAFE;

(. . .)

11.ª *Sujeitar um orçamento financiado de acordo com os princípios da necessidade*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

e da orientação para os custos às cativações, reservas e limites trimestrais de despesa aplicáveis à execução do orçamento dos serviços integrados ou dos serviços autónomos cujo financiamento depende de transferências do orçamento de Estado, equivaleria a impedir o Conselho de Administração da ERSE de exercer as competências de execução orçamental que decorrem do regime de autonomia financeira a que se encontra submetido (nos termos das Bases da Contabilidade Pública, do RAFE, e da LEO 2001), bem como aplicar a uma entidade reguladora independente e financiada por receitas próprias em função dos respetivos custos, técnicas de controlo da gestão orçamental concebidas para entidades financiadas por verbas do orçamento de Estado.

12.ª *Tal interpretação das normas do diploma de execução orçamental é incompatível com os artigos 8.º e 11.º das Bases da Contabilidade Pública, com o artigo 52.º do RAFE, com o artigo 47.º da LEO 2001, com os estatutos da ERSE e com os artigos 35.º, n.º 5, alínea a) e 39.º, n.º 5, alínea a) das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, respetivamente;*

(...)

14.ª *A mobilização dos saldos ou excedentes de execução orçamental da ERSE, não depende de autorização do Ministro das Finanças porque as **receitas em causa não pertencem ao Estado nem lhe podem ser entregues.** (..) uma vez que o princípio da necessidade de financiamento e da orientação para os custos impõe a sua devolução ao mercado e, por conseguinte, a sua repercussão nas tarifas que contêm um excesso tarifário imputável a um desajustamento de execução orçamental/;*

17.ª *Receitas materialmente consignadas não podem ser usadas para financiar as despesas gerais do Estado, sob pena de ser posto em causa o **princípio da***



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

equivalência do tributo;

(...)

19.ª *Se o Estado pretender criar uma receita fiscal com esta configuração está obrigado a cumprir com as normas constantes do artigo 103.º da Constituição.*

(. . .);

22.ª *Se as receitas das contribuições pagas em excesso não podem ser retidas pela ERSE, muito menos podem ser retidas pelo Estado e utilizadas para financiar os gastos do Estado.*

23.ª *Caso tal ocorra, a quotização em causa revestirá automaticamente a natureza de um imposto e, não tendo ocorrido a competente autorização parlamentar para a sua cobrança, poderá a ERSE ser alvo de ações de impugnação por parte dos respetivos quotizados - que assumiram a veste de verdadeiros contribuintes fiscais - colocando em causa a conformidade constitucional das suas contribuições com diversos fundamentos de inconstitucionalidade.*

24.ª *A mobilização dos saldos ou excedentes de execução orçamental da ERSE não depende de autorização do Ministro das Finanças porque estão em causa receitas próprio objeto de consignação orgânica;*

(... [»,

(v. parecer junto ao autos e ao processo apenso);

N) No mesmo sentido, entendeu o Conselho Consultivo da ERSE, que, em parecer, de 14 de abril de 2013, conclui, em síntese, o seguinte:

•« *... os valores que integram os saldos de gerência da ERSE provenientes das tarifas de gás natural e eletricidade devem ser restituídos aos respetivos consumidores, através da devolução à tarifa»;*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

•« ... qualquer entendimento diverso do expressado penaliza de forma desproporcionada os consumidores de gás natural e eletricidade que suportam os custos inerentes ao funcionamento e organização da ERSE»;

•«O edifício jurídico do sistema energético e regulatório português deve basear-se no princípio de separação de funções entre o Estado e as actividades reguladas, não sendo correta, nem aconselhável, qualquer comunicação de receitas entre ambos

(...)>>.

(v. Parecer do Conselho Consultivo da ERSE-Plenário n.º 2/2013, subordinado ao tema "Verificação do cumprimento das medidas de consolidação orçamental - transição de saldos de gerência de 2009, e que remete para utros Pareceres daquele Conselho Consultivo, n.ºs 2/2010, 1/2011 e 1/2012, fls. 92 a 96 dos autos).

O) O montante que o Ministério Público alega que devia ter sido entregue pela ERSE nos Cofres do Estado por parte da ERSE, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, no montante de 2.446.554,00€, encontra-se depositado em conta bancária da ERSE mantida até hoje junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP, E.P.E. (adiante, IGCP).

(v. fls. 120 e certidão de fls. 121 dos autos);

P) Face à propositura da presente acção, e a solicitação dos Demandados, o Conselho de Administração da ERSE, decidiu, em síntese, o seguinte:

•«Segundo foi apurado» - «a posição assumida em 2010 pelo Conselho de Administração da ERSE. .. correspondeu ao entendimento histórico assumido por esta Entidade Reguladora, tendo a decisão sido tomada com base em Parecer jurídico independente, elaborado por reputados juristas, e interpretava fielmente



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

o sentido reiterado das deliberações e recomendações aprovadas pelo Conselho Consultivo da ERSE, que veio a ser expressamente consagrado nos Estatutos da ERSE publicados a 25 de Junho de 2013. Atendendo a que o valor correspondente a 85% do saldo acumulado na gerência de 2009 se mantém depositado no IGCP, à ordem da ERSE, o CA deliberou que, caso venha a ser definitivamente decidido pelo Tribunal de Contas que esse montante deve ser entregue nos Cofres do Estado, a ERSE diligenciará no sentido de promover a transferência do valor em causa no que respeita ao saldo de gerência do ano de 2009."

(v. documento de fls. 100 v.º dos autos);

FACTOS NÃO PROVADOS:

Não está provado que os Demandados sabiam que a não entrega do montante de €2.446.554 violava o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável.

Não está provado que os Demandados, ao não terem entregado nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, se tivessem conformado com a realização de qualquer infração financeira sancionatória.

(v. factualidade constante das alíneas D), F), G), I), J) L), M) e N) do probatório);

**

FUNDAMENTAÇÃO:

• Os factos provados, com excepção da alínea F), fundamentam-se nos documentos referidos a propósito de cada uma alíneas, sendo que o facto provado na alínea F), como aí se referiu, fundamenta-se na factualidade descrita nas alíneas D) - em 2007 os saldos de gerência foram devolvidos - G), I), J), L), M) e N) do probatório, aqui, dada por reproduzida.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

• A factualidade dada como não provada fundamenta-se no facto de os Demandados, com os fundamentos descritos nas alíneas D), G), I), J), L), M) e N) do probatório, terem entendido que o artigo 8.^o, n.^o 1, alínea f), da Lei n.^o 12-A/2010 não era aplicável à ERSE, sendo-lhes antes aplicável o n.^o 2 do referido artigo 8.^o.

**

B – O direito

1. Da impugnação da matéria de facto

1.1. Facto não incluído na decisão

O recorrente pretende que “os factos constantes do art.^o 18.^o da petição inicial” sejam julgados provados. Isto porque, no seu entender, não sofreram qualquer contestação. Já os demandados dizem estar tal factualidade em oposição com a defesa no seu todo e, por isso, não admitida por acordo.

Cumpre apreciar.

A douda sentença omitiu esta matéria, não a considerando provada nem não provada, embora se afigure relevante para a boa decisão da causa.

Realmente os demandados não impugnaram este facto, nem sobre ele tomaram posição definida, e, salvo o devido respeito, não procede a afirmação de que tal matéria está em oposição à defesa considerada no seu conjunto, pois os contestantes não negam, de qualquer modo, nem a existência nem o conhecimento que tomaram das referidas informações da Inspeção Geral de Finanças (IGF), bem como do despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento (SEAO). Portanto, nos termos do art.^o 574.^o, n.^{os} 1 e 2, do CPC, não se pode deixar de considerar o mesmo facto admitido por acordo.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Mas ainda que tal não bastasse, resulta de toda a restante prova produzida que, não obstante notificado das referidas informações da Inspeção Geral de Finanças (IGF) e dos correspondentes despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento, o Conselho de Administração da ERSE, de que os demandados faziam parte, não concretizou a entrega nos cofres do Estado do saldo de gerência apurado no ano 2009. A mesma conclusão transparece igualmente da Informação IGF n.º 1286/2013, de 18 de Julho de 2013 (anexa à petição inicial, fls. 10-20 e de fls. 155 e ss., do processo apenso n.º 2011/88/A8/21).

Deste modo, por se encontrar assente, adita-se à matéria de facto provada o teor do art.º 18 da p. i., nos seguintes termos:

Q - Não obstante ter sido notificado do despacho referido em H1, supra, e das duas informações posteriores sobre o assunto, elaboradas pela IGF e sancionadas pelos SEAO (desp. Sem número – SEAO, de 22/03/2011, que recaiu sobre a Inf. n.º 339/2011/IGF) e SEO (Desp. n.º 1477/2012/SEO, de 07/11/2012, exarado sobre a Inf. n.º 1447, o CA da ERSE não concretizou a entrega nos cofres do Estado do saldo de gerência apurado no ano 2009.

1.2. Factos não provados

O recorrente defende também que os factos dados como não provados devem ser considerados provados. Sobre este ponto, os recorridos opõem fundamentalmente que tal matéria não foi considerada provada por ter ficado demonstrado o seu entendimento de que a al. f) do n.º 1 do art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, não era aplicável à ERSE, por força do n.º 2 do mesmo preceito.

Na sentença recorrida, justificou-se a não prova com o «facto de os demandados, com os fundamentos descritos nas alíneas D), G, I, L), M), e N) do probatório, terem



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

entendido que o art.º 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010 não era aplicável à ERSE, sendo-lhes antes aplicável o n.º 2 do referido art.º 8.º».

Contra este entendimento insurge-se o recorrente, invocando «as informações da DGO e o despacho SEO, de que os demandados tiveram conhecimento, nos termos das quais deveriam dar cumprimento ao n.º 1, alínea f), do art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010 (cf. Alíneas H), H1 e I, da factualidade provada)».

Mais lembra o recorrente «as informações da IGF n.ºs 339/2011/IGF e 1447/2012/IGF, do conhecimento dos demandados, no sentido do cumprimento do aludido normativo, sob pena de serem instaurados procedimentos para aplicação das responsabilidades inerentes, nomeadamente de índole financeira».

Cumprе apreciar.

Está em causa apurar se os demandados sabiam que a não entrega do montante de €2.446.554 – correspondente a 85% do saldo acumulado da gerência de 2009 - violava o art.º 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010 e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável e, ainda, se, ao não entregarem esse valor se conformaram com a realização de qualquer infracção financeira sancionatória.

A Informação da DGO, de 16-07-2010, sobre “Orçamento da ERSE para 2010 – cativação de reservas” conclui que a ERSE deverá registar no seu orçamento todos os cativos previstos na Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril e no Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, bem como proceder ao tratamento dos saldos de gerência nos termos do art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho (fls. 9 a 10 do processo apenso). No mesmo sentido apontou a nota Jurídica n.º 12350/2010 da DGO de 15 de Julho de 2010 (fls. 10v.º e 11, do apenso), sobre a qual recaiu o despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento provado na alínea H1 da matéria de



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

facto dada como assente, do seguinte teor: *Visto. A ERSE deve dar cumprimento à Lei 12-A/2010* (fls. 14v.º e 15 do proc.º apenso n.º 2011/88/A8/21).

Que os demandados tinham conhecimento destas informações e deste despacho resulta claramente do texto das cartas da ERSE dirigidas ao Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento, de 1 de Julho e de 22 de Dezembro de 2010, subscritas pelo primeiro dos ora recorridos, na qualidade de presidente de Conselho de Administração (fls. 8 e v.º 16 e v.º, do apenso n.º 2011/88/A8/21 IGF).

A Informação da IGF n.º 339/2011, de Março, sobre a verificação do cumprimento de medidas de consolidação orçamental – transição dos saldos de gerência de 2009 (Entidade Reguladora dos Recursos Energéticos) conclui, no essencial, que «a ERSE é um organismo integrante do subsector dos Serviços e Fundos Autónomos do Sector Público Administrativo e, como tal, está obrigado ao cumprimento da Lei de Enquadramento Orçamental (e seus princípios e regras fundamentais), das Leis anuais do Orçamento do Estado e seus decretos – lei de execução, bem noutras leis de cariz orçamental, de que é exemplo a Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho» - [conclusão c)], onde expressamente se prevê a ERSE, no art.º 8.º, n.º 1, al. f).

Mais conclui a mesma informação que «[a] pesar da DGO entender que a ERSE deve entregar na Tesouraria do Estado 85% dos saldos de gerência de 2009 (...), o instituto alega, com base em parecer jurídico contratado externamente, que não lhe é aplicável o regime geral dos serviços e fundos autónomos que são financiados pelo Orçamento do Estado (...) e que a aplicação estrita do art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho (entrega de 85% dos saldos de gerência) é incompatível com outras normas específicas que vinculam o instituto (art.ºs 8.º e 11.º da Lei de Bases da Contabilidade Pública, art.º 52.º do DL n.º 155/92, de 28 de Julho, Estatutos da ERSE e art.ºs 35.º,



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

n.º 5, al. a) e 39.º, n.º 5, al. a) das Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.» - conclusão b).

No mesmo sentido, da necessidade legal de a ERSE entregar nos cofres do Estado 85% dos saldos de gerência de 2009, no valor de €2.446.554, concluíram as Informações IGF n.º 1447/2012, de Outubro (fls. 5 a 9v.º, junta com a p. i.) e n.º 1286/2013 e respectivo anexo de contraditório (fls. 10 a 32, junta com a p. i.).

Deste modo, apesar de equivocadamente defenderem a não aplicação do art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010 à ERSE, os ora recorridos tinham conhecimento de que a não entrega do montante de €2.446.554,00 violava o n.º 1, al. f), deste preceito e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável. Já quanto a saber se os demandados se conformaram com a realização de qualquer infracção financeira, os autos não fornecem disso prova suficiente, pelo que apenas se pode concluir que, conforme alegado na p. i., agiram livre e voluntariamente, conscientes de que assim violavam aquela norma.

Nesta conformidade, alterando a matéria dada na sentença como não provada, adita-se ao elenco factual provado o seguinte:

R - Os demandados sabiam que a não entrega do montante de €2.446.554 violava o art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010 e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável.

S - Os demandados ao não entregarem nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009 agiram livre e voluntariamente.

2. Da ilicitude



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, aprovou «um conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental que visam reforçar e acelerar a redução de défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC)». Foram, portanto, exigências económico-financeiras excepcionais que forçaram o legislador parlamentar a impor normas especiais, com vista a atingir um objectivo superior de consolidação orçamental e de controlo da dívida pública.

Neste quadro de política orçamental, pode dizer-se de emergência, o art.º 8.º, n.º 1, al. f), desta Lei dispõe expressamente que:

1 - Constituem receita geral do Estado de 2010 85 % do valor acumulado dos saldos de gerência e resultados transitados apurados no final do exercício de 2009 das entidades reguladoras, designadamente:

.....

f) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

2 - A aplicação do número anterior será feita sem prejuízo das normas especiais constantes dos diplomas orgânicos das entidades abrangidas.

Ao contrário do alegado pela defesa, o estatuto da ERSE então em vigor, aprovado pelo DL n.º 97/2002, de 12 de Abril, designadamente o seu art.º 50.º, sobre quais são e como se obtêm as receitas desta entidade reguladora, não contém qualquer norma capaz de excepcionar a aplicação do art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010 – mesmo quando esse estatuto seja interpretado à luz dos art.ºs 35.º, n.º 5, e 39.º, n.º 5, respectivamente das Directivas do Parlamento e do Conselho Europeus n.º 2009/72/CE e 2009/73/CE, ambas de 13 de Julho, sobre a protecção da independência das entidades reguladoras. E, portanto, carece de fundamento a invocação da inconstitucionalidade da aplicação do mencionado art.º 8.º, por alegada violação dos art.ºs 8.º, n.º 3, e 267.º, n.º 3, da Constituição da República



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Portuguesa (CRP). Além disso, o art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, emanado da competência legislativa da Assembleia da República, insere-se no superior poder político orçamental do Estado em relação a valores de receita que pertencem directamente, não aos contribuintes, mas a um instituto público (ERSE). Não se trata, portanto, de obrigar os cidadãos ou os agentes económicos a pagar impostos, em violação do art.º 103.º, n.º 2, da CRP, mas sim, por razões conjunturais excepcionais do país, a reclassificar ou reafectar receitas públicas. Improcede, pois, também esta alegada inconstitucionalidade.

O recorrente defende ser aquele art.º 8.º uma norma temporária, na modalidade das normas de emergência, neste caso com vista a acelerar a redução do défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previsto no Pacto de Estabilidade e Crescimento. E, por isso, continua o MP, «os factos cometidos pelos demandados durante o período de vigência daquela norma continuam a ser puníveis por força do disposto no art.º 2.º, n.º 3, do Código Penal» - conclusões 21.ª e 22.ª.

Os recorridos opõem que «o n.º 3 do artigo 2.º do Código Penal (CP) não tem qualquer aplicação à situação objecto dos presentes autos, uma vez que o art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, não constitui uma norma temporária para efeitos da aplicação da lei sancionatória no tempo, por não se verificarem os pressupostos da exclusão da aplicação retroactiva de leis mais favoráveis» - conclusão (I).

Cumprе apreciar.

O art.º 2.º, n.º 3, do CP, dispõe: «[q]uando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.»



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A lei penal temporária visa disciplinar, durante um período que ela própria delimita, uma situação excepcional ou de emergência justificativa da sua legitimidade político-criminal. Esta figura, prevista no art.º 2.º, n.º 3, do CP, é aplicável *mutatis mutandis* à responsabilidade financeira sancionatória, por força do disposto no art.º 67.º, n.º 4, da LOPTC.

Ora, como se viu supra, o art.º 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, surgiu da necessidade de «reforçar e acelerar a redução do défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento». Foi esta situação excepcional que levou o legislador parlamentar a considerar receitas do Estado 85% do valor acumulado dos saldos de gerência apurados no final do exercício de 2009 das entidades reguladoras, entre elas a dos Serviços Energéticos (ERSE). A norma em questão contém uma previsão circunscrita a determinado período, o ano de 2009, cujo cumprimento se efectiva com a entrega ao Estado dessa percentagem de receitas, nisto se esgotando também *ipso facto* o comando legal temporário. Neste sentido trata-se de uma lei temporária em que o factor tempo - o ano de 2009 - faz parte do próprio tipo da previsão normativa, nada dispondo sobre os saldos dos anos posteriores, sobre os quais volta a valer a regulação normal. Como refere Maia Gonçalves, «[e]stas leis desde o início da sua vigência estão destinadas a vigorar durante um determinado período de tempo ou enquanto persiste um dado condicionalismo. Decorrido esse período ou passado esse condicionalismo, nem por isso os factos já praticados deixam de merecer censura criminal, e portanto de serem incriminados, porque o pensamento legislativo não sofreu alteração quanto à tábua de valores, mantendo-se consequentemente o desvalor ético-criminal de tais factos, e portanto a respectiva



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

censurabilidade» - *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 18ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 63.

Os recorridos reputam de inconstitucional a aplicação do n.º 3 do art.º 2.º do CP, por violação do n.º 4 do art.º 29.º da CRP. Este último preceito fundamental manda aplicar retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. Todavia, não se verifica neste caso nenhuma afronta à Constituição da República, pois a lei temporária não constitui uma excepção a esta retroactividade, desde logo porque o que está em causa não é uma alteração da valoração político-criminal, mas a emergência duma situação fáctica diferente, anormal ou excepcional que justifica um regime especial, com uma tutela mais incisiva. Além disso, como afirma Américo Taipa de Carvalho, «não se afirmando a razão de ser da retroactividade da lei despenalizadora, não se afirma a eficácia retroactiva da caducidade (auto-revogação) da lei temporária - *ubi cessat ratio, cessat eius dispositivo*. Eis o verdadeiro e único fundamento da compatibilidade do regime especial da lei temporária com o princípio constitucional da eficácia retroactiva da despenalização de uma conduta» - *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 206. Em idêntico sentido, comenta Paulo Pinto de Albuquerque: «[a] legitimidade da lei penal temporária reside na alteração das circunstâncias de facto, não valendo para ela a *ratio* da regra da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, que reside precisamente numa distinção de valoração pelo legislador de uma situação de facto que permanence imutável. Por isso, a lei penal temporária não é inconstitucional (Taipa de Carvalho, 2003 a: 254, Figueiredo Dias, 2007: 206, e Silva Dias, 2008 b: 755 e 756, mas contra Teresa Belez) – *Comentário ao Código Penal*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Novembro 2015, 3.ª ed., p. 93.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Deste modo, sendo válida e não se mostrando inconstitucional a referida norma temporária, os demandados, presidente e vogais do Conselho de Administração da ERSE, ao decidirem não entregar os referidos saldos cometeram, em termos objectivos, uma infracção financeira reintegratória, prevista no art.º 60.º da LOPTC, por falta de entrega de receitas com violação das normas legais aplicáveis. O preenchimento desta infracção basta-se com a não entrega dos fundos nos termos da lei, não sendo necessário que se verifique cumulativamente a não liquidação e a não cobrança dessas receitas. Com a descrita conduta, os mesmos demandados praticaram outra infracção, esta prevista e punida pelo art.º 65.º, n.º 1, als. a) e d), da LOPTC, não só pela falta de entrega de tais receitas, mas também pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e património.

Resta agora averiguar se, em termos de imputação subjectiva, se confirma a prática dessas infracções.

3. Da culpa

Para que exista responsabilidade financeira, seja sancionatória ou reintegratória, é indispensável a prova de que o agente actuou com culpa, em qualquer das suas modalidades, nos termos dos art.ºs 61.º, n.º 5, e 67.º, n.º 3, da LOPTC.

O requerimento inicial configurou uma situação de conduta dolosa por parte dos demandados, ou seja, que teriam actuado deliberadamente e conformando-se com o resultado. Porém, como se viu, não se provou a intenção dolosa nem a conformação, requisitos indispensáveis para a materialização duma infracção dolosa, nos termos do art.º 14.º do Código Penal (CP).



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Afastado o dolo, vejamos se a conduta dos demandados enferma de negligência. Age deste modo, nos termos do art.º 15.º do CP, quem por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

Prova-se que os demandados, livre e voluntariamente, não efectuaram a entrega nos cofres do Estado dos aludidos saldos acumulados da gerência de 2009, sabendo que desta forma contrariavam a referida lei impositiva de tal obrigação. Representaram, assim, os ora recorridos a violação do art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, embora se não tenha demonstrado que com ela se conformaram. O dito Conselho de Administração estribou-se numa interpretação contrária à literalidade desta norma, ao arrepio de todas as informações da IGF e da DGO e dos despachos do competente Secretário de Estado.

Tudo isto para sustentarem, sem razão, a não obrigação de fazer tal entrega, preconizando antes a devolução de tais saldos aos consumidores. É que o parecer de fls. 17 a 60 do Apenso n.º 2011/88/A8/21, em que os demandados se apoiam não constitui amparo suficiente no sentido que estes defendem para se eximirem à obrigação de entregar nos cofres dos Estado 85% dos saldos de gerência de 2009. O dito parecer de Paz Ferreira e Associados analisa doutamente as competências financeiras da ERSE, em termos normais (cf. facto provado M), mas omite a presente mobilização de saldos com carácter de emergência, por ocasião de uma necessidade imperiosa de consolidação orçamental e de contenção da dívida pública através da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, uma lei-medida temporária cujo limite de



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

duração decorre da satisfação do fim a que ela se dirige¹. Este normativo, especial e temporário, sobrepôs-se a todos os outros que eventualmente o contrariassem, com excepção, nos termos do seu art.º 8.º, n.º 2, das disposições constantes dos diplomas orgânicos das entidades abrangidas, contrariedade que não existia no estatuto da ERSE, nem nas aludidas directivas comunitárias.

Com efeito, ainda que não lhe fosse aplicável o regime dos serviços e fundos autónomos, a ERSE, como instituto público do Estado, está vinculada às normas orçamentais gerais do mesmo Estado, já que público é também o dinheiro que recebe para exercer a sua actividade reguladora.

Os demandados actuaram, assim, de forma arrojada e imprudente, sustentando uma posição jurídica contra lei expressa, que nem no resultado da consulta que pediram à sociedade de Advogados Paz Ferreira e Associados (fls. 56 a 80, do proc.º n.º 2/2017, da 3.ª secção) encontra suficiente e decisivo apoio. Agiram assim os ora recorridos com culpa grave, pois um gestor ou administrador de dinheiros públicos, medianamente zeloso e cuidadoso, colocado nas reais condições dos demandados (art.º 487.º, n.º 2, do Código Civil), teria agido com a diligência devida no sentido de se certificar de que a ERSE não tinha por onde se eximir ao cumprimento do comando da Assembleia da República, o referido art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010.

E assim, com esta sua conduta, os demandados praticaram uma infracção financeira sancionatória prevista e punida pelo art.º 65.º, n.º 1, als. a) e d), da LOPTC, e uma infracção financeira reintegratória, com culpa grave, prevista no art.º 60.º da LOPTC.

4. Da sanção e reposição

¹ Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 19.ª reimpressão, Almedina, p. 719.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

O MP requer a condenação de cada um dos demandados na multa de 25 UC, no valor de (25X102€) 2.550,00 €, e a condenação solidária dos mesmos demandados na reintegração pelo pagamento a favor do Estado de 2.446.554 €, acrescidos de juros moratórios legais.

Importa, pois, levar em consideração as circunstâncias deste caso, à luz do art.º 64.º da LOPTC, designadamente a competência dos demandados, dirigentes máximos, presidente e vogais do conselho de administração da ERSE, com o especial dever de velar pelo escrupuloso cumprimento das normas legais, designadamente as atinentes às receitas públicas. Importa igualmente atender ao grau elevado de culpa dos demandados, uma culpa grave, numa conduta persistentemente errónea, apesar dos vários despachos oficiais e das diversas informações institucionais e qualificadas avisando-os de que a omissão em que perseveravam era violadora da lei. Deste modo, tendo em conta o montante em causa e a gravidade dos factos (art.º 67.º da LOPTC), afigura-se adequado condenar cada um dos demandados na multa requerida pelo Ministério Público.

A referida não entrega das receitas gera responsabilidade reintegratória dos demandados, que, nos termos do art.º 60.º da LOPTC, implica a sua condenação em reposição nos cofres do Estado do aludido montante cuja entrega não efectuaram. Esta responsabilidade é directa e solidária (art.ºs 62.º e 63.º da LOPTC).

Deste modo, como autores de uma infracção financeira sancionatória p. e p. pelo art.º 65.º, n.º 1, als. a) e d) da LOPTC, por violação do art.º 8.º, n.º 1, al. f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, e de uma infracção reintegratória, prevista no art.º 60.º da LOPTC, não podem os demandados



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

deixar de ser condenados no pagamento da multa de 2.550 euros, cada um, e na reposição solidária nos cofres do Estado de 2.446.554 €, a que acrescem juros de mora, à taxa legal, a contar desde o último dia da respectiva gerência, ou seja, 31 de Dezembro de 2010, nos termos do art.º 59.º, n.º 6, da LOPTC.

III – DECISÃO

Pelo exposto, julga-se o recurso procedente e, por conseguinte:

1. Revoga-se a sentença recorrida.
2. Condena-se cada um dos demandados na multa individual de 25 UC (25x€102), ou seja, €2.550,00, cada.
3. Condenam-se os demandados, solidariamente, a repor nos cofres do Estado a quantia de 2.446.554 euros, acrescida de juros de mora, à taxa legal, a contar do último dia da respectiva gerência, ou seja, 31 de Dezembro de 2010.

Emolumentos a cargo dos recorridos, nos termos dos art.ºs 16.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e 527.º do Código de Processo Civil.

Registe e notifique.

Lisboa, 31-10-2017

Os Juízes Conselheiros

João Aveiro Pereira (relator)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

José António Mouraz Lopes

António Francisco Martins