

ASSUNTO:	Dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos.	
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_TR_3977/2019	
Data:	24.04.2019	

Pelo Senhor Chefe de Divisão Administrativa e Financeira foi solicitado que se esclareçam as seguintes questões:

“O Município de (...) tem a decorrer um procedimento concursal de ajuste direto, com uma pessoa coletiva, com vista a assegurar os transportes escolares.

A empresa com a qual estabelecemos esta relação pré-contratual é a única que pode prestar esse serviço, uma vez que apenas e só essa empresa assegura no concelho os transportes públicos.

Acontece que, no decurso do procedimento, em concreto na fase da adjudicação, aquando da entrega dos documentos de habilitação, constou-se que um dos gerentes da sociedade tem inscrito no seu registo criminal a condenação, a pena de multa, por um crime de abuso de confiança à segurança social, com data de extinção a 27-04-2015.

Em relação à pessoa coletiva nada consta no registo criminal.

Face a estes factos, e às dúvidas que se levantaram, colocámos à vossa consideração as seguintes questões:

- *Uma pessoa coletiva que tenha como gerente ou administrador uma pessoa que, aquando do exercício de funções noutra sociedade, ou mesmo a nível pessoal, tenha sido julgado e condenado por crime que afete a honorabilidade profissional, sem que tenha havido a relevação, fica, desde logo, impedida de participar num procedimento concursal?*
- *Que factos poderemos ter em consideração para a relevação do crime?*
- *Qual o período temporal de vigência do impedimento?*
- *No caso concreto, como proceder?”*

Cumpre, pois, informar:

O artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos na sua atual redação determina o seguinte:

Artigo 55.º

Impedimentos

I - Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que:

(...)

b) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional, no caso de pessoas singulares, ou, no caso de pessoas coletivas, quando tenham sido condenados por aqueles crimes a pessoa coletiva ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência, e estes

se encontrem em efetividade de funções, em qualquer dos casos sem que entretanto tenha ocorrido a respetiva reabilitação; (...)

A propósito desta alínea Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública* pág. 503, referem:

«Proíbe-se aqui a participação no procedimento das pessoas singulares que tenham sido judicialmente condenadas por qualquer crime contra a honorabilidade profissional ou, no caso das pessoas coletivas, quando o tenha sido um titular em efetividade de funções de um seu órgão de administração, gerência ou direção.

Não definindo a lei o que deva entender-se por “honorabilidade profissional” a noção tem de ser construída recorrendo aos conceitos e valores de honra, deontologia e reputação aplicáveis de forma mais intensa à integridade moral no respetivo âmbito profissional: estão nesse caso, em geral, por exemplo, os crimes previstos nos art.ºs 163.º e 176.º do Código Penal, contra a liberdade e autodeterminação sexual ou, então, o abuso de confiança e o roubo nos seus artigos 205.º e 210.º. Deve contudo, verificar-se, caso a caso, se o crime afeta em concreto a honra e a reputação do seu agente, consoante a profissão por este desempenhada.

Note-se que a proibição de participação, ao contrário do que a norma aparenta, não decorre automaticamente do CCP, sendo necessário que haja sido aplicada ao impedido, como pena acessória para determinado crime, a proibição do exercício da profissão em causa. Outro entendimento levaria a considerar a norma desta alínea b) do art.º 55.º - além de todas as outras que se assemelham - como materialmente inconstitucional, por violação do art.º 30.º/4 da Constituição.»

Porém a jurisprudência tem-se pronunciado em sentido diverso sendo que no Acórdão n.º 01675/17.7 de 28-06-2018 BEBRG do Tribunal Central Administrativo Norte, considerou-se o seguinte:

«Relativamente à honorabilidade profissional, cremos que efetivamente o crime de abuso de confiança fiscal afeta a honorabilidade do seu agente, in casu da Autora e seu administrador, desde logo por estar na previsão da norma incriminadora em causa (art.º 105º do RGIT), uma apropriação de verbas/dinheiros provenientes de impostos, os quais constituem receita pública do Estado para satisfação de necessidades coletivas.

A apropriação por via de arrecadação/liquidação quer do IVA que é propriedade do Estado (e que tem de lhe ser entregue depois das deduções legais), de contribuições ou do IRS retido aos trabalhadores, tem de ser entregue nos cofres do Estado por se tratar de verba que não pertencem às empresas mas ao Estado, por assim ser é que o incumprimento desta entrega merece censura contraordenacional e penal (abuso de confiança de que vimos falando), a tal não obstante as circunstâncias de crise em que se encontre determinada empresa obrigada àquela entrega, não sendo razão válida para legitimar a apropriação de dinheiros que nos cofres do Estado devem ser entregues para satisfação de necessidades coletivas/públicas, os interesses privados na gestão da orgânica da empresa e suas opções em razões de dificuldades da mesma, os quais devem ceder perante os interesses prevalecentes do Estado credor no recebimento que lhe é devido.

É necessário garantir e impor às empresas, através dos seus gestores/administradores, “ um dever de conduta de modo a que não se verifique a sistemática preterição das obrigações para com o Estado, a favor de outros credores com

maiores possibilidades de pressionar a empresa no sentido do cumprimento (em especial, em impostos retidos na fonte ou cobrados pela empresa, como o IVA).” [Sanches, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2007 (cf. a pág. 272).]

(...)

Disse-se ainda no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.10.2013, Proc. n.º 1033/10.4TAVFR.P1:

“I – A obrigação de pagamento dos salários aos trabalhadores da empresa é hierarquicamente inferior ao dever legal de entregar à Segurança Social a contribuição descontada no salário dos mesmos trabalhadores, a qual visa satisfazer bens coletivos essenciais à existência e funcionamento do Estado Social de Direito (art.ºs 1.º e 63.º CRP)

II - O pagamento dos salários não constitui causa de exclusão da culpa nem da ilicitude quanto ao crime de abuso de confiança à Segurança Social;

III - Não há desconformidade entre o art.º 36.º do CP e o art.º 59.º, n.º I da CRP.

IV - Não viola a Constituição o entendimento de que é punível a conduta daquele que não entrega à Segurança Social os valores descontados nos salários dos trabalhadores, mesmo que tais valores tenham servido para manter a empresa em laboração e pagar os salários aos mesmos trabalhadores”.

Ante o exposto, temos por certo que o facto da empresa/Autora se apropriar ou reter dinheiros de impostos que deve entregar nos cofres do Estado, que arrecada por via dessa sua atividade empresarial, incumprindo ou retardando essa sua tarefa afeta, necessariamente, a sua capacidade de honrar os seus deveres legais e profissionais, constituiu o crime de abuso de confiança fiscal, afetando, por conseguinte, a honorabilidade profissional. (...)

Também não cremos que era necessário a aplicação de uma sanção acessória de modo a que o impedimento do artigo 55.º n.º I al. b) operasse, desde logo por não decorrer daquele normativo, à semelhança daquilo que sucede com algumas contraordenações (Cfr. artigo 55.º n.º I al. f) e g) do CCP). Na situação trazida a norma apenas implica a condenação em processo-crime, transitada em julgado que afete a honorabilidade profissional e não também que haja inibição acessória de exercer a atividade ou concorrer a procedimentos concursais, inexistindo, pois, também, qualquer afronta à lei fundamental, nomeadamente do art. 30.º n.º 4 da CRP, como entende a Autora.»

O crime que consta do certificado de registo criminal é o de abuso de confiança contra a segurança social.

Como tal é um crime praticado no exercício da atividade profissional sendo lesado o Estado.

Assim, e como bem entendeu o tribunal no acórdão citado, pugnar-se que tal crime não afeta a honorabilidade profissional “teríamos que atos desenvolvidos no âmbito da atividade profissional e que foram sujeitos a um processo judicial no qual, com todas as garantias de um processo-crime, foi sentenciado constituírem atividade criminosa, não teriam qualquer impacto na avaliação que é feita da conduta profissional do administrador e sociedade, entendimento que não podemos subscrever”.

Importa também mencionar que estão abrangidos pelo disposto na alínea b) do n.º I do art.º 55.º pessoas singulares ou pessoas coletivas e, no caso das pessoas coletivas, se os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência tiverem sido condenados e se encontrem em efetividade de funções.

Ora sendo a responsabilidade pessoal, se o titular de um órgão tiver sido condenado por crime que afete a sua honorabilidade profissional, mesmo que este tenha sido praticado no exercício de funções em distinta pessoa coletiva, inibirá a candidatura da pessoa coletiva onde atualmente se integra, desde que aí seja titular de órgão social de administração, direção ou gerência e não tenha ocorrido a respetiva reabilitação.

Acresce referir que ao Código dos Contratos Públicos foi aditado o artigo 55-A.º pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto referindo o seguinte:

“Artigo 55.º-A

Relevação dos impedimentos

1 - O disposto nas alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo anterior aplica-se sem prejuízo dos regimes de regularização de dívidas fiscais e dívidas à Segurança Social em vigor.

2 - O candidato ou concorrente que se encontre numa das situações referidas nas alíneas b), c), g), h) ou l) do n.º 1 do artigo anterior pode demonstrar que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato e a não afetação dos interesses que justificam aqueles impedimentos, não obstante a existência abstrata de causa de exclusão, nomeadamente através de:

a) Demonstração de que ressarciu ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave;

b) Esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades competentes;

c) Adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

3 - Tendo por base os elementos referidos no número anterior, bem como a gravidade e as circunstâncias específicas da infração ou falta cometida, a entidade adjudicante pode tomar a decisão de não relevar o impedimento.

4 - As sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos que tenham sido aplicadas, ou consideradas válidas mediante decisão transitada em julgado, não são passíveis de relevação nos termos do presente artigo.”

Nesta conformidade, os operadores económicos que pretendam concorrer aos procedimentos da contratação pública podem adotar medidas de “Self Cleaning” que lhes assegurem, quando abrangidos por casos de impedimento, a possibilidade de “reaquisição” do direito de participar em procedimentos de contratação pública, devendo para tanto demonstrar ter adotado certas providências de carácter organizacional. José Azevedo Moreira na Revista Eletrónica de Direito Público in <http://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a06.html> em artigo sobre esta temática considera:

«Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 55.º-A do CCP, “o candidato ou concorrente que se encontre numa das situações referidas nas alíneas b), c), g), h) ou l) do n.º 1 do artigo anterior pode demonstrar que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato e a não afetação dos interesses que justificam aqueles impedimentos, não obstante a existência abstrata de causa de exclusão” ¹⁷⁻¹⁸.

O primeiro critério que norteia a decisão sobre a relevação do impedimento que atinge o interessado é, pois, o da sua idoneidade para a execução do contrato.

Regista-se, antes de mais, que o legislador português – que, em geral, seguiu de perto o texto da Diretiva nesta matéria – optou por não acolher o vocábulo que descreve o critério no texto europeu, onde se exige que o operador demonstre a sua “fiabilidade” (provavelmente por inspiração no direito alemão, onde o conceito central nesta matéria é o da “Zuverlässigkeit”) ¹⁹.

Importa, assim, concretizar o sentido com que o legislador emprega o conceito da idoneidade, cuja imprecisão abre várias possibilidades. Poderá referir-se, por exemplo, a uma exigência de fiabilidade ou competência na realização das prestações contratadas, pressupondo-se, nesta hipótese, que o impedimento serviria o propósito de mitigar o chamado *performance risk* do contrato. Por outro lado, poderíamos estar também perante uma exigência de honestidade ou aptidão moral colocada a quem procure unir-se contratualmente à Administração. Neste sentido, apenas seriam elegíveis como parceiros contratuais os denominados *good corporate citizens* ²⁰.

A esta luz, afigura-se que o preenchimento do conceito não dispensa a identificação da finalidade subjacente ao próprio impedimento a afastar.

O mesmo se diga relativamente ao segundo critério enunciado no citado n.º 2 do artigo 55.º-A do CCP. Apelando de forma mais nítida à determinação da finalidade da consagração legal do impedimento, exige-se “a não afetação dos interesses que justificam aqueles impedimentos”.

O n.º 2 do artigo 55.º-A exige-nos, pois, a identificação das finalidades subjacentes aos impedimentos passíveis de relevação, para depois, num passo subsequente, avaliarmos se, à luz de um conjunto de medidas adotadas pelo interessado, se justifica a sua exclusão do procedimento.

Deste modo, a citada norma legal reflete o juízo, pois, o juízo que se encontra na origem do instituto do *self-cleaning*: o reconhecimento de que, em certas circunstâncias, a exclusão do procedimento adjudicatório se mostra desproporcional. Ou seja, em função de uma “autolimpeza” levada a cabo pelo próprio interessado, a exclusão do procedimento pode revelar-se uma medida inidónea ou excessiva para atingir os objetivos subjacentes aos impedimentos.»

Nesta conformidade, por último, verificando-se uma situação de impedimento estamos em crer que haverá lugar a caducidade da adjudicação – cf. art.ºs 81, 86.º, 87-A.º.

Com efeito o art.º 86.º-A determina que “ Sem prejuízo de outras causas de caducidade previstas no presente Código ou resultantes de outra legislação aplicável, determina ainda a caducidade da adjudicação **a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica**, extinção da entidade adjudicante ou do adjudicatário ou por insolvência deste.”

Nas alterações introduzidas ao CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o legislador optou nesta norma por não elencar taxativamente as causas de caducidade da adjudicação, sendo a cláusula aberta,

permitindo à entidade adjudicante declarar a caducidade da adjudicação por razões subsequentes que inviabilizam a celebração do contrato.

É precisamente o que ocorre no caso em apreço, já que se verifica *a posteriori* a ocorrência de um facto previsto no art.º 55.º cujo efeito impeditivo se repercute na impossibilidade de concorrer ou candidatar e subsequentemente, de celebrar contrato.

Em conclusão, respondendo em concreto, às questões colocadas, resulta do atrás exposto, o seguinte:

- Uma pessoa coletiva que tenha como gerente ou administrador uma pessoa que, aquando do exercício de funções noutra sociedade, ou mesmo a nível pessoal, tenha sido julgado e condenado por crime que afete a honorabilidade profissional, sem que tenha havido a relevação, fica, desde logo, impedida de participar num procedimento concursal?

Nos termos da alínea b) do n.º I do art.º 55.º a entidade fica impedida de se candidatar ou concorrer se, sendo uma pessoa coletiva, os titulares de órgãos sociais de administração, direção ou gerência que se encontrem em efetividade de funções, tenham sido condenados por crime que afete a sua honorabilidade profissional.

Considerando que o crime de abuso contra a segurança social afeta a honorabilidade profissional, independentemente de o mesmo ter sido cometido por gerente ou administrador aquando do exercício de funções noutra entidade ou como pessoa individual, “contagia” a pessoa coletiva onde atualmente se encontra em efetividade de funções, e impede-a de se candidatar ou concorrer a procedimento.

- Que factos poderemos ter em consideração para a relevação do crime?

O art.º 55.º-A admite que o operador económico que se encontre abrangido pelo impedimento a que se refere a norma citada, tenha adotado medidas de *self cleaning* suficientes que demonstrem a sua idoneidade para a execução das prestações que compõem o objeto do contrato.

Porém a entidade adjudicante só as poderá apreciar caso ocorra a caducidade da adjudicação e, no âmbito do exercício do direito à audiência prévia a entidade adjudicatária venha a pronunciar-se sobre o assunto.

Todavia, tendo em atenção o facto de a condenação ser recente, constatando-se que no momento da candidatura, o operador económico nada disse e, nessa data, mantinha-se em efetividade de funções como gerente ou administrador uma pessoa condenada por crime de abuso contra a segurança social, parece estar prejudicada a relevação do impedimento.

- Qual o período temporal de vigência do impedimento?

Determina a alínea b) do n.º I do art.º 55.º que o impedimento perdura enquanto não ocorrer a respetiva reabilitação, o que não terá sucedido na medida em que a inscrição da pena subsiste no certificado de registo criminal

- No caso concreto, como proceder?

Decorre do exposto que face ao disposto no art.º 87.º-A a ocorrência de facto superveniente que inviabilize a contratação determina a caducidade do contrato.

O facto deste operador económico ser o único que opera na região não releva para a avaliação das questões colocadas.