

As entidades sujeitas a responsabilidade financeira no quadro dos princípios e regras de direito orçamental

Nazaré da Costa Cabral

Bom dia. Queria começar por agradecer ao Tribunal de Contas, desde logo na pessoa do seu Presidente, Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Caldeira, e também à Organização deste importante e oportuno Seminário (Exmos. Conselheiros Helena Abreu Lopes, Mouraz Lopes e António Martins) e ao Senhor Diretor-Geral do Tribunal, Exmo. Conselheiro José Tavares.

Deixava também desde já um cumprimento ao meu Colega de painel, Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha.

Parte I – Questões gerais: a necessidade de repensar o regime da responsabilidade financeira

Na minha opinião, a necessidade de repensar o regime da responsabilidade financeira envolve os seguintes planos:

1) Em primeiro lugar, a questão da inserção sistemática: será que o regime da responsabilidade financeira deve ser regulado – como hoje fundamentalmente está – na Lei de

Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) ou, pelo contrário, deve constar de uma lei própria - um 'Regime da responsabilidade financeira dos titulares de cargos políticos e dos agentes e funcionários do Estado e outras entidades públicas' -, a quem caberia definir os aspetos de ordem substantiva (tipificação da infração e moldura da sanção a aplicar), e reservando os aspetos de ordem adjetiva então, aí sim, para a LOPTC;

2) Em segundo lugar, e relacionado com a anterior, a necessidade de proceder a uma diferente identificação daquele que me parece ser o elemento-chave, em torno do qual deve ser definido o regime da responsabilidade financeira: atualmente, o foco do regime da responsabilidade financeira é a reparação, o tipo de sanções a aplicar, o que aliás leva a diferenciar as duas formas de responsabilidade, reintegratória e sancionatória. A meu, creio que o regime deveria centrar-se *prima facie* na identificação, tipificação e densificação das infrações financeiras. Dever-se-ia assim reequacionar o regime, centrando-o na identificação e na qualificação da infração, ou seja, identificando muito bem os tipos de infrações financeiras, o seu *nomen juris*, o corpo de regras e até de princípios que cada uma destas infrações aparece a violar, as

circunstâncias atenuantes e agravantes, a explicitação dos graus de culpa, etc.

Hoje, pelo contrário, afigura-se-me que a forma como as infrações financeiras aparecem previstas nos artigos 59.º e 65.º da LOPTC revela o seguinte:

- A sua secundarização relativamente ao elemento reparador, a sanção;
- A fraca densificação dos elementos constitutivos das diferentes infrações, e a ausência de uma classificação de infrações que permitiria por exemplo distinguir entre infrações por violação de regras de execução, por violação das obrigações de prestação de contas ou do cumprimento de deveres de informação;
- A imprecisa e vaga identificação de algumas infrações, com base numa indiferenciada violação de regras orçamentais e de execução (al. b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, a que voltarei) ou então da genérica violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património (al. d) do mesmo preceito);
- Por tudo isto, afigura-se-me que existe uma certa fragilização da noção e dos tipos legais de infração financeira.

A importância de recentrar o regime da responsabilidade financeira na própria noção de infração financeira tem apoio

teórico. Recordava nomeadamente o nosso saudoso Professor Sousa Franco, que caracterizava a responsabilidade financeira, dizendo que ela tanto significava a responsabilidade pela gestão e prestação de contas (em suma a ideia de *'accountability'*), como também a responsabilidade, justamente, pela prática de infrações financeiras (FRANCO, 1996, p. 473). Eu atrevo-me a ser ainda mais restritiva, e dizer que a responsabilidade financeira deve ocorrer sempre perante a verificação de uma infração financeira, incluindo as infrações que resultem do incumprimento de obrigações relacionadas com a prestação de contas, e mais genericamente de deveres de informação.

4) Parece-me que a reconfiguração do regime de responsabilidade financeira a partir da ideia de infração financeira permitia, por sua vez, uma melhor evidência para a separação de águas que deve existir entre a responsabilidade financeira e as responsabilidades criminal e civil, de um lado, e a mesma responsabilidade financeira e a responsabilidade política, de outro lado. Ou seja, permitiria evidenciar bem a razão de ser, autonomia e importância da responsabilidade financeira relativamente a outras modalidades de responsabilidade. Permitiria, em particular, uma melhor compreensão da diferença que existe entre

responsabilidade política e responsabilidade financeira por parte dos titulares de cargos políticos.

5) Por outro lado, já no que diz respeito à fisionomia das responsabilidades reintegratória e sancionatória, enquanto formas distintas de materializar a responsabilidade financeira, creio que haveria talvez, também, que repensar a influência que nelas têm dois regimes e até dois ramos de direito diferentes, dois regimes aqui sobrepostos, que criam uma solução compromissória que é sem dúvida única e idiossincrática, mas que é também uma solução algo eclética, e que talvez merecesse ser reequacionada.

Assim, no caso da responsabilidade reintegratória, a matriz reparadora reconduz-se à responsabilidade civil – nomeadamente, o instituto da reposição *in natura* -, ao passo que no caso da responsabilidade sancionatória, a matriz reparadora reside na responsabilidade criminal, sob a forma de aplicação de multas.

No entanto, note-se que em ambos casos, a recomposição opera sempre pela via monetária, e em ambos os casos para punir comportamentos que atingem a esfera da licitude. Por isso, fico com esta dúvida quanto ao perfil reparador que deva ser mais adequado no domínio da responsabilidade financeira: se o mesmo deverá estar mais próximo do regime da responsabilidade civil ou do da responsabilidade criminal

– à primeira vista, eu pessoalmente daria preponderância a este último, mas enfim, não tenho certezas definitivas a este respeito.

6) Finalmente, um último aspeto que eu gostaria de ver explicitado – até porque isto também se relaciona com o que vou dizer a seguir sobre as regras orçamentais - prende-se com o tipo de apreciação que deve ser feita em sede de efetivação de responsabilidades financeiras: uma apreciação de legalidade estrita ou uma apreciação que possa envolver um juízo de mérito. Creio que, embora por vezes a linha de fronteira entre estas dimensões seja ténue, creio que no exercício desta função de julgar e de efetivar a responsabilidade financeira, o Tribunal de Contas deve ater-se a uma apreciação de legalidade, desde logo em obediência ao princípio da separação de poderes (isto, sem prejuízo de o TC desenvolver uma fiscalização de mérito, noutras planas da sua atuação fiscalizadora, como de resto já hoje sucede).

Parte 2 – Violação de regras e princípios orçamentais e responsabilidade financeira

Vou agora procurar relacionar a responsabilidade financeira com as regras e princípios orçamentais, para defender que nem sempre essa relação pode ser estabelecida, pelo menos

de forma direta e imediata. Com efeito, da mesma maneira que há casos de responsabilidade financeira que não têm a ver diretamente com as regras orçamentais (atinentes à organização do OE), também não é claro que a violação de regras orçamentais deva implicar uma infração financeira, para efeitos de efetivação de responsabilidades financeiras.

Por outro lado, quando se fala de regras e princípios orçamentais, haverá desde logo que começar por distingui-los dos chamados princípios de execução orçamental.

Isto é assim, apesar de a al. *b)* do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC – já aqui mencionada – atribuir um alcance extensíssimo à responsabilidade financeira (no caso à responsabilidade sancionatória), ao prever que esta pode ter lugar, e cito, “pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos”, ou seja, cobrindo justamente estas duas vertentes que eu acabo de mencionar.

Creio que é uma formulação demasiado ampla e que se traduz numa remissão genérica para toda e qualquer regra orçamental, sem cuidar de verificar se faz sentido que isso seja assim em qualquer circunstância, e para toda e qualquer regra.

Assim, se olharmos para a nova LEO, as **regras e princípios orçamentais atinentes à organização do OE** constam sobretudo da Parte I - desdobrando-se em princípios e regras clássicos e novas regras ou princípios orçamentais -, ao passo que os **princípios atinentes à execução orçamental** constam hoje sobretudo do artigo 52.º da LEO (ainda que outra legislação específica possa estar em causa, por exemplo o desrespeito pelo disposto no Código dos Contratos Públicos ou na Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso).

A forma como, num caso e noutro, a formulação das regras, de um lado, permite depois corporizar infrações financeiras, do outro lado, é um exercício que deveria ser melhor corporizado no regime da responsabilidade financeira: as pontes entre estes dois planos nem sempre são claras, e isso em parte acontece em virtude da tal remissão genérica, de se pretender que, em geral, qualquer violação de regras de organização e execução orçamental dê azo a responsabilidade financeira, o que não me parece totalmente ajustado.

Por exemplo, será que violar o princípio da especificação orçamental deve significar sempre e em qualquer circunstância uma infração financeira com relevância para este efeito? Se houver um problema com os níveis de desagregação da receita ou despesa pública nos mapas

orçamentais, pode não haver aí necessariamente uma infração financeira. Agora, diversamente, a criação de fundos ou dotações secretas que são proibidos expressamente pela LEO, no quadro justamente desse princípio da especificação, isso sim pode configurar um tipo de infração financeira.

Por outro lado, se é verdade que há regras ou princípios orçamentais, cuja violação pode diretamente consubstanciar uma infração financeira – como este exemplo que eu acabei de dar -, também não é menos verdade que em certos casos, a infração financeira acontece não por se violar diretamente a regra orçamental (aplicável à organização do OE), mas sim porque ao se violar uma regra de execução, indireta e implicitamente posso estar a contender com a regra orçamental. Um exemplo: a realização de despesa que não esteja devidamente inscrita e especificada no OE consubstancia a violação do princípio da legalidade da despesa e da tipicidade qualitativa da despesa (nessa medida pode traduzir-se numa infração financeira), mas indiretamente pode considerar-se que assim se está, na execução, a pôr em causa o princípio da especificação orçamental.

Curiosamente, existem, por outro lado, alguns outros princípios que sendo tipicamente princípios de execução orçamental - o caso paradigmático é a famosa regra 'Economia, Eficiência e Eficácia' -, foram agora trazidos para

o elenco das regras orçamentais (no artigo 18.º da nova LEO) e, pelo modo como aparecem formulados, parece pretender-se retirar deles um sentido prático e útil, que eventualmente poderia projetar-se no plano da responsabilidade financeira. A meu ver, note-se, no julgamento da responsabilidade financeira, compete ao TC uma apreciação de legalidade, e não de mérito. E é do mérito que tratamos quando falamos da regra dos EEE - antes mencionada.

Coisa diferente – pois aí não é o mérito da decisão que está em causa, mas a sua legalidade – é a violação de uma nova norma prevista neste mesmo artigo 18.º que obriga, no n.º 3, que impõe a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de investimentos públicos que envolvam montantes totais superiores a cinco milhões de euros, devendo estes incluir, sempre que possível, a estimativa das suas incidências orçamental e financeira líquidas ano a ano e em termos globais. Creio que claramente neste caso pode suscitar-se a questão da eventual responsabilidade financeira, desde logo da parte dos membros do Governo tidos por responsáveis. O fundamento não será contudo a violação, em si, da regra dos EEE, antes o incumprimento de uma obrigação legal, esta que aqui está prevista.

De resto, em regra, quer-me parecer que é basicamente no tocante à aplicação dos princípios de execução orçamental que a efetivação de responsabilidades financeiras encontra o seu terreno mais propício e adequado. Ou seja, a responsabilidade financeira dimana fundamentalmente da execução orçamental.

E isto, pelas seguintes razões:

- Primeira, trata-se, na sua maioria, de princípios de legalidade genérica e específica da despesa pública (ou então, menos relevante aqui, da receita), que obrigam a confrontar as condutas dos agentes com leis em vigor – sejam elas leis em geral, seja o OE em particular –, leis de que resultam comandos jurídicos precisos, limites quantitativos, dotações máximas, enfim, regras procedimentais ou substantivas precisas, à partida por isso mesmo dotadas da mais ampla efetividade jurídica;
- Segunda, tratando-se de princípios de execução orçamental, a identificação do agente executor é mais fácil, permitindo a individualização da responsabilidade financeira, com a identificação do grau respetivo de culpa;
- Terceira, sendo comandos jurídicos que obrigam a condutas ou proibem certas outras, o desrespeito pelos mesmos facilmente remete a ação incumpridora para o

campo da ilicitude e não apenas o campo da 'simples' ilegalidade;

- Quarta e última, na verdade, os destinatários fundamentais destes princípios de execução são todos aqueles (incluindo agentes políticos individualmente considerados) a quem cabe a chamada decisão de contratar, de autorizar e de realizar a despesa pública – e nestes casos, essa despesa pública envolve direta, jurídica ou até contratualmente uma determinada eficácia externa imediata (ou seja para fora da Administração).

Diferentemente, no que diz respeito às regras e princípios orçamentais, atinentes pois à organização do OE, o potencial da efetivação da responsabilidade financeira, por parte do Tribunal de Contas, será tendencialmente menor e, justamente, na maior parte dos casos exige a intermediação de normas de execução orçamental.

Esta menor propensão para se extrair destas regras orçamentais consequências diretas no plano da responsabilidade financeira fica a dever-se aos seguintes aspetos:

- Primeiro, em termos gerais, os princípios e regras atinentes à organização do OE constroem a elaboração desta lei de acordo com determinadas

exigências formais e substantivas, sendo que o plano de apreciação é aqui sobretudo o do confronto entre a lei do OE e outras que com ela estabelecem uma determinada relação paramétrica (a saber, a Constituição e a LEO) – ou seja, estamos preferencialmente no campo da constitucionalidade ou da legalidade do OE;

- Segundo, e a ser assim, não se trata tanto à partida de confrontar comportamentos de agentes perante normas em vigor, mas sim de confrontar uma lei que está a ser produzida, com outras leis enquadradoras;
- Terceiro, as regras orçamentais, em geral, têm como destinatários órgãos de soberania, coletivamente considerados, pelo que é mais difícil a pré-determinação de eventuais responsabilidades individuais – neste sentido, o grau de efetividade jurídica também é menor;
- Quarto, os destinatários destes princípios e regras são em particular os responsáveis pela chamada decisão financeira (*maxime* o Governo em funções), que sendo uma decisão com relevância jurídica imediata menos forte (e despiciente eficácia externa imediata), é acima de tudo uma decisão política, e que nos remete, por conseguinte, sobretudo para o campo da responsabilidade política.

Esta menor aptidão das regras e princípios orçamentais para efeitos da operacionalização da responsabilidade financeira é, a meu ver, ainda mais evidente no caso das chamadas ***regras de resultado orçamental*** – e se calhar, ao contrário do que seria de supor. No passado, tínhamos aqui essencialmente a regra do equilíbrio (sobretudo na vertente do saldo primário). Agora o lastro de regras é maior e mais exigente, e inclui a regra de saldo (incluindo do saldo estrutural) e a regra de dívida. O Professor Freitas da Rocha vai tratar especificamente desta questão, pelo que não me quero alongar.

No entanto, queria apenas indicar os problemas que a meu ver resultam de se tentar extrair do incumprimento de metas orçamentais a construção de um tipo de infração financeira, para efeitos de uma eventual responsabilidade financeira (nomeadamente de natureza sancionatória). Isto, pelas seguintes razões:

- Desde logo, pela complexidade associada à concretização destas metas orçamentais;
- Depois, pela impessoalidade do cumprimento do objetivo orçamental em causa e pela dimensão coletiva dos objetivos em si-mesmos e;
- Enfim, pela natureza económico-financeira da decisão, cuja concretização depende não apenas do comando

em si, mas de circunstâncias várias – económicas e outras – que não cabe ao Governo e a cada um dos seus membros dominar inteiramente.

Por isso, na minha opinião, colocam problemas e desafios crescente no que diz respeito à sua eventual ‘sindicabilidade’ judicial. Não é à toa que o desrespeito pela regra do equilíbrio orçamental, desde sempre consagrada nas nossas sucessivas leis de enquadramento orçamental, jamais tenha dado azo sequer a uma apreciação de ilegalidade ou inconstitucionalidade do OE – desde logo, pela dificuldade técnica para aferir da relevância jurídica do incumprimento em causa. Portanto, entendo muito complexa e até talvez perigosa, esta ideia de trazer o desrespeito por metas orçamentais para o domínio da responsabilidade financeira como se de uma infração financeira, no sentido próprio do termo, se tratasse.

O mesmo se passa, de resto, e até por maioria de razão, com os novos princípios orçamentais, aos quais aliás se reconduzem tais regras de resultado, nomeadamente, os princípios da estabilidade, da sustentabilidade de longo prazo das finanças públicas e da equidade intergeracional. A latitude e a indeterminação, para efeitos jurídico, no modo como tais princípios estão formulados, o seu carácter prospetivo, a projetar efeitos para gerações futuras ou para tempos vindouros, a difícil identificação da obrigação

jurídica e dos eventuais direitos objetivos ou subjetivos associados, tudo isto dificulta claramente essa pretensão de se lhes oferecer um eventual alcance no plano de julgamento de responsabilidades financeiras. O campo é aqui, basicamente, o campo da decisão política e por conseguinte e da responsabilidade política.

Diferente, claro, é o que pode suceder no decurso da execução orçamental em que decisões administrativas ou até políticas podem eventualmente contribuir para uma violação de regras ou princípios de resultado orçamental. Mas isso acontece na medida em que ocorra diretamente a violação de uma norma da Lei do OE: estou a pensar, por exemplo, numa decisão que envolva a ultrapassagem dos limites máximos de endividamento fixados naquela lei orçamental.

Todas estas dificuldades na submissão do (in)cumprimento das regras de resultado ao regime da responsabilidade financeira (em sentido estrito), não significa que o mesmo deva ficar imune ao escrutínio e à sanção – e o escrutínio, hoje muito intenso e efetivo, começa por ser político e mediático.

Mas também num plano jurídico, esse escrutínio e possibilidade de sanção existe. É o que sucede desde logo, externamente, no âmbito do procedimento por défice orçamental excessivo, à luz do Pacto de Estabilidade e

Crescimento. Repare-se contudo que, também aqui, essa sanção ocorre ainda num plano político, pressupõe uma discussão e negociação políticas envolvendo instituições europeias e Estados membros, e a decisão quanto à sua aplicação também ela é determinada por instituições políticas, que são a Comissão Europeia e o próprio Conselho. De resto, no seu todo, os quadros nacional e europeu, e as circunstâncias económicas recentes (determinando aos governos pesadas restrições orçamentais) favoreceram aliás – como está à vista nos mais recentes resultados orçamentais – um sentido moralizador e dissuasor do incumprimento, creio que até bastante mais intenso e efetivo do que seriam eventuais sanções personalizadas a aplicar a decisores políticos, por decisões tomadas no âmbito de processos de decisão difíceis, incertos e complexos, cuja avaliação e sentença não se deve resumir ao binómio ‘condenado’ ou ‘absolvido’.

Muito obrigada pela Vossa atenção!