

DIMENSÃO CIVILISTA OU RESSARCITÓRIA
DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA *

Paulo Mota Pinto
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação. 2. Pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória e responsabilidade civil: *a)* Comportamento (ação ou omissão); *b)* Ilicitude: α) O ónus da prova; β) Extensão à ultrapassagem de regras de boa gestão? *c)* Culpa; *d)* Nexo de causalidade; *e)* Dano. 3. Consequências jurídicas da responsabilidade financeira reintegratória. 4. Relação com outras pretensões relacionadas com deslocações patrimoniais indevidas no direito civil

1. Introdução e delimitação

O artigo 214.º, n.º 1, alínea *c)*, da Constituição da República atribui ao Tribunal de Contas competência para “efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei”, competência material, esta, repetida no artigo 5.º, n.º 1, alínea *e)*, da LOPTC, para “julgar a efetivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertença, nos termos da presente lei”. Estas disposições utilizam, pois, um conceito amplo de “*responsabilidades financeiras*”, como aquelas *que resultam da prática de infracções financeiras* de quem gere e utiliza

* Texto que serviu de base à conferência proferida em 29 de novembro de 2017 no Tribunal de Contas, no ciclo de seminários “Relevância e efetividade da jurisdição financeira no século XXI”. Optámos por manter o estilo coloquial e por não sobrecarregar o texto com notas de rodapé e referência bibliográficas.

dinheiros públicos. Trata-se de uma responsabilidade regulada por normas de *direito público*, e que tem como pressuposto um *ato financeiro ilícito típico*, sendo a competência para a apreciar exclusiva do Tribunal de Contas.

Parece, assim, possível a elaboração de uma noção de *responsabilidade financeira em sentido amplo*, que inclui as duas *modalidades* de responsabilidade reguladas nos artigos 59.º a 64.º e 65.º a 68.º – a responsabilidade *reintegratória* e a responsabilidade *sancionatória*. E isto, independentemente da questão da possibilidade de aproximação da primeira ao instituto geral da responsabilidade civil, e da segunda à responsabilidade penal ou contra-ordenacional.

Restringirei a minha análise à responsabilidade *reintegratória*, uma vez que aspetos relativos à responsabilidade sancionatória foram já tratados, neste mesmo ciclo de seminários, pelo meu Colega Pedro Caeiro. Devo, porém, começar por notar que, apesar da noção de responsabilidade financeira em sentido amplo, relevante também para alguns aspetos comuns de regime (competência, espécies processuais, alguns pontos do regime da prescrição), a responsabilidade *reintegratória* é hoje claramente *distinta*, na sua finalidade e âmbito, da responsabilidade *sancionatória* – e a meu ver também nos respetivos pressupostos. Deve notar-se, aliás, que a lei admite claramente a possibilidade de efetivação *cumulativa* das duas formas de responsabilidade, no artigo 65.º, n.º 6, e que deixou de prever a possibilidade de conversão da responsabilidade reintegratória em responsabilidade sancionatória, com extinção da primeira pelo pagamento da multa, em que a reposição era convertida, quando o agente tivesse procedido sem

dolo (como se previa na redação do referido artigo 65.º, n.º 6 anterior à Lei n.º 20/2015, de 9 de março).

Acresce que as suas *finalidades* são diversas: a responsabilidade reintegratória visa a *reposição* das importâncias abrangidas pela infração; a responsabilidade sancionatória visa *sancionar* essa infração.

E afigura-se que também são distintos os seus *pressupostos*, porquanto a previsão de responsabilidade reintegratória resulta dos artigos 59.º e 60.º da LOTPC, independente ou autonomamente da prática de infrações que sejam sancionáveis com responsabilidades sancionatórias elencadas no artigo 65.º

Esta autonomização parece-me, aliás, replicar, no domínio das responsabilidades financeiras, apenas a distinção que existe também em geral na responsabilidade, entre a responsabilidade *civil*, que serve fundamentalmente o objetivo da *justiça corretiva*, e a responsabilidade *sancionatória* (criminal ou contra-ordenacional), com objetivos fundamentalmente preventivos (de integração). E isto, independentemente da questão de saber se a responsabilidade financeira reintegratória é verdadeiramente responsabilidade civil, por pressupor um dano que visa ressarcir – questão a que voltarei mais à frente.

2. Pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória e responsabilidade civil

Centrando-nos então na especificamente na responsabilidade financeira reintegratória, penso que faz sentido tentar analisar os seus *pressupostos* verificando se eles correspondem aos cinco pressupostos em regra elencados pela doutrina para a afirmação de uma pretensão com fundamento em responsabilidade

civil: *comportamento* (ação ou omissão), *ilicitude*, *culpa*, *dano* e *nexo de causalidade*. Isto, tendo em conta as tentativas de aproximação da responsabilidade financeira de uma responsabilidade civilística com natureza ressarcitória.

É certo que se encontram na doutrina variadas *sistematizações* destes pressupostos ou requisitos. E que existem também casos excepcionais, com formas específicas de responsabilidade civil, em que esta excepcionalmente prescindia da ilicitude ou da culpa, em homenagem a considerações de justiça ou de oportunidade. Mas a sistematização *mais comum*, para a regra da responsabilidade civil – em que se exige a ilicitude e a culpa – é a que separa os cinco pressupostos referidos.

Poder-se-ia talvez tentar antes uma outra sistematização, comum a ambas as formas de responsabilidade financeira (reintegratória e sancionatória), que distinguisse, como se encontra nalguma doutrina¹, entre um *elemento subjetivo*, um *elemento típico*, um *elemento objetivo*, um *elemento causal* e um *elemento culposo*. Todavia, cremos que, se bem se vir, esta sistematização não se afasta da divisão clássica que indicámos: o elemento subjetivo é indicado como uma ação ou omissão por parte de um sujeito que tem a seu cargo a guarda ou a gestão de dinheiros ou outros valores públicos; o elemento típico corresponde a um tipo de ilicitude (ou de um facto responsabilizante indicado na lei); e o elemento objetivo a um dano para o Erário público, efetivo, individualizável e economicamente

¹ V. LIA OLEMA CORREIA, “O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira”, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, 2.º vol., Lisboa, 2006, pp. 791-813 (803-804).

avaliável; enquanto é, por sua vez, evidente que o elemento causal e o elemento culposo correspondem às exigências de nexo de causalidade e de culpa.

a) Comportamento (ação ou omissão)

Começando pelo pressuposto consistente numa ação ou omissão, verificamos que a LOPTC elenca os *factos geradores de responsabilidade*: alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos, pagamentos indevidos, violação de normas financeiras, e prática, autorização ou sancionamento que impliquem a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas (artigos 59.º, n.ºs 2 a 5, e 60.º).

Além disso, a LOPTC determina que a responsabilidade recai sobre o “*agente ou agentes da ação*” (artigo 61.º, n.º 1), em termos que também pressupõem um comportamento responsabilizante. Pressupõe-se, assim, um comportamento – isto é, uma ação ou omissão –, na base da responsabilidade financeira.

A responsabilidade recai sobre os *membros do Governo* e os *titulares dos órgãos executivos das autarquias locais*, nos termos e condições fixadas para a responsabilidade civil e criminal nos n.ºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933, isto é: quando “não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adoptado resolução diferente”; ou quando “não esclareçam os assuntos da sua competência em harmonia com a lei”. É isto o que resulta da remissão no artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC para o n.º 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22257, embora esta previsão se afigure adequada sobretudo aos “funcionários ou agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes ou outros

administradores, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei”, como se dispõe no n.º 4 do mesmo artigo 61.º Acresce que pode ser duvidoso o sentido com que se emprega o termo “estações competentes”, a propósito da omissão de audição ou de divergência em relação ao seu esclarecimento: a sua concretização dependerá de cada caso concreto, parecendo que poderão tanto ser internos como externos à pessoa jurídica em causa, e que nem terão necessariamente de ser órgãos ou entidades com competência funcional de aconselhamento, no sentido jurídico-administrativo (por exemplo, cujo parecer seja obrigatório).

Quanto à responsabilidade financeira reintegratória que recai nos *gerentes*, *dirigentes* ou *membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira* ou equiparados e *exatores dos serviços*, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, prevista no artigo 61.º, n.º 3, ela pressupõe também uma sua ação – o que é patente no caso do *desvio* de dinheiros ou valores públicos (“desaparecimento por ação voluntária”), no caso dos *pagamentos indevidos* (sendo a ação a prática ou autorização do pagamento), na *violação de normas financeiras* (sendo esta em regra por ação) e na *prática, autorização ou sancionamento* que leve a não arrecadação de receitas.

No caso do *alcance*, a lei refere-se à hipótese de, *independentemente de ação nesse sentido, existir desaparecimento de valores do Estado*. Parece, aqui, prever-se uma responsabilidade por posição de garante, sem ação. Mas tal responsabilidade, como não prescinde da culpa, tem pelo menos de assentar numa *omissão negligente*.

Nos casos, previstos no artigo 62.º, n.º 3, de *responsabilidade subsidiária* dos membros do Governo, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, é certo que eles serão estranhos ao facto, mas exige-se: *a)* que o agente tenha praticado o facto *por permissão ou ordem sua* (aqui residindo a ação) sem se verificar a falta ou impedimento daquele a que pertenciam as correspondentes funções; *b)* que tenha sido por *indicação ou nomeação* sua (aqui residindo então a ação), que pessoa já desprovida de idoneidade moral, e como tal reconhecida, haja sido designada para o cargo em cujo exercício praticou o facto; ou *c)* que tenham procedido *com culpa grave no desempenho* das funções de fiscalização que lhe estiverem cometidas, nomeadamente quando não tenham acatado as recomendações do Tribunal em ordem à existência de controlo interno (o que pode incluir responsabilidade por omissão).

b) Ilícitude

A ilicitude, como pressuposto da responsabilidade reintegratória, está explícita nalguns dos tipos de responsabilidade, que constituem “infrações financeiras”.

Assim, a ilicitude pode resultar, desde logo, do *desaparecimento de dinheiros ou valores públicos*, com violação, portanto das *regras sobre propriedade* desses dinheiros ou valores. É o que acontece no *alcance*, no caso de *desvio* de dinheiros ou valores públicos, em que se exige o seu desaparecimento

“por ação voluntária de qualquer agente público que a eles tenha acesso por causa do exercício das funções públicas que lhe estão cometidas”.

Mais problemática é a ilicitude da ação ou omissão no caso do *alcance*, pois que se prevê a responsabilidade “quando, independentemente da ação do agente nesse sentido, haja desaparecimento”. Como já vimos, parece tratar-se de uma responsabilidade por uma *posição de garante* do agente, desde que tenha procedido com culpa que conduziu ao desaparecimento.

A ilicitude é já evidente na exigência do *carácter indevido do pagamento*, isto é, que este seja *ilegal*, incluindo aqueles “a que corresponda contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade”. Hoje já não basta, pois, a existência de *qualquer prestação*, antes se devendo realizar um controlo da *adequação* ou *proporcionalidade* da contraprestação à prossecução das atribuições da entidade ou aos usos normais da atividade. Trata-se, porém, de um controlo apenas da adequação ou proporcionalidade segundo um critério que *não deve substituir-se ao critério de gestão pública, politicamente legitimado* – isto é, exigir-se-á em regra que, mesmo nessa perspetiva, segundo os objetivos definidos em concretização da prossecução das atribuições da entidade em causa, não haja adequação ou proporcionalidade.

Também no caso da *violação de normas financeiras* de que resulte para a entidade pública obrigação de indemnizar, a ilicitude reside na própria violação que é pressuposto da responsabilidade.

E a ilicitude resulta ainda do *não cumprimento do dever de assegurar a arrecadação* de receitas, nos casos de prática, autorização ou sancionamento que impliquem a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas com violação das normas legais aplicáveis.

α) O ónus da prova

Complexa é a questão da distribuição do ónus da prova deste requisito, a que vimos aludindo sobre a epígrafe “ilicitude”. Com efeito, segundo o artigo 61.º, n.º 6, “aos visados compete assegurar a cooperação e a boa fé processual com o Tribunal, sendo-lhes garantido, para *efeitos de demonstração da utilização de dinheiros e outros valores públicos colocados à sua disposição de forma legal, regular e conforme aos princípios da boa gestão*, o acesso a toda a informação disponível necessária ao exercício do contraditório” (itálico aditado).

Cumpramos reconhecer que a redação da lei podia ser aqui mais clara, Mas, com base neste texto, já se tem defendido² que resulta dessa norma uma *inversão do ónus da prova* da ilicitude, que poderá resultar do dever de prestar contas. Pensamos que esta pode, realmente, ser uma base *de jure condendo* para tal inversão, mas já se afigura que o texto a lei deveria ter sido *mais claro* na imposição desse ónus da prova, enquanto resultante do dever de prestar contas. Isto, uma vez que a regra na responsabilidade civil é a de que a prova dos

² V., por exemplo, LIA OLEMA CORREIA, ob. cit., p. 805, PAULO NOGUEIRA DA COSTA, O Tribunal de Contas e a boa governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 463, GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, “A responsabilidade financeira do gestor de coisa pública”, in JOSÉ DUARTE/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/JORGE MIRANDA/EDUARDO PAZ FERREIRA, orgs., Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 253-254.

pressupostos da responsabilidade incumbe *ao lesado* – o que não será o caso na responsabilidade financeira reintegratória.

Em todo o caso, existindo pelo menos uma prova de primeira aparência dos elementos típicos da infração, afigura-se adequado impor ao agente a prova de que cumpriu os seus deveres.

β) Extensão à ultrapassagem de regras de boa gestão?

Ainda a propósito dos *tipos de ilícito* – pois que não existe uma *cláusula geral de ilicitude* para efeitos de responsabilidade financeira reintegratória, antes esta se baseia em diversos *tipos* de ilícito – tem já sido proposta³ a extensão desta responsabilidade à prática, ainda que negligente, de *atos de gestão que violem, de forma excessiva e intolerável, os critérios de boa gestão* dos recursos financeiros públicos.

Tal previsão – nestes termos ou próximos – não se encontra na LOPTC, e exigiria a *possibilidade de formulação de critérios para tal violação*, de forma excessiva e intolerável, das regras de boa gestão. Tal formulação nem sempre se afigurará fáceis, designadamente tendo em conta que as *conceções de boa gestão* podem implicar, por exemplo, uma avaliação das *prioridades políticas e programáticas* em cada momento. Seria necessário formular algo como que equivalente à *business judgment rule* (regra de boa avaliação no mundo dos negócios), mas para a gestão pública. E as próprias dificuldades na responsabilização dos administradores no direito privado, com tal fundamento, mostram que isso não é fácil.

³ V. PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *O Tribunal de Contas...*, cit., pp. 468 e ss.

Apesar destas dificuldades, creio que poderão definir-se *limites de tolerabilidade* e de *inaceitabilidade*, também na gestão pública, válidos *segundo quaisquer conceções programáticas ou políticas*. Sendo certo que ninguém é infalível, e que a eficiência admite *vários graus* de concretização, haverá casos, porém, em que é *clara, manifesta, a violação, a todas as luzes, dos critérios da boa gestão*, para os quais não repugna – nem sequer parece, portanto, democraticamente questionável – a introdução de um tipo de ilícito referente à *qualidade da gestão pública*.

c) Culpa

A responsabilidade financeira reintegratória é uma forma de responsabilidade *subjetiva*, na medida em que requer, como seu pressuposto indispensável, a *culpa* do agente – como se prevê no artigo 61.º, n.º 5, a responsabilidade prevista nos números anteriores, para o agente ou agentes da ação (incluindo membros do Governo e titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, ou funcionários ou agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes ou outros administradores, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei), só ocorre se a ação for praticada com culpa.

Nada impediria o legislador – é certo – de prever hipóteses de responsabilidade financeira reintegratória *objetiva*, isto é, independente de culpa.

Parece, porém, ter sido avisada a opção legal – apesar de se saber que historicamente a responsabilidade financeira (designadamente por alcances) era objetiva, em conformidade com a ideia de guardião, ou depositário do dinheiro ou valores.

Por um lado, sob o ponto de vista da *eficiência* ou *oportunidade*, sabe-se hoje que o acréscimo de tutela dos lesados – no caso, do Erário público – que é conseguido com a previsão de hipóteses de responsabilidade objetiva é em grande medida – senão mesmo totalmente – *neutralizado* pela redução do *nível de atividade* dos potenciais responsáveis, temendo a responsabilização pela sua atividade ainda que cumpram cuidadosamente todos os deveres de cuidado que possam prever e a que possam estar adstritos. Tal redução do nível de atividade não se refletiria, aliás, no caso da responsabilidade financeira reintegratória de agentes públicos, apenas na *redução da eficiência* da sua atuação, mas, com muita probabilidade, na maior *dificuldade de atração de pessoas ativas e competentes para o exercício de funções públicas*. Apenas aqueles para quem o risco de responsabilização objetiva compensasse – isto é, que teriam um menor custo de oportunidade por não terem melhor alternativa disponível – se sentiriam então impelidos a assumir tais funções.

Por outro lado, sob o ponto de vista da *justiça*, parece que responsabilizar o titular de um cargo público apenas porque se verificou um dano, independentemente da sua culpa, é arbitrário, desde logo, por dispensar o apelo à *autonomia moral* e ao *cumprimento dos deveres funcionais*, que as entidades públicas devem estimular.

Ao que acresce que se não descortina qual o princípio que poderia estar subjacente a tal responsabilização objetiva. Certamente que não seria o princípio do benefício (*ubi commoda, ibi incommoda*), uma vez que muitos dos responsabilizados não seriam titulares de funções que tiram benefícios diretos ou indiretos (notoriedade, etc.) do exercício dessa função.

Justificada, pois, a opção pela exigência de culpa, como deve esta ser apreciada?

A lei preceitua, no artigo 64.º, que o Tribunal de Contas avalia o grau de culpa de *harmonia com as circunstâncias do caso*, tendo em consideração: as *competências do cargo* ou a *índole das principais funções* de cada responsável, o *volume e fundos movimentados*, o *montante material da lesão* dos dinheiros ou valores públicos, o *grau de acatamento de eventuais recomendações* do Tribunal e os *meios humanos e materiais existentes* no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição.

A culpa deve, pois, ser apreciada *em concreto*, tendo em conta o *padrão de um responsável financeiro diligente e prudente* na gestão e afetação dos dinheiros públicos que lhe compete zelar e gerir – como se diz no Acórdão 02/06, da 3.ª Secção, de 18 de outubro de 2006.

Apesar de a responsabilidade financeira ser apurada segundo um juízo de *legalidade estrita*⁴, afigura-se, porém, que, entre as circunstâncias do caso que podem ser relevantes para apreciar a culpa do agente, estará também a matéria e o

⁴ Como se decidiu no Acórdão n.º 2/2013, de 20 fevereiro (relatora: HELENA MARIA FERREIRA LOPES).

juízo efetuado noutros tribunais (incluindo em tribunais arbitrais), ainda que segundo a equidade.

A lei prevê ainda, no artigo 64.º, n.º 2, que quando se verifique *negligência*, o Tribunal pode *reduzir* ou *relevar a responsabilidade* em que houver incorrido o infrator, devendo fazer constar da decisão as razões justificativas da redução ou da relevação – disposição que pode dizer-se encontrar o seu equivalente, para a responsabilidade civil, na possibilidade de redução equitativa da indemnização quando o agente tenha atuado apenas com negligência, prevista no artigo 494.º do Código Civil. A lei admite, pois, a quebra da regra do “tudo ou nada”, em que se traduziria a estrita prossecução da finalidade de justiça corretiva, a favor de uma diminuição (ou até supressão) da indemnização em caso de negligência.

d) Nexó de causalidade

Quanto ao nexó de causalidade, afigura-se que não existem especialidades de maior a referir. Exige-se, por um lado, que o alcance, o desvio de dinheiro ou valores públicos, o pagamento indevido, a violação de normas financeiras ou a prática autorização ou sancionamento que implicam não liquidação, cobrança ou entrega de receitas *resultem de um comportamento do agente*, embora para o alcance se dispense uma ação do agente nesse sentido – o que, como vimos, parece dever ser entendido com uma dispensa de intenção, ou como a previsão de uma responsabilidade por posição de garante.

Além disso, quanto ao montante a repor, a lei refere-se às *importâncias abrangidas pela infração*, exigindo que as importâncias a repor sejam as abrangidas pela infração cometida

e) Dano

Mais problemático é o pressuposto do *dano* causado, para que exista responsabilidade financeira reintegratória.

Efetivamente, a lei refere-se à responsabilidade *pela reposição das importâncias abrangidas pela inflação*, e não a delimita em caso algum pelo dano ou prejuízo concreto, entendido nos termos gerais. A lei não se refere aliás, a uma obrigação *de indenização*, e era mesmo discutido se os tipos de responsabilidade financeira reintegratória exigem a verificação de um tal *dano* ou prejuízo.

Assim para os pagamentos indevidos, entendeu-se já que esses pagamentos ilegais impunham responsabilidade reintegratória ainda que de tais pagamentos não resultasse prejuízo para o Erário público. Esse entendimento não é porém hoje compaginável com o disposto no artigo 59, n.º 4, da LOPTC, uma vez que este se refere aos pagamentos *ilegais que causarem dano* para o Erário público, embora não definindo em que se traduz este dano.

De todo modo, afigura-se inquestionável que em todos os tipos de ilícito suscetíveis de fundamentar a responsabilidade financeira reintegratória temos *consequências patrimoniais indesejáveis* para o erário público e, neste sentido amplo, todas pressupõem um dano.

Outro é o problema da *delimitação das consequências* da responsabilidade reintegratória pelo dano, a me referirei a seguir

3. Consequências jurídicas da responsabilidade financeira reintegratória

Como é sabido a responsabilidade civil opera através de obrigação de interiorização, e, segundo o artigo 562.º do Código Civil, obrigação de

indeminização tem como objetivo a *reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga a reparação*⁵. A indemnização visa, pois, eliminar o *dano*, entendido, de acordo com aquela qualificação, como um prejuízo *concreto, subjetivo e dinâmico*.

Não são estes, porém, nem a qualificação nem o objetivo resultante da lei para a obrigação de reintegração consequente à responsabilidade financeira reintegratória. Efetivamente esta é uma obrigação *de reposição*. Não se trata, portanto, de uma obrigação *de indemnização*, isto é, de reconstituição que existiria sem o evento responsabilizante – de uma obrigação ressarcitória ou compensatória neste sentido. Mas antes de uma obrigação *de reposição de valores ou de dinheiros que o Erário público deveria manter, e que deixaram de aí figurar*.

É certo que essa reposição inclui os *juros de mora* sobre os respetivos montantes, nos termos previstos no Código Civil, contados desde a data da infração, ou, não sendo possível determiná-la, desde o último dia da respetiva gerência – nos termos do artigo 59.º, n.º 6. E que esses montantes *tenderão a corresponder aos danos* sofridos pelo Estado ou pela entidade pública em questão – serão como que um dano fixado normativamente pela lei⁶.

Mas, de qualquer modo, estamos longe de uma obrigação que vise reconstituir a situação do Erário público caso se não verificasse o evento responsabilizante, situação, essa, hipotética, medindo-se a obrigação pela

⁵ Sobre o sentido desse critério, v. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. I, n.º 31.

⁶ Dizendo que o montante a reintegrar tem agora de corresponder ao dano que de facto foi sofrido e verificado, e não ao valor objetivamente identificado como estando em falta, v. ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade financeira e Tribunal de Contas - contributos para uma reflexão necessária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, n.º 2.3.

diferença em relação à situação atual (a chamada “fórmula da diferença”, que remonta já a Friedrich Mommsen, e está consagrada entre nós, para a obrigação de indemnização, no artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil⁷).

A própria noção de dano que é referida na lei para o pagamento indevido aparece apenas como *pressuposto* da responsabilidade, e não como *delimitadora* desta – no seu preenchimento.

Este ponto afasta decisivamente a responsabilidade financeira reintegratória da responsabilidade civil nos termos gerais, que se mede pelo dano, bem como afasta a obrigação de reposição de uma verdadeira obrigação de indemnização.

Pode, aliás, perguntar-se: a lei fala em obrigação *de reposição*, e será que esta, tal como na responsabilidade civil, as consequências se medem pela situação *do credor* (pelo seu dano), e não pela situação *do devedor*, como acontece nas obrigações de restituição (pelo seu locupletamento), por exemplo por enriquecimento sem causa.

Existe, com efeito, quem tente distinguir⁸, consoante a *referência subjetiva* a que se liga a *finalidade da obrigação* (a situação do credor demandante, do devedor demandado, ou a de ambos), entre: *a*) obrigações orientadas *apenas pela situação do credor*, designadamente, com finalidade *compensatória* ou *reparatória* (no caso da responsabilidade civil delitual) ou finalidade de *realização do interesse contratual* do credor (no caso das pretensões de cumprimento de obrigações emergentes de negócios jurídicos); *b*) obrigações orientadas *segundo a situação do demandado*, designadamente, visando a eliminação de ganhos ou

⁷ V. o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., n.º 9, b).

⁸ V., por exemplo, indicações no nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., n.º 21, e n. 1363.

lucros obtidos por este (ou o sancionamento do demandado); e *c*) obrigações orientadas *segundo a situação tanto do demandante como do demandado* (como as pretensões restitutórias, que, pelo menos nos termos da doutrina do “duplo limite”, atendem quer ao enriquecimento quer ao empobrecimento; ou ainda, por exemplo, obrigações de restituição do que tiver sido obtido em execução de um negócio inválido).

Afigura-se-nos que a responsabilidade financeira reintegratória, tal como prevista na lei, atende sobretudo à situação patrimonial *do credor público* (do Erário público), que viu desaparecer dinheiro ou valores públicos (alcance e desvio de dinheiro), serem feitos pagamentos indevidos, surgirem deveres de indemnização indevidamente (violação de deveres), ou não serem arrecadadas receitas contra as regras legais. O que está em causa não é a eliminação ou restituição de um *locupletamento* ou *avantajamento do agente* ou de um terceiro – é, antes, a *reposição para o Erário público* de importâncias que deveriam aí estar.

Aliás, embora a obrigação de reposição se não meça pelo dano *concreto atual* e certo, é verdade que a reposição dos montantes acrescida de juros de mora tenderá a incluir os danos mais relevantes.

Pode, pois, a meu ver, concluir-se que – quer pelos pressupostos da obrigação de reposição, quer pelo próprio termo “responsabilidade” e pela exigência de culpa – a obrigação resultante da responsabilidade financeira reintegratória, não sendo uma obrigação de indemnização nos termos clássicos, *visa, porém, também, na maioria dos casos, eliminar ou reduzir o dano* sofrido pelo Estado ou entidade pública em causa, embora o dano *não seja concreto, atual,*

certo, individualizado e determinado como nos termos gerais, pela “fórmula da diferença”, antes seja um dano *tipificado*, fixado pela lei como correspondendo às importâncias em causa, acrescido dos juros de mora.

4. Relação com outras pretensões relacionadas com deslocações patrimoniais indevidas no direito civil

A qualificação a que acabamos de chegar não se afigura irrelevante. Embora, sem o adequado controlo valorativo ou teleológico, não se deva deduzir consequências jurídicas práticas de conceitos, qualificações ou construções jurídicas – como se sabe desde a crítica ao conceitualista “método da inversão” levada a cabo, entre outros, por Phillip Heck –, a referida qualificação traduz uma realidade importante no plano dos resultados e das valorações subjacentes a este tipo de responsabilidade: a responsabilidade financeira reintegratória *nem sempre elimina só por si o dano público* verificado em consequência da infração financeira, nem “desfaz” o enriquecimento sem causa obtido pelo agente ou por terceiros.

Ora, não se vê razão para que o Estado não possa recorrer também a outros mecanismos jurídicos, facultados aos particulares para obter a correção de deslocações patrimoniais indesejadas e desconformes com a lei, como a *responsabilidade civil* e a *restituição do enriquecimento sem causa*, nos casos em que a responsabilidade financeira reintegratória *não eliminar totalmente a deslocação patrimonial indevida* verificada em consequência da infração.

Desde logo, a própria LOPTC prevê, no artigo 59.º, n.º 1, que nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e ainda de pagamentos indevidos,

o Tribunal de Contas pode “condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração, sem prejuízo de qualquer outro tipo de responsabilidade em que o mesmo possa incorrer”.

É certo que o cumprimento da obrigação de reposição *tenderá a eliminar* (em regra) pelo menos *a maioria dos danos* verificados pela infração. Mas pode não ser assim. Poderá, então, recorrer-se adicionalmente, *na parte em que os danos não são eliminados* pela reposição acrescida dos juros, à responsabilidade civil *nos termos gerais*, desde que se verifiquem os respetivos requisitos. E o dano concreto pode, designadamente quanto a lucros cessantes, mas também quanto a alguns danos emergentes, exceder o montante da reposição acrescida de juros.

Suscita-se, então, a questão de saber *qual o Tribunal competente* para o efeito – parecendo que a solução depende, designadamente, de saber se a referência a “responsabilidade pelas infrações financeiras”, e “responsabilidades financeiras”, constante da Constituição da República e da LOPTC, pode ser entendida como sendo uma verdadeira *norma atributiva de competência ao Tribunal de Contas* – leitura, esta, que, quanto à responsabilidade civil, não repugna, tendo também em conta a *proximidade dos pressupostos* e a *unidade dos factos* que geram a responsabilidade financeira reintegratória e a responsabilidade civil, bem como a manifesta conveniência em *evitar decisões contraditórias*.

Deve, aliás, notar-se que se encontram por vezes referências em decisões do Tribunal de Contas à *natureza civilística da responsabilidade financeira*

reintegratória, a propósito de aspetos como o *regime da prescrição* (designadamente, a sua interrupção) ou a *fundamentação da solidariedade*⁹.

Mais difícil parece ser a atribuição de competência ao Tribunal de Contas para conhecimento das pretensões de restituição do *enriquecimento sem causa*, não abrangido pela obrigação de reposição, em consequência da infração praticada. Existe, com efeito, a possibilidade adicional de recurso a obrigação de restituição por enriquecimento sem causa, na medida em que o locupletamento não seja eliminado pelo cumprimento da obrigação de reposição, desde que se tenha verificado uma deslocação patrimonial em benefício do agente ou de um terceiro, sem causa justificativa, e à custa do erário público. A atribuição de competência ao Tribunal de Contas exigiria que se pudesse entender a referência às *responsabilidades financeiras* como incluindo também a restituição do enriquecimento sem causa – o que, tendo em conta a medição da responsabilidade reintegratória por uma reposição de importâncias abrangidas pela infração, também não parece de todo em todo inaceitável.

⁹ Assim, respetivamente, por exemplo, no Acórdão n.º 11/2005, de 11 de julho de 2005 (relator: JOSÉ LUÍS PINTO ALMEIDA), em que se decidiu: à “prescrição do procedimento para efectivação de responsabilidade financeira reintegratória, por esta assumir também uma natureza civilística, aplica-se o disposto na Subsecção V do Código Civil, designadamente os artigos 323.º, 326.º e 327.º”; “a propositura de acção de julgamento de responsabilidade financeira reintegratória interrompe o prazo prescricional, de 10 anos, do procedimento (...) previsto no nº 1 do artigo 70.º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto”. E no Acórdão n.º 10/2005, de 7 de julho de 2005 (relator: CARLOS ALBERTO LOURENÇO MORAIS ANTUNES), em que se afirma que a responsabilidade é solidária, no âmbito das suas gerências e na medida das respetivas culpas, por força dos arts. “63º e 64º da lei nº 98/97 e artº 497º C. Civil”.