

A Adequação do Quadro de Infrações Financeiras aos Desafios Atuais: Comentários finais

Sérgio Varela Alves *

Introdução

Agradecemos ao Tribunal de Contas na pessoa do seu Presidente o Senhor Dr. Juiz Conselheiro VÍTOR CALDEIRA, a gentileza que teve em nos receber no âmbito do Ciclo de Seminários relativos à “Relevância e Efetividade da Jurisdição Financeira no Século XXI”, que teve lugar no Auditório do Tribunal no transato dia 29 de novembro de 2017 ¹.

Deixamos, também a nota, de que não nos atreveremos a deixar nenhum comentário final sobre as intervenções que tiveram lugar, atenta a *auctoritas* dos intervenientes, mas tão-só umas breves notas refletivas sobre o cerne da temática lançada a debate: o atual regime da responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória ².

Parece-nos, evidente, que a relevância e efetividade da responsabilidade financeira no século XXI, dependerá da sua adequação à realidade dinâmica que visa disciplinar, sob pena da sua irrelevância e ineficácia o que contenderá *ultima ratio* com a própria Constituição ³.

I. A responsabilidade financeira

I.1. A responsabilidade pela gestão ou *accountability* é um dos princípios fundamentais do Direito Financeiro moderno, em conformidade com o qual os contáveis figuram como sujeitos passivos do Tribunal de Contas, que se constitui como seu órgão julgador e sendo o Estado o titular dos fundos confiados objeto de prestação de contas ⁴.

Nas palavras de ANTÓNIO SOUSA FRANCO, “todos os gestores de dinheiros, fundos, ou outros valores públicos devem prestar contas, do início ao termo do exercício das [suas] funções [...] e, por meio delas e da prestação dos convenientes esclarecimentos e

* Mestrando e Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ <http://seminarios.tcontas.pt/>, consultado a 12 de fevereiro de 2018.

² Para uma análise detalhada dos regimes jurídicos *sub judice*, cf., PAULO NOGUEIRA DA COSTA, “O Tribunal de Contas e a Boa Governança”, 2.^a Edição, Petrony, Lisboa, 2017, págs.393-420.

³ Cf. os artigos 209.º e 214.º da Constituição da República Portuguesa.

⁴ ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4.^a Edição, 15.^a Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pág.469.

elementos, respondem perante uma entidade com o poder de lhes tomar contas, declarando-os quites, credores ou devedores do Estado e aplicando as sanções que ao caso caibam”⁵.

Temos, portanto, a efetividade da responsabilidade financeira, como o reverso da medalha de uma boa gestão dos dinheiros públicos, do dinheiro de todos nós cidadãos (*i.e.*, proveniente dos Impostos cobrados), seguindo-se a posição de JOSÉ F. F. TAVARES, para quem a responsabilidade se revela como trave-mestra de um qualquer “sistema de gestão”⁶, a par de outros tipos que possam ter lugar no caso concreto.

Denote-se a política “apreciada por órgãos políticos” (*i.e.* a Assembleia da República), a “criminal, apreciada pelos tribunais competentes, quando determinado ato constitua crime à luz da Ordem Jurídica”, a “responsabilidade civil, traduzida na obrigação de indemnização pelos danos provocados por determinado(s) ato(s)”, bem como a “disciplinar, apreciada pelos órgãos da Administração competentes”, quando haja uma “infração disciplinar”⁷.

I.2. Mas rumo ao cerne do debate *sub judice*, delimite-se a responsabilidade financeira reintegratória (ou responsabilidade financeira *stricto sensu*) da responsabilidade sancionatória: a primeira “conduz à reposição de dinheiros públicos por parte do agente infrator”; a segunda “traduz-se na aplicação de uma sanção pecuniária ao autor da infração”, prevendo-se, em relação a esta, “a possibilidade da [sua] efetivação cumulativa”, nos casos de responsabilidade reintegratória e como se encontra previsto no n.º 6 do artigo 65.º da LOPTC^{8 9}.

Contudo, quando atendemos ao regime de ambas, deparamo-nos com a tipificação das infrações puníveis e pese embora a sua distinta natureza reparadora e punitiva. Com efeito no n.º 1 do artigo 59.º da LOPTC, lê-se, «nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e ainda de pagamentos indevidos, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração, sem prejuízo de qualquer outro

⁵ *Idem*, pág.468.

⁶ JOSÉ F. F. TAVARES, “Estudos de Administração e Finanças Públicas”, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág.177.

⁷ *Idem*, pág.177.

⁸ Logo, subjaz à responsabilidade reintegratória uma natureza reparadora, ao invés da punitiva da responsabilidade sancionatória, cf., PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *ob. cit.*, pág.398.

⁹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, atualizada à data pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

tipo de responsabilidade em que o mesmo possa incorrer», ou a situação da «reposição por não arrecadação de receitas» do artigo 60.º da LOPTC. Uma solução idêntica à da aplicação de multas às situações tipificadas no n.º 1 do artigo 65.º, para os casos de responsabilidade financeira sancionatória, ou inclusivamente de multa do artigo 66.º, todos da LOPTC.

II. Breves notas (críticas) sobre o tema em debate:

II.1. Seguindo o alinhamento dos intervenientes no Seminário, da parte da manhã, destacaríamos três *quids* que nos pareceram ter realçado do debate:

O relativo à criação de uma cláusula geral e respetivo abandono da tipificação no regime da responsabilidade financeira reintegratória, propugnado pela Juíza Conselheira HELENA FERREIRA LOPES; o da criação de um direito de ação popular financeira, cujos prós e contras foram sopesados pelo Juiz Conselheiro FELIPE GARCIA ORTIZ, do *Tribunal de Cuentas* de Espanha; bem como a análise da eventual natureza disciplinar da responsabilidade financeira sancionatória, pelo Professor Doutor PEDRO CAEIRO.

No que concerne ao primeiro ponto, o abandono do elenco de situações típicas no regime da responsabilidade financeira reintegratória, seria uma boa solução que permitiria adequar o regime à realidade que este visa disciplinar, promovendo-se deste modo a sua efetividade. Sempre teremos de aferir de um facto ilícito, culposo e danoso, bem como do nexo de causalidade (adequada¹⁰) entre o facto e o dano, todos pressupostos típicos da responsabilidade civil extracontratual ou *lex aquilia*¹¹, mas sem o *plus* do facto tipificado.

Ou seja, hoje, bem podemos ter todos os pressupostos verificados, que sem facto típico não se efetiva a responsabilidade, cristalizando-se, assim, as situações contempladas

¹⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, Volume I, 15.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, pág. 343 e ss.

¹¹ *Vide* os pressupostos da sua aplicação e a semelhança com o regime civilista da responsabilidade civil extracontratual: “a responsabilidade civil consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão (arts. 483.º e 562.º [do CC]). Esta reconstituição da situação em que o lesado estaria sem a infração deve em princípio ter lugar mediante a reconstituição natural”. Quando a mesma “for impossível, insuficiente ou excessivamente onerosa, a reposição do lesado na situação em que estaria sem o facto lesivo terá lugar mediante uma indemnização em dinheiro”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 128-131.

pelo regime numa realidade dinâmica como a do séc. XXI, sendo que a correta delimitação da jurisdição do Tribunal de Contas, não colocaria em cheque a sua relevância ou mesmo as competências consagradas no artigo 214.º da Constituição da República Portuguesa.

Já no que diz respeito à criação de um direito de ação popular financeira, seguimos a posição de FELIPE GARCIA ORTIZ, de que ao se alargar a legitimidade processual ativa por via da figura do *Actor Público*, se poderia incorrer na possibilidade de transformação do Tribunal de Contas numa *arma de arremesso político*. Por exemplo, poderíamos assistir ao caso de um contável ser alvo de um processo ao cessar determinadas funções, por quem o sucedeu no cargo, esgrimindo-se na comunicação social posições políticas e talvez mesmo no tribunal (o que aí seria gravíssimo), que seriam certificadas a montante por uma decisão judicial ¹².

Contudo, será sempre uma solução a ter em conta, até porque «é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei (...) para assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais», no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição. Ou seja, temos uma solução a equacionar sem antinomia com a Lei Fundamental, devendo-se e se for o caso de a aplicar, de precavermo-nos da eventual politização do Tribunal de Contas.

Já pelo final da manhã, assistimos ainda à intervenção de PEDRO CAEIRO, que versou sobre a natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória, que de uma perspetiva meramente formal tem um carácter claramente delitual/punitivo com traços de prevenção geral e especial característicos do Direito Penal, havendo lugar à imposição de multas ao agente infrator pela prática de um facto típico ¹³.

Contudo, não temos também uma típica violação de bens jurídicos característica da previsão das penas, ao contrário havemos uma violação de deveres de gestão (*accountability*) o

¹² *Vide* a polémica a que assistimos no ano transato de 2017, com o Conselho de Finanças Públicas, que foi acusado (com ou sem razão) de tecer considerações políticas nos seus relatórios, porque contrários ao discurso da maioria política na Assembleia da República:

<http://www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/teodora-cardoso-o-sr-presidente-faz-politica-nos-nao>

¹³ Na senda do exposto supra (cf. I.1), temos a efetividade da responsabilidade financeira como o reverso da medalha de uma boa gestão dos dinheiros públicos. Sobre a prevenção geral e especial cf., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs.43-84, bem como em relação à tipicidade em Direito Penal, *idem*, pág.177-192.

que restringe a legitimidade processual passiva dos sujeitos, como não acontece em regra com a prática de um crime ou contraordenação com previsão geral e abstrata. Sendo de notar, igualmente, que as recomendações obrigatórias do Tribunal, bem se poderão assemelhar ao exercício do poder de direção característico de uma relação jurídica subordinada ¹⁴.

Uma intervenção que carecia de uma reflexão posterior, que aqui não pode ter lugar, mas que sem dúvida fez os presentes *pensar fora da caixa*, em relação há natureza de um regime com décadas, a que acresceu a breve nota sobre o princípio do *ne bis in idem*, na eventualidade da prática de um crime ou contraordenação constituir uma situação de responsabilidade financeira sancionatória, cf. o n.º 5 do artigo 29.º da Constituição.

II.1. Continuando pelo alinhamento dos intervenientes no Seminário, e desta feita da parte da tarde, destacaríamos também outros três *quids* com maior destaque no debate:

O da necessidade do próprio Tribunal de Contas prestar contas à comunidade, por via da apresentação estatística efetuada pelo Juiz Conselheiro JOSÉ MOURAZ LOPES; da verdadeira dimensão civilista ou ressarcitória da responsabilidade financeira reintegratória, denotada pelo Professor Doutor PAULO MOTA PINTO; e do papel do Ministério público na efetivação da responsabilidade financeira sancionatória ou da necessidade de criação de sanções pecuniárias compulsórias aquando da não prestação de contas, pelo Procurador-Geral Adjunto NUNO GONÇALVES.

Sendo o Tribunal de Contas uma entidade pública, o mesmo é custeado por recursos públicos, devendo haver uma prestação de contas da sua atividade. Analisando em conjunto o primeiro e terceiro *quids* supra, denote-se que nas últimas décadas foram decrescendo o número de processos cometidos à sua jurisdição, *i.e.*, de 16.054 processos entrados em 1999 para 2.980 processos em 2016, não se devendo ignorar o saldo quase positivo de 2016 com

¹⁴ O poder de direção encontra-se conexo com o poder disciplinar, sendo que o primeiro “estabelece o dever do trabalhador obedecer ao empregador”, e o segundo o de “uma das partes, o empregador, impor sanções à outra o trabalhador”, cf., PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito do Trabalho”, 8.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 644 e 650, algo que também tem lugar no âmbito da administração direta do Estado, cf. a alínea d) do artigo 199.º da Constituição, de onde se conclui que “o poder de direção consiste na faculdade do superior dar ordens e instruções, em matéria de serviço, ao subalterno”, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo”, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, pág.674. *In fine*, por exemplo, poderá haver lugar a responsabilidade financeira sancionatória nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, «pelo não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do tribunal».

uma taxa de eficácia de 85,8 %¹⁵. Contudo, outros dados representam um paradoxo, como ficou explícito por JOSÉ MOURAZ LOPES e NUNO GONÇALVES, pois ao final temos um baixo número de condenações e julgamentos (de processos que chegam a esta fase), que podem significar uma inadequação do quadro de infrações financeiras existente.

Veja-se, que em 2016, tivemos tão-só 8 processos findos antes do julgamento (*i.e.* por pagamento voluntário), 14 sentenças condenatórias e 25 absolutórias em relação à efetivação da responsabilidade financeira (*lato sensu*), a que se somam os processos autónomos de multa do artigo 66.º da LOPTC, com 18 findos antes do julgamento e 7 sentenças condenatórias¹⁶. Bem sabemos, que a atividade do Tribunal não se esgota na efetivação da responsabilidade financeira ou com os processos autónomos de multa, *i.e.*, temos entre outras as inúmeras auditorias realizadas, os pareceres prévios ou a apreciação da Conta Geral do Estado, mas ao final de um ano temos apenas 39 sentenças relativas à temática *sub judice*.

Em suma, dos 2980 processos que deram entrada em 2016 no Tribunal de Contas, apenas 1,31% findaram com uma sentença condenatória ou absolutória, efetivando-se a responsabilidade financeira reintegratória ou sancionatória em 0,47% dos mesmos. Parece-nos, claro, que a falta de efetivação indicia precisamente uma desadequação do regime.

Ainda, NUNO GONÇALVES, referiu a necessidade de consagração de sanções pecuniárias compulsórias pela falta de prestação de contas, uma solução que sempre se teria de adequar com a possibilidade de aplicação de multa do artigo 66.º da LOPTC, e JOSÉ MOURAZ LOPES, que a falta de prova da culpa, é uma das principais causas da não efetivação da responsabilidade financeira pelo Tribunal de Contas¹⁷.

Por último e sobre a dimensão civilista ou ressarcitória da responsabilidade financeira reintegratória, escusamo-nos de repetir o já exposto supra (cf. II.1), sendo de denotar que a

¹⁵ Para cf. os dados estatísticos: <https://www.pordata.pt>, consultado a 14 de fevereiro de 2018. Por saldo temos a diferença entre o número de processos entrados e resolvidos no Tribunal de Contas, por taxa de eficácia temos o percentual de processos resolvidos face ao conjunto dos processos novos que aguardam decisão.

¹⁶ <http://www.siej.dgpi.mj.pt>, consultado a 14 de fevereiro de 2018.

¹⁷ Sobre a sanção pecuniária compulsória e a possibilidade de coagir o devedor ao cumprimento, cf., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, Volume II, 15.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2018, pág. 285 e ss.

prova da culpa subjetiva recaí sobre o tribunal tal como no regime da responsabilidade civil extracontratual consagrado no artigo 483.º do CC, não havendo igualmente um inversão do ónus da prova, nem uma situação de responsabilidade objetiva, até porque a consagração desta afastaria inúmeras pessoas do exercício de qualquer cargo sujeito a prestação de contas.

Todavia, colocados os temas a debate com a audiência, destacou-se então e uma vez mais a questão da criação de uma cláusula geral no regime da responsabilidade financeira reintegratória, destacando-se, também, o tema das «estações competentes» que se aplica aos membros do Governo e desde 2017, aos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, tendo PAULO MOTA PINTO sido sobejamente indagado sobre ambas as temáticas.

Os mesmos “apenas podem ser responsabilizados nos termos do [vetusto] Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933, que prevê como pressuposto da responsabilização a não audição prévia das estações competentes (serviços competentes) ou, tendo ocorrido essa audição, tenham decidido em sentido contrário ao do esclarecimento prestado”, algo que retira eficácia na responsabilização de qualquer membro do Governo, já menos na falta de audição e desconsideração do esclarecido, *i.e.*, por um autarca¹⁸.

O douto Professor de Coimbra não se obsteu à criação da cláusula geral, consentiu na interpretação de estações competentes, em consonância com serviços competentes, com a qual humildemente concordamos e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, denotando a clara dimensão civilista (e extracontratual) da responsabilidade financeira reintegratória.

Conclusões

Atentos aos objetivos definidos pelo Tribunal de Contas para o Ciclo de Seminários, relevamos e sumariamos as seguintes questões:

- A da necessidade de adoção de uma cláusula geral no regime da responsabilidade financeira reintegratória que permita uma maior efetivação e adequação do mesmo há realidade dinâmica que visa disciplinar no séc. XXI, uma solução sem respaldo em Portugal, Espanha e Itália;

¹⁸ No § 1.º do artigo 36.º do Decreto lê-se, que: «São civil e criminalmente responsáveis por todos os atos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos, sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado (...) Os Ministros, quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando, esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente», cf., PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *ob. cit.*, pág.401.

- Da criação de um direito de ação popular financeira, com as devidas ressalvas que evitem a politização do Tribunal de Contas ou a judicialização da política;
- Da eventual natureza disciplinar da responsabilidade financeira sancionatória, que sempre implicaria uma adequação do quadro de infrações financeiras existente;
- Da aparente inadequação e conseqüente (ou crescente) irrelevância da jurisdição financeira, se nada for feito no presente e para que haja uma maior efetividade na responsabilização pública de quem gere dinheiros públicos;
- E, também, a eventual necessidade da criação de sanções pecuniárias compulsórias pela falta de prestação de contas.

Sobre as atividades de controlo e avaliação (e de entre tantas outras), revemo-nos no caminho indicado por JOSÉ F. F. TAVARES, de que “não as deixemos de exercer ainda que haja insuficiência de meios ou recursos. Busquemos a perfeição..., mas, nada mais nos é exigível se, em cada momento, se fizer o melhor possível com os recursos disponíveis, em quantidade e qualidade. E o caminho faz-se caminhando... procurando também aumentar, a par e passo, a melhor qualidade do controlo e da avaliação, assim também afirmando a sua credibilidade”¹⁹.

Bibliografia:

ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO,

- “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4.^a Edição, 15.^a Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO,

- “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

DIOGO FREITAS DO AMARAL,

- “Curso de Direito Administrativo”, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2016.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,

- “Direito Penal”, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

JOSÉ F. F. TAVARES,

- “Estudos de Administração e Finanças Públicas”, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2014.

¹⁹ JOSÉ F. F. TAVARES, *ob. cit.*, pág.178.

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO,

- “Direito das Obrigações”, Volume I, 15.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

- “Direito das Obrigações”, Volume II, 15.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

PAULO NOGUEIRA DA COSTA,

“O Tribunal de Contas e a Boa Governança”, 2.^a Edição, Petrony, Lisboa, 2017.

PEDRO ROMANO MARTINEZ,

- “Direito do Trabalho”, 8.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

Bases de Dados:

<http://seminarios.tcontas.pt/>

<http://www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/teodora-cardoso-o-sr-presidente-faz-politica-nos-nao>

<https://www.pordata.pt>

<http://www.siej.dgpj.mj.pt>