

Seminário sobre o âmbito subjetivo da responsabilidade financeira

Comentários finais

Paulo Dá Mesquita¹

A assunção do papel de *comentador* de um debate tão rico de contributos como o que foi proporcionado no seminário sobre *o âmbito subjetivo da responsabilidade financeira* deve ser articulada com dois cânones basilares:

- 1) Contenção no tempo sem invasão do espaço dos conferencistas, não intruindo ruídos impertinentes sobre matérias e tópicos de reflexão proporcionados pelos oradores;
- 2) Atenção à natureza e objeto da discussão, plano em que o tema da sessão nos convoca fundamentalmente para uma análise que não se deve perder em parcelas atomizadas.

As intervenções respeitaram um objetivo transversal ao ciclo de seminários ao abordarem de forma articulada duas dimensões distintas:

- a) Retrospectiva, sobre o *direito que existe*, abrangendo o regime normativo e os problemas jurídico-práticos com que se defronta a jurisdição do Tribunal de Contas (TdC) na respetiva interpretação e aplicação;
- b) Prospetiva sobre os desafios para o futuro relativos ao *direito a construir*, em que se exige a abordagem holista de uma matéria carecida de (re)construção dogmática.

Dupla vertente em que este seminário na diversidade das conferências permitiu identificar tópicos para uma reforma do *direito das infrações financeiras públicas*. Tópicos que devem ser objeto de encadeamento compreensivo com os seminários anteriores, em especial quanto a exigências de enquadramento histórico-teleológico (cf. conselheiro Ernesto Cunha) e sistemático-normativo (cf. conselheira Helena Ferreira Lopes) do regime, sem olvidar os traços de descontinuidade entre a *law in the books* e a *law in action* (cf. conselheiro José Mouraz Lopes).

O *direito das infrações financeiras públicas* reporta-se a um complexo cuja compreensão carece de análise da sua especificidade ou carácter *sui generis* e respetiva autonomia, mas também da sua inter-relação com outros sistemas de responsabilidade.

No caso da responsabilidade criminal, o professor Damião da Cunha sublinhou a necessidade de pensar a reforma das infrações financeiras públicas tendo presentes os tipos criminais previstos na lei para os titulares de cargos políticos, ponderando se há políticas legislativas cruzadas, sobrepostas, isoladas ou incongruentes, sendo fundamental refletir criticamente sobre a harmonia do sistema legislativo à luz de um pensamento sistemático-funcional, em particular sobre o regime relativo aos crimes dos titulares de cargos políticos. Plano em que a vertente substantiva do *direito das infrações financeiras públicas* não pode ser isolada da componente institucional conformada por imperativos supralegais, em particular por força dos estatutos constitucionais do Tribunal de Contas, dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos, refletidos, nomeadamente, nos limites à intervenção jurisdicional dos tribunais arbitrais (em particular quando interferem com juízos e valorações em matéria de direito financeiro e reservas constitucionais consagradas nesse domínio).

Dimensão constitucional muito presente na articulação do sistema de responsabilidade financeira com o regime sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, em que as comunicações dos srs. presidentes do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Administrativo, conselheiros António Henriques-Gaspar e Vítor Gomes, nos

¹ Texto elaborado a partir de notas manuscritas durante o seminário realizado no dia 19-1-2018 que serviram para intervenção oral no fim da sessão.

proporcionaram abundante *food for thought*. Sendo importante distinguir no plano analítico a diretiva do artigo 22.º da Constituição, que consagra «o direito do particular à reparação», e a opção legislativa atualmente expressa no *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* em que, ao invés de um modelo de solidariedade interna², se acabou por consagrar como regra geral um sistema de solidariedade nas relações externas³. Regime que, em bom rigor, não regula a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, mas sim a responsabilidade por danos resultantes da função legislativa, jurisdicional e administrativa.

Podendo também derivar do seminário um destaque da ideia de que o conceito de responsabilidade civil empregue no *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* não reenvia o intérprete para um suposto regime padrão estabelecido na lei civil, antes constitui uma figura de direito comum que permite a distinção relativamente a outras tipologias de responsabilidade jurídica, em particular por atos ilícitos, como a responsabilidade por infrações penais, contraordenacionais, disciplinares ou financeiras.

Enquadramento da responsabilização financeira em que se apresenta como fonte doutrinária incontornável um parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 31-5-2001, de que foi relator o conselheiro António Henriques-Gaspar e que esteve presente em vários passos da sua conferência. Parecer em que se destaca de forma lapidar a dimensão pragmático-jurídica da autonomia do *direito das infrações financeiras públicas* em conexão com o respetivo âmbito subjetivo, daí que me permita recordar mais algumas das suas palavras:

«A responsabilidade financeira resulta — e é este elemento que a caracteriza e lhe confere autonomia enquanto noção — da inobservância de certos deveres positivos por parte de determinados funcionários ou agentes (os “contáveis”), sujeitos à fiscalização e julgamento de instâncias jurisdicionais próprias, de dar boa guarda e fiel aplicação aos dinheiros públicos.

Tais normas assumem, pois, uma especificidade própria, quer pela natureza que revestem, quer pela qualidade dos agentes que vinculam.

A boa guarda e aplicação dos dinheiros públicos está subordinada a regras estritas, privativas dos agentes que têm a seu cargo a guarda e fiel aplicação dos dinheiros públicos e cuja violação, ferindo a integridade do património financeiro do Estado e a regularidade da respetiva gestão financeira, gera uma particular responsabilidade, típica, que não vai limitada à prática de atos ou omissões que configurem meras faltas pessoais. No caso de tais funcionários ou agentes (“contáveis”), a natureza das funções e as normas próprias, específicas e típicas que devem observar no exercício dessas funções, comanda a tipicidade das consequências da inobservância de tais normas e da responsabilidade que lhes está especialmente associada.»

O artigo 61.º, n.º 2, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) revisto durante o processo legislativo de aprovação do orçamento de Estado para 2017 marcou, por assumido impulso da organização (cf. comunicação da conselheira Helena Abreu Lopes), muitas das intervenções do seminário. Esse tópico afigura-se paradigmático dos desafios assinalados pelos vários intervenientes sobre o *regime a construir* mas também sobre os riscos da ausência de destreza de dimensões em face das responsabilidades do intérprete

² Que apenas não será aplicável aos magistrados judiciais e do Ministério Público em que subsiste o esquema exclusivo de solidariedade interna não podendo, conseqüentemente, os magistrados ser demandados diretamente.

³ Opções legislativas conceptualmente autónomas e inconfundíveis com as estabelecidas em sede de responsabilidade financeira, incluindo a reintegratória, em que se prevê a suscetibilidade de solidariedade mas exclusivamente entre pessoas singulares que tenham praticado a conduta prevista como infração (cf. artigo 63.º da LOPTC). No regime vigente, a responsabilidade financeira é pessoal, solidária ou subsidiária não recaindo sobre órgãos ou serviços. Nos planos estrutural e sistemático-teleológico relevantes para a presente reflexão, a responsabilidade financeira por infrações financeiras não compreende solidariedade entre os agentes da infração e o Estado ou outra entidade pública.

/ aplicador do direito vigente, cuja perspectiva deve ser distinta da presente no debate que precedeu a discussão sobre a norma atualmente em vigor — impondo-se na fase exegética um trabalho metodologicamente liberto de âncoras relativas às eventuais críticas formuladas quanto a opções legais numa fase em que ainda não tinham sido aprovadas. O labor hermenêutico deve, assim, ser empreendido sem reacender polémicas político-legislativas do passado recente, parcelas de um edifício jurídico que, sem embargo, não se limita a regras atomizadas, as quais são apenas um dos elementos atendíveis pelo intérprete aplicador na *descoberta* do direito vigente.

O desafio metodológico de interpretação do artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC é marcado por um anacronismo peculiar ocorrido nos anos noventa do século passado na aprovação da redação originária dessa norma da LOPTC. Com efeito, a interpretação sobre o atual sentido normativo de categorias jurídicas do passado, em particular o conceito de *estações competentes*, não pode ser empreendida de forma ahistórica retirando-as do contexto em que foram perspectivadas, necessariamente distintas das condições em que foram integradas pelo legislador dos anos 30 do século XX à luz de uma determinada conceção e reforma do aparelho burocrático do Estado com uma axiologia própria e indissociável do *seu tempo*. Método legislativo de utilização de terminologia relativa a categorias do passado que, sublinhe-se, não se pode confundir com repristinação, pois a técnica adotada neste, como noutros casos, apenas impõe um trabalho cuidado de exegese com recurso aos vários elementos da interpretação normativa numa perspectiva vinculada pelo respeito da lei atual enquanto elemento central da separação de poderes no quadro constitucional português.

Um ponto nuclear que nos pareceu subjacente à generalidade das intervenções é o de que os tribunais sujeitos à proibição do *non liquet* não podem divagar em estereis questões sobre a qualidade da técnica legislativa, o dever de julgamento é independente das dificuldades suscitadas pelo direito a aplicar e que tem de ser previamente *descoberto*.

A peculiaridade, no plano da legística, do artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC repercute-se no problema da qualificação dogmática da figura jurídica aí consagrada, domínio em que as categorias das teorias gerais da infração penal e da responsabilidade civil aquiliana são instrumentos incontornáveis. Esteios dogmáticos que servem ainda de prevenção contra os *cantos de sereia* do decisionismo desligado da doutrina jurídica e estribado no voluntarismo valorativo do *caso concreto*. A interpretação da norma do *direito das infrações financeiras públicas* exige, assim, um conhecimento dos conceitos daqueles dois ramos do direito (*v.g.* ilicitude, elementos objetivo e subjetivo da infração, perigo, imputação, culpa, causas de justificação e exculpação, etc), a par de elementos centrais do direito probatório material (cf. ónus da prova, meios de prova, incluindo a problemática das presunções legais), os quais não podem ser exibidos como estritos artifícios gongóricos que esvaziam o efetivo trabalho hermenêutico sobre conteúdos conceptuais — como destacava Benjamim Cardozo, «a tirania de rótulos é uma raiz fértil de perversões»⁴. Categorias jurídicas como culpa, consciência da ilicitude, negligência, imputação subjetiva não são fórmulas talismânicas para legitimar abordagens impressionistas sobre o *caso concreto*, mas conceitos com um lastro dogmático independente do direito financeiro.

O artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC afigura-se, ainda, ilustrativo de um velho princípio: a tarefa interpretativa não é delimitada apenas pelas (hipotéticas) intenções dos concretos legisladores históricos (de 1998 e/ou de 2016) que intervieram no procedimento legislativo e/ou censuras dos oponentes à solução consagrada, cuja identificação não encerra o exercício exegético para que é convocada a jurisprudência — que, sublinhe-se uma vez mais, não deve ser contaminada pelo calor das eventuais divergências desenvolvidas no quadro e arena do debate legislativo, sendo necessário uma espécie de corte epistémico no momento posterior de interpretação ou descoberta do sentido normativo a partir de cânones que devem ser conformados pelo rigor, serenidade e imparcialidade, tendo em atenção, nomeadamente, o princípio da interpretação conforme a Constituição.

⁴ Em *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 114 (1934). Cardozo reportava-se à teoria constitucional, mas advertência vale para a generalidade dos domínios que exigem interdisciplinariedade de disciplinas jurídicas, como se nos afigura ser o caso do direito das infrações financeiras.

Retornando ao património conceptual de disciplinas jurídicas sobre outras tipologias de responsabilidade o mesmo deve ser convocado na interpretação sistemático-teleológica das previsões e estatuições sobre as infrações financeiras públicas, por exemplo, a necessária destrição entre o elemento subjetivo da infração (nomeadamente as componentes intelectual e volitiva relativas a tipologias de negligência) e a questão, dogmaticamente autónoma, do âmbito subjetivo das normas de responsabilidade.

Neste plano, o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC parece estabelecer uma causa de exclusão da responsabilidade conformada por uma *forma vinculada* (relativa ao campo de intervenção de *estações competentes* com competência procedimental não decisória⁵, no fundo um dos elementos sobre as fronteiras do âmbito objetivo da causa de exclusão) que o intérprete / aplicador tem de delimitar em termos hermenêuticamente sustentados e independentes da concordância ou discordância com a solução de *iure condendo* (nomeadamente quanto ao âmbito subjetivo da causa de exclusão de responsabilidade financeira aí prevista), tendo presente a margem de valoração do legislador no quadro constitucional português na delimitação do universo subjetivo de incidência de normas de responsabilidade.

O seminário compreendeu importantes contributos para o recorte da *forma vinculada* de que depende a operatividade da causa de exclusão, nomeadamente, a do professor Cunha Rodrigues sobre a necessidade de densificação do conceito de *estação competente*. Domínio em que as participações do auditório também merecem destaque, em especial sobre a problematização das condições de interpretação e aplicação do conceito *estação competente* em face da pluralidade de modelos organizacionais e decisórios, bem como de realidades sociológicas, nos diferentes aparelhos administrativos, em que por exemplo as autarquias locais não têm paralelo ou equivalente na arquitetura administrativa da legislação de 1933. O conceito de *estações competentes* carece, assim, de aprofundamento em face do seu sentido específico no atual edifício normativo, não se podendo olvidar, como foi destacado num dos comentários do auditório, o pressuposto da independência funcional e capacidade de valoração autónoma da *estação* relativamente ao *decisor*.

A norma do artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC é também paradigmática dos desafios de reforma global do diploma que, como foi referido pelo procurador-geral-adjunto António Cluny, não se pode circunscrever a ponderações isoladas, nomeadamente de elementos substantivos sem os articular com o direito adjetivo, em que, como ressaltou o mesmo conferencista, se impõe uma nova sistemática. Cruzamento das vertentes substantiva e processual também destacada na intervenção do ministro Zymler que referiu um aspeto exemplar sobre a probática, no caso o tema da «prova emprestada». Domínio em que as diferenças sobre a produção de prova (nomeadamente a pessoal) nas diferentes tipologias de processo exigem uma reflexão sobre a «prova emprestada», em particular o empréstimo de prova do processo penal aos processos regulados na LOPTC.

Transversal a todas as intervenções foi, por fim, o destaque de um perigo que tem de ser acautelado no processo de reforma, o risco, em larga medida verificado no passado, de processos legislativos de justaposição de princípios e regras, impondo-se em alternativa uma ideia matricial presente no seminário: reconceptualizar o sistema de acordo com uma filosofia sistemática e teleologicamente sustentada.

⁵ Isto é, a causa de exclusão da responsabilidade dos agentes abrangidos (membros do Governo e de órgãos executivos de autarquias locais) recorta-se negativamente não só por duas variantes possíveis sobre o procedimento causal (não terem ouvido *x* ou ouvindo *x* terem adotado resolução diferente da propugnada por *x*) mas por um elemento prévio, a existência de *x*, sendo certo que para se ser *x* exige-se que preencha o conceito de *estação* e que a mesma tenha *competência* para intervir no concreto procedimento em que a decisão final é assumida por membro do Governo ou de órgão executivo de autarquia local. Plano em que tem de se atender, nomeadamente, à conceptualização sobre a competência no direito administrativo, por exemplo Freitas do Amaral define competência como «o conjunto de poderes funcionais que a lei confere para a prossecução das atribuições das pessoas coletivas públicas» (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 3.ª ed., 2006, p. 776).