



O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

O processo jurisdicional de efetivação de responsabilidades financeiras: questões e problemas

A. Introdução e enquadramento

No âmbito deste ciclo de seminários que o Tribunal de Contas tem vindo a levar a cabo, assumiu-se claramente como um dos seus objetivos, indagar da forma como se pode potenciar a aplicabilidade e a efetividade do regime de responsabilidade financeira.

Porque, quanto a dever caminhar-se nesse sentido, de uma maior efetividade da responsabilidade financeira, não haverá dúvidas.

Como se fazia referência no documento inicial justificativo e enquadrador deste ciclo de seminários, “as exigências do tempo, a melhor gestão do dinheiro público, os novos desafios de *accountability* e as crescentes expetativas dos cidadãos”, apontam para esse dever de alcançar uma maior efetividade da responsabilidade financeira.

Os trabalhos já realizados confirmam a necessidade de trilhar esse caminho.

A conclusão nº 1, do 1º Seminário, foi clara e inequívoca nesse sentido:

“A efetivação de responsabilidades por infrações financeiras é uma importante dimensão do sistema de prestação de contas pela gestão de recursos públicos ... torna-se importante reforçar a autonomia e a efetividade da jurisdição financeira”.

As considerações que se seguem irão procurar, no âmbito do processo jurisdicional de efetivação de responsabilidades financeiras, levantar algumas

questões e problemas sobre tal temática e, na medida das minhas limitações (remeto aqui para o introito), equacionar alguns possíveis caminhos a percorrer, sem nos desviarmos do objetivo traçado: como potenciar a aplicabilidade e a efetividade do regime de responsabilidade financeira?

B. As vastas competências do Tribunal e as suas limitações

Quanto olhamos para o conjunto de entidades sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas e para as competências materiais e territoriais deste, aquelas e estas elencadas nos art.ºs 2º, 4º e 5º, da nossa Lei Orgânica, percebe-se que os meios humanos e materiais do Tribunal, nomeadamente ao nível do seu corpo técnico, são escassos.

O legislador também o terá percebido e, quiçá por isso, previu um especial dever de colaboração com o Tribunal de Contas por parte das “inspeções-gerais ou quaisquer outras entidades de controlo ou auditoria dos serviços e organismos da Administração Pública, bem como das entidades que integram o sector público empresarial”.

Esse especial dever de colaboração compreende, entre outras atividades, o dever de envio dos relatórios das ações daquelas entidades de controlo ou auditoria, sempre que contenham matéria de interesse para a ação do Tribunal, devendo concretizar-se, nesses relatórios, as situações geradoras de eventuais responsabilidades.

Porém, o envio destes relatórios está dependente de “decisão do ministro ou do órgão competente para os apreciar”, o que levanta, pelo menos, algumas questões e problemas.

Desde logo a questão da constitucionalidade da norma.

Com efeito, parece configurar-se pouco conforme ao princípio da separação de poderes que o órgão constitucional competente, exclusivamente, para efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, o Tribunal de Contas, só possa ter conhecimento de eventuais infrações daquela natureza, detetadas em ações das

entidades de controlo ou auditoria, após autorização de um órgão situado no âmbito do poder executivo.

Até parece que estamos perante segredos de Estado !!!

Ora, tendo fundamento distinto e sendo diferentes as competências e funções de apreciação, desses relatórios, por parte do Tribunal de Contas e por parte do ministro ou outro órgão competente, compreende-se mal, no mínimo, que a possibilidade de exercício das competências do Tribunal, esteja dependente da decisão do ministro ou órgão competente.

Mas creio que é possível ir mais longe e afirmar que, para ser observado o princípio basilar da separação e interdependência dos órgãos de soberania, Governo e Tribunais, estabelecida no art.º 111º, nº 1, da Constituição, o Tribunal não pode ficar limitado, no conhecimento de matérias que são da sua competência exclusiva, à vontade de órgãos do poder executivo.

Mas os problemas, com acuidade prática, suscitados por esta disposição, não são menores.

A começar pelos atrasos na remessa dos relatórios, com as inerentes consequências de, o tempo decorrido, tornar pouco eficaz o conhecimento das responsabilidades, quer em termos preventivos quer repressivos, quando não inútil, por estarem prescritas eventuais responsabilidades.

Compreende-se, neste enquadramento, porque é que, ainda recentemente, num evento nesta casa, a Auditora Geral da Finlândia, Tytti Yli-Viikari, dizia que “os relatórios de auditoria são como as pizzas: querem-se quentes”¹.

Mas o problema maior é a dúvida que se suscita: quantos desses relatórios ficam nas gavetas (sempre profundas) dos gabinetes do poder executivo?

Nunca o saberemos, pois não nos facultam a chave de acesso a essas gavetas.

Ainda recentemente, nos Açores, foi tornado público o caso de um relatório de um órgão de controlo interno (Inspeção Regional da Saúde) elaborado em fevereiro de 2016, sobre uma IPSS, a Associação Arrisca (Associação Regional de

¹ Cfr. <http://portal/news/Lists/Artigos/Post.aspx?ID=44>

Reabilitação e Integração Sócio Cultural dos Açores), o qual só foi do conhecimento do Tribunal de Contas, e por notícias publicadas na imprensa, a partir de fevereiro de 2018.

Tal relatório, não tendo sido enviado à SRATC, irá agora chegar-lhe, mas apenas na sequência de a Assembleia Legislativa Regional ter aprovado, por unanimidade, uma resolução (hoje publicada no Diário da República) em que solicita ao Tribunal de Contas a realização de uma auditoria a todos os apoios públicos atribuídos à Arrisca, entre 2013 e 2017.

E o caso da Associação Raríssimas (Associação Nacional de Deficiências Mentais e Raras)?

Será que a auditoria do Instituto de Segurança Social, que estaria a ser realizada, a fazer fé na comunicação social², quando da divulgação pública das notícias sobre a mesma, teria saído do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social? Pelo menos a tempo e com o mesmo impacto que aquelas notícias, seguramente não.

Nestas circunstâncias, impõe-se questionar se o legislador quer, ou não, ir mais longe na efetivação da responsabilidade financeira. Tornando operante e eficaz, desde logo, o dever de colaboração das entidades de controlo ou auditoria, no sentido de o envio dos relatórios das suas ações, que contenham matéria de interesse para a ação do Tribunal de Contas, dever ser feito, para este Tribunal, ao mesmo tempo que são enviados para o ministro ou órgão competente para os apreciar.³

Até porque os números falam por si.

² Cfr. <http://circulodainovacao.pt/sociedade/2017-12-14-Auditoria-da-Seguranca-Social-a-Rarissimas-ja-decorria-quando-ministro-esteve-na-Suecia>

³ Importa aqui dar nota de que, na sequência daquele caso da Arrisca (e mais uma vez, a fazer fé nas notícias de imprensa -cfr. <https://www.dn.pt/lusa/interior/governo-dos-azores-nao-reconhece-ilegalidades-nem-imoralidades-no-caso-da-arrisca-9055086.html>) o presidente do Governo Regional “anunciou que o executivo vai apresentar na Assembleia Legislativa dos Açores uma proposta para que a publicação dos relatórios das inspeções da Administração Regional passe a ser regra na região”.

Os relatórios dos órgãos de controlo interno remetidos ao Tribunal de Contas têm vindo a diminuir. Passámos de 101 relatórios remetidos em 2012 para 32 em 2016.

Com isto não quero dizer que as gavetas acima referidas estão a ficar cada mais fundas, mas apenas afirmar que é preciso perceber quais as razões para esta diminuição.

E nessa procura de perceção o próprio Tribunal tem que fazer um exercício de análise e eventual autocrítica, nomeadamente para aferir se tem dado o atempado e correto tratamento a tais relatórios, de modo a que os órgãos de controlo interno tenham o *feed-back* das suas ações, desde logo para se sentirem estimulados à colaboração, mas também poderem melhorar procedimentos e práticas.

Porque, não tenhamos dúvidas.

Se queremos potenciar a efetividade da responsabilidade financeira, isso passa também por melhorar a sinergia entre o Tribunal e os órgãos de controlo interno e vice-versa.

*

C. A concretização e identificação da responsabilidade financeira

Quanto à concretização e identificação de situações de responsabilidade financeira, parece certo que temos um problema, quer no número de pedidos de responsabilidade financeira, assim como no seu êxito.

As conclusões dos Seminários 1 e 2 vão, claramente, nesse sentido.

“Os dados relativos aos processos de responsabilização financeira evidenciam que as ações de fiscalização, tanto do Tribunal de Contas, como de outros órgãos de controlo, reportam cada vez menos infrações financeiras” – conclusão 3ª do Seminário 1.

“Os dados relativos às infrações financeiras evidenciam um elevado número de arquivamentos, extinções de procedimentos e absolvições, no âmbito

sobretudo da atividade dos órgãos de controlo interno” – conclusão 4ª do Seminário 2.

As razões para tal são seguramente várias mas, no âmbito desta intervenção, mais relacionada com o processo de efetivação de responsabilidades, vou cingir-me às apontadas dificuldades quanto à prova da verificação do elemento subjetivo da infração, a culpa.

É verdade que podemos sempre melhorar nos procedimentos.

E admito que o caminho da individualização clara das infrações e dos responsáveis, em anexo à auditoria, com uma descrição o mais completa possível das ações levadas a cabo - ou omitidas - pelos agentes, bem como a exaustiva enumeração dos meios de prova, pode ajudar a melhorar aqueles indicadores. Pelo menos ajudará, seguramente, a facilitar a ação de quem intenta as ações de responsabilização financeira, máxime o Ministério Público.

No âmbito das auditorias até podemos eventualmente pensar se, ao remeter o relato para contraditório, o responsável não deve ser convidado, expressamente, a que se pronuncie sobre se ponderou, e em que termos, acerca da conformidade da sua conduta às normas jurídicas que se lhe imputam como violadas e qual a motivação para a sua ação.

Creio, no entanto, que as respostas não serão muito diferentes das que, já hoje, nos aparecem nos contraditórios. E que se reconduzem, em regra, à alegação da perfeita conformidade legal, da falta de consciência da ilicitude e da atuação sem culpa. E, quanto à motivação, a sempre presente e onnipotente prossecução do superior interesse público. Embora este, naturalmente aferido pelos critérios do responsável, independentemente dos critérios legais.

Igualmente podemos – e aqui creio, aliás, que devemos - procurar que o quadro legal futuro do regime substantivo das infrações financeiras sancionatórias não faça tanto apelo, como hoje faz, ao regime do direito penal, com o inerente movimento de “arrastão”, procurando transportar para aquele regime todo o cortejo de garantias deste. Mas que procure antes que a valorização da culpa, no

âmbito das infrações financeiras, se faça mais por apelo ao incumprimento dos deveres e obrigações funcionais do cargo.

Aliás pareceu-me nesse sentido, se bem interpretei, a aproximação que o Professor Pedro Caeiro fez na sua intervenção, no Seminário 2, da responsabilidade financeira ao direito disciplinar.

Mas não tenhamos ilusões.

A prova da culpa, salvo nos casos de confissão, resulta de prova indireta e de ilações que se podem retirar de outros factos provados, tudo conjugado com as regras de experiência comum. Isto é válido para o âmbito de qualquer responsabilidade, pelo que não pode esperar-se que seja diferente no âmbito da responsabilidade resultante de infrações financeiras.

Neste domínio creio que, mais uma vez, era importante um exercício de análise e eventual autocrítica, por parte do Tribunal de Contas, nomeadamente os seus magistrados, quer do Ministério Público quer Judiciais, na forma como se tem vindo a pressupor e a exigir a demonstração da culpa nas infrações financeiras.

Será que não devemos ser mais exigentes do que temos sido?

Será que a culpa, exigida pelo n.º 5 do art.º 61.º, deve ser aferida pela capacidade esperada/exigida do “homem médio”?

Ou será que, em termos de responsabilidade financeira, não é de esperar/exigir mais, em termos de capacidade do agente, considerando as suas especiais responsabilidades, em termos de gestão da “coisa pública”?

As respostas a estas questões dependerão do caso concreto, nomeadamente do agente da ação.

É diferente, naturalmente, a exigência esperada/exigida em relação a um presidente de uma junta de freguesia que não tenha qualquer apoio, administrativo ou jurídico, daquela que deve ser esperada/exigida de um presidente de um município, quiçá mesmo de um responsável governamental, com a possibilidade de recurso a um vasto apoio daquela natureza.

No entanto, apesar daquela diferença – patente, óbvia, natural, diríamos – o legislador, recentemente, com a alteração que introduziu no n.º 2 do art.º 61.º, através de uma norma “cavaleiro orçamental” (v. art.º 248.º da Lei do Orçamento do Estado para 2017), pretendeu responsabilizar, nos mesmos termos, a diversidade daqueles agentes.

Não há aí um caminho para a jurisprudência, no âmbito da apreciação da culpa, de valorar de forma diversa o que não é igual?

Na minha perspetiva e, independentemente de futuras alterações legislativas, creio que sim.

Aqui, como em todas as outras situações, a culpa e a sua medida têm de ser ponderadas em função do que é exigível, àquele agente em concreto, e do que podia e devia ter sido observado e não foi.

*

D. A legitimidade e o requerimento do pedido de responsabilidades financeiras

A legitimidade para requerer e peticionar responsabilidades financeiras está hoje atribuída não apenas ao Ministério Público, mas também aos órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados, relativamente aos relatórios das ações de controlo do Tribunal e, ainda, quanto aos órgãos de controlo interno, relativamente aos seus próprios relatórios.

Porém, a legitimidade destes e daqueles órgãos é atribuída a título subsidiário, só podendo o direito de ação ser exercido no prazo de 30 dias a contar da publicação do despacho do Ministério Público que declare não requerer procedimento jurisdicional.

Ora, apesar desta pluralidade de entidades com legitimidade para iniciar o processo de responsabilidades financeiras, isto na sequência das alterações legislativas de 2006, a verdade é que os números de julgamentos, na secção jurisdicional do Tribunal de Contas, têm-se mantido estáveis.

Constata-se, por outro lado, uma acentuada percentagem (cerca de 21%) de relatórios de auditoria do Tribunal, com infrações, em que o Ministério Público não requereu procedimento jurisdicional, valor que se eleva para uns significativos 72% em relação aos relatórios dos órgãos de controlo interno

Não obstante isto, tenho apenas notícia de um caso em que um órgão de controlo interno, uma Inspeção-Geral de um Ministério, requereu o julgamento por infrações financeiras, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art.º 89º, não tendo conhecimento de nenhum caso em que um órgão de direção, superintendência ou tutela sobre os visados tenha exercido o direito previsto na al. b) do mesmo preceito.

Perante esta realidade dos números não pode deixar de se concluir que temos aqui, claramente, um problema de falta de demanda.

Estes números também parecem evidenciar a ineficácia da atribuição de legitimidade, subsidiária, para requerer o julgamento aos órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados e aos órgãos de controlo interno.

E não apontarão estes números também para a necessidade de a decisão do Ministério Público de não requerer o julgamento, por infrações financeiras indiciadas em relatórios de auditoria, dever ser escrutinável?

A meu ver, sim, claramente.

Claro que diagnosticar implica apontar soluções, assumindo a responsabilidade de descortinar caminhos que nos possam levar a patamares de demanda mais conformes com uma maior efetividade da jurisdição.

No que tange ao Ministério Público, talvez se justifique ponderar uma alteração ao art.º 29º, n.º 6, no sentido de lhe incumbir o **dever** de realizar todas as diligências **necessárias** e adequadas, nomeadamente as relacionadas com a averiguação da culpa, a fim de serem desencadeados eventuais procedimentos jurisdicionais e com a fixação de um prazo para ser intentada a ação.

Ao colocar o acento tónico no “dever” e não apenas no “poder”, nas diligências “necessárias” e não apenas nas “adequadas”, entre as quais as atinentes

à culpa e, ainda, na fixação de um prazo para intentar o procedimento, o objetivo é lograr uma maior efetividade da responsabilidade financeira.

A decisão de exercício da ação de responsabilidade financeira, ou abstenção desse exercício, por parte do Ministério Público, não tem hoje nem prazo nem efetivos mecanismos de controlo.

Por outro lado, tais decisões de abstenção de exercício da ação, ainda que publicadas, são-no por mera referência a um número de processo, sem fundamentação, o que não permite, aos órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados, assim como aos órgãos de controlo interno, sindicarem tais abstenções, de forma adequada e eficaz.

O que é pouco compreensível, no mínimo, por comparação com o exercício da ação penal, em que constitucionalmente o seu exercício até é atribuído ao Ministério Público e a lei processual, além de fixar prazos, estabelece um enquadramento processual dos respetivos despachos de arquivamento, nomeadamente, quanto à exigência de fundamentação e à possibilidade de abertura de uma fase judicial, com vista a submeter o caso a julgamento.

Mas menos compreensível é esta falta de enquadramento do exercício ou abstenção da ação, por responsabilidade financeira, por parte do Ministério Público, quando a Constituição atribui ao Tribunal de Contas a competência exclusiva para «efetivar a responsabilidade por infrações financeiras».

Torna-se assim perfeitamente compreensível, neste enquadramento, que o Tribunal de Contas possa ser considerado, como o referiu o Prof. Gomes Canotilho, como um “cavaleiro(s) sem espada”⁴.

Creio assim que se justifica ponderar se não será adequado estabelecer uma regulamentação global e integrada sobre o eventual exercício da ação de responsabilização financeira, por parte do Ministério Público, nomeadamente: a fixação de um prazo para a tomada de decisão; a definição dos requisitos da

⁴ Conferência “O Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora do Princípio Republicano”, proferida na V Assembleia Geral da Organização das Instituições Superiores de Controlo da CPLP, Porto, 8 e 9 de Maio de 2008, pág. 34

decisão de não exercício da ação; a notificação dessa decisão aos órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados ou aos órgãos de controlo interno.

Acresce que, quanto àqueles órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados, quanto aos relatórios das ações de controlo do Tribunal, creio que se justifica equacionar a concessão de legitimidade, sem carácter subsidiário.

Claro que esta solução pode suscitar alguns problemas, processuais, nomeadamente de apensação de processos, mas as virtualidades da mesma, ao responsabilizar os órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados pela iniciativa do processo, e não apenas em repousar na ação/inação/decisão do Ministério Público, supera, creio, aqueles problemas.

Quanto aos órgãos de controlo interno, relativamente aos seus relatórios, também não se nos suscitam especiais dificuldades a atribuição de legitimidade para intentar o processo de responsabilidades financeiras sem carácter subsidiário. Apenas creio que haveria que estabelecer a verificação de uma condição, qual seja a da confirmação das infrações identificadas nesses relatórios (ou aprovação desses relatórios, como se preferir), por parte do Tribunal de Contas.

Finalmente, ainda com a mesma finalidade de lograr uma maior efetividade da responsabilidade financeira, creio que se justifica explorar a consagração do direito de ação popular financeira, atribuindo legitimidade aos cidadãos ou associações para requerer o julgamento por infrações financeiras.

Claro que se impõe, neste domínio, ter cautelas para que o direito de ação popular financeira não seja usado para procurar instrumentalizar o Tribunal, nomeadamente procurando envolve-lo no jogo político-partidário.

Para minimizar esses riscos admito que a concessão dessa legitimidade seja a título subsidiário, no caso de o Ministério Público, ou outra das entidades com legitimidade para tal, não exercer o direito de ação, no prazo legal.

Não excluo, até, que a atribuição de legitimidade a cidadãos ou associações, para intentar processos de responsabilidade financeira, seja condicionado a uma

apreciação jurisdicional prévia (género audiência preliminar) com uma tramitação muito simples: formulação de pedido com um projeto de requerimento para julgamento, contraditório e decisão, não se permitindo a realização de diligências complementares de recolha de prova. Naquela decisão devia ser formulado um juízo sobre a viabilidade ou inviabilidade do pedido a requerer o julgamento e a responsabilidade financeira, aceitando a propositura da ação, no caso de tal juízo ser positivo.

*

E. Em conclusão

Impõe-se terminar, até para não cair em infração, quanto ao tempo concedido para esta intervenção.

Se alguma conclusão se me é permitido tirar, quanto ao processo de efetivação de responsabilidades financeiras, é que não podemos continuar com o atual estado de coisas, que os números – frios como sempre – evidenciam.

Interpela-nos a necessidade de mudança.

De sermos mais exigentes connosco próprios, enquanto Tribunal no seu todo e demais entidades que têm o dever de colaborar com o Tribunal, mas também o dever de interpelarmos quem tem o poder legislativo de contribuir para uma maior efetividade da jurisdição financeira.

No mínimo, para que a literatura romântica do futuro não tenha do Tribunal de Contas a visão de Eça de Queirós, no romance “Os Maias”, já assinalada nestes seminários, reconduzindo-a a “fazer de tudo um pouco de tudo, para matar tempo...Até contas!”.

Mas, acima de tudo, para que a literatura jusfinanceira do futuro, não nos transformando em “cavaleiro com espada”, ainda assim possa, em relação ao Tribunal de Contas, fazer referência paralela àquela que hoje é comum, na literatura jurídica relativamente aos Tribunais Constitucionais. Ou seja, que possamos ler que o Tribunal de Contas assumiu e exerceu, de pleno, a sua função de “*watchdog*”, no que tange ao controle de critérios de legalidade contratual e à

observância do regime financeiro, assim como de boa gestão dos dinheiros públicos, relativamente às entidades sujeitas à sua jurisdição.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Lisboa, 16.03.2018

António Martins