

O modelo substantivo e processual da responsabilidade financeira sancionatória e reintegratória

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Assessor do Conselho de Administração da CMVM

Investigador do CEDIS (Grupo *Criminalia*)

SUMÁRIO: Introdução. **1.** A relação de congruência entre a natureza da infracção e a natureza do processo: as normas de conduta, o ónus da prova e as defesas processuais. **2.** A responsabilidade financeira como matéria de Direito Público. **3.** O artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC: uma causa de exclusão da responsabilidade financeira só para alguns agentes? **4.** A responsabilidade reintegratória por violação de princípios e a revelação processual ilegítima da norma de conduta. **5.** A relevância processual do erro sobre a ilicitude na responsabilidade reintegratória. Síntese final.

RESUMO: O actual regime da responsabilidade financeira (sancionatória e reintegratória) conjuga, de forma explícita e implícita, diferentes ramos de Direito, numa original e intensa heterogeneidade que, em vários aspectos, suscita dúvidas e desafia padrões de congruência jurídica. É profundamente duvidoso que esta deva ser a arquitectura jurídica dum sistema disciplinador e sancionatório de Direito Público. O princípio da confiança, matriz essencial do Estado de Direito, e as próprias finalidades disciplinadoras dos regimes legais exigem um quadro legal próprio, completo, adequado às realidades reguladas, que não deve assentar em soluções importadas a identificar por reenvio, interpretação e adaptação de regimes vigentes noutros ramos do Direito. Tais exigências devem ser cumpridas de forma equivalente na responsabilidade sancionatória e na responsabilidade reintegratória. Em ambos os casos estamos perante ilícitos de Direito Público, associados ao exercício de um cargo dessa natureza ou à gestão de verbas com essa origem, que representam um juízo de gravidade e de censura sobre o seu autor, com consequências patrimoniais sérias para o mesmo. Numa eventual reforma legislativa, devem merecer especial atenção, designadamente, a concretização típica das condutas proibidas, a separação entre a fase de auditoria e as fases subsequentes, a utilização de fontes externas para obter prova, o regime dos recursos, os prazos dos mesmos, as regras de prova e o regime dos impedimentos como garantia de imparcialidade.

Introdução

Foi-me solicitado pela organização deste seminário, concretamente pelo Senhor Conselheiro Doutor José Mouraz Lopes, uma reflexão sobre o modelo processual aplicável à responsabilidade financeira.

Não poderei tratar nesta breve comunicação todas as matérias relevantes, inclusivamente alguns temas importantes que têm sido objecto da jurisprudência constitucional (v.g. os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 635/2011, 127/2016, 812/2017 ou 77/2018): como o problema da concentração de competências funcionais distintas no Tribunal de Contas, pormenores do regime do contraditório ou algumas particularidades do direito de recurso.

Procurarei fazer uma leitura apenas sobre alguns pontos do regime vigente, articulando aspectos substantivos e processuais à luz do que me parecem ser as tendências sobre a matéria que estão a surgir entre nós e que se tornam mais visíveis nos casos que chegam ao Tribunal Constitucional.

Faço-o com todo o gosto e, em especial, com a curiosidade própria dos académicos, aquela mesma curiosidade que converte a dúvida em motivo de interesse científico e em vontade de saber mais.

1. A relação de congruência ente a natureza da infracção e a natureza do processo: as normas de conduta, o ónus da prova e as defesas processuais

Um ramo de direito processual que tenha como objecto e se articule com infracções de direito substantivo não existe de forma completamente autónoma em relação a estas. A regulação substantiva

influencia e, por vezes determina, a regulação processual. Tanto mais que em alguns casos essa relação é de verdadeira dependência recíproca: a efectivação da responsabilidade necessita do processo e o processo existe como via privilegiada ou exclusiva de efectivação da responsabilidade.

Por isso mesmo deve existir no mínimo uma relação de congruência axiológica entre os referentes hermenêuticos que estruturam legalmente uma infracção e o modelo de processo que permite efectivar a responsabilidade pela prática dessa infracção.

Vejamos em apertada síntese como isso se organiza no Direito Penal, no Direito das Contraordenações e no Direito Financeiro:

a) No Direito Penal, o sistema organiza-se a partir de uma matriz de tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos com dignidade penal.

Ter como referente material o bem jurídico tutelado permite que o legislador delimite o ilícito penal em função do controlo pelo agente dos factores de perigo que podem lesar esse bem jurídico. As estruturas dogmáticas que enformam o sistema são a *previsibilidade da lesão* e o *domínio do perigo para o bem jurídico*, como pressupostos da imputação do ilícito penal. Isto permite a qualquer cidadão orientar as condutas e tomar decisões adequadas a evitar agressões aos bens jurídicos tutelados, porque a percepção desse perigo corresponde a um dado social ao alcance do destinatário da norma por mero conhecimento empírico da realidade.

Em algumas infracções penais o legislador penal tem de recorrer a deveres específicos delimitados em função de destinatários das normas de conduta. Tal acontece especialmente no domínio do Direito Penal secundário. Nesse caso, o sistema exige o conhecimento da norma de

dever como pressuposto da imputação, por tal norma configurar normativamente as condutas exigíveis ou as condutas censuráveis do agente.

Quer por via de normas genéricas, quer por via de normas específicas de dever, o sistema penal pressupõe e exige ainda a imputação subjectiva do facto ilícito e culpa do agente que o pratica.

A formulação de tal exigência é feita no pressuposto de ser clara a norma de conduta cujo cumprimento é exigido ao destinatário da norma: quer porque isso se compreende socialmente em função do que se deve evitar para não agredir um bem jurídico, quer porque o agente está sujeito a normas de conduta específicas num certo sector de actividade. De tal modo o sistema é consequente que admite a exclusão da imputação dolosa por ignorância da proibição e a exclusão da culpa por falta de consciência da ilicitude não censurável (artigos 16.º e 17.º do Código Penal).

Como a proibição penal é uma excepção no quadro de liberdade política e existencial do cidadão, o sistema presume ainda (de forma congruente) que o arguido é inocente durante todo o processo até ao trânsito em julgado de uma decisão condenatória e exige a prova do ilícito e da culpa para além de qualquer dúvida razoável. Assim, os pressupostos positivos e negativos da responsabilidade estão sujeitos à franquia de prova plena, sem dúvida razoável sobre a verificação de um facto ilícito culposo e punível.

b) Nas contraordenações segue-se, com algumas excepções e singularidades desenvolvidas ao longo da últimas duas décadas, a matriz de das garantias do processo penal. Mas o que existe é uma

aproximação e não uma identificação entre o Direito das Contraordenações e o Direito Penal.

A distinção verifica-se desde logo nos referentes hermenêuticos: os vários sistemas contraordenacionais são quadros disciplinadores da actuação dos agentes em áreas de actividades socio-económicas. E, por isso, o referente hermenêutico essencial não é em regra construído sobre os comportamentos perigosos para um bem jurídico, mas antes pelas normas de dever construídas pelo legislador. A sua adequação e racionalidade pode igualmente ser dogmaticamente controlada (pelas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade da norma de conduta formulada) e tais deveres podem estar orientados pela tutela de bens jurídicos. Mas a formulação normativa do dever é elemento constitutivo essencial da infracção contraordenacional.

A «aproximação sem identificação» do Direito das Contraordenações ao Direito Penal permitiu consolidar a autonomia e diferenciação daquele ramo do Direito em alguns aspectos substantivos e processuais (v.g. técnicas próprias de configurar legalmente as infracções e a sua articulação com as normas de sanção) e permitiu que se desenvolvessem institutos específicos adequados a relacionar a fase organicamente administrativa do processo (que pode produzir uma decisão de mérito que imputa responsabilidade) com a fase judicial (que permite controlar judicialmente a decisão anterior).

O modelo de processo de contraordenação acolheu várias especialidades, como um regime de revogação da decisão ou de retirada da acusação, permitiu reconfigurar a natureza do julgamento e os poderes decisórios do tribunal que conhece a impugnação, com possibilidade de *reformatio in pejus* em alguns sectores, e conduziu a

uma articulação legal e judicial das provas produzidas na fase administrativa com a prova produzida na fase judicial, sem equivalente no processo penal.

Será o Direito das Contraordenações um referente para o Direito Financeiro? Existem algumas algumas afinidades que podem ser ponderadas e, em especial, alguns problemas e as respostas que tiveram podem constituir uma fonte de informação e de reflexão (em especial, na articulação entre a fase de supervisão e o processo de contraordenação). Mas, na minha avaliação dos problemas, o Direito Financeiro não deve usar a matriz processual do Direito das Contraordenações. Na sua dimensão processual o Direito das Contraordenações integra hoje problemas e soluções trabalhados nos últimos 20 anos que são completamente alheios aos problemas da efectivação da responsabilidade financeira. E este tem hoje problemas específicos que não existem da mesma forma no Direito das contraordenações.

c) Não nego que as modalidades de responsabilidade financeira têm algumas afinidades substantivas e processuais com o direito sancionatório penal e contraordenacional, mas noutras partes afasta-se dessa matriz.

A responsabilidade financeira pressupõe também normas de conduta determinadas por lei que têm como destinatários um elenco heterogéneo de agentes vinculados a deveres legais de boa administração financeira dos fundos públicos (cfr. artigos 2.º e 61.º e ss, da LOPTC). E qualquer uma das modalidades de responsabilidade exige culpa (artigo 61.º, n.º 5, e 65.º, n.º 4 e 5, e artigo 67.º, n.º 4). A lei enuncia inclusivamente alguns critérios específicos para aferição do

grau de culpa do agente e, no domínio da *responsabilidade sancionatória* (artigo 67.º, n.º 4), estabelece um reenvio para os títulos I e II do Código Penal, o que abrange toda o regime da lei penal e dos pressupostos positivos e negativos da responsabilidade (artigos 1.º a 39.º Código Penal).

Ao nível processual, a Lei do Tribunal de Contas contém regras próprias como sublinha o excelente estudo do Senhor Conselheiro Doutor José Mouraz Lopes («O caminho da autonomia dogmática da responsabilidade financeira», *Revista do Tribunal de Contas* n.º 63-64, 2015, p. 55 e ss), designadamente como as competências, vários aspectos processuais, incluindo o regime do contraditório, as exigências do requerimento de julgamento, a possibilidade de despacho liminar, os requisitos da contestação, a disciplina da audiência de julgamento e o conteúdo das sentenças condenatórias de reposição ou de multa, ou os pressupostos e regime dos recursos. Subsidiariamente aplica-se o Código de Processo Civil (artigo 80.º).

d) Ainda assim, o regime actual da responsabilidade financeira é, na minha perspectiva, excessivamente heterogéneo: a configuração das infracções é feita por lei, formula-se a exigência de culpa nas duas formas de responsabilidade (não sei, no entanto, se nestes casos a culpa terá o mesmo conteúdo dogmático nas duas situações), declara-se a sujeição da responsabilidade sancionatória aos regimes dos pressupostos substantivos do Direito Penal, mas a sua configuração processual faz-se através normas próprias e por remissão para o regime do Código de Processo Civil.

Como a Lei do Tribunal de Contas não estabelece nem as regras de prova, nem os meios de prova admissíveis e proibidos, nem a estrutura

material da decisão (como faz o artigo 368.º do CPP), isso significa que as causas de exclusão da responsabilidade configuradas no Código Penal, sendo aplicáveis à responsabilidade sancionatória, ficam sujeitas ao regime do Código de Processo Civil.

O que implica uma mutação processual das causas de exclusão da responsabilidade:

No Direito Penal e no Direito contraordenacional vigora a presunção de inocência do arguido, o tribunal está obrigado a pronunciar-se sobre os indícios de causas de exclusão da responsabilidade (artigo 368.º CPP) e a dúvida sobre a verificação de uma causa de exclusão da responsabilidade tem de ser decidida a favor do arguido, sem que o mesmo tenha o ónus de provar a sua defesa. Na responsabilidade financeira a dúvida sobre a verificação de uma causa de exclusão da responsabilidade corre contra a parte a quem tal aproveita, nos termos do artigo 414.º do Código de Processo Civil.

Em suma, as causas materiais de exclusão da responsabilidade do Direito Penal são tratadas na responsabilidade sancionatória como defesas processuais, sujeitas a um ónus da prova cujo risco de insucesso corre pelo agente, sendo secundarizadas perante a prova (positiva) do ilícito culposo do agente. E no domínio da responsabilidade reintegratória tais causas de exclusão da responsabilidade com origem no sistema penal não terão aplicação, ficando a dúvida se existem ou não causas de exclusão da responsabilidade reintegratória (para além da ausência de negligência), qual o seu conteúdo, e se são aquelas aplicáveis à responsabilidade civil.

Julgo, em suma, que a excessiva heterogeneidade das soluções e as dúvidas que se podem suscitar perante o regime vigente não garantem

a congruência sistémica e a segurança jurídica que a gravidade das formas de responsabilidade financeira exigiriam num Estado de Direito.

e) Ao nível processual, a integridade jurídica do processo e a preservação das garantias das pessoas que podem vir a ser responsabilizadas podem beneficiar de uma separação clara, com ligações funcionais, entre a fase de auditoria, a fase instrutória complementar e a fase de julgamento. A primeira não deve ser concebida como uma fase de investigação destinada a alimentar as fases subsequentes, mas uma fase de controlo técnico autónomo. Uma investigação orientada pela hipótese de imputação e sujeição a julgamento deve surgir apenas na fase instrutória intermédia. Uma separação pouco clara entre o processo de auditoria e as fases subsequentes orientadas pela hipótese de avaliação jurisdicional da responsabilidade aumenta a incerteza do sistema e os problemas jurídicos do mesmo (designadamente, as garantias de legalidade na obtenção das provas e o trânsito das mesmas entre as várias fases processuais).

O mesmo acontece com o recurso externo a empresas de auditoria e consultores técnicos exteriores ao Tribunal (artigo 56.º LOPTC), tema que exige clarificação quanto à natureza e enquadramento das diligências realizadas por tais pessoas junto de entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas e de eventuais responsáveis por ilícitos financeiros. De sublinhar, em especial, que os relatórios de tais entidades não são prova em si mesmo, mas apenas fonte de informação e de acesso a prova material (documental) autónoma, que pode acompanhar e integrar o relatório.

f) A incerteza é agravada pelo facto de assistirmos a uma possível reconfiguração da jurisprudência constitucional sobre a matéria: o Tribunal Constitucional - mantendo a ideia de que a responsabilidade financeira é, no plano das garantias processuais, matéria estanha ao artigo 32.º, n.º 1, da CRP (Ac. TC n.º 127/2016) - vem agora, em relação a outras matérias, enquadrar directamente uma parte do regime legal dos recursos previsto na LOPTC nas garantias jurisdicionais do artigo 20.º (Ac. TC n.º 812/2017), à luz do regime dos direitos fundamentais materialmente afectados pelo conteúdo da decisão do Tribunal de Contas.

Este facto deve conduzir a uma avaliação séria, conseqüente e clara da organização do processo e articulação das várias fases, das garantias vigentes nas mesmas e da organização processual do acervo de prova em função da sua origem.

2. A responsabilidade financeira como matéria de Direito Público

O debate sobre as formas de responsabilidade financeira tende a acentuar a diferente natureza da responsabilidade sancionatória em relação à responsabilidade reintegratória: a primeira como matéria sancionatória e a segunda como matéria sujeita ao regime da responsabilidade civil (neste sentido, também, o Ac. TC n.º 127/2016).

Nesta minha comunicação proponho um outro ponto de partida, que julgo ser relevante, também em função de alguns enquadramentos acolhidos no Tribunal Constitucional, a saber: *toda a responsabilidade financeira é matéria de Direito Público*. Concretamente, trata-se de

Direito disciplinar financeiro (sancionatório e reintegratório ou reparador).

a) Começamos por ensaiar a fundamentação para a primeira asserção: toda a responsabilidade financeira é matéria de Direito Público, pelas seguintes razões:

- As modalidades de responsabilidade estão configuradas na lei e não se centram exclusivamente no dano, mas também num ilícito de Direito Público pré-configurado por outras normas;
- Os ilícitos correspondem a modelos tipificados legalmente;
- A tipificação dos ilícitos financeiros exige uma conexão com normas jurídicas de Direito Público (que delimitam os deveres dos agentes, as proibições e as condutas permitidas no domínio da obtenção, gestão e aplicação dos dinheiros públicos). O ilícito assim determinado é um ilícito específico de Direito Público porque é essa a natureza das normas de dever infringidas pelo agente:
- Os ilícitos estão associados ao exercício de cargos públicos ou cargos com dimensões públicas: o Tribunal de Contas já não julga apenas a conta, mas a actuação de pessoas concretas.
- Os interesses financeiros tutelados são de natureza pública;
- As normas aplicáveis são em regra imperativas;
- Os pressupostos das formas de responsabilidade e o seu alcance subjectivo são definidos por lei;
- A promoção dos processos é assegurada por uma entidade pública e o julgamento é realizado por um Tribunal especializado (um «o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas

pública e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe», artigo 214.º CRP);

- As situações relevantes podem ser identificadas através dum sistema público de auditorias especializadas da competência de serviços do Tribunal de Contas;
- O conteúdo das decisões pode ter uma natureza sancionatória – aplicação de multas – ou reintegratória – reposição patrimonial dos valores legalmente objecto do desvio – que representam para a pessoa responsável, em ambos os casos, um sacrifício patrimonial imposto por uma decisão de autoridade, em função de um ilícito danoso e culposo praticado por essa pessoa no exercício de um cargo. Por isso, aliás, quer a reposição, quer a aplicação da multa são apresentadas como decisões condenatórias (artigo 94.º, n.º 9, LOPTC).

Por todas estas razões, parece-me que a delimitação legal da responsabilidade financeira deve ser vista no quadro do Direito Público e dos seus princípios fundamentais, incluindo a responsabilidade reintegratória como uma modalidade especial de responsabilidade patrimonial por um ilícito específico e culposo de Direito Público (e não apenas como uma modalidade de responsabilidade civil). Este enquadramento pode ter repercussões muito significativas em algumas matérias substantivas e processuais acima referidas.

De forma, aliás, não muito distante, a jurisprudência do Tribunal Constitucional considera a responsabilidade financeira sancionatória como um tipo autónomo de responsabilidade sancionatória (não penal) (Ac. TC n.º 635/2011, e de forma semelhante o Ac. TC n.º 812/2017).

b) Em segundo lugar, as duas formas de responsabilidade correspondem a um *modelo de direito público disciplinador da legalidade e regularidade da gestão financeira de fundos públicos*.

Esse direito disciplinador público tem uma matriz reintegradora (ou reparadora) e uma matriz sancionadora. Podendo existir separadamente, têm elementos comuns, designadamente as normas de dever que devem ser acatadas pelos agentes que gerem dinheiros e valores públicos. Isto não converte a responsabilidade reintegratória numa modalidade de responsabilidade sancionatória, mas sujeita-a aos valores e aos princípios fundamentais do Direito Público.

c) Saber se existe uma diferença quanto à natureza das formas de responsabilidade é relevante, no quadro actual, para a delimitação hermenêutica do regime e para a resolução de alguns problemas. Mas seja qual for a resposta, importa frisar que estamos no domínio da fiscalização da legalidade de regras financeiras relativas à gestão de fundos públicos e à efectivação da eventual responsabilidade pelas infracções a essas regras por parte de um Tribunal. Em suma, estamos perante matéria de Direito Público, essencial ao Estado de Direito e que, na efectivação da responsabilidade dos agentes, tem por isso mesmo de respeitar os valores fundamentais de qualquer intervenção neste domínio: legalidade material, previsibilidade, igualdade, proporcionalidade, direito de audição e direito de defesa e legalidade processual das condições de apreciação da responsabilidade do agente pelo Tribunal de Contas. O que exige igualmente uma relação de congruência entre o regime substantivo e o regime processual, posta em causa pela natureza heterogénea dos regimes convocados pela lei actual.

d) Um enquadramento desta natureza não se me afigura apenas adequado, como também conseqüente no plano da compreensão de alguns aspectos do regime vigente. Permito-me referir apenas duas matérias para esse efeito: a cláusula do artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC, e o problema da configuração legal dos ilícitos financeiros em relação com a natureza do processo.

3. O artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC: uma causa de exclusão da responsabilidade financeira só para alguns agentes?

O artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC, contempla (por reenvio para artigo 36.º, 1 e 3, do Decreto 22.257, de 1933) condições de determinação da responsabilidade reintegratória, cujo reverso equivale a uma causa de exclusão da responsabilidade. Não me parece tratar-se verdadeiramente de uma condição objectiva de punibilidade (porque se trata de um facto do domínio do agente e do ilícito que lhe é imputado), mas antes de uma circunstância típica do ilícito culposo do agente, prévia ao próprio ilícito e não subsequente ao mesmo.

De forma simples, são condições da responsabilidade reintegratória dos membros do Governo e (agora) também dos titulares executivos das autarquias locais o facto de as pessoas em causa não terem ouvido as estações competentes ou, quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, terem adoptado resolução diferente. Numa interpretação possível desta cláusula legal, só existe responsabilidade das pessoas referidas se o facto tiver sido praticado numa das duas hipóteses enunciadas (não consultou ou contrariou). Sendo as mesmas condições de responsabilidade, se o agente tiver consultado a estação

competente e se tiver decidido de acordo com a informação legal recebida não haverá responsabilidade, por falta das condições legalmente exigidas para tal.

Neste sentido o artigo 61.º, n.º 2, da LOPTC contempla uma causa implícita de exclusão da responsabilidade reintegratória (quando se consulta e quando se respeita). Mas, na sua configuração expressa, a norma é apenas para certas categorias de agentes titulares de cargos públicos (membros do Governo e titulares de órgãos executivos das autarquias locais). Reflexamente, tal regime implicará uma possível falta da consciência da ilicitude não censurável (porque conforme com o procedimento valorizado por lei) para a responsabilidade sancionatória.

Contudo, se tal cláusula for vista à luz dos princípios hermenêuticos que legitimam e orientam as causas de exclusão da responsabilidade em domínios do Direito Público, como o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), pode questionar-se se o âmbito subjectivo da causa de exclusão da responsabilidade de quem decide, seguindo a opinião da estação competente, não deve se alargado a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas. Noutros termos: ou é inconstitucional a sua limitação subjectiva, por violação do artigo 13.º da Lei Fundamental, ou, numa interpretação conforme à Constituição, deve ser estendido o seu regime a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas e adstritas aos mesmos deveres.

O problema só se coloca obviamente quando existir identidade de factos e de normas violadas e não quando as situações forem distintas.

4. A responsabilidade reintegratória por violação de princípios e a revelação processual ilegítima da norma de conduta

A clareza da norma de conduta cujo cumprimento é exigido ao agente é um aspecto fundamental da responsabilidade financeira. Será que é compatível um sistema sancionatório ou reintegratório em que o ilícito consista na violação de princípios?

A questão foi-me suscitada pelo interessante estudo da Senhora Conselheira Helena Ferreira Lopes, divulgado no âmbito deste seminário, sobre a responsabilidade reintegratória e a hipótese de a mesma contemplar, como fundamento do ilícito financeiro, um tipo legal que preveja como facto ilícito o dano causado com violação ostensiva ou intolerável do princípio da economia, eficiência e eficácia.

O problema é conhecido igualmente na supervisão do sistema financeiro e a tendência que se afirmou em algumas matérias de efectivar a supervisão por referência a grandes princípios em detrimento de regras de conduta determinadas. Uma tal tendência merece as maiores reservas, pois é fácil de executar para o legislador, algo difusa para a supervisão (que acaba por ter de delimitar os casos relevantes de violação do princípio) e difícil de concretizar processualmente no domínio da imputação processual do ilícito contraordenacional.

Os princípios são mandatos de optimização que sintetizam valores relevantes do sistema jurídico, mas a imputação culposa e pessoal tem de se fazer no processo por referência a um facto (cfr. artigo 61.º da LOPTC), que integra uma conduta concretamente ilícita do agente. O que significa que a violação de um princípio tem de se concretizar no processo, não apenas como uma norma de valoração, mas também como uma norma de conduta. E esta tem de estar claramente

determinada antes da tramitação processual, não podendo ser criada no processo como densificação judicial de uma norma de valoração. A pretensão de vigência do Direito financeiro e a sua vocação disciplinadora também o exigem.

O que significa, em termos de técnica legislativa, que a consagração de um princípio como fonte específica da ilicitude financeira deveria ser acompanhada pela enunciação legal de comportamentos concretamente derogadores do princípio, que permitissem a qualquer destinatário da norma perceber claramente o que lhe está vedado, antes de qualquer processo e não apenas durante o processo.

Também esta é uma dimensão da necessária congruência entre o direito substantivo e o direito processual: as normas de condutas que violam a lei podem ser clarificadas pelo processo, mas não podem criadas pelo processo. E com isto aumenta-se a clareza da lei e a segurança dos seus destinatários, reforça-se a própria legitimidade disciplinadora das normas de conduta e diminuem-se os problemas e as injustiças processuais criadas por uma imputação de surpresa.

5. O problema da relevância processual da invocação do erro sobre a ilicitude na responsabilidade reintegratória

Uma palavra final para enunciar apenas um problema de natureza simultaneamente substantiva e processual.

Julgo ser entendimento aparentemente dominante que a responsabilidade reintegratória corresponde a uma modalidade de responsabilidade civil, em que o fundamento é o dano ilícito e culposos causado pelo agente e a exigência da sua reparação.

Já manifestei (neste texto) as minhas reservas a tal enquadramento. Trata-se, na verdade, de uma responsabilidade que exige a mediação de um regime legal específico (normas de Direito Público) que acolhe a disciplina financeira violada pelo agente. Em alguns casos (por exemplo, pagamentos indevidos) a configuração do ilícito danoso integra explicitamente a referência à ilegalidade do acto ou a violação das normas financeiras (artigos 59.º, n.º 4, e 5, ou 60.º, da LOPTC). Ou seja, o ilícito financeiro é um ilícito específico e a norma legal de conduta que o agente tem de seguir é elemento constitutivo da infracção financeira.

Por isso mesmo, a responsabilidade reintegratória é, no plano axiológico, social e político, muito mais do que simples reparação de um dano patrimonial, pois implica a identificação de uma ilicitude financeira específica (de Direito Público) no exercício de um cargo público ou na gestão de activos dessa natureza e um ónus patrimonial que pode ser muito significativo para a pessoa em causa.

O que coloca o problema de saber se quando a LOPTC exige a culpa do agente na responsabilidade reintegratória (artigo 61.º, n.º 5) isso permite ou não uma defesa processual por erro sobre a ilicitude, qual seria a forma de apresentar tal facto e qual seria o critério de decisão do tribunal sobre o mesmo. O problema pode ainda estender-se aos casos em que existe no mesmo processo cumulação de responsabilidades (reintegratória e sancionatória) pelos mesmos factos e é invocado um erro sobre a ilicitude quanto à responsabilidade sancionatória (claramente admissível por força do reenvio para o Código Penal, previsto no artigo 67.º, n.º 2, da LOPTC), o que suscita a dúvida de

saber se tal dirimente se estende ou não à responsabilidade reintegratória.

O problema traduz-se, de forma mais ampla, em saber se, sendo ilicitude financeira específica e condicionada pela infracção a normas legais de Direito Público, existem ou não causas de exclusão da ilicitude específicas desta área de actividade, mas que não são habitualmente tratadas na responsabilidade civil (como o conflito de deveres ou o erro sobre a ilicitude) e, de forma ainda mais específica, se a culpa na responsabilidade reintegratória se limita ao dolo e à negligência grave (imputação do facto à vontade do agente) ou se pode acolher problemas relacionados com a valoração da culpa, como o erro sobre a ilicitude.

Num quadro de Direito Público e de responsabilização pessoal das pessoas adstritas a deveres legais dessa natureza parece-me que a resposta deveria ser afirmativa. Na imputação da culpa por responsabilidade financeira reintegratória está em causa muito mais do que o dolo e a negligência de uma infracção cometida no exercício de cargos públicos ou na gestão de activos com essa origem. Basta para tal ser elemento constitutivo da infracção todo o regime legal relativo a condutas de gestão e disposição de fundos públicos.

Se a lei não der algum acolhimento a este tipo de problemas uma parte da responsabilidade será independente de culpa e, provavelmente, pouco adequada e justa em relação ao caso concreto. Antevejo aqui mais um problema que pode motivar enquadramento do Tribunal Constitucional no plano da aplicação directa do regime dos direitos fundamentais da pessoa responsável no domínio reintegratório.

Síntese final

O actual regime da responsabilidade financeira esclarece e ilumina muitos temas fundamentais, designadamente ao nível dos pressupostos da responsabilidade e de alguns temas processuais. Mas suscita dúvidas sobre outros - como o problema do erro sobre a ilicitude, o regime processual das circunstâncias dirimentes da responsabilidade, a articulação das várias fases do processo com as garantias da pessoa que pode ser responsabilizada ou o recurso a fontes externas de obtenção de informação e prova -, que acabam por ser resolvidos (de forma não coincidente) pela doutrina e pela jurisprudência, de acordo com tendências se se afirmam ou soluções que são preteridas.

A importância das matérias - desde logo e também para quem tem de gerir fundos públicos como parte de cargos de administração de instituições públicas - exige uma intervenção mais completa e mais cuidada do legislador. Porque, se assim não for, o sistema legal estará a passar a resolução de problemas essenciais para a jurisprudência e a criar uma incerteza perniciosa no exercício de cargos públicos que envolvam a gestão de fundos públicos. E a acumulação de problemas desta natureza poderá minar a legitimidade e a autoridade do Tribunal de Contas e a disciplina legal da gestão de fundos públicos.

Só vejo um caminho adequado para consolidar d forma coerente o direito disciplinar financeiro: ser a LOPTC a regular os pressupostos legais da responsabilidade, as causas de exclusão da responsabilidade e os critérios de aplicação das mesmas, o regime da prova, da sua obtenção e da tramitação do processo, incluindo o regime dos recursos (v.g. prazos, efeitos e impedimentos) e o aprofundamento de

mecanismos de regularização das situações sem conteúdo sancionatório, limitando os reenvios para o Direito Penal ou para o Processo Civil. Nestas matérias parece-me fundamental ter em conta os problemas concretos percebidos pelo Tribunal de Contas e por jurisdições estrangeiras equivalentes. E os problemas suscitados junto do Tribunal Constitucional, mesmo as questões que não foram conhecidas por este (como o problema da concentração de competências e a ausência de controlo jurisdicional externo).

Parece-me ainda fundamental a lei delimitar de forma clara os comportamentos proibidos e, se tal se revelar útil e necessário, o Tribunal de Contas proceder à divulgação regular (numa base anual, por exemplo) de tipologias concretas de condutas que podem ser indiciariamente subsumidas às previsões normativas de comportamentos ilícitos. Para o destinatário das normas, um elenco de práticas que podem ser subsumidas aos tipos legais de infracção pode ser mais importante do que conhecer os contornos discutíveis de um conceito legal. O efeito preventivo desta concretização pode também ser especialmente importante. Com esta densificação da tipicidade das infracções aumenta-se a segurança jurídica por ser previsível o que, na perspectiva da entidade competente, é proibido ao destinatário da norma. Com este instrumento simples (divulgação de práticas concretas proibidas na jurisprudência do Tribunal de Contas) podem reforçar-se os objectivos da lei e aumentar a previsibilidade da sua aplicação. O que constitui uma forma de densificar o ideário do Estado de Direito.