

Perspetivas para a efetivação da responsabilidade financeira

O interesse público e a indispensabilidade da despesa como eixos de um novo regime de responsabilidade financeira

Bom dia a todos.

Começo por agradecer ao Tribunal de Contas, em especial, ao seu Presidente, o Exmo Juiz Conselheiro Dr. Vítor Caldeira e à organização deste oportuno Seminário.

Cumprimento os meus colegas de painel e a sua moderadora, a Exma Juíza Conselheira Dr.^a Maria dos Anjos Capote, sendo uma honra estar na presença de tão ilustres personalidades.

Na primeira parte da minha intervenção apresento uma perspetiva de cariz essencialmente estruturante, relacionada com a realização de despesas públicas em desconformidade com a prossecução do interesse público e apresento alguns possíveis critérios para a sua objetivação. Na segunda parte, farei o estreitamento da minha abordagem para alguns dos aspetos que reputo relevantes e que devem conformar um novo regime jurídico sobre responsabilidade financeira. Terminarei com a alusão à ação dos órgãos de controlo interno, em especial da IGF, e tendo em atenção a ação/inação do Ministério Público.

A minha exposição tem subjacente a conformação de um novo regime jurídico de responsabilidade financeira onde esteja presente uma visão objetiva, a qual considere os bens jurídicos globalmente protegidos pela lei, em detrimento da densificação de condutas, da subjectivização inerente à tomada em consideração de aspetos particulares, as nossas famosas especificidades que no essencial acarretam dificuldades interpretativas e conduzem à ineficácia dos regimes jurídicos.

Para maior clareza e simplicidade da exposição, evito a referência ou remissão para conteúdos técnicos ou normativos, na medida em que a complexidade técnica das soluções, naturalmente, prejudicaria a perspetiva que pretendo apresentar e a eficácia na sua comunicação.

Na perspetiva que defendo, a utilização de dinheiros públicos apenas deve prosseguir interesses e necessidades públicas objetiváveis e com benefícios quantificáveis para os cidadãos, devendo expressamente consagrar-se a obrigatoriedade de ser clara e objetivamente demonstrada a indispensabilidade da realização de cada despesa pública.

Porém, uma reflexão minimamente consistente não pode prescindir de alguma componente de sistematização e concretização, sob pena do vazio do discurso e das soluções apresentadas.

Assim, tendo presente uma perspetiva essencialmente publicista, entendo que deve existir responsabilidade financeira sempre que a gestão de dinheiros públicos afete ou não prossiga a realização do interesse público. Naturalmente que esse conceito de interesse público deve ser densificado por princípios e normas consoante o que se pretende definir e regular.

Neste sentido, a responsabilidade financeira (RF) deve abranger todos os comportamentos contrários à prossecução do(s) referido(s) interesse(s) público(s), primordialmente os atos de má utilização de dinheiros públicos (despesas públicas supérfluas ou não indispensáveis), os atos mais gravosos que afetam a estabilidade financeira do Estado ou a sustentabilidade dos seus subsectores.

Perante uma noção abrangente de RF, resulta natural que muitas poderão ser as situações potencialmente abrangidas. A título meramente exemplificativo de despesas supérfluas, refira-se a pavimentação desnecessária de uma estrada, a aquisição de computadores de última geração quando os existentes ainda asseguram cabalmente as tarefas para que estão destinados, o agravamento significativo do endividamento ou, inclusive, a criação de benefícios fiscais (despesa fiscal) sem ser assegurada a sua neutralidade orçamental (exigência legal). Todos os exemplos apresentados não observam princípios ou contrariam normas orçamentais.

Nos exemplos apresentados, a prática ilícita verifica-se sempre que não resulte demonstrada a prossecução do interesse público, subsumido em princípios e normas, designadamente, os princípios orçamentais e sempre que não seja demonstrada a indispensabilidade da despesa. Deste modo, ultrapassa-se a necessidade da estatuição detalhada de comportamentos para efeitos de responsabilidade financeira.

Nesta moldura alargada de comportamentos contrários ao interesse público, primordialmente, deverá ter-se em consideração todos os atos de má utilização dos dinheiros públicos, violando direta ou indiretamente a estabilidade financeira do Estado e, por conseguinte, a própria sustentabilidade do Estado de Direito, Democrático e Social. Neste domínio deve ter-se presente, desde logo, os princípios e normas previstos na Lei de Enquadramento Orçamental (LEO). O ordenamento jurídico da responsabilidade disciplinar pode inspirar o modelo jurídico para uma efetiva responsabilidade financeira. Acresce que esta, em regra, é precedida ou concorre com a violação de princípios e de deveres funcionais gerais e especiais que integram as normas disciplinares.

Em frequentes situações, apesar de existir a legalidade formal do procedimento administrativo, deparamos com a utilização indevida de dinheiros públicos, maxime, a realização de despesas supérfluas, não indispensáveis, realizadas nos mais diversos

domínios, com finalidades aparentemente sãs, mas manifestamente injustificadas ou desnecessárias, como alguns exemplos já referidos.

Estamos no domínio da chamada despesa pública “patológica”, já abordada no domínio do Direito Financeiro Público. Neste sentido, relevo: *“Legal Means for Eliminating Corruption in the Public Service”*, de Sebastian KIELMANSEGG e, entre nós, *“Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro Equigeracional”*, de J.F. ROCHA.

A despesa pública “patológica” deve ser necessariamente considerada uma despesa pública ilegal. Um Estado de Direito responsável não pode admitir má utilização dos dinheiros públicos. Essa má ou abusiva utilização, a verificar-se, é violadora do interesse público e do ordenamento jurídico e, por consequência, ilegal.

A atividade financeira pública deve ser juridicamente enquadrada e balizada e, mesmo nas situações em que se pode admitir a existência de poderes ou prerrogativas discricionárias, de conveniência política ou de oportunidade, deve existir um bloco de juridicidade, de objetividade e necessidade de fundamentação que não pode ser transgredido.

Esse bloco de juridicidade deverá ser composto por normas, estruturalmente bipartidas em princípios e regras, cuja infração deve fazer incorrer o respetivo agente prevaricador em responsabilidade financeira. Neste sentido, importa identificar algumas das coordenadas essenciais em que essas normas se poderão materializar.

A primeira coordenada, como referi, deve materializar-se no princípio da prossecução do interesse público, o qual consiste numa orientação teleológica constitucionalmente consagrada que impõe o interesse coletivo como o fim da atividade pública. Os diferentes órgãos do Estado prosseguem interesses específicos, consubstanciados em poderes funcionais, juridicamente enquadrados e tendencialmente indisponíveis, mas todos visam a realização desse princípio maior.

Assim, atento o princípio da prossecução do interesse público e tendo-o por fundamento último, surgem outros princípios que igualmente devem enquadrar e enformar o ato jurídico financeiro público e, em particular, o ato de despesa pública, como sejam o princípio da equidade intergeracional, da sustentabilidade das finanças públicas ou o princípio da boa gestão, entre outros, expressamente previstos na LEO.

Neste domínio surge a necessidade de um comando ou critério operacional, designadamente de em todos os procedimentos ser demonstrada e fundamentada a indispensabilidade da realização da despesa pública.

Atenta a perspetiva apresentada, facilmente constatamos que, sem prejuízo de todo o quadro jurídico ordenador, são facilmente identificáveis desconformidades comuns na realização de despesas públicas. São essas desconformidades que carecem de reflexão para a sua adequada previsão como infração financeira e subsequente responsabilização. Passo a referir alguns exemplos:

Despesas inconsistentes com a prossecução do interesse público:

- casos em que não se identifica claramente o interesse/finalidade da aquisição de determinado bem ou serviço;
- casos de parcerias público-privadas em que os riscos das operações e todo o reinvestimento recaem, quase exclusivamente, sobre os parceiros públicos, enquanto os pagamentos às concessionárias pela disponibilidade da infraestrutura gozam de total estabilidade. Situação característica e típica de uma renda.

Deficientes previsões e antevisões de receita ou despesa:

- situações frequentes, em hospitais, de elevado número de produtos perecíveis em *stock*;
- casos de estudos realizados com o objetivo de prever os respetivos impactos económico, financeiro e social, mas que se acabam por revelar inadequados, sendo manifesto o desfasamento entre esse estudo e a realidade empírica subjacente.

Insuficiente fundamentação ou falta de informação:

- falta de demonstração, de modo claro e inequívoco, da necessidade da realização da despesa;
- contratos em que se prevê o pagamento de verbas por parte do Estado, sendo patente a ausência de informação financeiramente relevante, limitando-se a ser apresentada uma declaração de que as verbas “serão ou poderão ser inscritas em orçamento”.

Violação das regras da concorrência e/ou de boa gestão

- aquisições ou contratações de equipamentos (alguns já desatualizados) efetuadas por preços superiores àqueles que são os preços de referência ou os preços normais de mercado à data da efetiva aquisição do bem ou do serviço.

Este conjunto de realidades fáticas e jurídicas são facilmente perceptíveis como desvios na gestão de bens públicos e integram um conjunto de comportamentos nos quais os recursos públicos são indevidamente utilizados, em claro afastamento da prossecução do interesse público, pelo que se torna premente a criação de sanções financeiras adequadas, independentemente da legalidade formal dos respetivos procedimentos.

Na sequência do que acabo de referir e na parte seguinte da minha exposição, farei alusão a alguns aspetos e soluções jurídicas tendentes a uma ampla previsão legal e maior eficácia do regime de responsabilidade financeira – desde a tipicidade à necessidade da responsabilização de consultores e de pessoas coletivas.

Tipicidade

Em tese, o tipo legal de ilícito é criado com a função de segurança e garantia de liberdade, pelo que a utilização de conceitos gerais ou muito abrangentes elimina a sua própria razão de existir, criando-se insegurança. Na sequência dessa posição, os tipos de ilícito não devem deixar margens a dúvidas, nem abusar do emprego de normas muito gerais ou de tipos incriminadores genéricos.

Porém, no domínio da responsabilidade financeira (à semelhança da responsabilidade disciplinar), entendo que a descrição legal da ação ilícita/proibida não deve ser sempre completa em todos os seus aspetos fáticos. Antes, poderá conter a latitude necessária para abranger o conjunto de comportamentos irregulares cometidos no âmbito da gestão de dinheiros públicos.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou de cláusulas gerais, justifica-se porquanto estamos perante um domínio onde se verifica a impossibilidade de o legislador prever todos os comportamentos de má utilização de dinheiros públicos que possam ser sancionados. Acresce que esses normativos a serem aprovados constarão de uma Lei em sentido formal.

Assim, entendo que os tipos legais abertos no domínio da responsabilidade financeira não afetam a segurança jurídica e a função pedagógica do tipo, porquanto é importante notar que a relação que se estabelece entre o gestor de recursos públicos e o Estado é uma relação de sujeição especial, vinculada a princípios, normas legais e técnicas que todos devem conhecer.

Na administração de bens públicos apenas se pode fazer o que a lei autoriza, pelo que se afigura adequada a existência de tipos legais abertos e a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na responsabilização de condutas que não realizem os princípios da atividade pública e os respetivos comandos legais.

Acresce que a crescente complexidade do Estado, as suas novas estruturas, funções e intrincadas relações jurídicas conduzem a novas irregularidades, cujo bem maior violado será sempre o interesse público.

Para uma maior garantia da realização do interesse público pela ação dos diferentes agentes do Estado, não se revela adequado que o ordenamento jurídico em matéria de RF contenha um elenco exaustivo de condutas abstratamente definidas e integradoras de responsabilidade financeira.

Neste sentido, a tipicidade do ilícito financeiro poderá ser composta por conceitos ou termos indeterminados, vertidos em cláusulas gerais, princípios ou regras, que descrevam abstratamente as condutas proibidas com um mínimo de previsibilidade.

Aspetos embrionários da posição apresentada já constam do atual art.º 59.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Igualmente no sentido da posição expressa, sublinho que em alguns ordenamentos jurídicos a ilicitude da conduta não depende da invalidade do procedimento. Um procedimento formalmente legal, mas indevido do ponto de vista do seu mérito, pode causar elevados danos ao Estado e, subseqüentemente, ser passível de responsabilidade financeira.

Retroatividade

A retroatividade da lei mais benéfica não deve abranger as situações de alteração legislativas no domínio da realização da despesa pública, designadamente no caso da nova lei vir permitir um tipo de despesa ou procedimento que antes não era autorizado. A não retroatividade, contrariamente à prática seguida, é a perspectiva que assegura a preservação do princípio da legalidade no domínio da despesa pública.

Culpa

No apuramento da culpa, o conteúdo do dever objetivo de cuidado deve ser determinado com base na comparação do facto concreto praticado com o comportamento exigido a quem, em abstrato, desempenhasse aquelas funções.

Como se disse, a gestão de recursos públicos é uma atividade densamente condicionada por princípios e normas, pelo que os agentes públicos devem estar preparados para o exercício dessas funções.

Acresce que, quanto maiores forem as prerrogativas associadas a um cargo público, maiores devem ser as exigências sobre o respetivo titular.

Assim, a RF deve ter como requisito subjetivo a culpa em sentido amplo, incluindo o dolo, em todas as suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Sublinho, uma vez mais, que os poderes conferidos aos gestores públicos, são poderes-deveres, o que reforça o seu vínculo à prossecução exclusiva de finalidades de interesse público.

Observo que em Itália exige-se o dolo ou a culpa grave. Em Portugal só existe RF se praticada com culpa. Entretanto, na ausência de dolo, pode o Tribunal converter a RF reintegratória em sancionatória. No caso de negligência, o Tribunal pode mesmo relevar a responsabilidade – vide art.º 64.º da LOPTC.

Responsabilização de consultores externos

Outro domínio que deve ser particularmente avaliado e regulado consiste na necessidade de responsabilização de consultores externos.

O exercício de funções públicas e a gestão de dinheiros públicos engloba, cada vez mais, agentes públicos e privados, devendo ambos cumprir os deveres jurídicos inerentes às

suas funções, as quais influenciam a decisão final de autorização da despesa e do pagamento.

Todos esses agentes atuam no processo de realização da despesa pública, tendo uma influência relevante na decisão de realizar a despesa ou de renunciar a determinada receita.

Assim, a gestão de recursos públicos envolve, cada vez mais, uma sucessão de atos e a participação de diferentes agentes e responsáveis públicos e, muitas vezes, privados, para além dos beneficiários de subvenções públicas – estes últimos já previstos no regime atual.

Porém, a situação do consultor para efeito de RF não deverá ser diferente desses beneficiários, uma vez que as suas opiniões, caso enfermem de erro grave, podem acarretar decisões que violam princípios e normas no domínio da gestão pública.

Essa responsabilização contribuirá para mitigar ainda eventuais situações de conluio entre o gestor público e o consultor, designadamente a elaboração de pareceres ou estudos com o objetivo de respaldar decisões indevidas ou já tomadas.

Neste contexto, podem equacionar-se requisitos relevantes para a responsabilização de consultores, como a influência do estudo ou parecer para a decisão administrativa que acarretou dano ao Estado ou grave infração à norma aplicável (nexo de causalidade — assente na teoria da causalidade adequada).

Esta questão é ainda relevante no universo das Autarquias Locais, maxime, no âmbito de Juntas de Freguesia (JF), as quais não possuem uma estrutura orgânica minimamente adequada para esclarecer os membros dos respetivos órgãos executivos sobre a legalidade dos procedimentos adotados. Muitas JF não dispõem das vetustas “*estações competentes*” e apenas lhes resta o recurso a consultores externos.

No reforço da necessidade da responsabilização de consultores, questiono se os autores de estudos de viabilidade económica e financeira que suportaram determinados investimentos públicos (PPP) que se revelam ruinosos, teriam apresentado os mesmos resultados e emitido as mesmas opiniões caso existisse o risco de incorrerem em responsabilidade financeira.

Responsabilização do delegante

Neste domínio observo que a responsabilidade do delegante por ato do delegado deve atender à sua efetiva capacidade e disponibilidade, na prática inexistente, para fiscalizar os atos do delegado. Sublinho que, atualmente, no âmbito da Administração Pública este requisito é muito pertinente no domínio de serviços partilhados e das conhecidas unidades centrais de compras, na medida em que quem autoriza a despesa não tem qualquer controlo ou poder hierárquico sobre os autores materiais dos atos praticados e dos pagamentos realizados.

A delegação é um instrumento de racionalização e de eficiência administrativa, pelo que imputar-se responsabilidade ao delegante, desvaloriza, condiciona e pode mesmo tornar inútil o instituto da delegação de competência. Não se afigura concebível que o delegante tenha que exercer uma fiscalização rigorosa sobre os atos de um seu subordinado.

Responsabilização de pessoas coletivas

Observo que outra evolução importante pode consistir na RF das pessoas coletivas. A sociedade e as organizações são dominadas por sistemas e redes de informação com diferentes intervenientes, níveis de intervenção e graus de responsabilidade.

Atualmente o mesmo procedimento é tramitado automaticamente, através de diferentes sistemas de informação, por diversos intervenientes, em diferentes serviços, sob a alçada de múltiplos responsáveis.

De igual modo, o modelo de liderança atual assenta em consensos, no envolvimento de diferentes níveis hierárquicos em processos de decisão partilhados e em cooperação. Em muitos destes casos o ato administrativo do decisor final é meramente formal.

A responsabilidade implica autoridade. Porém, como referi, a autoridade tende, cada vez mais, a ser partilhada por diferentes organismos, intervenientes e responsáveis.

Acresce que a sociedade e as organizações estão em mutação para uma legitimidade decisória diferente do modelo hierárquico. Muitas das decisões atuais, independentemente do decisor final, resultam de processos objetiva e subjetivamente participados e comuns, bem como agregam e refletem vontades, formal e materialmente, coletivas. No contexto atual, a RF de pessoas coletivas não deve deixar de ser equacionada e regulada.

A ação dos órgãos de controlo e o Ministério Público

Sobre a ação dos órgãos de controlo, em especial, de controlo interno, termino a minha intervenção com uma breve nota sobre os relatórios das Inspeções-Gerais (IG) e sobre a falta de diligências instrutórias e/ou de procedimento jurisdicional (inação) do Ministério Público (MP).

Os relatórios das ações de controlo das IG que evidenciem factos constitutivos de responsabilidade financeira são sempre remetidos ao MP junto do Tribunal de Contas (TC) e não carecem de aprovação das secções para efeitos de efetivação de RF.

Por sua vez, as IG podem requerer ao TC o julgamento para efetivação de responsabilidade financeira resultante das suas ações, caso o Ministério Público declare não requerer procedimento jurisdicional.

No Protocolo celebrado entre o TC e a IGF (em março de 2006) afirma-se não “(...) constituir matéria dos trabalhos de auditoria ou de inspeção, a averiguação de aspetos

relativos ao nexó de imputação dos factos apurados, isto é, de culpa ou dolo dos agentes”.

No que respeita à intervenção do MP parece-nos importante referir que a partir das alterações introduzidas na LOPTC pela Lei n.º 48/2006, de 29/08, o MP pode realizar as diligências complementares que entender adequadas e que se relacionem com os factos constantes dos relatórios que lhe sejam remetidos, a fim de serem desencadeados eventuais procedimentos jurisdicionais (art.º 29.º, n.º 6, da LOPTC).

Assim, pode concluir-se pela fragilidade de fundamento legal para essa inação por parte do MP, a qual fica ainda sem fiscalização e controlo hierárquico, apesar do comando constitucional que afirma expressamente que *“os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados”* – art.º 219.º da CRP.

Neste contexto, sublinho alguma surpresa perante argumentos apresentados no âmbito deste seminário, no sentido de que a adequabilidade da falta de ação do MP está justificada face ao não exercício da faculdade que a lei atribui às IG de requererem o julgamento para efetivação de responsabilidade sempre que o MP assim não procede. Recordo os argumentos legais e o protocolo referidos, por si só, demonstrativos do absurdo dessa justificação.

Neste domínio, face ao comando constitucional sobre a subordinação hierárquica do MP, entendo que o regime deve ser corrigido e caso o MP declare não requerer procedimento jurisdicional essa decisão deve ser objeto de imediato controlo hierárquico e/ou recurso. O regime atual, ao atribuir supletivamente/subsidiariamente às IG atribuições que competem ao MP constitui uma solução artificial, contribuindo para desresponsabilizar o MP pela sua inação, mesmo quando esta se revela indevida – ficando estes atos do MP sem fiscalização independente e muito contribuindo para a ineficácia do atual regime de responsabilidade financeira.

Assim, por mais perfeito que o regime de responsabilidade financeira possa ser, nada se consegue sem uma efetiva especialização, responsabilização hierárquica e controlo jurisdicional de todos os atos do MP, enquanto estrutura intermédia, mas essencial, para uma efetiva responsabilidade financeira.

Entendo que as decisões do MP não podem ficar fora de qualquer órbita de controlo, desde a responsabilização hierárquica a apreciação independente, pelo que reputo de manifestamente inadequado que se prevejam e mantenham soluções ineficazes e dispendiosas para os contribuintes, como seja a referida possibilidade de as IG, em substituição do MP, requererem o julgamento para efetivação de responsabilidade financeira. Esta solução, na prática, obriga cada IG a ter que reunir competências para realizar as atribuições do MP e desresponsabiliza e deixa sem controlo os atos (negativos) do MP.

Ora, tal solução implica ainda que os contribuintes suportem os custos da inação do MP e os custos acrescidos da ineficiência de procedimentos da competência do MP serem

desenvolvidos pelas IG. Estas não se encontram apetrechadas para o efeito, nem esses procedimentos integram o núcleo de competências dos inspetores.

Acresce que tal solução comporta um histórico de inoperacionalidade e ineficácia, fragilizando, de forma manifesta, o regime de responsabilidade financeira e a sua adequada efetivação, como referi. Não deve haver receio de identificar, quer as causas, quer os principais responsáveis pela ineficiência do atual regime de responsabilidade financeira.

Assim,, torna-se premente criar um efetivo controlo e responsabilização de todos os intervenientes no processo de responsabilidade financeira, designadamente a publicidade e recurso dos respetivos atos.

Esta evolução é especialmente necessária em relação ao MP, porquanto não está inserido em qualquer órgão de soberania e o respetivo Conselho Superior é constituído na maioria pelos seus pares, carecendo de legitimidade democrática, contrariamente à composição do Conselho Superior de Magistratura, o qual apesar de integrar um órgão de soberania é constituído, na sua maioria, por representantes de outros órgãos de soberania.

Termino, sublinhando que nas sociedades democráticas desenvolvidas o controlo recíproco e a prestação de contas por parte dos diferentes entes públicos constituem um garante do Estado de direito democrático e da defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Em suma, uma maior e efetiva realização da justiça.

Muito obrigado.

16 de março de 2018.