



SEMINÁRIO 2

“A adequação do regime jurídico-financeiro e do quadro de infrações financeiros aos desafios atuais”

- 29 de novembro de 2017 -

Apresentação oral¹ subordinada ao tema

“Natureza, pressupostos e regime jurídico substantivo da responsabilidade financeira reintegratória

em Portugal, Espanha e Itália”

Adequar a responsabilidade financeira reintegratória aos desafios atuais é tomar a sério as dimensões do princípio da economia, eficiência e eficácia na gestão dos dinheiros e valores públicos.

Conselheira Helena Ferreira Lopes

¹ Por ocasião do Ciclo de Seminários promovidos pelo Tribunal de Contas, sobre “*Relevância e Efetividade da Jurisdição Financeira no Século XXI*”. A versão mais completa deste trabalho será objeto de publicação, juntamente com as demais apresentações, em Coletânea a editar pelo Tribunal de Contas.



Bom dia a todos

Espero que este seminário seja frutífero em prol da justiça financeira.

A)

Da natureza civilista da responsabilidade financeira reintegratória - Em Portugal

1. Irei fazer uma breve incursão nas jurisdições financeiras portuguesa, espanhola e italiana e no final apresentarei algumas sugestões *de jure constituendo*.

Neste fórum cabe-me a mim analisar a vertente civilista da responsabilidade financeira reintegratória.

Acentuar esta vertente civilista da responsabilidade reintegratória é da maior importância, por um lado, para confortar todos aqueles que pensam que o poder de redução do quantitativo a reparar em caso de mera culpa, por parte do Tribunal de Contas, é uma particularidade da jurisdição financeira; e, por outro, porque é esta vertente civilista que justifica, por exemplo, que, na ausência de norma específica, se aplique o artigo 342.º do Código Civil (sobre ónus da prova), o artigo 12.º do Código Civil (sobre aplicação das leis no tempo), o artº 303.º Código Civil (sobre invocação da prescrição), bem



Tribunal de Contas

como o artº 2068º do mesmo Código (relativo à transmissão da responsabilidade reintegratória aos herdeiros do responsável falecido).

2. Da responsabilidade financeira reintegratória como fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos, tal como ocorre na responsabilidade civil.

A LOPTC tipifica os factos geradores de responsabilidade financeira reintegratória. São eles (i) o alcance (artigo 59.º, n.º 2); (ii) o desvio de dinheiros ou fundos públicos (artigo 59.º, n.º 3); (iii) os pagamentos indevidos (artigo 59.º, n.º 4)¹; (iv) a violação de normas financeiras, sempre que dessa violação, incluindo no domínio da contratação pública, resultar para a entidade pública a obrigação de indemnizar (artigo 59, n.º 5)²; e (v) a não arrecadação de receitas (artigo 60.º).

Tais factos ilícitos, desde que praticados com culpa (artigo 61.º, n.º 5), obrigam os responsáveis financeiros (v. artigos 61.º e 62.º da LOPTC) a repor “*as importâncias abrangidas pela infração*” financeira, acrescida de juros de mora³.

Podemos, assim, dizer que a responsabilidade reintegratória, na medida em que pressupõe a existência de um dano e dá origem à



Tribunal de Contas

obrigação de reposição da quantia abrangida pela infração financeira, consiste, tal como a responsabilidade civil, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos.

Trata-se, como se verá no decurso desta exposição, de uma responsabilidade que, sendo específica ou quiçá uma categoria autónoma entre os diversos tipos de responsabilidade^{4 5} - até porque só pode ser efetivada pelo Tribunal de Contas⁶ e requerida pelas entidades previstas no artigo 89.º da LOPTC contra determinados agentes da ação⁷ por factos ilícitos tipicamente previstos nos artigos 59.º, nºs 1 a 5 e 60.º da LOPTC - tem natureza civilista, embora com especificidades.

Adiantando, desde já, uma dessas especificidades, podemos afirmar que, enquanto a **responsabilidade reintegratória** implica o pagamento das importâncias abrangidas pela infração financeira (danos emergentes⁸), a **responsabilidade civil** implica o pagamento tanto destes, como dos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (lucros cessantes), e ainda, sendo previsíveis, os danos futuros (v. artigo 564.º do Código Civil).

Quer isto dizer que a responsabilidade reintegratória é de algum modo independente do prejuízo efetivo sofrido pela entidade pública, já que se restringe aos danos emergentes.



3. Da responsabilidade reintegratória como responsabilidade fundada na culpa à semelhança do que ocorre na responsabilidade civil.

A responsabilidade reintegratória é uma responsabilidade por culpa, que é também a regra geral na responsabilidade civil (v. artigo 61.º, n.º 5, da LOPTC⁹, e artigo 483.º do Código Civil¹⁰).

Significa isto que, além da função principal da reparação do dano, existe, também, uma função preventiva e punitiva¹¹, a qual se demonstra¹²:

- (i) **pela diminuição ou relevação da responsabilidade, em caso de negligência, sendo que, no caso da responsabilidade civil por factos ilícitos, não é possível a relevação, mas é possível a fixação de uma indemnização em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem (artigo 64.º, n.º 2, da LOPTC¹³, e artigo 494.º do Código Civil¹⁴);**
- (ii) **pela repartição do quantitativo a repor em função da culpa dos responsáveis, em caso de pluralidade de agentes da ação, dado que o direito de regresso tem, naturalmente, que ter em conta as medidas das respetivas culpas (artigo 63.º da LOPTC¹⁵), tal como ocorre na responsabilidade civil por factos ilícitos (artigo 497.º, n.º 2, do Código Civil¹⁶);**



Tribunal de Contas

- (iii) pela redução ou relevação da reposição, em certas circunstâncias, em caso de culpa da entidade lesada, sendo que, **em sede de responsabilidade civil**, havendo culpa do lesado, está prevista expressamente a possibilidade de exclusão de qualquer indemnização (artigo 64.º, n.º 1, da LOPTC, e artigo 570.º do Código Civil¹⁷); e
- (iv) pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil.

Importa, aqui, referir que uma das características da nossa responsabilidade reintegratória¹⁸ é que esta ocorre mesmo em casos de mera culpa (n.º 5 do artigo 61.º da LOPTC).

4. Vejamos agora se a responsabilidade reintegratória é uma responsabilidade extracontratual (delitual ou aquiliana) ou contratual (obrigacional).

Na responsabilidade contratual está em causa a violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico (artigo 798.º e segs. do Código Civil)^{19 20}

Na responsabilidade extracontratual está em causa a violação de deveres genéricos de respeito, de normas destinadas à proteção de direitos de outrem, ou a prática de *Tatbestände* delituais específicos²¹ (vide artigo 483.º e segs. do Código Civil).



Tribunal de Contas

Ora, no caso da responsabilidade reintegratória o que está em causa é o **dever geral de gerir com correção os recursos públicos - atualmente concretizado em tipos de ilícitos específicos - cuja violação acarreta o ressarcimento dos danos causados.**

Estamos, por isso, ao menos tendencialmente, perante uma responsabilidade extracontratual²².

Esta questão da natureza (extracontratual ou contratual) da responsabilidade reintegratória, embora interessante do ponto de vista teórico, é, contudo, pouco relevante do ponto de vista prático. E isto porque, para todos os efeitos, **o regime da responsabilidade reintegratória é idêntico ao da responsabilidade civil extracontratual.**

Vejamos, pois, os pontos que, no essencial e em termos de regime, afastam a responsabilidade reintegratória da responsabilidade contratual e a aproximam da extracontratual.

- (i) Na responsabilidade reintegratória e na responsabilidade extracontratual, **a culpa deve ser provada pelo Demandante** (v. artº 342.º do Código Civil²³ aplicável à responsabilidade reintegratória por inexistir norma específica na LOPTC) e artº 487^{o24} do Código Civil (aplicável à responsabilidade civil por factos ilícitos); ao invés, na



responsabilidade contratual presume-se a culpa do devedor – v. artigo 799.º do Código Civil²⁵;

- (ii) **Em caso de pluralidade de responsáveis, na responsabilidade reintegratória e extracontratual, o regime aplicável é o da solidariedade, atento o disposto, respetivamente, no artigo 63.º da LOPTC e no artigo 497.º do Código Civil; diferentemente, na responsabilidade contratual, o regime de solidariedade só ocorrerá se esse regime já vigorar para a obrigação incumprida.**

5. Os pressupostos da responsabilidade reintegratória e da responsabilidade civil por factos ilícitos

O dever de reposição da quantia abrangida pela infração resultante da responsabilidade reintegratória, tal como no dever de reparação resultante da responsabilidade civil por factos ilícitos (contratual e extracontratual) depende, no essencial, de pressupostos idênticos, a saber:

- (i) existência de um ato voluntário do agente (vide artigo 61.º, n.º 1, da LOPTC e artigo 483.º do Código Civil);
- (ii) que tal ato seja subsumível a um facto típico gerador da responsabilidade reintegratória, ou, a um facto ilícito no caso da responsabilidade civil (vide, respetivamente, artigos 59º, nºs 1 a 5 e 60º da LOPTC e artigo 483.º do Código Civil);



Tribunal de Contas

- (iii) que o facto típico gerador de responsabilidade reintegratória e da responsabilidade civil seja praticado com culpa (artigo 61.º, n.º 5, da LOPTC e artigo 483.º do Código Civil);
- (iv) que se verifique um nexo de imputação do facto à conduta do agente;
- (v) que haja um nexo de causalidade entre o facto gerador de responsabilidade reintegratória tipificado nos artigos 59.º, nºs 1 a 5 e 60.º da LOPTC e o dano sofrido pela entidade pública, ou, no caso da responsabilidade civil, entre o facto e o dano derivado da violação de um direito subjetivo ou da lei, de modo a poder concluir-se que esse dano resulta daquela violação (artigo 483.º do Código Civil).

6. Vejamos agora qual a relevância da vertente civilista da responsabilidade reintegratória na prática judiciária.

Dada a proximidade da responsabilidade reintegratória com a responsabilidade civil, afigura-se-nos que o intérprete, **por razões lógicas e sistemáticas**, deve recorrer ao direito substantivo previsto no Código Civil, nos casos não expressamente contemplados na LOPTC.

É o que acontece com o **ónus da prova**, ao qual é aplicável o disposto no artigo 342.º Código Civil.



Tribunal de Contas

Na verdade, não havendo qualquer norma de direito substantivo financeiro que nos diga a quem compete a prova dos factos, **ter-se-á que lançar mão do disposto no artigo 342.º do Código Civil**, o que significa que é ao Demandante que compete fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, ou seja, do seu direito à reposição (n.º 1), competindo ao eventual lesante - o Demandado - a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (n.º 2), sendo que, **em caso de dúvida**, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito alegado (n.º 3).

Discordamos, assim, daqueles que sugerem que, no processo jurisdicional financeiro, o **ónus da prova** cabe a quem tem o dever de prestar contas, ou seja, ao Demandado²⁶.

Com efeito, **mesmo que assumamos a lógica da ação de prestação de contas**, é ao Demandante que compete alegar e provar que quem devia prestar contas – i.e. o Demandado – não as prestou ou as prestou deficientemente (n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil), incumbindo ao Demandado alegar e provar que já prestou as referidas contas (n.º 2 do artigo 342.º do Código Civil)²⁷.

É também o que sucede com a **invocação da prescrição** (artigo 303.º do Código Civil).



Tribunal de Contas

Na verdade, dispondo o artigo 303.º do CC, sob a epígrafe “*Invocação da prescrição*”, que o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição e que esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial e extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, não se nos afigura possível defender que a prescrição, no que à responsabilidade reintegratória se reporta, é do conhecimento oficioso.

Por fim, e sem esgotar todas as situações, importa também referir que é a vertente civilista da responsabilidade reintegratória que, em sede de aplicação das leis no tempo, nos obriga a observar o disposto no artigo 12.º do Código Civil²⁸, e não a lei mais favorável, como em Direito Penal.

Ainda, recentemente, a 3.ª Secção deste Tribunal, em Plenário, decidiu, ainda que implicitamente, no que à responsabilidade reintegratória se reporta, que o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, na redação introduzida pela LOE para 2017, só vigorava para o futuro, e que a lei aplicável às situações pendentes era a vigente ao tempo da prática dos factos geradores da responsabilidade, nos termos do artigo 12.º do Código Civil²⁹.

7. No final desta exposição faremos uma sugestão no sentido de o legislador prever expressamente na LOPTC a aplicação do Código Civil às situações acima referidas para que dúvidas não



Tribunal de Contas

subsistam quanto à lei aplicável ao ónus da prova, à aplicação das leis no tempo e à invocação da prescrição.

B)

Debrucemo-nos agora sobre a natureza e alguns aspetos do regime da responsabilidade financeira reintegratória (patrimonial) - Em Espanha

- 1.** A Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, aprovada pela Ley 2/1982, de 12 de mayo e a Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, aprovada pela Ley 7/1988, de 5 de abril, regulam, respetivamente, a orgânica e o funcionamento do Tribunal de Contas de Espanha.
- 2.** Trata-se de uma responsabilidade que, tal como a nossa responsabilidade reintegratória, se funda no princípio do ressarcimento dos danos, sendo, por isso, qualificada pela jurisprudência como **uma subespécie de responsabilidade civil**³⁰; trata-se, também, de uma responsabilidade fundada na culpa, tal como acontece entre nós (artigo 49.º da Ley de Funcionamiento)³¹
- 3.** Porém, e ao invés do que ocorre em Portugal, não há uma responsabilidade reintegratória patrimonial tipificada e esta só



Tribunal de Contas

ocorre com dolo, negligência grave ou culpa grave (artigos 38.º, n.º 1, da Ley Orgánica e 49.º, n.º 1, da Ley de Funcionamiento).

Nos termos do artigo 49.º da Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas “*A jurisdicção financeira conhecerá das responsabilidades relativas às contas que devam ser prestadas por todos aqueles que tenham a seu cargo valores ou dinheiros públicos, contra estes deduzidas quando, **com dolo, culpa ou negligência graves, causarem prejuízo** nos referidos valores ou dinheiros como consequência de ações ou omissões contrárias às **Leis reguladoras do regime orçamental e da contabilidade aplicável às entidades do setor público**, ou às pessoas ou entidades que recebam subvenções, créditos, garantias ou outras ajudas procedentes de dito setor. (...)*” (vide também artigos 15º e 38.º, n.º 1 da Ley Orgánica 32).

Também, e ao invés do que acontece em Portugal, a responsabilidade reintegratória **não pode ser relevada ou reduzida** (ver artigo 38.º, n.ºs 3 e 4, da Ley Orgánica), o que se compreende uma vez que ela só ocorre quando o agente atua com dolo, negligência grave ou culpa grave.

- 4. Esta responsabilidade, tal como acontece em Portugal, abrange apenas o ressarcimento pelos danos emergentes, acrescido de juros desde a data da ocorrência do dano até ao pagamento por parte do Demandado; está, por isso, excluído qualquer outro tipo**



Tribunal de Contas

de danos (lucros cessantes, danos não patrimoniais, danos futuros).

Como ocorre entre nós, para a responsabilidade reintegratória, **também em Espanha é à entidade pública** ou a quem tiver legitimidade para propor a respetiva ação que **incumbe fazer a prova dos factos constitutivos do seu direito**, competindo ao Demandado provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, aplicando-se o Código Civil Espanhol.

Também, tal como em Portugal, a **responsabilidade direta é sempre solidária** (v. artigo 38.º, n.º 2, da Ley Orgánica).

5. Quanto ao âmbito e extensão da jurisdição financeira, releva o seguinte:

- O artigo 16.º da Ley Orgánica faz uma delimitação da jurisdição financeira excluindo da apreciação desta os assuntos atribuídos à competência do Tribunal Constitucional, as questões submetidas ao contencioso administrativo, os factos constitutivos de crime e as questões de índole civil, laboral ou de outra natureza submetidas à apreciação dos órgãos do poder judiciário.
- A jurisdição financeira estende-se, no entanto, às questões prejudiciais e incidentais, salvo as de carácter penal, que constituam elemento prévio necessário para a declaração de



Tribunal de Contas

responsabilidade financeira e estejam com esta relacionada (artigo 17.º, n.º 2 da Ley Orgánica³³);

- **Quando os factos forem constitutivos de crime, a responsabilidade civil é decidida pela jurisdição financeira, no âmbito da sua competência (artigo 18.º, n.º 2, da Ley Orgánica³⁴).**
- **No caso referido no parágrafo que antecede, o Tribunal Criminal que conheça da causa abster-se-á de conhecer da responsabilidade civil decorrente dos factos constitutivos de crime, extraíndo e remetendo traslado ao Tribunal de Cuentas dos elementos necessários para efeitos de concretização do montante dos danos e prejuízos causados nos bens e fundos públicos (artigo 49.º, n.º 3, da Ley de Funcionamiento³⁵).**

6. No final desta exposição faremos uma sugestão para a criação na LOPTC de uma norma inspirada nas soluções ínsitas nos artigos 18.º, n.º 2, da Ley Orgánica e 49.º, n.º 3 da Ley de Funcionamiento, quanto ao âmbito e à extensão da jurisdição financeira, sem ficarmos indiferentes à ideia de uma norma geral abrangente, à semelhança da prevista no artigo 49.º, n.º 1 da Ley de Funcionamiento, que substitua a atual tipificação das infrações financeiras reintegratórias.



C)

Vejamos agora a natureza e regime da responsabilidade financeira ressarcitória - Em Itália

- 1. Em Itália existem, no essencial, dois tipos de responsabilidade cujo julgamento compete à *Corte dei Conti*, a saber³⁶: (i) a *Responsabilità contabile* e (ii) a *Responsabilità amministrativa*.³⁷**

A responsabilidade contável configura-se como uma responsabilidade patrimonial específica que incide sobre aqueles que, estando sujeitos à prestação de contas, gerem ou manuseiam dinheiros ou valores públicos. São **agentes contáveis** não só aqueles que, em virtude de uma relação de serviço, são responsáveis pela prestação de contas, mas, também, os contáveis de facto, uma vez que relevante é, a existência objetiva de uma gestão de dinheiros públicos.

- 2. A atividade jurisdicional da *Corte dei Conti*, em matéria financeira, tem por fim efetivar as responsabilidades dos agentes públicos por danos causados ao erário público, com dolo ou culpa grave – a denominada responsabilidade administrativa.**

Estas ações de efetivação de responsabilidade por dano ao erário iniciam-se com requerimento do Ministério Público, a quem incumbe fazer a prova do elemento subjetivo e do dano, podendo, também, ter origem nas ações de controlo da *Corte dei*



Tribunal de Contas

Conti - cf. artº 1º, nº 1, da Legge 20/1994, e artº 52º, nº 4 do Codice de Giustizia Contabile.

A responsabilidade administrativa por dano erarial, está configurada pelo legislador mediante uma cláusula geral de ressarcimento dos danos - segundo a qual a responsabilidade decorre de ter sido causado um dano patrimonial ou avaliável patrimonialmente à administração pública, através de conduta praticada, por ação ou omissão, com dolo ou culpa grave³⁸, em violação de deveres de ofício inerentes à relação de serviço público (não tendo que ser necessariamente uma relação de trabalho dependente) - Cf. artº 1º, nº 1 da Legge 20/1994³⁹.

Consiste num tipo de responsabilidade genérica, no sentido de que não está tipificada nem nos comportamentos, nem na quantificação do dano. Portanto, tal como em Espanha, não existe uma tipificação de ilícitos financeiros.

Tem natureza patrimonial, aproximando-se da responsabilidade contratual, na medida em que resulta do incumprimento de obrigações (de serviço) que o funcionário deve observar, incluindo a obrigação de diligência. Mas tem, também, características próprias da responsabilidade extracontratual (por exemplo, quanto ao ónus da prova que incumbe ao lesado)⁴⁰ pelo que se pode até falar de um *tertium genus* de responsabilidade.



Tribunal de Contas

Entende-se por **“agente público”** toda a pessoa, física ou jurídica, que participe na decisão da administração, ainda que de forma temporária e sem investidura formal, pelo que será possível demandar, também, aqueles que influenciem concretamente a ação pública⁴¹.

Os elementos sobre os quais se funda esta responsabilidade administrativa são, resumidamente, os seguintes⁴²:

- a) A existência de um dano económico ou economicamente avaliável causado a uma entidade pública pagamentos indevidos; a afetação a outros fins que não os fixados na lei; ou a falta de arrecadação de receitas que a administração pública tem o direito e o dever de cobrar.
 - b) A existência de uma “relação de serviço”, ou seja, uma ligação funcional entre a pessoa ou pessoas, físicas ou jurídicas, e a entidade pública a quem o dano é causado, por ação ou omissão;
 - c) Uma relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano;
 - d) Uma conduta caracterizada por dolo ou culpa grave.
- 3. Associada ao princípio geral do ressarcimento dos danos está a obrigação ou o dever de denunciar os factos que acarretem dano ao Estado ou ente público, dever este que impende sobre todos**



Tribunal de Contas

aqueles que mantêm um vínculo de serviço público – v. artº 52º do Codice de Giustizia Contabile.

O nº 3 do artº 1º da Legge 20/1994, qualifica como ilícito financeiro a omissão ou atraso na denúncia do facto que conduza à prescrição do direito ao ressarcimento do dano, respondendo pelo dano erarial as pessoas que tenham omitido ou atrasado a denúncia, devendo a ação contra as mesmas ser proposta no prazo de cinco anos a partir da data da prescrição.⁴³

A importância deste dever de denúncia levou mesmo o legislador italiano a adotar, em 2012, medidas de proteção dos denunciantes.⁴⁴

4. Em Itália, são ressarcíveis os danos já ocorridos, estando excluídos os danos futuros.

Claudio Galtieri enumera, entre os tipos mais comuns de danos:

- i. os danos causados à reputação da administração pública;**
- ii. os danos causados por mau serviço;**
- iii. os danos decorrentes do recebimento ilícito de dinheiros de terceiros, em particular se estes são operadores económicos⁴⁵; e os**
- iv. danos resultantes da interrupção do sinalagma entre a administração e o seu agente⁴⁶.**

5. Pela relevância que assume na jurisprudência financeira italiana⁴⁷, detenhamo-nos agora nos danos causados pela conduta ilícita à reputação da Administração Pública, vulgo



Tribunal de Contas

danos à imagem da Administração Pública, a que alude o artº 1-sexies da Legge 20/1994⁴⁸.

O dano à imagem é considerado um dano avaliável patrimonialmente que, se não puder ser comprovado no seu valor exato – já que respeita ao investimento futuro que é necessário realizar para recuperar a boa imagem pública - é apurado pelo juiz mediante uma avaliação equitativa nos termos do Código Civil italiano⁴⁹.

A ação por dano à imagem é interposta após o trânsito em julgado de uma sentença proferida em processo-crime, já que a reparação do dano à imagem só tem lugar quando a conduta do agente consubstancie um ilícito penal (vide artº 1-sexies da Legge 20/1994).

O dano à imagem requer, contudo, que a conduta do demandado seja altamente lesiva do bem-valor “imagem pública”, ou seja, que provoque um clamor público de desaprovação e inculque na comunidade um sentimento de desconfiança para com a A.P.; isto é, tem que haver um grau mínimo de ofensa à imagem.

Explicitando: a lesão deve ser suscetível de deteriorar a relação de confiança entre os cidadãos e a entidade pública, de tal forma que se produza um verdadeiro "dano social". A não ser assim, correr-se-ia o risco de ressarcir a mera violação de deveres de serviço, desacompanhada de qualquer *diminutio patrimonial*⁵⁰

De acordo com o artº 1-sexies da Legge 20/1994, presume-se, salvo prova em contrário, que a magnitude do dano à imagem, a



Tribunal de Contas

considerar para efeitos de ressarcimento, é o dobro do montante em dinheiro - ou do valor patrimonial de outras utilidades - ilicitamente recebido pelo agente.

- 6.** De acordo com o artº 1º, 1-bis da Legge nº 20/1994, o juiz da Corte dei Conti em sede de **responsabilidade administrativa** (ressarcitória) tem o **poder de redução do montante a reparar** – i. e. o poder/dever de reduzir o *quantum* da condenação, de acordo com a sua prudente avaliação, com vista a uma decisão justa e proporcionada – podendo em hipóteses extremas **excluir a reparação**.

Para além disso, **o juiz deve ter em conta** – sem se confundir com o seu poder redutor - **as vantagens economicamente avaliáveis, alcançadas pela administração ou ente público por efeito do comportamento ilícito, as quais devem ser deduzidas ao dano causado** (artº 1-bis da Legge nº 20/1994).

- 7.** Em Itália, nos últimos anos, tem sido dada uma especial atenção ao problema da **aplicação dos recursos públicos para fins distintos daqueles a que estavam destinados e à utilização contrária desses recursos aos princípios da eficácia, eficiência e rentabilidade**.

Daí que, em sintonia com as jurisprudências “administrativas” francesa e alemã, tenha sido reconhecido à Corte dei Conti o poder de verificar a pertinência da utilização dos recursos, relativamente àqueles que são os **fins públicos** e, bem assim, a **respetiva coerência com os resultados obtidos**.



Tribunal de Contas

Lembro aqui, a propósito, as palavras da Professora Doutora Nazaré Costa Cabral⁵¹, quando refere que: “... *compete ao TC uma apreciação de legalidade, e não de mérito. E [que] é do mérito [e não da legalidade] que tratamos quando falamos da regra dos EEE.*”⁵²

Em sentido contrário a esta posição vai o Acórdão n.º 297/2014, da Secção Jurisdicional de Apelação da Região de Sicília, bem como a jurisprudência nele citada, onde se conclui que a verificação da legalidade da atividade administrativa não pode prescindir da avaliação da relação entre os objetivos alcançados e os custos incorridos.

Aquele aresto condenou os RR por terem violado dolosamente ou, no mínimo, com culpa grave, os deveres institucionais, bem como os cânones mínimos de razoabilidade comum, de bom senso na gestão e de eficácia e economicidade da ação administrativa, desse modo provocando avultados danos às finanças públicas.

O dano ao erário público traduziu-se no pagamento aos Presidentes e administradores das sociedades detidas integralmente, de forma direta ou indireta, pelo Município da Catânia, quer a título de **remunerações manifestamente irrazoáveis e desproporcionadas**⁵³, face ao objeto do cargo e aos perfis profissionais dos administradores mandatados, quer a título da remuneração paga a **administradores nomeados em número irrazoavelmente excessivo**⁵⁴ face às necessidades de gestão concretas de cada sociedade, num contexto em que



Tribunal de Contas

estas apresentavam perdas constantes levando a recapitalizações por parte do Município acionista. Os RR foram condenados ao ressarcimento dos danos sofridos pelo Município da Catânia – cerca de 500 mil euros.

Nesse acórdão, a propósito da sindicância por parte da Corte dei Conti, entendeu-se que, **os princípios da economia e da eficiência são verdadeiras regras jurídicas**, constituindo um limite à atividade discricionária da administração, tendo, por isso, relevância em termos de legalidade e não de mera oportunidade.

Fundamenta-se essa afirmação no art. 1.º, nº 1, da Legge n.º 241/90⁵⁵ - segundo o qual o exercício da atividade administrativa deve reger-se por critérios de “*economicidade*” e de “*eficácia*” - e no “*princípio do bom andamento*” consagrado no art. 97º da Constituição italiana. **Ponto é que essa sindicância – dado tratar-se, em concreto, de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados – não implique um controlo que extravase a razoabilidade.** Trata-se de um controlo jurisdicional, ainda que limitado, da legalidade e não de uma sindicância *tout court* da discricionariedade administrativa.⁵⁶

8. No final desta exposição, e porque a LOPTC não permite responsabilizar situações como a decidida no acórdão 297/2014, da Região da Sicília, em que foram violadas regras da boa gestão, designadamente **os princípios da economia, da eficácia**



e da rentabilidade, não deixaremos de fazer uma sugestão para a criação de uma norma nesse sentido.

D)

DEBRUCEMO-NOS AGORA SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA - Em PORTUGAL

De acordo com o artigo 89.º da LOPTC, a legitimidade ativa, ou, dito de outro modo, a competência para requerer julgamento para efetivação de responsabilidades financeiras⁵⁷, incumbe, a título principal, ao MP e, a título subsidiário, às entidades elencadas nas alíneas b) e c) do mesmo artigo⁵⁸.

Quanto à alínea a) do referido artigo, importa dizer que o Ministério Público atua oficiosamente, de acordo com as normas de processo nas 1.ª e 3.ª Secções do Tribunal de Contas⁵⁹, na defesa dos interesses públicos e coletivos do Estado em sentido lato, orientado pelo seu dever na defesa da legalidade e vinculado a estritos critérios de legalidade e objetividade (ver artigos 214.º da Constituição e 2.º do Estatuto dos Magistrados do M.P.).

Quanto às alíneas b) e c) do mesmo artigo, importa dizer que o direito de ação aí previsto tem caráter subsidiário, podendo ser requerido no prazo de 30 dias a contar da publicação do despacho



Tribunal de Contas

do Ministério Público que declare não requerer procedimento jurisdicional.

Anote-se que, apesar de existir um número não negligenciável de processos em que o Ministério Público declara não requerer julgamento – foi acionado o direito de ação por parte das entidades referidas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 89.º da LOPTC, apenas duas vezes. E isto apesar de aquele direito de ação já se encontrar previsto há mais de 10 anos (v. alteração introduzida pelo artigo 1.º da Lei 48/2006, de 29 de agosto).

E)

QUANTO À LEGITIMIDADE ATIVA - EM ESPANHA

Nos termos do artigo 47.º da Ley Orgánica, conjugado com os artigos 55.º e 56.º da Ley de Funcionamiento, tem legitimidade para requerer julgamento:

- **Quem tiver interesse direto e pessoal na causa (n.º 1 do artigo 47.º da Ley Orgánica⁶⁰);**
- **Qualquer entidade pública lesada (n.º 2 do artigo 47.º da Ley Orgánica e n.º 1 do 55.º da Ley de Funcionamiento⁶¹);**
- **O Ministerio Fiscal (que corresponde, em Portugal, ao Ministério Público) – v. n.º 1 do artigo 55.º da Ley de Funcionamiento; e**
- **Qualquer pessoa física ou jurídica privada, no contexto da chamada ação pública (n.º 3 do artigo 47.º da Ley Orgánica e**



Tribunal de Contas

artigo 56.º da Ley de Funcionamiento) que em Portugal se designa por ação popular (Lei nº 83/95, de 31/08).

F)

QUANTO À LEGITIMIDADE ATIVA - EM ITÁLIA

A iniciativa para requerer julgamento compete apenas ao Ministério Público – vide, designadamente, o artigo 86.º do Codice de Giustizia Contabile⁶²;

Há, no entanto, jurisprudência que, invocando o artigo 58.º do Decreto Real n.º 1038, de 13/08/1933, admite a possibilidade de sujeitos privados requererem julgamento – vide Secção jurisdicional da Região de Veneto, no aresto n.º 1416 de 2007. Qualquer participação que seja apresentada por um conjunto de sujeitos privados é considerada e tratada como denúncia, sendo que esta, desde que devidamente fundamentada e documentada e aludindo a factos concretos tem condições de procedibilidade por via do Ministério Público.

G)

Esta pequena incursão no direito comparado, no que concerne à legitimidade ativa, traz-nos alguns *apports* para a jurisdição financeira portuguesa.

Assim, e no final desta exposição, faremos algumas sugestões relativamente ao alargamento da legitimidade processual ativa, designadamente (i) quanto às entidades públicas com um interesse



Tribunal de Contas

pessoal e direto na causa, conexas com a prossecução do interesse público e (ii) quanto à previsão do direito à ação popular financeira.

A 1.ª situação justifica-se pela lesão causada às entidades públicas por atos financeiros ilegais praticados por quem as geriu ou gere e/ou interveio, de forma determinante, no processo decisório.

Assim, e em termos de direito a constituir, deveria o legislador financeiro ponderar o alargamento da legitimidade ativa, pelo menos, a título subsidiário, às pessoas coletivas públicas que aleguem ser titulares de um interesse direto e pessoal conexas com a prossecução do interesse público, por terem sido lesadas nos seus direitos e interesses legítimos por atos financeiros ilegais praticados por aqueles sobre os quais recaia responsabilidade financeira (cf. artigos 61.º e 62.º da LOPTC).

A 2.ª situação (a ação popular financeira) justifica-se, essencialmente, por razões constitucionais, a saber: (i) o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º da CRP) e o (ii) direito fundamental de ação popular (artigo 52.º da CRP).

Como tem referido o Tribunal de Contas, o legislador financeiro não previu o exercício do direito à *ação popular financeira*, considerando-se que tal direito só existe “*nos casos e termos previstos na lei*” (n.º 3 do artigo 52.º da CRP), ou seja, nos casos tipicamente previstos, vigorando, aqui, o *princípio da tipicidade legal da ação popular* (cf., v.g. o Acórdão n.º 26/2015, da 3.ª Secção-PL).



Tribunal de Contas

Refira-se, a propósito, que a ação popular, tal como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶³, traduz-se por definição, num alargamento da legitimidade processual ativa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa (cf. artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31-08).

A favor da introdução da ação popular financeira aduzem-se os seguintes argumentos:

- *A ação popular tem, sobretudo, incidência na tutela dos interesses difusos, pois sendo estes interesses de toda a comunidade, deve reconhecer-se aos cidadãos uti cives e não uti singuli, o direito de promover, individual ou associadamente, a defesa de tais interesses⁶⁴;*
- **A legalidade da gestão financeira é um interesse de toda a comunidade, já que é em nome e no interesse dos cidadãos que aqueles que são qualificados pela lei como responsáveis financeiros gerem os valores, património e dinheiros públicos com vista à satisfação das necessidades públicas;**
- **A legalidade financeira, é, pois, um interesse difuso;**
- **Acresce que da conjugação do artigo 52.º, n.º 3, da CRP, que consagra um direito à ação popular, com o artigo 20.º, n.º 1, da CRP, que consagra o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, resulta, como refere Paulo N. da Costa⁶⁵, a imposição ao legislador, da consagração do direito à ação popular financeira;**



Tribunal de Contas

- De resto, e como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁶, o enunciado do n.º 3 do artigo 52.º aponta claramente para uma garantia da ação popular perante qualquer tribunal;
- Entendemos, assim, tal como certamente refere Paulo N. da Costa⁶⁷, que a *natureza originariamente privada dos recursos financeiros públicos, típica de um Estado fiscal, legitima os cidadãos (todos os cidadãos mesmo os que não são contribuintes mas apenas beneficiários do Estado fiscal) a exigir uma boa gestão desses recursos e a dispor de algum mecanismo eficaz para a sua defesa*, sendo a ação popular esse mecanismo, sobretudo quando as entidades referidas no artigo 89.º da LOPTC não requeiram procedimento jurisdicional⁶⁸.

H)

Legitimidade Passiva - PORTUGAL

Esta matéria é regulada pelos artigos 61º a 63º da LOPTC.

A responsabilidade financeira reintegratória efetivada nos termos dos artigos 59.º e 60.º da LOPTC tanto pode ser **direta como subsidiária** – v. n.º 1 do artigo 62.º da LOPTC.

A **responsabilidade é direta** quando recai sobre o agente ou agentes da ação – v. n.º 2 do artigo 62.º da LOPTC.

Atento o disposto nos artigos 61.º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, 5.º, n.º 1, alínea e)⁶⁹, e 2.º, n.º 3⁷⁰, da LOPTC, podemos afirmar que são responsáveis



Tribunal de Contas

diretos financeiros, para efeitos de efetivação de responsabilidades financeiras reintegratórias:

- (i)** os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos autárquicos que pratiquem culposamente atos de natureza financeira subsumíveis ao disposto nos artigos 59.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 60.º, da LOPTC, nos termos e condições fixados para a responsabilidade civil e criminal no artigo 36.º do Decreto n.º 22257, de 25 de fevereiro de 1933 (v. n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC);
- (ii)** as pessoas, independentemente da natureza da entidade a que pertençam, que, atuando em nome e no âmbito das entidades sujeitas ao controlo e jurisdição do TC (cf. artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da LOPTC), pratiquem culposamente atos de natureza financeira subsumíveis ao disposto nos artigos 59.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 60.º, da LOPTC;
- (iii)** os funcionários ou agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes ou outros administradores, culposamente, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei (v. n.º 4 do artigo 61.º da LOPTC); a este n.º 4 do artigo 61 voltaremos mais à frente,
- (iv)** os herdeiros do responsável financeiro/demandado, verificados que se mostrem os restantes pressupostos da responsabilidade reintegratória, já que sendo esta responsabilidade de natureza patrimonial - e não pessoal



Tribunal de Contas

- a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido (v. artigo 2068.º do Código Civil)⁷¹

A responsabilidade subsidiária, por sua vez, recai sobre aqueles que, apesar de estranhos ao facto, incluindo os membros do Governo, tenham, através de qualquer das situações previstas nas alíneas do nº 3 do artigo 62º, contribuído para a prática do ilícito financeiro.

Da conjugação dos nºs 2 e 3 do artº 62º da LOPTC resulta que a **responsabilidade subsidiária não existe, autonomamente**, mas, apenas relacionadas com a responsabilidade direta.

Por fim, importa referir que, caso sejam vários os responsáveis financeiros, **a sua responsabilidade, tanto direta como subsidiária, é solidária**, podendo qualquer deles pagar a totalidade da quantia a repor – v. artigo 63.º da LOPTC.

Neste último caso, aquele que pagar a quantia a repor tem **direito de regresso** sobre os demais responsáveis. Este direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advierem (cf. artº 64º, nº 1 da LOPTC e artº 497º, 2 CC).

São também responsáveis financeiros subsidiários **os herdeiros** destes, nos mesmos termos que o são os responsáveis diretos.

Registe-se, no entanto, que os **titulares de cargos políticos**, mais propriamente os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos autárquicos, são responsabilizáveis em sede



Tribunal de Contas

reintegratória nos termos do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, na redação dada pelo artº 248º da LOE para 2017, preceito a que voltaremos mais à frente.

I)

Legitimidade Passiva - ESPANHA

O artigo 38º, n.º 1, da Ley Orgánica, dispõe o seguinte: *“Aquele que, por ação ou omissão contrária à Lei, causar prejuízo nos valores ou dinheiros públicos, incorrerá na obrigação de indemnizar os danos e prejuízos causados.”* (tradução livre).

A responsabilidade pode ser **direta ou subsidiária** sendo a direta sempre solidária - v. nºs 2 e 3 do artº 38º da Ley Orgánica

De acordo com o artigo 42º, nº 1 da mesma Ley, **são considerados responsáveis diretos** *aqueles que executem, obriguem ou induzam a executar, colaborem na prática dos atos, ou tenham contribuído, posteriormente, para a sua ocultação ou impedido a sua persecução.* (tradução livre)

A responsabilidade **subsidiária é limitada** aos prejuízos que sejam consequência dos atos dos seus responsáveis - razão pela qual nunca é solidária - e **pode ser reduzida** de forma prudente e equitativa. Ao invés, a responsabilidade **direta não pode ser reduzida** conforme resulta *a contrario* do nº 4 do artº 38º da Ley Orgánica.



Tribunal de Contas

Ainda por força do artigo 43º, nº 1 da mesma Ley, **são responsáveis subsidiários** aqueles que, por negligência ou atraso no cumprimento das obrigações legais ou regulamentares, tenham dado ocasião, de maneira direta ou indireta, à ocorrência de danos ao erário público, ou ao não ressarcimento total ou parcial do montante das responsabilidades diretas (tradução livre).

Só se podem exigir responsabilidades subsidiárias no caso de não se conseguirem apurar as responsabilidades diretas (Artº 43º, nº 2, da Ley Orgánica e artigo 49º da Ley de Funcionamiento). A jurisdição financeira só conhece das responsabilidades subsidiárias quando a responsabilidade direta, previamente declarada e não efetivada, seja quantificável.

Por sua vez, as responsabilidades, tanto diretas como subsidiárias, **transmitem-se aos sucessores dos responsáveis** pela aceitação expressa ou tácita da herança, mas apenas até ao valor a que ascende o **montante líquido** da mesma – v. artigo 38.º, n.º 5, da Ley Orgánica.

Não há nenhuma norma específica, em Espanha, sobre a **responsabilidade financeira dos titulares de cargos políticos;** equivale isto a dizer que estes respondem nos mesmos termos que os restantes responsáveis financeiros.



D

Atentemos agora na Legitimidade Passiva - ITÁLIA

A *Corte dei Conti* - como atrás se referiu e resulta do artigo 1.º do Codice de Giustizia Contabile - tem jurisdição em ações de julgamento de contas, em ações de responsabilidade administrativa por dano erarial e noutras ações em matéria de contabilidade pública.

Quem responde nos processos de julgamento de contas são todos aqueles que arrecadem, giram, administrem, tenham a guarda, manuseiem ou utilizem património, valores ou dinheiros públicos V. Esquema do Decreto-Legislativo nº 174/2016, de 26 de agosto, in instudil@senato.it, págs. 11 e 16; e cf. artigo 18.º, n.º 1, als. a) e b) do mesmo Decreto-Lei.

Quem responde nos processos de responsabilidade administrativa por dano erarial são todos aqueles que, em virtude de uma relação de serviço com uma entidade pública (não tem que ser necessariamente uma relação de trabalho dependente), e por causa desse exercício, causem com dolo ou culpa grave (por ação ou omissão) danos públicos suscetíveis de avaliação económica (V. Esquema do Decreto-Legislativo nº 174/2016, de 26 de agosto, in instudil@senato.it, págs. 11 e 16; e cf. artigo 18.º, n.º 1, als. a) e b) do mesmo Decreto-Lei).

Respondem também perante a Corte dei Conti, como já referimos, todos os que de forma temporária e sem investidura formal



Tribunal de Contas

participem nas decisões da administração, o que permite demandar os denominados *contabili di fatto* e até aqueles que influenciem concretamente a ação pública⁷²

De acordo com o artº 1º, nº 1 da Legge nº 20/1994, parte final, respondem ainda perante a Corte dei Conti os herdeiros do *de cuius* responsável, mas apenas nos casos em que o enriquecimento ilícito deste se traduza num conseqüente enriquecimento indevido dos seus herdeiros. Esta situação é bem diferente da solução portuguesa em que os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cuius*, mesmo que não tenha resultado um enriquecimento para o património deste (artº 2068º do Código Civil).

Quando os atos forem da competência própria dos serviços administrativos ou técnicos, a responsabilidade não se estende aos titulares de cargos políticos que, de boa-fé, tenham aprovado, autorizado ou permitido a sua execução – vide artigo 1.º, 1-ter, da Legge n.º 20/1994.

Fora dessas situações, afigura-se-nos que os **titulares de cargos políticos** respondem nos mesmos termos que os restantes responsáveis, ou seja, quando atuarem com **dolo ou culpa grave** – vide artigo 1.º, 1.ª parte, da Legge n.º 20/1994.

Em sede de **responsabilidade solidária**, só respondem solidariamente aqueles que obtiverem um enriquecimento ilícito ou tenham agido com dolo – v. artº 1º, 1-quater. e 1-quinquis da Legge 20/1994.



Tribunal de Contas

L)

Esta pequena viagem de direito comparado pelos regimes espanhol e italiano, no que à legitimidade passiva se reporta, traz-nos alguns *apports* para a jurisdição financeira portuguesa, pelo que não deixaremos de fazer algumas sugestões, a final, inspiradas na lei italiana, quanto ao regime da responsabilidade solidária dos titulares dos órgãos colegiais (artigos 1-*quater* e 1-*quinquies* da Legge 20/1994); e na lei espanhola, quanto ao conceito de responsáveis diretos e à transmissão aos herdeiros da responsabilidade financeira reintegratória (respetivamente artigos 38º, nº 5 e 42º, nº 1 da Ley Orgánica).

M)

Da interpretação do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, na redação introduzida pelo artigo 248.º da LO para 2017.

Ainda quanto à legitimidade passiva não nos podemos esquecer da questão que está na origem deste ciclo de seminários – e que é o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, na redação introduzida pelo artigo 248.º da LO para 2017 – pelo que iremos dar o nosso modesto contributo para a interpretação daquele normativo.

Com a redação do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, introduzida pelo artº 248.º da LOE para 2017, os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, à semelhança do que já ocorria com os membros do Governo, só são responsáveis em termos reintegratórios,



Tribunal de Contas

quando: **(i)** não tenham ouvido as estações competentes, **ou (ii)** quando as tenham ouvido e sido esclarecidos por estas em conformidade com as leis, adotem resolução diferente (vd. artigo 36.º do Decreto n.º 22.257, de 25 de fevereiro de 1933).

A letra do artº 61º, nº 2 convoca-nos para a questão de saber o que se deve entender por “estações competentes”⁷³.

Este é um conceito que, na ausência de densificação por parte do legislador, será objeto, no futuro, de análise casuística jurisprudencial.

Ousamos, no entanto, avançar com algumas situações fácticas que podem ser subsumíveis ao conceito de *“Estações competentes”*.

Podem, assim, ser consideradas “estações competentes”:

- **Todos os órgãos, serviços e entidades públicas, ou entidades privadas quando atuem ao serviço de uma entidade pública, que, de acordo com normas legais e regulamentares, ou por via de um procedimento prévio de auto vinculação interna, devam ser ouvidas com vista à prolação de um ato de natureza financeira (pode abranger, v.g., os ROCs e os avençados);**

E quando não há estação competente (independentemente do que venha a ser considerado como tal)?



Tribunal de Contas

Duas interpretações do nº 2 do artº 61º podem ser delineadas: (i) ou se entende que, quando não haja “estação” a ouvir, os responsáveis aí previstos respondem nos termos gerais (artigos 61.º, 62.º e 63.º da LOPTC); (ii) ou se entende que, quando não haja “estação” a ouvir, estes nunca são responsabilizáveis.

Inclinamo-nos para a primeira interpretação segundo a qual, quando não há estação a ouvir, os membros do Governo ou os titulares dos órgãos executivos autárquicos respondem nos termos gerais.

E isto, além do mais, porque a 2ª interpretação conduzir-nos-ia a uma solução em que ninguém seria responsável pelos danos causados à entidade pública, o que seria desconforme à Constituição.

Se não vejamos:

- **Os cidadãos confiam nos funcionários e agentes do Estado e nos demais gestores da coisa pública para, em nome do Estado e das respetivas entidades, administrarem o dinheiro público, que é produto dos seus impostos, com respeito pelos princípios fundamentais que enformam a atividade da Administração Pública, designadamente os da legalidade (o que inclui o princípio da economia, eficiência e eficácia, que faz parte do bloco da legalidade financeira), proporcionalidade, justiça, boa-fé e confiança (v. artigos 266.º e 2.º da CRP)⁷⁴;**



Tribunal de Contas

- Da violação do bloco de legalidade e principiologia referidos, resulta, a nosso ver, um direito fundamental à reparação dos danos causados ao erário público e conseqüentemente aos cidadãos - direito esse que decorre do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP) e do princípio da responsabilidade financeira (*accountability*) - que não pode ser efetivado por mais nenhum Tribunal que não o Tribunal de Contas (alínea c) do n.º 1 do artigo 214.º da CRP)⁷⁵.

Posto isto, importa ainda responder à seguinte questão:

Quid juris quando, para a prolação de um ato de natureza financeira, os ditos responsáveis ouçam uma entidade que, de acordo com a densificação que venha a ser feita do conceito de “estação competente”, não possa ser considerada como tal?

Vale aqui, a nosso ver, a mesma argumentação aduzida para os casos em que não haja “estação competente” a ouvir, devendo-se, em consequência, adotar a interpretação segundo a qual os membros do Governo ou os titulares dos órgãos executivos autárquicos são responsáveis nos termos gerais (artigos 61.º, 62.º e 63.º da LOPTC).

Na linha do que se entendeu por “*estação competente*” e do que se deve entender por agente da ação e responsável direto, parece-nos ainda que o n.º 4 do artº 61º da LOPTC deve estender a sua previsão às “*entidades privadas quando atuem ao serviço de uma entidade*”



Tribunal de Contas

pública”, que, nas suas informações, propostas, pareceres e/ou opiniões para os membros do Governo e para as restantes entidades sujeitas ao controlo e jurisdição do Tribunal de Contas, não esclareçam os assuntos que, de harmonia com a lei ou com as obrigações previamente assumidas, devam prestar.

Desta forma, ficariam abrangidos pela previsão da norma, por exemplo, os juristas avançados e os Revisores Oficiais de Contas que não poderão deixar de ser responsabilizados pelas opiniões que emitam ou pela omissão de informação relevante suscetível de acarretar responsabilidades financeiras.

A final, não deixaremos de fazer uma sugestão nesse sentido.

N)

Da eventual alteração do n.º 2 do artigo 64.º da LOPTC, caso se mantenha a possibilidade de responsabilizar os agentes com negligência ou mera culpa.

Diz o referido preceito, sob a epígrafe “*Avaliação da culpa*”:

“Quando se verifique negligência, o Tribunal pode reduzir ou relevar a responsabilidade em que houver incorrido o infrator, devendo fazer constar da decisão as razões justificativas da redução ou da relevação”.

Assim, e ao invés do que ocorre com a jurisdição espanhola, em que a conduta do agente tem de ser praticada com dolo, negligência



Tribunal de Contas

grave ou culpa grave, ou do que ocorre com a italiana, em que se exige dolo ou culpa grave, em Portugal a responsabilidade reintegratória recai, também, sobre aqueles que atuam com negligência ou mera culpa.

Esta especificidade da jurisdição financeira portuguesa é contrabalançada com a possibilidade de o juiz poder reduzir ou relevar a responsabilidade.

Relembre-se que, no caso espanhol, a responsabilidade direta não pode ser reduzida (artigo 38.º, n.ºs 3 e 4, da Ley Orgánica), e que, no caso italiano, a responsabilidade administrativa por dano erarial pode ser reduzida (artigo 1.º, 1-bis, da Legge 20/1994), entendendo a jurisprudência que essa redução tem que resultar de causas externas à culpa (v.g. situação económica do Demandado).

Mantendo-se a possibilidade de responsabilizar os agentes financeiros apenas com negligência ou mera culpa, então devia o nosso legislador reformular o n.º 2 do artº 64º da LOPTC por forma a que o julgador não entenda a expressão “*pode reduzir*” como uma simples faculdade; talvez dizendo que o Tribunal deve reduzir ou relevar a responsabilidade, salvo havendo razões justificativas para a não redução ou relevação.

A final, faremos, também, quanto a este preceito, uma sugestão.



Tribunal de Contas

o)

Da violação culposa dos princípios da economia, eficiência e eficácia

Por fim, e tendo em conta a importância cada vez mais crescente do princípio da economia, eficiência e eficácia no emprego ou gestão dos dinheiros e valores públicos, não deixaremos de dar aqui uma nota no sentido de que a responsabilidade reintegratória, por violação de tal princípio, só deva ocorrer quando a conduta for praticada com dolo ou culpa grave.

A *ratio* desta afirmação reside no facto de os princípios serem bastante mais fluidos do que as regras; estas são normas que obedecem a uma “lógica do tudo ou nada”, prescrevendo imperativamente uma exigência, que é ou não é cumprida, enquanto aqueles - os princípios - são normas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, permitindo o balanceamento de valores e interesses⁷⁶.

Ora, é exatamente porque os princípios, mesmo quando objeto de alguma positivação, não prescrevem com detalhe, direta e imediatamente certos comportamentos, que a responsabilidade financeira por danos tem que ser mais exigente em sede de culpa, até porque, não sendo assim, dificilmente teremos gestores que se disponham a sê-lo, sobretudo quando está em causa o



Tribunal de Contas

ressarcimento por danos ao erário público em resultado da violação do princípio da economia, eficiência e eficácia.

Daí que proponhamos, a final, pelo menos quanto à responsabilidade financeira por violação daquele princípio, que a conduta seja caracterizada por dolo ou culpa grave.

SUGESTÕES

Nesta minha apresentação, que se refere exclusivamente à responsabilidade financeira reintegratória, ative-me a aspetos que são da maior importância não só para a função jurisdicional, que é aquela que exerço, mas também para todos quantos lidam com a jurisdição financeira.

O conhecimento das jurisdições espanhola e italiana, apesar das diferenças que apresentam relativamente à nossa jurisdição, não deixam de ter soluções interessantes que podem ser uma fonte de inspiração para uma futura revisão da LOPTC.

Chegou, pois, o momento de colocar alguns desafios ao legislador e a todos os aqui presentes no sentido de ajustar a LOPTC à realidade financeira atual, conforme fui anunciando ao longo da minha exposição.



Tribunal de Contas

EIS ESSES DESAFIOS:

A. Considerando a vertente eminentemente civilista da responsabilidade financeira reintegratória, e não havendo normas específicas na nossa LOPTC, nomeadamente no que se reporta ao ónus da prova, à aplicação das leis no tempo e ao não conhecimento oficioso da prescrição, deve aplicar-se o direito substantivo que lhe está mais próximo, que é o Código Civil (artigos 342.º, 303.º e 12.º CC).

No entanto, para que dúvidas não subsistam, talvez devesse o legislador prever expressamente a aplicação do Código Civil a tais situações.

B. Considerando que a LOPTC, em sede de efetivação de responsabilidade reintegratória, não faz qualquer referência a atos contrários aos princípios e regras da boa gestão financeira, e sabendo nós quão graves podem ser as repercussões de tais atos para o erário público (vd., v.g., situações vertidas no aresto da Secção de Apelação da Sicília – n.º 297/2014), impõe-se criar uma norma que faça menção à violação ostensiva ou intolerável do princípio da economia, eficiência e eficácia⁷⁷, de que resulte um dano para o erário público (artºs 18º e 52º, nº 3, al. c) da Lei de Enquadramento Orçamental). Uma norma deste teor, não seria mais do que a outra face da moeda – a face financeira - do crime de administração danosa previsto no Código Penal. De resto, mal se entenderia que prevendo o artigo 235.º do Código Penal, o crime de “Administração danosa”, os factos constitutivos deste crime - que



Tribunal de Contas

incluem conceitos igualmente indeterminados, v.g. “gestão racional” - não tivessem também relevância em sede de responsabilidade financeira reintegratória, pelo menos, a título de dolo ou culpa grave.

C. Fora destes casos, afigura-se-nos que deveriam ser ainda objeto de efetivação de responsabilidades reintegratórias as situações em que, não havendo uma violação ostensiva e intolerável do princípio da economia, eficiência e eficácia, haja, contudo, uma inobservância, com dolo ou culpa grave, dos indicadores pré-estabelecidos pelas entidades competentes, com vista a atingir os objetivos fixados, de que resulte dano ao erário público.

D. Em alternativa aos artºs 59º e 60º da LOPTC e às sugestões das alíneas anteriores, poder-se-ia até abandonar a tipificação de ilícitos financeiros de natureza reintegratória, mediante a consagração de uma norma dirigida a todos aqueles que, estando sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, causem dano ao erário público por violação de normas financeiras e de contabilidade, bem como do princípio da economia, eficiência e eficácia, sendo este último apenas nas circunstâncias atrás referidas. Nesta hipótese, afigura-se-nos ser de fazer uma distinção entre as situações de violação dos princípios de boa gestão financeira, em que se deveria exigir uma conduta caracterizada por dolo ou culpa grave, e as



Tribunal de Contas

demais situações para as quais seria suficiente uma modalidade de culpa mais leve.

E. Talvez fosse ainda de ponderar a criação de uma norma, ainda mais abrangente que a do artº 18º da Ley Orgánica espanhola, que previsse expressamente que o ressarcimento por danos ao erário público decorrente de factos que acarretem, concomitantemente, responsabilidade penal e financeira reintegratória, fosse da competência exclusiva do TC, abrangendo tal ressarcimento todos os prejuízos decorrentes de tais factos e não apenas os danos emergentes; para esse efeito, deveria prever-se que o juiz do tribunal criminal extraísse traslado das peças relevantes do processo crime e as remetesse ao TC, como ocorre na jurisdição financeira espanhola (nº 3 do artº 49º da Ley de Funcionamiento).

F. Atento o exemplo da legislação espanhola, afigura-se-nos ser de equacionar o alargamento das situações de legitimidade processual ativa, nos casos em que o M.P. e as entidades referidas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 89.º não requeiram julgamento, a saber: (i) às entidades públicas com um interesse pessoal e direto na causa, conexas com a prossecução do interesse público (vd. n.º 2 do art.º 47.º da Ley Orgánica e n.º 1 do art.º 55.º da Ley de Funcionamiento); e (ii) aos cidadãos ou outro tipo de entidades independentemente de terem ou não interesse direto na causa, prevendo-se, portanto, o direito de ação popular financeira (vd. n.º 3 do art.º 47.º da Ley Orgánica e art.º 56.º da Ley de Funcionamiento).



Tribunal de Contas

G. Considerando a argumentação aduzida supra - e apenas por razões cautelares - entendemos que, para o caso de não haver estação competente que deva ser ouvida, ou no caso de ser ouvida uma entidade que não possa ser considerada como tal, o legislador devia referir expressamente que os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos autárquicos, nessas situações, respondam nos termos gerais, como os demais responsáveis.

G1. Até porque, não se entendendo assim, estaríamos perante uma interpretação em que ninguém seria responsável pelos danos causados à entidade pública, o que seria desconforme ao princípio do Estado de direito democrático, e ainda aos princípios fundamentais enformadores da administração pública, designadamente os da legalidade, da justiça, da confiança, da boa-fé e da responsabilidade financeira (art^{os} 2^o, 266^o e 214^o, n^o 1 al c) todos da CRP).

G2. A dificuldade de interpretação do n^o 2 do art^o 61^o da LOPTC devia levar o legislador, por via negativa ou positiva⁷⁸, ainda que a título exemplificativo, a clarificar o sentido daquela norma e/ou o conceito de “*estações competentes*”.

Podem, por exemplo, ser consideradas “estações competentes”: todos os órgãos, serviços e entidades públicas, ou entidades privadas quando atuem ao serviço de uma entidade pública, que, de acordo com normas legais e regulamentares, ou por via de um procedimento prévio de auto vinculação interna, devam ser ouvidas



Tribunal de Contas

com vista à prolação de um ato de natureza financeira (vd. v.g. ROCs e os avençados).

G3. Deve ainda o legislador salvaguardar as hipóteses em que os titulares de cargos políticos – e até todos os titulares de cargos públicos - **obriguem ou induzam** em determinado sentido o teor da proposta, da informação, do parecer e/ou opinião da estação competente, de forma a sustentar o seu ato ilegal, situações em que devem ser responsabilizados, sem mais, sugestão que é inspirada no artº 42º, nº 1 da Ley Orgánica do TC de Espanha, a propósito da responsabilidade direta.

H. Independentemente do que se entenda, hoje, por “agente direto”, parece-nos que, tal como ocorre na jurisdição financeira espanhola relativamente à noção de “responsáveis diretos” (v. artigo 42.º, n.º 1, da Ley Orgánica), e na jurisprudência italiana quanto ao conceito de “agente público”, talvez fosse de alterar o artº 62º, nº 2 da LOPTC, de forma a considerar **agente da ação** todo aquele que gere ou utiliza dinheiro público, independentemente da natureza da entidade a que pertença e da qualidade ou título com que o faça (cf., artigo 5.º, n.º 1, alínea e), e artigo 2.º, n.º 3, da LOPTC), o que inclui, *inter alia*, as pessoas físicas ou jurídicas, os gerentes de facto, bem como os beneficiários, a qualquer título, de dinheiros ou valores públicos.

H1) Por outro lado, **a responsabilidade direta deve, também, recair sobre: (i) quem influencie, obrigue ou induza à prática do ato ilícito**



Tribunal de Contas

danoso; (ii) quem participe na sua prática (iii) e ainda aqueles que posteriormente à prática do ato ilícito danoso, tenham participado na sua ocultação ou impedido a sua persecução.

I. Deveria ainda fazer-se uma referência expressa à transmissão das responsabilidades, tanto diretas como subsidiárias, aos herdeiros dos responsáveis pela aceitação expressa ou tácita da herança, limitada ao montante a que ascender o valor líquido da mesma, que é a solução espanhola (artº 49º, nº 1 da Ley de Funcionamiento *in fine*).

J. Na linha do que se entendeu por “*estação competente*”, quando se abordou o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC, e do que se deve entender por agente da ação e responsável direto, quando se abordou o n.º 2 do artigo 62.º da LOPTC, parece-nos ainda que o n.º 4 do artº 61º da LOPTC deve estender a sua previsão às “*entidades privadas quando atuem ao serviço de uma entidade pública*”, que, nas suas informações, propostas, pareceres e/ou opiniões para os membros do Governo e para as restantes entidades sujeitas ao controlo e jurisdição do Tribunal de Contas, não esclareçam os assuntos que, de harmonia com a lei ou com as obrigações previamente assumidas, devam prestar;

Desta forma, ficariam abrangidos pela previsão da norma, por exemplo, os juristas avençados e os Revisores Oficiais de Contas que não poderão deixar de ser responsabilizados pelas opiniões que emitam ou pela omissão de informação relevante suscetível de acarretar responsabilidades financeiras.



Tribunal de Contas

K. De acordo com o artº 63º da LOPTC, sob a epígrafe “*Responsabilidade solidária*”, se forem vários os responsáveis financeiros pelas ações, a sua responsabilidade é solidária e o pagamento da totalidade da quantia a repor, por qualquer deles, extingue o procedimento ou obsta à sua instauração, sem prejuízo do direito de regresso.

Parece-nos que este artigo **pode conduzir a injustiças**, sobretudo se tivermos em conta as deliberações de órgãos colegiais e a responsabilidade que cada um dos seus membros têm na formação da vontade desses órgãos. Pensemos numa deliberação de um executivo camarário em que participam vereadores com pelouro e sem pelouro atribuído. De acordo com o artº 63º da LOPTC, todos são responsáveis solidariamente, sendo que, como é sabido, a responsabilidade dos vereadores não executivos é seguramente muito menor do que a daqueles outros (executivos).

L. A solução italiana - artº 1º, 1-quater e 1-quinquis da Legge 20/1994 - **permite obviar a estas situações de injustiça relativa**, na medida em que consagra a responsabilidade solidária, apenas, para aqueles que obtiveram um enriquecimento ilícito ou que agiram com dolo. Numa eventual alteração do regime de **responsabilidade solidária** esta solução parece-nos merecedora de uma especial atenção.

M. Para o caso de se entender que a responsabilidade financeira reintegratória deverá continuar a recair também sobre aqueles que atuem com negligência ou mera culpa, então deveria o nosso



Tribunal de Contas

legislador reformular o artº 64º, nº 2 da LOPTC, por forma a que o julgador não entenda a expressão “*pode reduzir*” como uma simples faculdade; talvez, dizendo que o Tribunal, deve reduzir ou relevar a responsabilidade, salvo razões justificativas para a não redução ou relevação.

N. Ao invés, se se entender que a responsabilidade financeira reintegratória deva ocorrer, à semelhança dos casos italiano e espanhol, apenas quando haja dolo ou culpa grave, então já não se justificaria o poder de redução do julgador e conseqüentemente o artº 64º, nº 2 da LOPTC. Uma solução deste tipo teria, por certo, evitado a recente alteração do artº 61º, nº 2 quanto aos titulares dos órgãos executivos autárquicos.

E é tudo.

Agradeço a vossa atenção.

FIM

¹ O pagamento indevido constitui o facto constitutivo da responsabilidade financeira reintegratória mais comum no Tribunal de Contas.

² António Cluny, in “Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas”, Coimbra Editora, pág. 156, entende que “... para determinar a existência de uma obrigação de reposição ou indemnização em sede de responsabilidade financeira, sempre será necessário verificar se as condutas visadas integram ou não alguma das infrações financeiras previstas no artigo 65.º, n.º 1 da LOPTC; isto, sejam elas as que derivem das clássicas situações causadoras da responsabilidade reintegratória, sejam elas todas as que, agora, no novo n.º 5 do artigo 59.º, são referidas”.

³ Vide n.º 6 do artigo 59.º da LOPTC.

⁴ Cf. Juiz Conselheiro José Mouraz Lopes, que, na Revista do Tribunal de Contas, Janeiro/Dezembro de 2015, págs. 63 e 64, afirma: “A responsabilidade financeira, constitui uma categoria normativa própria e autónoma, entre os vários tipos de responsabilidade (...), nomeadamente a responsabilidade civil, penal e disciplinar. Como categoria autónoma pressupõe a prática de uma infração, típica, às normas jurídicas que disciplinam a atividade financeira



Tribunal de Contas

do Estado, por parte daqueles a quem compete arrecadar, gerir, administrar, utilizar ou guardar dinheiros ou outros ativos públicos”.

⁵ Cf. Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 142/2000

⁶ Vide artigo 214.º, n.º 1, alínea c), da CRP

⁷ Ver artigos 61.º, n.ºs 1 a 4, 62.º e artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da LOPTC.

⁸ **O dano emergente**, por contraposição ao **lucro cessante**, representa uma diminuição do património do lesado, enquanto este outro se configura como a frustração de um ganho.

⁹ **Dispõe o artigo 61.º, sob a epígrafe “Responsáveis”, no seu n.º 5, o seguinte:** *A responsabilidade prevista nos números anteriores só ocorre se a ação for praticada com culpa.*

¹⁰ **O artigo 483.º do Código Civil, sob a epígrafe “Princípio geral”, e inserido na Secção V, “Responsabilidade Civil” e na Subsecção I “Responsabilidade por factos ilícitos”, dispõe o seguinte:**

1. *Aquele que, com dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*

2. *Só existe obrigação de indemnizar independentemente da culpa nos casos especificados na lei.*

¹¹ Vide, entre outros, Ana Mafalda de Miranda Barbosa, in “Lições de Responsabilidade Civil”, *Principia*, págs. 43 a 49,

¹² Vide, entre outros, Menezes Leitão, in *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 4.ª edição, pág. 276. No mesmo sentido diz Ana Mafalda Barbosa, in *Obra citada*, pág. 42: “Embora não haja unanimidade entre os autores no que concerne ao escopo prosseguido pela previsão de uma obrigação ressarcitória, a verdade é que podemos dizer com alguma segurança que ele se situará entre a reparação do dano, a prevenção da ocorrência de novos prejuízos ou/e a sanção pelo comportamento lesivo levado a cabo.”

¹³ **O artigo 64.º, sob a epígrafe “Avaliação da culpa”, dispõe o seguinte:**

1. *O Tribunal de Contas avalia o grau de culpa de harmonia com as circunstâncias do caso, tendo em consideração as competências do cargo ou a índole das principais funções de cada responsável, o volume e fundos movimentados, o montante material da lesão dos dinheiros ou valores públicos, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal e os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição.*

2. *Quando se verifique negligência, o Tribunal pode reduzir ou relevar a responsabilidade em que houver incorrido o infrator, devendo fazer constar da decisão as razões justificativas da redução ou da relevação.*

¹⁴ **O artigo 494.º do Código Civil, sob a epígrafe “Limitação da indemnização em caso de mera culpa”, dispõe o seguinte:** *Quando a responsabilidade se fundar em mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifique.*

¹⁵ **O artigo 63.º da LOPTC, sob a epígrafe “Responsabilidade solidária”, dispõe o seguinte:** *Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, se forem vários responsáveis financeiros pelas ações nos termos dos artigos anteriores, a sua responsabilidade, tanto direta como subsidiária, é solidária, e o pagamento da totalidade da quantia a repor por qualquer deles extingue o procedimento instaurado ou obsta à sua instauração, sem prejuízo do direito de regresso.*

¹⁶ **O artigo 497.º do Código Civil, sob a epígrafe “Responsabilidade solidária”, dispõe o seguinte:**

1. *Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.*

2. *O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.*

¹⁷ **O artigo 570.º, sob a epígrafe “Culpa do lesado”, dispõe assim:**

1. *Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultarem, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.*

2. *Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.*

¹⁸ Como se verá mais à frente, em Espanha só incorrerá em responsabilidade reintegratória quem praticar o ato ilícito com dolo, culpa grave ou negligência grave (artigo 49.º, n.º 1, da Ley de Funcionamiento), e em Itália apenas quem praticar o facto ilícito com dolo ou com culpa grave (artigo 1.º, n.º 1, da Legge 20/1994).



Tribunal de Contas

¹⁹ Vide Almeida Costa, in Direto das Obrigações, 12.ª edição, Almedina, pág. 539.

²⁰ Vide Ana Mafalda de Miranda Barbosa, in Obra citada, pág. 1, que a este propósito diz o seguinte: *Ponto que parece relevantíssimo é a ideia de que a responsabilidade contratual, para surgir, tem que ter por base uma obrigação em sentido técnico. Ou seja, de certo modo e na maioria dos casos, é ainda traçado pela autonomia da vontade que se pode explicar a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para a hipótese de não cumprimento voluntário da prestação.*

²¹ Vide Menezes Leitão, in Obra citada, pág. 276.

²² António Cluny in “Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas”, Coimbra Editora, págs., 145 a 179, entende que a responsabilidade reintegratória tem natureza extracontratual/delitual/aquiliana.

²³ **O artigo 342.º do Código Civil, sob a epígrafe “Ónus da prova”, dispõe o seguinte:**

1. *Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.*
2. *A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.*
3. *Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos de direito.*

²⁴ **O artigo 487.º do Código Civil, sob a epígrafe “Culpa”, dispõe o seguinte:**

1. *É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.*
2. *A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.*

²⁵ **O artigo 799.º do Código Civil, sob a epígrafe “Presunção de culpa e apreciação desta”, dispõe o seguinte:**

1. *Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.*
2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.*

²⁶ Cf. Guilherme de Oliveira Martins, “Reforma do Tribunal de Contas em 2006”, Revista do Tribunal de Contas, n.º 46, Lisboa, julho-dezembro de 2006, p. 45, e Paulo Nogueira da Costa, “O Tribunal de Contas e a Boa Governança”, Coimbra Editora, 1. Edição, pág. 463.

²⁷ Cf., entre outros, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 24/10/2006 (685/2005-1), www.itij.pt

²⁸ **O artigo 12.º do Código Civil sob a epígrafe “Aplicação das leis no tempo. Princípio geral” dispõe o seguinte:**

1. *A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular*
2. *Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor*

²⁹ Ver Acórdão da 3ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, n.º 9/2017, relatado pelo Conselheiro Mouraz Lopes; ver ainda Batista Machado, “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, Almedina, pág. 234.

³⁰ Vide Sentenças n.º 11/2011 e 3/1996, ambas da Sala de Justiça, relatadas, respetivamente, Javier Medina Guijarro e Miguel C. Álvarez Bonald; ver ainda Acórdão do Tribunal Constitucional, de 16/12, 1993.

³¹ **O artigo 49.º da Ley de Funcionamiento, inserido no Título V “De la jurisdicción, extensión y límites de la jurisdicción contable” e no Capítulo I “De la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contable”, dispõe o seguinte:** **1.** *La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.* **2.** *No corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos o cuestiones atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional o de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, en los términos prevenidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1982 y sin perjuicio de la competencia por razón de prejudicialidad a que se refiere el artículo 17.2 de la misma. En consecuencia, los órganos de la*



Tribunal de Contas

jurisdicción contable podrán apreciar, incluso de oficio, su falta de jurisdicción o competencia en la forma establecida en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo. **3.** Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

³² **O artigo 38.º da Ley Orgánica, inserido no Título IV “La responsabilidade contable”, e no Capítulo I “Disposiciones comunes”, dispõe o seguinte: Uno.** El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. **Dos.** La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria. **Tres.** La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados. **Cuatro.** Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. **Cinco.** Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma.

³³ **O artigo 17.º da Ley Orgánica dispõe o seguinte: Uno.** La jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena. **Dos.** Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. **Tres.** La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

³⁴ **O artigo 18.º da Ley Orgánica dispõe o seguinte: Uno.** La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. **Dos.** Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

³⁵ **O artigo 49.º, n.º 3, da Ley de Funcionamiento dispõe o seguinte: 3.** Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, **dando traslado al Tribunal de Cuentas** de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

³⁶ **Vide artigo 1.º, n.º 1 do Codice della Giustizia Contabile** “La Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilita' amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilita' pubblica.”

³⁷ A Corte dei Conti julga, também, a **responsabilidade sancionatória pecuniária** para os casos em que a lei preveja a aplicação de sanções pecuniárias aos responsáveis pela violação de disposições normativas específicas. (art 133º do Codice de Giustizia Contabile).

³⁸ A exigência de culpa grave ou dolo é uma inovação introduzida pela Legge 20/94, sendo a sua *ratio* a necessidade de não atemorizar os operadores da Administração com a eventualidade de intervenções repressivas e devastadoras - Vide Giuseppe Nicoletti, in “A responsabilidade administrativa no contexto da administração pública” - Introdução à segunda sessão da conferência sobre “A responsabilidade contratual, extracontratual, disciplinar e penal dos funcionários públicos”, Universidade de Sassari, 2 e 3 de Dezembro de 2011, publicado na Rivista della Corte dei Conti, Ano LXIV – N.1-2, Gennaio-Aprile 2011, http://www.rivistacorteconti.it/Rivista/dettaglio_rivista.html?path=/Rivista/2011/rivista_12.html.

³⁹ Cf. Sentença nº 12 de 27 dezembro de 2007, proferida pela Sezioni Unite della Corte dei Conti.

⁴⁰ Vide Pelino Santoro in “L’Illecito Contabile e la Responsabilità Amministrativa” Maggioli editore, 2011, págs. 250 a 252.

⁴¹ Cf. Intervenção do Senhor Procurador Geral junto da Corte dei Conti, M Claudio Galtieri, sob o título “Nature et Evolution de la Responsabilité Financière et Comptable en Italie”, apresentada no Seminário que teve lugar a 2 de outubro de 2017, acessível através do link: http://seminarios.tcontas.pt/seminario1/textos/seminario1_20171002_galtieri_nature_et_evolution_de_la_responsabilite.pdf



Tribunal de Contas

⁴² Idem.

⁴³ De acordo com o n.º 2 do art.º 1.º da Legge n.º 20/1994 “*O direito ao ressarcimento do dano prescreve no prazo de 5 anos contados da data da verificação do facto danoso ou, no caso de **ocultamento doloso do dano**, desde a data da sua descoberta.*” (tradução livre).

⁴⁴ O art. 54-*bis* do Texto Único sobre a função pública (Decreto-lei 165/2001), introduzido pela Legge 190 de 2012, reúne os mecanismos de tutela do funcionário público que denuncia comportamentos ilícitos, como a proibição de sanções, despedimento ou medidas discriminatórias contra ele; a nível de processo disciplinar, a proibição de relevar a sua identidade, sem o seu consentimento (a menos que a sua identidade não seja absolutamente indispensável para a defesa do acusado); a denúncia é igualmente protegida do acesso aos autos conforme previsto pela Legge 241/1990.

Nota-se que a Câmara dos Deputados aprovou, em 21 de janeiro de 2016, uma proposta de lei que visa introduzir medidas de proteção para os autores de denúncias de crimes ou irregularidades que afetam o interesse público, quer na administração pública quer no sector privado (ora AS. 2208).

⁴⁵ No que concerne aos danos decorrentes do recebimento ilícito de dinheiros de terceiros, no caso específico dos operadores económicos, a justificação reside *na regra do “homo economicus” e no princípio “id quod plerumque accidit”, aquele que dá valores a um agente público pretende obter uma vantagem pelo menos igual ao montante dos valores dados* - Vide Claudio Galtieri, in apresentação acessível através do link: http://seminarios.tcontas.pt/seminario1/textos/seminario1_20171002_galtieri_nature_et_evolution_de_la_responsabilite.pdf.

⁴⁶ *No que tange aos danos resultantes da interrupção do “synallagma” entre a administração e o seu agente há o entendimento de que este último não tem o direito de ser remunerado pelo tempo que utilizou para prosseguir os seus fins pessoais* - Vide Claudio Galtieri, através do link indicado na nota anterior.

⁴⁷ Sentença 348 /2011 (Secção Regional da Região de Calábria); Acórdão 47/2014, de 14/03/2014, (Secção da Lombardia); Sentença n.º 171/2011 (Veneto), de 22/03/2011; Sentença n.º 564/2011 (1.ª Secção Central de Recurso Calábria), de 19/12/2011; Acórdão n.º 98/2012 (Umbria); Sentença n.º 120/2012 (2.ª Secção Central de Recurso)

⁴⁸ **O artigo 1.º- sexies, da Legge 20/1994, dispõe o seguinte:** *Nel giudizio di responsabilita', l'entita' del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilita' illecitamente percepita dal dipendente.*

⁴⁹ **O artigo 1226.º do Código Civil Italiano, sob a epígrafe “Avaliação equitativa do dano”, dispõe o seguinte:** *Se o dano [1218, 1223] não puder ser comprovado no seu valor exato, é apurado pelo juiz mediante uma avaliação equitativa [2056].*

⁵⁰ Acórdão 47/2014, de 14/03/2014, da Secção da Lombardia.

⁵¹ Vide texto apresentado no Seminário 1 deste Ciclo de Seminários, acessível através do link: http://seminarios.tcontas.pt/seminario1/textos/seminario1_20171002_ncc.pdf.

⁵² A este propósito diz G. Canotilho na Revista do Tribunal de Contas n.º 49, pág 37 “... estaria em desconformidade com o velho **princípio da responsabilidade constitucional** pelo mau emprego dos dinheiros (valores) públicos se o ponto decisivo fosse apenas a legalidade formal, segundo as ideias tradicionais da regularidade das contas, em vez de tomar a sério as dimensões de rentabilidade, eficácia e eficiência no emprego desses mesmos dinheiros.”.

⁵³ Os danos a ressarcir foram calculados, de acordo com o princípio da equidade, tendo em conta a diferença entre a média das remunerações pagas ao longo dos anos e a remuneração máxima auferida pelo Presidente e pelos restantes membros do CA das empresas.



Tribunal de Contas

⁵⁴ O dano relativo à injustificada dimensão excessiva dos Conselhos de Administração é equivalente às remunerações auferidas pelos elementos nomeados, em excesso, para o CA da empresa, durante o período que mediou a sua nomeação e a decisão de reduzir o número de membros do CA.

⁵⁵ O artigo 1.º da Legge n.º 241, de 7 agosto 1990, n. 241 (Novas normas sobre procedimento administrativo) sob a epígrafe “Princípios gerais da atividade administrativa”, dispõe o seguinte: *1. A atividade administrativa prossegue os fins determinados na lei e é regida pelos critérios da economicidade, da eficácia, imparcialidade, da publicidade e da transparência, nos termos previstos na presente lei e nas demais disposições que disciplinam procedimentos específicos e nos princípios do direito comunitário* (tradução livre).

⁵⁶ Vide a este propósito *Giuseppe Nicoletti*, in artigo citado.

⁵⁷ A efetivação de responsabilidades financeiras tem lugar mediante processos de julgamento de contas e de responsabilidades financeiras (artigo 58.º da LOPTC).

⁵⁸ Ver nova redação introduzida pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto.

⁵⁹ N.º 4 do artigo 29.º da LOPTC.

⁶⁰ **O artigo 47.º da Ley Orgánica dispõe o seguinte:**

Uno. *Estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso.*

Dos. *Las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen.*

Tres. *Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente.*

⁶¹ **O artigo 55.º da Ley de Funcionamiento, no que à legitimidade passiva se refere, dispõe, o seguinte:**

1. *Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982, la legitimación activa corresponderá, en todo caso, a la Administración o Entidad Pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne, y al Ministerio Fiscal, que podrá ejercitar las pretensiones de aquella naturaleza que resulten procedentes. Las restantes Entidades del sector público a que se refiere el artículo 4.º de la Ley Orgánica citada, estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les competan, con sujeción a las reglas por que cada una de ellas se rija.*

2. *Se considerarán legitimados previamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.*

3. *En los expedientes de cancelación de fianzas estarán legitimados activamente los gestores de fondos públicos a quienes se hubiere exigido, los fiadores y sus respectivos herederos; y pasivamente la Entidad del sector público a cuyo favor se hubiere constituido la garantía.*

⁶² **O n.º 1 do artigo 86.º do Codice de Giustizia Contabile, sob a epígrafe “Citazione”, inserido no Capítulo II, sob o título “Introduzione del giudizio”, dispõe o seguinte:** *Il pubblico ministero, salvo proroga disposta ai sensi dell'articolo 68, deposita nella segreteria della sezione giurisdizionale territorialmente competente l'atto di citazione in giudizio entro i termini di cui all'articolo 67, commi 5 e 6.*

⁶³ Vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, In “Constituição da República Portuguesa, Anotada”, Vol. I, 1.ª Edição revista, Coimbra Editora, na nota IX ao artigo 52.º, pág. 697.

⁶⁴ Vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, in Obra citada, anotação XI ao artigo 52.º, pág. 698

⁶⁵ Vide Paulo N. Costa in “Tribunal de Contas e a Boa Governança”, Contributo para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal, Coimbra Editora, 1.ª edição, 2014, pág. 250 e 251.

⁶⁶ In Obra citada, nota VIII ao artigo 52.º, pág. 696.

⁶⁷ Vide Obra citada, pág. 256.

⁶⁸ Também António Cluny, in “Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas”, Coimbra Editora, pág. 237 e 246, defende que *“tratando-se de dinheiros públicos e, portanto, do interesse geral, seria importante, subsidiariamente à iniciativa processual do Ministério Público (ou à recusa deste de tomar essa iniciativa) introduzir adequadamente a possibilidade de ação popular, designadamente em sede de responsabilidade reintegratória.”.*



Tribunal de Contas

⁶⁹ O artigo 5.º da LOPTC, sob a epígrafe “*Competência material essencial*”, no seu n.º 1, alínea e), dispõe que **competete, em especial, ao Tribunal de Contas**: “*Julgar a efetivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertença, nos termos da presente*”.

⁷⁰ O artigo 2.º da LOPTC, sob a epígrafe “*Âmbito de competência*”, no seu n.º 3, dispõe o seguinte: “*Estão sujeitas à jurisdição e ao controlo financeiro do Tribunal de Contas as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos*”.

⁷¹ A responsabilidade financeira pelo pagamento das dívidas do *de cuius* transmite-se aos seus herdeiros independentemente de ter sido previamente declarada; na verdade, **o que justifica a demanda dos herdeiros é o facto da responsabilidade ter nascido em momento anterior ao falecimento do *de cuius* e de tal responsabilidade lhe ser imputável.**

⁷² Vide apresentação de Claudio Galtieri na sua apresentação por ocasião do Seminário 1 deste Ciclo de Seminários acessível através do link http://seminarios.tcontas.pt/seminario1/textos/seminario1_20171002_galtieri_nature_et_evolution_de_la_responsabilite.pdf.

⁷³ Ver a propósito desta questão a intervenção do Conselheiro Ernesto Cunha no Seminário 1 deste Ciclo de seminários acessível através do link: http://seminarios.tcontas.pt/seminario1/apresentacoes/seminario1_20171002_ernesto_cunha.pdf e o documento apresentado pelo Presidente deste Tribunal à Comissão Parlamentar do Orçamento e Finanças, de 8 de novembro de 2016.

⁷⁴ Ver também artigo 5.º do CPA.

⁷⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 444/08, de 23/09

⁷⁶ V. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional”, Almedina, 6.ª edição, págs. 167 e 168.

⁷⁷ Vide a este propósito a ISSAI 3100 da INTOSAI, pontos 38 e ss.

⁷⁸ A clarificação por via negativa, nem que fosse a título exemplificativo, seria, a nosso ver, a adequada.



Tribunal de Contas
