

SEMINÁRIO

O ÂMBITO SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

Auditório do Tribunal de Contas – 19 de janeiro de 2018

COMENTÁRIOS FINAIS

Prof. Doutor Paulo Nogueira da Costa

Começo por cumprimentar todos os presentes e por agradecer ao Senhor Presidente do Tribunal de Contas e aos Senhores Conselheiros que organizaram este Seminário a oportunidade que me deram de fazer alguns comentários finais, o que para mim é simultaneamente uma honra e um privilégio.

Este ciclo de seminários trouxe-me à memória o título de um livro de um eminente acadêmico norte-americano – Ronald Dworkin. O título do livro é *“Taking Rights Seriously”* (*“Levando os Direitos a Sério”*).

Tendo presente o tema de hoje, podemos dizer *“Levando a Justiça Financeira a sério”*. É o que o Tribunal de Contas está a fazer através da organização deste Ciclo de Seminários sobre Responsabilidade Financeira – levar a responsabilidade financeira a sério. E por isso está de parabéns.

E estão de parabéns todos os oradores pelas excelentes intervenções, que espelham o relevo e a complexidade do tema deste Seminário.

Não é um tema para respostas fáceis.

Perante opções de técnica legislativa difíceis de compreender, impõe-se ao intérprete um esforço interpretativo acrescido, pautado pelo rigor hermenêutico, como bem assinalou o Senhor Conselheiro Alberto Brás.

E qualquer resultado interpretativo terá de ser constitucionalmente conforme e sistemicamente coerente.

Por razões de tempo, centro a minha atenção em quatro questões, que me parecem centrais no tema que hoje nos ocupou.

1. A Constituição admite um sistema dual de responsabilidade financeira?

Verifica-se, a nosso ver, a inadmissibilidade constitucional de um sistema dual de responsabilidade financeira (tributário de lógicas binárias do tipo “eleitos-não eleitos” ou “ordenadores-executores”, por exemplo), sem prejuízo de o sistema (uno) de responsabilidade financeira poder contemplar especificidades que, racional e objetivamente, se justifiquem.

Assim é, por força de diversos princípios constitucionais como o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da justiça financeira, o princípio da igualdade e o princípio da *accountability* (que inclui o princípio da responsabilidade dos titulares de cargos políticos).

2. O artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, para o qual remete o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC ainda está em vigor?

Parece-nos que a resposta tem de ser negativa, em virtude da revogação tácita do referido preceito, que decorre da *aprovação dos regimes jurídicos da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos e da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. Ou seja, o n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC remete para um regime jurídico inexistente (porque já revogado), daí resultando a sua ineficácia jurídica.

3. Existe alguma razão objetiva e racional que justifique a integração do texto do artigo 36.º do Decreto n.º 22257, já revogado, no texto da LOPTC?

Não identificamos qualquer razão objetiva e racional que justifique tal integração. A sua admissão resultaria, em nossa opinião, numa manifesta e grave incoerência sistémica, sobreposição normativa e falta de transparência, incompatível com o princípio da segurança jurídica, que exige clareza, precisão e suficiente determinação das normas jurídicas.

4. Desconsiderando a referida questão de ineficácia jurídica, qual o sentido do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC quando conjugado com os n.ºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22257?

Os textos do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC e do artigo 36.º do Decreto n.º 22257 não incluem qualquer palavra indiciadora de alguma “tipificação fechada”, “exclusão” ou “isenção” de responsabilidade financeira.

Nenhum dos preceitos refere que os sujeitos aí mencionados são financeiramente responsáveis “somente” ou “apenas” nos casos mencionados no artigo 36.º; e neste também não se diz que “fica excluída a responsabilidade”, ou que “estão isentos de responsabilidade” os Ministros, salvo nos casos X e Y.

O legislador poderia tê-lo dito; mas não o disse. Pelo contrário, o que diz é que esses sujeitos são responsáveis, nas condições aí descritas; o que não permite, através de um argumento *a contrario sensu*, excluir outras situações de responsabilização. A utilização do argumento *a contrario* deve, aliás, ser feita de forma prudente.

O que resulta imediatamente dos textos em causa é que os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais são financeiramente responsáveis quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando, esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente.

E o texto do artigo 36.º diz-nos ainda uma outra coisa importante, mas que por vezes fica esquecida na discussão: são responsáveis os funcionários que nas suas informações para os sujeitos do n.º 2 do artigo 61.º da LOPTC não esclareçam os assuntos da sua competência em harmonia com a lei.

A partir daqui entramos, verdadeiramente, no domínio interpretativo.

Quando se afirma que a lei veio consagrar uma cláusula de exclusão de responsabilidade financeira, ou uma isenção, ou que veio tipificar os casos em que os sujeitos do n.º 2 do artigo 61.º são responsabilizáveis, está-se a assumir uma certa interpretação da lei, que não pode deixar de resultar da aplicação das regras e princípios da hermenêutica jurídica.

Mas como se chega a esse resultado interpretativo? Isso para nós não se apresenta claro. É que, para além de não ter um elemento literal que o suporte, como vimos, ele também é problemático sob os prismas constitucional e sistémico. Senão vejamos:

- Se a lei contivesse uma tipificação, exclusão ou isenção de responsabilidade financeira dos titulares de cargos políticos, qual a razão de ser do n.º 3 do artigo 36.º, para o qual o legislador também remete expressamente? Será que devemos concluir, então, que os funcionários públicos só respondem financeiramente na

situação aí indicada? Parece razoavelmente claro que não. O mesmo vale para o n.º 1, como não pode deixar de ser;

- E como se articularia uma tal interpretação (no sentido da exclusão ou isenção da responsabilidade) com a responsabilidade subsidiária também prevista na LOPTC (questão para a qual, aliás, o Senhor Dr. António Cluny chamou, pertinentemente, a atenção);
- E como se articularia com o artigo 72.º, n.º 1, da Lei de Enquadramento Orçamental de 2015?

E poderíamos continuar...

Assinala-se, aliás, que quando o legislador, no n.º 2 do art. 61.º, remete para o artigo 36.º do Decreto 22257 não utiliza a expressão “nos casos aí previstos”, mas sim “nos termos e condições aí fixados”.

Vejamos agora a questão à luz do elemento teleológico.

Se bem interpretámos as palavras do Senhor Prof. Damião da Cunha, acompanhamos o seu entendimento ao situar a questão no domínio da “consciência da ilicitude”. E daqui resulta, em nossa opinião, que a *chave interpretativa* do artigo 36.º está na *culpa*, enquanto pressuposto da responsabilidade financeira.

Estamos, portanto, no domínio da imputação subjetiva de um juízo de censura ao agente.

Pensamos que o fim prosseguido através do artigo 36.º é, então, o de responsabilizar os titulares de cargos políticos quando atuem com *consciência da ilicitude*, o que se verifica em duas situações: *i) quando não tenham ouvido as estações competentes e ii) quando, esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente.*

Mas significa isto que os titulares de cargos políticos, verificando-se alguma dessas situações, ficam impedidos de provar a ausência de culpa no caso concreto? Não. Porque a culpa é avaliada de harmonia com as circunstâncias do caso concreto (conforme prevê o artigo 64.º da LOPTC) e porque não seria constitucionalmente admissível uma presunção absoluta de culpa, que não admitisse prova em contrário.

Por esta razão, admitimos estar perante uma presunção *juris tantum* (que admite prova em contrário).

Entendemos, assim, que a considerar-se juridicamente eficaz o n.º 2 do artigo 61.º (o que é, pelo menos, muito discutível), ele consagra situações em que se presume a culpa, mas em que se admite prova em contrário. A interpretação *a contrario sensu* deste preceito apenas permite concluir pela ausência de presunção de culpa (nas situações nele não previstas); não permite concluir pela exclusão apriorística da culpa.

O mesmo vale, naturalmente para o funcionário que esclareceu erradamente o titular de cargo político, que pode ilidir a presunção, e provar que, por hipótese, o esclarecimento solicitado foi feito em termos imprecisos, ambíguos ou tendenciosos, “devolvendo” a culpa a quem solicitou o esclarecimento, ou partilhando a mesma.

Deste modo, a aplicação da norma contida no n.º 2 do artigo 61.º não dispensa o juízo prudente do aplicador do direito, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Estamos, portanto, perante uma norma que, ou é juridicamente ineficaz, ou é de escassa utilidade, atendendo, designadamente, à aplicabilidade no domínio da responsabilidade financeira das regras gerais de exclusão da

culpa, incluindo a que a exclui por erro, desculpável, sobre a ilicitude. Assim o demonstra a jurisprudência do Tribunal de Contas.

O que acaba de se dizer apenas vem confirmar o desacerto do legislador nesta matéria, revelando a imperiosa necessidade de aprovação de um novo regime jurídico de responsabilidade financeira, que seja conforme à Constituição da República e que responda às exigências da nova governança financeira.

Muito obrigado pela Vossa atenção.