

RESPONSABILIZAÇÃO POR ACTOS DE GESTÃO PÚBLICA

1. O núcleo central das finanças públicas, constitui a actividade financeira que consiste na afectação pelo poder (*político ou administrativo*) de bens ou serviços adequados para a satisfação de necessidades colectivas da sociedade e do Estado.

Os bens materiais que prestam utilidades públicas ou que financiam os serviços públicos (*bens públicos*) podem ser encarados como património, ou como “fluxo”, constituído por entradas ou saídas de fundos, obtenção ou afectação de recursos, nomeadamente quando sejam encarados como meios de liquidez - *fundos* ou *dinheiros públicos*.

“Em economias monetárias - como são e tendem a ser cada vez mais as economias modernas - os dinheiros públicos, nos seus fluxos, são o núcleo das finanças públicas, que podem definir-se simplificadaamente como ‘as regras e operações relativas aos dinheiros públicos’ e aos activos patrimoniais”¹. No âmbito do direito financeiro e da contabilidade pública, os dinheiros públicos são confiados a certos agentes político-administrativos, que respondem pela integridade e pela validade e regularidade das operações que incidam sobre esse valores. Esta responsabilidade traduz-se, designadamente, na obrigação de prestar contas.

Os dinheiros públicos são confiados a certos agentes político-administrativos que os administram segundo determinadas regras específicas, que constituem o direito financeiro, e que “dão forma e garantia” a princípios que justificam a autonomia conceptual e normativa. Entre estes, o “princípio da confiança, fundamento e regra básica de quaisquer poderes exercidos sobre bens ou dinheiros públicos, com consequências claras: limitação funcional dos poderes de gestão financeira; partilha necessária dos poderes entre diversos gestores ou órgãos de decisão,

¹ Cfr., Parecer do Conselho Consultivo da PGR, nº 142/2000, de 31 de Maio de 2001, que se acompanha no texto.

sujeição à legalidade genérica e à legalidade específica (orçamento), publicidade, transparência, clareza e responsabilização («*accountability*»)².

2. O exercício das funções de gestão financeira requer necessariamente controlos.

As funções de controlo de uma organização podem revestir uma multiplicidade de formas, e no âmbito de cada uma, vários procedimentos. Uma das formas ou modalidades é o *controlo externo*, que é exercido por entidade externa à da organização, sobre a sua actividade, com independência total relativamente à organização sujeita a controlo; constitui uma modalidade de controlo juridicamente regulada e organizada.

O controlo financeiro, enquanto espécie de controlo material ou de actividade, confronta a actividade controlada com um certo número de critérios e objectivos, nomeadamente a regularidade e a legalidade.

A regularidade significa que a actividade financeira deve obedecer a “um conjunto de regras que a tornem racional, sã, regular e contabilisticamente correcta ou aceitável”, “quer se trate de regras mínimas de correcção formal (como o simples equilíbrio formal: não pode haver despesas sem haver receitas), até regras de contabilidade (o controlo financeiro tem sempre referência a regras de contabilidade, (...), a registo e cálculo racional das grandezas da actividade financeira), ou de mera sanidade financeira (correcção das previsões de cobranças ou pagamentos).”

A regularidade quer dizer respeito por valores essenciais como a “integridade dos valores públicos e a fidelidade dos gestores, com as correspondentes relações de confiança e responsabilidade” e por “critérios básicos de qualquer prestação de contas: rigor, clareza, verdade”.

A legalidade significa que a actividade financeira, os actos financeiros e o exercício os poderes correspondentes obedeçam à lei (submissão à lei e atribuição por lei). “No plano financeiro a legalidade cobre a lei em geral (legalidade

² Cfr., SOUSA FRANCO, “Dinheiros Públicos, Julgamento de Contas e Controlo Financeiro”, 1995, ed, Tribunal de Contas, que se acompanha.

genérica e legalidade específica), que consiste em autorizações especiais que condicionam toda a gestão orçamental, nomeadamente a autorização anual para a cobrança de receitas e a criação de despesas (orçamento)”.

Trata-se de um valor autónomo face à regularidade, mas, conforme o tipo de avaliação que se faça, podem ser aplicados em conjunto ou separadamente, ou subordinar-se a regularidade à legalidade (óptica jurídica) ou a segunda à primeira (a lei como mera fonte de regularidade contabilística).

O princípio da responsabilidade («accountability») é essencial às funções de controlo, para garantir o respeito dos respectivos critérios,. A gestão de dinheiros alheios pressupõe a responsabilidade de quem os gere, não podendo haver funções financeiras (sejam políticas ou meramente administrativas) sem formas adequadas de responsabilidade.

O controlo externo independente pode ser assegurado - e tem-no sido historicamente - através de grandes modelos de organização, designadamente o modelo jurisdicional.

Neste sentido, a jurisdição de contas será função dos tribunais de contas, que se traduz numa actividade específica e materialmente jurisdicional: a aplicação da lei a casos concretos, no julgamento das contas, com a definição e efectivação, se for o caso, das responsabilidades a que houver lugar.

A função jurisdicional dos tribunais de contas (a jurisdição financeira em sentido próprio) consiste naturalmente no julgamento das contas. “Esta actividade é constituída pela determinação da correcção e legalidade das contas apresentadas no final do exercício ou da gerência financeira (em princípio anual), por todos os responsáveis por dinheiros públicos (os que cobram receitas ou pagam despesas; os que autorizam o respectivo pagamento), verificando a respectiva legalidade.

Trata-se de um processo de prestação de contas que é legalmente obrigatório para todos os gerentes ou administradores que respondem, no plano administrativo, por valores públicos, quer os patrimoniais em geral, quer os especialmente constituídos por dinheiros públicos, devendo justificar a fidelidade da sua gestão, a correcção contabilística e a legalidade dos actos praticados no fim dessa gestão”.

“A prestação de contas obrigatória dos contáveis, exactores ou pagadores públicos

resulta do velho princípio (...) segundo o qual todo o administrador de bens alheios deve prestar contas dessa administração”.

O processo típico de controlo jurisdicional consiste, assim, no julgamento das contas.

O julgamento da conta pode, porém, traduzir-se apenas em declarar a correcção da conta apresentada, ou pode consistir também, de modo independente ou cumulativo, em declarar a também a fidelidade e legalidade da gestão financeira dos responsáveis”. No primeiro caso - refere SOUSA FRANCO³ “na técnica financeira portuguesa, declara-se correcto o ajustamento da conta, isto é, os valores globais da gestão financeira do ano e o seu resultado final que transita para o ano seguinte. No segundo caso dá-se quitação aos responsáveis, declarando-os livres de qualquer responsabilidade para com a Fazenda Nacional ou, se não houver condições para dar quitação por haver ilegalidades ou irregularidades relevantes ou falta de valores geradores de dívida, condenar-se-ão os responsáveis a repor os valores que faltam ou a pagar multas ou a sofrer outras penas ou efeitos jurídicos sancionatórios por ilicitudes ocorridas no período financeiro relativamente ao qual se apresentam contas”.

3. O julgamento da conta em sentido amplo para incluir o julgamento da conta e o julgamento dos responsáveis com a quitação ou condenação, que é uma forma de actuação jurídica e constitui o objecto principal da jurisdição financeira.

Nos termos do artigo 214º da Constituição, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: «efectivar a responsabilidade financeira nos termos da lei, e exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei» (...).

A Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei nº 98/97, de 26 de Agosto; a actualização mais recente – a nona – é da Lei nº20/2015, e 9 de Março) concretiza nas competências e na definição do processo o exercício da jurisdição

³ *Idem*, p. 3.

do Tribunal: fiscalizar a legalidade e a regularidade das despesas públicas, apreciar a boa gestão financeira e efectivar responsabilidades por infracções financeiras das entidades sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas.

Entre as várias competências que a lei fixa para o Tribunal de Contas no âmbito da competência material, prevê a de “julgar a efectivação das responsabilidades financeiras das entidades sujeitas à jurisdição, mediante processo de julgamento de contas ou na sequência de auditorias, bem como a fixação de débitos aos responsáveis ou a impossibilidade de verificação ou julgamento de contas, podendo condenar os responsáveis financeiros na reposição de verbas e aplicar multas e demais sanções previstas na lei.”

No âmbito da fiscalização sucessiva, o Tribunal de Contas verifica as contas das entidades sujeitas à sua jurisdição e, no exercício das funções de controlo financeiro, avalia os sistemas de controlo interno das entidades sob jurisdição e aprecia a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira.

Prestadas as contas pelas entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, este verifica-as através de procedimentos de verificação interna ou externa. “A verificação interna abrange a análise e conferência da conta apenas para demonstração numérica das operações realizadas, que integram o débito e o crédito da gerência com evidência dos saldos de abertura e encerramento e, se for caso disso, a declaração de extinção de responsabilidade dos tesoureiros caucionados”; a verificação interna é efectuada pelos serviços de apoio, e deve ser homologada pela 2ª Secção.

A verificação externa das contas tem por objecto apreciar, designadamente:

- se as operações efectuadas são legais e regulares;
- se os respectivos sistemas de controlo interno são fiáveis;
- se as contas e as demonstrações financeiras elaboradas pelas entidades que as prestam reflectem fidedignamente as suas receitas e despesas, bem como a sua situação financeira e patrimonial;

- e se são elaboradas de acordo com as regras contabilísticas fixadas. A verificação externa das contas é feita com recurso aos métodos e técnicas de auditoria decididos, em cada caso, pelo Tribunal.

O processo de verificação externa de contas conclui pela elaboração e aprovação de um relatório, do qual deverão, designadamente, constar:

- o juízo sobre a legalidade e regularidade das operações examinadas e sobre a consistência, integralidade e fiabilidade das contas e respectivas demonstrações financeiras, bem como sobre a impossibilidade da sua verificação;
- a concretização das situações de facto e de direito integradoras de eventuais infracções financeiras e seus responsáveis.

Para além das auditorias necessárias à verificação externa das contas, o Tribunal pode realizar a todo o momento, auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspectos da gestão financeira de uma ou mais entidades sujeitas aos seus poderes de controlo financeiro.

Os procedimentos de auditoria concluem com o juízo sobre a legalidade e a regularidade dos actos examinados e a concretização das situações de facto e de direito integradoras de eventuais infracções financeiras e seus responsáveis.

4. O artigo 59º da LOFTC estabelece o conteúdo da responsabilidade como financeira reintegratória.

A dimensão objectiva e subjectiva que envolve o ambiente no qual a categoria assume relevo e sentido jurídico está na esfera pública e no âmbito de actuação de funcionários e agentes do Estado. Foi neste âmbito e nos deveres que vinculam a actuação dos funcionários e agentes públicos que se formou historicamente e se desenvolveu e consolidou o conceito de responsabilidade financeira.

Os funcionários e agentes da Administração são responsáveis pelos actos e omissões praticados no exercício das suas funções. O artigo 22º da Constituição determina que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por

causa desse exercício, de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

A disposição constitucional, inscrita sistemática e materialmente no domínio dos direitos fundamentais, apenas se refere aos danos causados a terceiros por factos dos funcionários ou agentes da Administração no exercício das suas funções ou por causa desse exercício.

A matriz constitucional (artigo 271º da Constituição) dos termos da responsabilidade dos funcionários e agentes: os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas estabelece que são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

Na dimensão jurídica, as formas de responsabilidade por factos funcionais, (responsabilidade que se pode designar como externa) na projecção dos efeitos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros, e dir-se-ia típicas, são a responsabilidade civil e a responsabilidade penal; perante determinadas condições e posições relacionais específicas do sujeito, a responsabilidade pode assumir uma qualificação de natureza disciplinar.

A responsabilidade civil define a situação jurídica do sujeito que ofenda os deveres resultantes de uma vinculação contratual, causando danos ao outro contraente (contratual), ou da violação de disposições legais destinadas a proteger direitos ou interesses de outrem (extracontratual) ou ainda da utilização de vantagens inerentes à produção de certos riscos tipificados que provoquem danos (objectiva); a responsabilidade penal pressupõe a prática de factos descritos como infracção penal; e nas formas previstas na lei; a responsabilidade disciplinar, a prática de actos lesivos de uma especial relação de confiança e de deveres de conteúdo funcional ou profissional no interior e dentro dos limites de uma relação (pública ou privada) de trabalho.

A responsabilidade civil dos funcionários ou agentes por factos praticados no exercício das respectivas funções ou por causa delas, relativamente a terceiros,

solidariamente com a Administração, está prevista na Lei nº 62/2007, de 31 de Dezembro, que define os termos em que os funcionários e agentes respondem perante os lesados.

Os funcionários e agentes podem também responder criminalmente por factos funcionais, quando os actos ou omissões que pratiquem em tal qualidade constituam um facto previsto como infracção penal. No domínio das actividades funcionais públicas há valores que assumem uma relevância essencial que justifica que sejam tutelados no plano de protecção do direito penal, constituindo crime os comportamentos que afectem tais valores, enquanto na ordenação fundamental sejam (e por serem) considerados valores relevantes da sociedade e tutelem interesses sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível.

Estão nesta qualificação quer os chamados ‘crimes de responsabilidade’, previstos na Lei nº 34/87, de 16 de Junho, em que podem incorrer os titulares de cargos políticos que atentem contra a probidade da Administração, quer os crimes praticados por funcionários, com o sentido do artigo 384º, do CP, previstos especificamente nos artigos 372º a 385º Código Penal enquanto crimes cometidos no exercício de funções públicas.

Na valoração jurídica, a responsabilidade, traduz a complexa situação em que se coloca quem, tendo praticado um acto a que sejam atribuídos por lei determinados efeitos, vê formar-se na sua esfera jurídica a obrigação de suportar certas sanções ou efeitos desfavoráveis. Na base da noção está sobretudo, a violação de uma regra de conduta à qual são atribuídos determinados efeitos, em função da qualidade ou da posição jurídica assumida pelo sujeito e que, conjugando-se com a natureza antijurídica dos factos praticados, ou da natureza da norma jurídica afectada, vai condicionar a determinação da responsabilidade que ao caso couber.

A posição jurídica assumida pelo sujeito em relação aos actos ou comportamentos que estejam em causa conforma a espécie ou a natureza da responsabilidade em que possa incorrer.

5. Numa outra perspectiva, a responsabilidade dos funcionários ou agentes pode situar-se não já na projecção externa em relação a terceiros que

entrem em relação com a Administração, ou por referência a valores essenciais da sociedade, mas no interior da própria relação entre o funcionário e a Administração, ou seja, no plano das relações internas; nesta dimensão, a responsabilidade emergente poderá qualificar-se como «responsabilidade interna». Nestes casos, situados no interior da relação funcional e no plano das relações internas Estado-funcionário, a consolidação de uma responsabilidade interna pode resultar do direito de regresso do Estado contra os funcionários no caso de lesão de direitos de terceiros; uma vez reparado o dano a terceiros lesados, o Estado nos termos e segundo o modelo que adopte, poderá, no plano interno, no respeito dos pressupostos da lei, exigir do funcionário quanto teve de reparar ao terceiro lesado.

Do mesmo modo, outros modelos de responsabilidade foram construídos e são aplicáveis no plano interno e, enquanto tal, constituem igualmente formas de responsabilidade interna.

Estão neste caso, a responsabilidade disciplinar, que tem fundamento essencial no próprio desempenho dos serviços públicos, prevenindo e sancionando as faltas que comprometam o bom funcionamento dos serviços quando os funcionários deixem de observar os seus deveres funcionais, sejam comuns ou especiais. Da violação de tais deveres de conduta funcional derivam infracções disciplinares, previstas de acordo com a natureza e gravidade da ofensa praticada.

Mas também a designada responsabilidade financeira, comumente associada à obrigação, prevista na lei em certos casos, de reintegrar os dinheiros públicos em consequência de prática financeira ilegal ou irregular por parte das entidades (pessoas singulares - funcionários ou agentes) responsáveis.

O julgamento da responsabilidade financeira visa tornar efectivas as responsabilidades financeiras emergentes de factos evidenciados por auditorias fora do processo de verificação externa de contas, ou a aplicação de multas previstas na lei para as quais não haja processo próprio.

A complexidade nominativa da noção de responsabilidade financeira sugere algumas referências aos elementos que integrem este tipo de responsabilidade, e permitam identificar e concretizar a dimensão material do conceito.

A categoria apresenta como seu elemento integrante um primeiro conteúdo que, usado numa dimensão jurídica e normativa, colhe o sentido que a lhe é inerente. A administração de dinheiros públicos, com efeito, pressupõe e exige - é um importante dado da evolução histórica sobre a responsabilidade na administração pública - a definição de um modelo próprio de responsabilidades que seja adequado ao rigor e eficácia do respectivo controlo.

A boa guarda e aplicação dos dinheiros públicos está subordinada a regras estritas, privativas dos agentes que têm a seu cargo a guarda e fiel aplicação dos dinheiros públicos e cuja violação, ferindo a integridade do património financeiro do Estado e a regularidade da respectiva gestão financeira, gera uma particular responsabilidade, típica, que não vai limitada à prática de actos ou omissões que configurem meras faltas pessoais. No caso de tais funcionários ou agentes («contáveis»), a natureza das funções e as normas próprias, específicas e típicas que devem observar no exercício dessas funções, comanda a tipicidade das consequências da inobservância de tais normas e da responsabilidade que lhes está especialmente associada.

A especialidade (ou a autonomia) da noção também é historicamente derivada de razões instrumentais ou de ordem formal, que, todavia, não se impõem nem têm validade por si, mas apenas nas razões substanciais ou de fundo: razões ligadas à jurisdicionalização do julgamento das contas, no sentido em que só haverá responsabilidade financeira (*hoc sensu*) onde existir julgamento de contas e este julgamento apenas abrange quem está legalmente obrigado a prestá-las dentro das condições estabelecidas por lei.

Em síntese, pode concluir-se que a categoria autónoma de responsabilidade financeira pressupõe a prática de uma infracção típica às normas jurídicas que disciplinam a actividade financeira do Estado por parte de determinados sujeitos ou entidades ligadas à gestão de dinheiros públicos. A responsabilidade financeira constitui uma categoria normativa própria e autónoma entre os vários conceitos de responsabilidade que podem relevar da fiscalização da actividade financeira pública.

A responsabilidade financeira resulta - e é este elemento que a caracteriza e lhe confere autonomia enquanto noção - da inobservância de certos deveres positivos por parte de determinados funcionários ou agentes (os «contáveis»), sujeitos à fiscalização e julgamento de instâncias jurisdicionais próprias, de dar boa guarda e fiel aplicação aos dinheiros públicos.

Tais normas assumem, pois, uma especificidade própria, quer pela natureza que revestem, quer pela qualidade dos agentes que vinculam.

6. As normas que definem as várias espécies de responsabilidade assentam em pressupostos próprios de cada uma, protegem interesses diferentes, podendo, por isso, ter consequências diversas. O princípio geral é que se não excluem umas às outras, podendo cumular-se desde que uma determinada prática integre em simultâneo os pressupostos de duas ou mais formas de responsabilidade - penal, civil, disciplinar, ou, no caso específico dos «contáveis», financeira.

No entanto, tal contiguidade não é de molde a contrariar a autonomia do conceito de responsabilidade financeira.

A construção teórica que tem sido elaborada sobre o conceito de responsabilidade financeira tem tradução e comanda o regime desta forma de responsabilidade. A primeira nota a reter é a da inconfundibilidade da responsabilidade financeira com qualquer outra espécie ou forma de responsabilidade. É o que a lei directa e expressamente dispõe quando refere que o efeito assinalado, “condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infracção”, é independente de qualquer outra consequência: “sem prejuízo de qualquer outro tipo de responsabilidade” em que o responsável possa incorrer - artigo 59º, nº 1, da Lei nº 98/97.

A lei define os pressupostos, estabelece tipicamente os responsáveis, determina as inter-relações na respectiva obrigação e fixa também modelos de avaliação da culpa.

O recorte da autonomia conceptual da responsabilidade financeira (pela natureza, pelos pressupostos e fontes, pelo agentes e pelas consequências que determina)

não deve, porém, apagar a proximidade ou a contiguidade com outras formas de responsabilidade, nomeadamente a responsabilidade civil, que constitui a necessária matriz no que respeita aos pressupostos e às consequências no plano reparatório, nem da responsabilidade disciplinar, quando se considerem os pressupostos ainda integráveis nos deveres funcionais e as consequências possam revestir natureza sancionatória típica - as multas.

No entanto, como se referiu, tal contiguidade não é de molde a contrariar a autonomia do conceito de responsabilidade financeira.

A perspectiva sobre a contiguidade entre responsabilidade civil e responsabilidade financeira é desenvolvida por JOÃO FRANCO DO CARMO:⁴ "Tal como na responsabilidade civil, o *vinculum iuris* que brota da responsabilidade financeira reveste carácter patrimonial, ou pecuniário, desempenhando a função precípua de impor ao prevaricador a reparação dos danos causados a outrem (neste caso, ao Estado), resultantes da sua actuação desconforme ao direito ou violadora de um dever jurídico (ilícita). Essa desconformidade há-de traduzir-se, todavia, numa infracção financeira, praticada por um sujeito ou entidade a quem está especialmente cometida a guarda e o manejo de fundos públicos. E o dano que dessa infracção emerge será, normalmente, apurado no decurso de um processo de julgamento de contas, de forma muito mais linear que na responsabilidade civil em geral; com efeito, na responsabilidade financeira, é a própria lei que determina a configuração do dano e o modo de apurar o seu montante, sem haver necessidade de proceder ao cálculo do efectivo prejuízo indemnizável. Mas não é sequer necessária, nalguns casos, a existência de dano patrimonial como resultado da infracção, desempenhando então a responsabilidade financeira uma função marcadamente sancionatória e preventiva (...)."

Não obstante a contiguidade das duas figuras, alguns factores "recortam e diferenciam a «responsabilidade jurídica de natureza especial que reveste carácter patrimonial» em que consiste a responsabilidade financeira. (...)".

⁴ "Contribuição para o Estudo da Responsabilidade Financeira", *Revista do Tribunal de Contas*, nº 23, Janeiro-Setembro de 1995, p. 52.

“O regime da responsabilidade financeira deve ser integrado e compreendido no quadro geral das formas de responsabilidade jurídica aplicáveis aos funcionários e agentes públicos. Em particular, dada a sua proximidade com o instituto da responsabilidade civil, afigura-se totalmente cabido e oportuno que o intérprete, por via de regra, recorra a este último em busca do arrimo necessário”.

“Seguindo este caminho, são os princípios informadores da responsabilidade contratual, ou obrigacional, que deverão auxiliar preferentemente o intérprete. Com efeito, a responsabilidade designada como ‘interna’ do funcionário tem sempre natureza obrigacional, porquanto pressupõe a violação de deveres de ofício inerentes à relação de serviço público; ora, a responsabilidade financeira implica uma específica obrigação preexistente que a lei faz recair sobre os «*comptables publics*»: a de guardar e administrar *regularmente*, isto é, nos termos legalmente aplicáveis, os dinheiros do Estado”.

7. A fonte da responsabilidade financeira está na prática de uma infracção qualificada como infracção financeira, expressamente indicada na lei: nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e pagamentos indevidos; o comportamento há-de, assim, corresponder a um ilícito financeiro substancial ou processual. Constitui também fonte de responsabilidade financeira, nos termos do artigo 60º, a não arrecadação de receitas: “nos casos de prática, autorização ou sancionamento doloso que implique a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas com violação das normas legais aplicáveis, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável na reposição das importâncias não arrecadadas em prejuízo do Estado ou de entidades públicas.”

A responsabilidade financeira, por outro lado, dependendo da prática de actos ou omissões objectivamente qualificados como infracções financeiras, exige o apuramento e supõe a relevância da culpa no comportamento dos responsáveis, de acordo com critérios que a lei estabelece. Com efeito, o artigo 64º dispõe que “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 dos valores e fundos movimentados, o

montante material da lesão dos dinheiros ou valores públicos e os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidades sujeitas à sua jurisdição” - nº 1. Nos casos de negligência, “o tribunal pode reduzir ou relevar a responsabilidade em que houver incorrido o infractor, devendo fazer constar da decisão as razões justificativas da redução ou da relevação” - nº 2.

A responsabilidade pela reposição, que pode ser directa, subsidiária ou solidária, recai sobre o agente ou agentes da acção, sobre os membros do Governo nos termos e condições fixados no artigo 36º do Decreto-Lei nº 22257, de 25 de Fevereiro de 1933, nos gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas.

A responsabilidade pode ainda recair nos funcionários e agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes e outros administradores, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei.

A obrigação de repor, própria da responsabilidade financeira, podendo eventualmente coincidir com uma certa forma de avaliação de danos, não é, no entanto, aferida pela medida destes, encontrada no âmbito de delimitação do conteúdo da obrigação de indemnizar. O objecto da reparação resulta directa e expressamente da lei, independentemente de qualquer necessidade de avaliação sobre a produção e a medida dos danos; a eventual identidade ou aproximada coincidência, dir-se-ia quase natural, entre a medida legal da reposição e uma certa perspectiva de consideração dos danos, não afecta ou anula, nem se sobrepõe à diferente valoração e qualificação *ex vi legis*.

Por último, e determinante, a possibilidade de relevação jurisdicional, que é exclusiva da responsabilidade financeira, sendo inteiramente alheia ao regime da responsabilidade civil.

A responsabilidade financeira é, pois, diversa da responsabilidade civil, porque é independente do prejuízo efectivo da Administração, embora as circunstâncias específicas da acção ou omissão possam ser relevantes, e tem o objecto definido na própria lei, independentemente da verificação de danos.

A responsabilidade financeira, que é uma forma interna de responsabilidade, tem carácter marcadamente substitutivo da responsabilidade civil, tem uma feição preventiva e sancionatória que marca a fisionomia própria da noção. No que respeita à cumulação de responsabilidades, não se suscita dúvida quanto à autonomia de responsabilidades no caso de uma eventual qualificação penal ou disciplinar dos factos que constituam fonte de responsabilidade financeira e respectivas consequências, sempre que tais factos, por si mesmos e nas circunstâncias em que ocorram, possam integrar alguma infracção penal ou disciplinar.

8. Nos termos da lei, o Tribunal de Contas aprecia a legalidade e a regularidade das despesas públicas e, para além do enunciado textual da Constituição, «a boa gestão financeira».

A noção de «gestão pública» constitui um pressuposto da definição da tipicidade dos actos susceptíveis de gerar responsabilidade por actos de gestão pública.

Podemos recortar diversos sentidos ou conteúdos da noção de «gestão pública» - ou várias noções de «gestão pública»

A «gestão pública», em conjugação com a «gestão privada» na distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, constitui o critério substantivo e processual que tem – tinha e ainda tem – relevância para definir o regime da responsabilidade civil das pessoas colectivas públicas no exercício da função administrativa e a jurisdição para o julgamento.

Nesta dimensão conceptual e substantiva, gestão pública é a actividade da Administração (o conjunto de acções e omissões no exercício da função administrativa), regulada pelo direito público, que confere poderes de autoridade para a prossecução do interesse público, enquanto a gestão privada compreende actividade desenvolvida com fundamentos e actuação regulados pelo direito privado; com este sentido e finalidade o conceito continua presente na jurisprudência e na doutrina nacionais.

A «gestão pública» pode ser também entendida como governança das organizações que servem interesses públicos, segundo fórmulas e modelos

conceptuais oriundos de áreas diversas, especialmente da economia e da gestão («conceitos nómadas»), com perspectivas diferentes na concepção dos modos de acção, no nível de relevância do direito, na importação maior ou menor de técnicas e procedimentos próprios do sector privado, na cedência dos procedimentos aos resultados, ou no primado da eficiência e eficácia.

Ainda em outro campo, «gestão pública» é a definição de políticas públicas ou administração dos serviços públicos, que prestam utilidades ou realizam finalidades públicas de promoção e protecção directa ou indirecta nas diferentes áreas de intervenção necessária do Estado, como prestador ou como garante.

Presente nas noções gestionárias, a racionalização da gestão pública à luz do que sejam considerados critérios técnicos de boa gestão contribui para afastar o direito, que deixa de ser o principal elemento da actuação administrativa.

Na diversidade – e complexidade - de sentidos, torna-se incerto e nebuloso saber do que falamos quando falamos na responsabilização por actos de gestão pública; importa saber que gestão e que actos.

A amplitude ou o encontro de significados plurais da noção de «gestão pública» consoante a perspectiva ou o âmbito material, ou seja, a diversidade possível de sentidos da expressão na definição das competências do TC, suscita algumas dificuldades na identificação dos pressupostos da responsabilidade ou responsabilização por actos de gestão pública.

Os limites da contiguidade das diversas formas de responsabilidade constituem espaços de diferenciação, mas também de exclusão, desde logo porque a tipicidade da responsabilidade financeira nem sempre estará em actos de gestão pública no conceito normativo, mas pode estar eventualmente embora com todo o cuidado na leitura, em actos de gestão pública na dimensão gestionária, que integra o âmbito da competência de controlo e avaliação do TC.

As exigências do estado democrático e os imperativos de racionalidade de gestão e o novo serviço público – ênfase colocada na dignidade do serviço público e dos valores da democracia, da cidadania, da ética e do interesse público, que devem constituir o quadro axiológico de referência da AP, com fundamento na ideia de serviço aos cidadãos; no conceito de serviço público associado à ideia de virtude

cívica e concepção ética de cidadania e de serviço aos cidadãos, só por si não deixam campo seguro para definir responsabilidades e consequências⁵.

As sociedades democráticas reclamam *accountability* e exigem dos servidores públicos que não apenas cumpram a lei e os critérios técnicos de boa gestão (economia, eficiência e eficácia), mas também que promovam os valores da comunidade, os *standard* profissionais e os interesses dos cidadãos.

A *accountability* ultrapassa o sentido formal, hierárquico e legalista, e pressupõe que os gestores públicos, para além do cumprimento da lei, e do respeito dos valores fundamentais do Estado democrático, devem responder pela economia, eficiência e eficácia da gestão, devendo prestar contas pelas medidas adoptadas.

Mas, neste âmbito e com esta amplitude, e falando de responsabilidade, têm se saber que contas; de que natureza; e com que critérios de apreciação e julgamento.

A responsabilidade jurídica e juridicamente avaliada, tem de estar prevista na lei e devidamente tipificada nas acções e nas consequências; seja criminal, civil, disciplinar ou financeira.

A definição dos tipos e das consequências está suficientemente concretizada na responsabilidade criminal, civil ou mesmo disciplinar. São categorias de responsabilidade sedimentadas, com conceitos densos e estáveis, fontes objectivas, comportamentos definidos *ex ante*, conceitos apurados como a ilicitude e a culpa e a excepcionalidade e previsão expressa da responsabilidade objectiva, consequenciais e dependentes de rigorosas relações de causalidade.

Diversamente, na responsabilidade financeira podem surgir dificuldades de compreensão se, além do controlo da legalidade e da regularidade, entra no campo da avaliação da «boa gestão».

Para efeitos de responsabilidade, não basta o enunciado genérico e não suficientemente definido (ou indefinido) de critérios técnicos de boa gestão, com a referência a economia, eficiência e eficácia, a avaliação dos métodos de gestão, a valoração de programas e políticas públicas, que deslocam o controlo das questões de legalidade para a avaliação de resultados.

⁵ Cfr., NOGUEIRA DA COSTA, “*O Tribunal de Contas e a Boa Governança*”, 2ª ed., 149, seg.

A fiscalização da actividade financeira sob a condução de critérios indeterminados, como são a economia, boa gestão, eficácia, boa governança, tem colada um grau elevado de subjectividade num controlo *a posteriori* de factos já consumados, que apenas podem ser avaliados nas suas próprias circunstâncias e não segundo juízos de prognose póstuma⁶.

9. O TC exerce as competências de controlo financeiro externo por meio de auditorias de natureza operacional, incluindo avaliação de programas e políticas públicas; tem competências para auditorias de natureza operacional de desempenho – superação da concepção positivista da auditoria

Mas a decisão política e os meios de a executar são contingentes e condicionados pelo contexto e pelas circunstâncias do tempo em que são tomados ou decididos, pela precaridade e carácter falível das actividades humanas de escolhas múltiplas⁷. Por isso, a natureza falível de toda a decisão não permite positiva-la *ex post* para e com efeitos sancionatórios.

Avaliar políticas públicas é uma avaliação política; o juízo sobre a razoabilidade, qualidade e efeitos de uma política só pode ser de natureza política.

Aqui a incerteza e a dúvida geram para os agentes o risco de comportamentos e acções em que a eventual responsabilidade não esteja suficientemente definida *ex ante* nos respectivos pressupostos, mas apenas se concretiza *ex post* por juízos subjectivos de apreciação com elevado grau de discricionariedade de facto.

A natureza da responsabilidade, que é sempre de alguma forma materialmente sancionatória, tem de reverter sempre a comportamentos suficientemente tipificados na lei; a legalidade e a regularidade, para poderem ter consequências sancionatórias ou desfavoráveis, têm de ser aferidas sobre comportamentos que se integrem em quadros legais prévia e suficientemente definidos. Tem de estar prevista uma descrição de tipicidade para obter caução constitucional⁸.

⁶ Cfr., ISABEL SILVA GOUVEIA, “O Tribunal de Contas e a Análise das Circunstâncias que Conduzem à Prática de Infracções Financeira”, 2016, p. 57, seg.

⁷ Cfr., RUTE FRAZÃO SERRA, “Controlo Financeiro e Responsabilidade Financeira”, 2011, p. 162 e 169.

⁸ Exemplo das dificuldades que pode suscitar a caução constitucional da natureza do controlo, o recente acórdão do Tribunal Constitucional, nº 812/2017, de 30 de Novembro de 2017, que julgou

As diversas modalidades de responsabilidade por actos de gestão pública convivem nas especificidades de cada regime. Têm pontos de confluência e espaços de diferença; podem ser sobrepostas com prevalência de uma, ou podem ser independentes, mas não se trata aqui de questões de coerência. Cada modalidade tem a sua própria coerência dentro dos respectivos pressupostos, a não ser a que possa resultar, por via negativa, do princípio da plenitude e da unidade do sistema jurídico.

A amplitude com que a noção de «gestão pública» parece utilizada, ou pode ser utilizada na perspectiva das competências do Tribunal de Contas, é propícia a suscitar algumas dificuldades na identificação dos pressupostos da responsabilidade financeira.

Os limites da contiguidade da responsabilidade financeira com outras formas de responsabilidade estabelecem espaços de separação, mas também de exclusão, sempre que, segundo a opinião das auditorias, as verificações e os factos que materialmente tenham consequências financeiras não resultem de actos inscritos nos tipos normativos, mas em actos de «gestão pública» no sentido da linguagem da disciplina gestonária – a «boa gestão» no enunciado das competências de controlo.

No entanto, para não perturbar a caução constitucional, a matriz da responsabilidade não poderá ser integrada no conceito gestonário, mas no sentido normativo referido à tipicidade.

No sentido típico e normativo, as formas de responsabilidade financeira estão definidas por meio de tipos objectivos mais ou menos abertos, mas ainda assim suficientemente densificados, e subjectivamente pela enunciação prévia dos possíveis responsáveis e pela exigência de culpa.

A apreciação ou análise da coerência entre regimes de responsabilidade, ou mais rigorosamente, de compatibilidade, de exclusão directa ou de consumpção, pode suscitar uma ou outra dificuldade.

«inconstitucional a norma ínsita no artigo 96º, nº 2, da LOTC, no sentido que estabelece a irrecorribilidade das deliberações da 2ª secção que aprovem relatórios de verificação ou de auditoria quando os mesmos emitam e apliquem juízos de censura aos visados e responsáveis financeiros».

As relações entre a responsabilidade penal e a responsabilidade financeira podem ter pontos de convergência na qualidade dos agentes e nas consequências, quando os elementos do tipo e o resultado dos actos determinam consequências para a integridade das finanças públicas.

No entanto, os bens jurídicos protegidos nos crimes próprios de funcionários, no conceito penal alargado do artigo 384 do Código Penal, só em parte reduzida se referem a actos com possíveis consequências financeiras directas – no rigor, apenas o peculato, mas possível também na corrupção ou na participação económica em negócio.

A confluência ou compatibilidade – ou em leitura reversa a consumpção de efeitos – entre a responsabilidade civil e a responsabilidade financeira, pode ser analisada no âmbito do direito de regresso.

O direito de regresso previsto no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro) e da responsabilidade civil por crime cometido por titular de cargo político, pode consumir, por identidade de objecto, os efeitos da responsabilidade financeira reintegratória, por um lado, mas, por outro, o regime tem pontos ou módulos de possível irritação com o regime previsto no artigo 59.º n.º 5 (obrigação de indemnizar no âmbito da contratação pública), ou com a infracção financeira prevista na alínea m) do nº 1 do artigo 65.º da LOPTC (responsabilidade sancionatória «pelo não accionamento dos mecanismos legais relativos ao exercício do direito de regresso, à efectivação de penalizações ou a restituições devidas ao erário público»); no rigor, o julgamento pelo Tribunal de Contas do modo como a entidade competente avaliou a verificação dos pressupostos do exercício do direito de regresso – «dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores aqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo».

10. A efectivação de responsabilidades financeiras deve ser requerida pelo Ministério Público, independentemente das qualificações jurídicas dos factos constantes dos relatórios de auditoria (autonomia de análise e pedido – *nemo iudex*), e processa-se nos termos previstos nos artigos 89.º a 95.º da Lei nº 98/97:

requerimento, citação, contestação, audiência de discussão e julgamento segundo o regime do processo no Código de Processo Civil, e sentença, que admite recurso.

O processo no Tribunal de Contas está vinculado ao respeito das exigências do processo equitativo, sendo aplicável o artigo 6º § 1º da CEDH (acórdão do TEDH, caso MARTINE c. FRANÇA, (GC), de 12 de Abril de 2006).

11. Tem sido colocada a questão da compatibilidade do regime de responsabilidade previsto no artigo 61º, nº 2 da LOGTC e a norma do artigo 72º, nº 2 da Lei nº 151/2015, de 11 de Setembro do 2015 (Lei de Enquadramento Orçamental).

O artigo 61º, nº 2 da LOFTC, que usa uma técnica legislativa que não é hoje de fácil compreensão, não define autonomamente, com um sentido moderno e adaptado às circunstâncias do tempo, os agentes das infracções financeiras, mas remete para o sistema e para as soluções de 1933, certamente pensadas para responder a problemas em muitos níveis bem diferentes do tempo actual.

Não deverá, por isso, causar surpresa se, num ou noutro momento, o legislador considerar que as circunstâncias ditam soluções diferentes mais adaptadas a este tempo.

Nos termos do artigo 61º nº 2 da LOPTC, a responsabilidade financeira reintegratória dos membros do Governo e dos titulares de órgão executivos das autarquias locais (artigo 248º da Lei nº 42/2016, de 28 de Dezembro), nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores e pagamentos indevidos, fica restrita às circunstâncias em que poderiam ser responsáveis civil ou criminalmente, especificadas nos segmentos 1º, 2º e 3º do artigo 36º do Decreto nº 22257.

O artigo 72º, nº 2, da LEO alarga o âmbito pessoal do artigo 36º, ponto 1º, do Decreto nº 22257, mas no que respeita à responsabilidade por violação de normas de execução orçamental deixa intocada, no campo da tipicidade, a previsão do nº 1 do artigo 62º do LOPTC.

São disposições que se complementam, mas a disciplina não coloca em causa a regra geral da tipicidade das infracções financeiras, tal como definidas na lei

material própria, que continua a ser a LOPTC – essencialmente os artigos 59º e 65º.

O artigo 36º, 1º, 2º e 3º do Decreto 22257, *ex vi* do artigo 61º, nº 2 da LOPTC, define os titulares ou agentes de funções que podem ser responsáveis e os termos ou condições em que o podem ser nas diversas formas de responsabilidade.

Mas a especificação, a natureza e os tipos de cada forma de responsabilidade encontram-se nas respectivas normas de previsão, sejam civis, criminais ou financeiras.

Na dimensão material, no que respeite à responsabilidade financeira por violação de normas orçamentais, o artigo 72º, nº 2 da LEO parece alargar as categorias de responsáveis; além dos ministros, acrescenta todos os titulares de cargos políticos. A definição de cargo político depende de cada estatuto, mas a fonte mais directa deverá o enunciado do artigo 3º da Lei nº 34/87, de 16 de Julho.

De qualquer modo, a definição, a extensão e o conteúdo de cada forma de responsabilidade tem uma credencial da Constituição em matéria penal e nas relações da Administração com terceiros, mas nas restantes formas depende da liberdade de escolha do legislador.

Não poderá falar-se, assim, num princípio da responsabilidade com densidade constitucional; a definição da responsabilidade depende, então, da liberdade de escolha do legislador.

19 de Janeiro de 2018

(António Henriques Gaspar)