

O Tribunal de Contas e a falta de consciência da ilicitude no contexto da má despesa pública

Joaquim Freitas da Rocha
Escola de Direito da Universidade do Minho

Sumário: **1.** O exercício de cargos públicos e a má despesa pública inconsciente; **2.** A questão da falta de consciência da ilicitude (breve aproximação); **3.** Os critérios adotados pelo TdC; **a)** A literacia e preparação; **b)** O zelo ou cuidado no desempenho das atuações; **c)** A atuação com base em informações ou pareceres; **d)** A linearidade ou problematidade das questões; **e)** A natureza recorrente ou ocasional da atividade e do erro; **4.** Apreciação crítica e conclusões

Resumo: o presente artigo aborda a questão da falta de consciência da ilicitude nas situações de malversação de dinheiros públicos. Com base da jurisprudência do Tribunal de Contas (órgão máximo de controlo da despesa pública), e partindo dos ensinamentos da ciência jurídica criminal, tem-se entendido que a censurabilidade sobre o erro ou a ignorância na utilização dos recursos de todos pode depender da atitude interna do agente infrator relativamente aos valores jurídicos: se geralmente diligente e cuidadoso, o seu erro pode ser desculpável; se geralmente relapso ou indiferente, o erro será indesculpável, graduando-se a respetiva pena em conformidade.

Palavras chave: Direito financeiro público, despesa pública, malversação, controlo financeiro, tribunal de contas

1. O exercício de cargos públicos e a má despesa pública inconsciente

A afirmação de que *não é qualquer um* que pode exercer cargos políticos e altos cargos públicos é democraticamente perigosa, mas, dependendo das circunstâncias em concreto e do cargo em causa, pode ser juridicamente aceitável¹. Na verdade, nos

¹ Para os presentes propósitos, considerar-se-á que exercem cargos políticos e altos cargos públicos as pessoas singulares previstas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 52/2019. Malgrado a indefinição que envolve a matéria, crê-se que a consideração destes preceitos é adequada às reflexões aqui vertidas, na medida em que é suficientemente apta a atingir conclusões jurídico-normativamente adequadas. Trata-se de um recorte amplo que, embora não com *pureza conceitual* – propósito que aqui, por deslocado, não se busca –, permite englobar uma variedade de agentes suficientemente demonstrativa da realidade sobre a qual se pretende ponderar, pois todos apresentam uma característica em comum, aqui essencial: lidam com públicos. Aqui se consideram, assim, os membros do Governo, os membros dos órgãos executivos do poder local, os titulares de cargos de direção superior e dirigentes máximos dos serviços das câmaras municipais e dos serviços municipalizados, os gestores públicos, os membros de órgãos de administração de sociedade anónima de capitais públicos, os titulares de órgãos de gestão de empresas participadas pelo Estado, os membros de órgãos diretivos dos institutos públicos, os membros do conselho

quadros de um *Estado de Direito responsável*, a candidatura ou a aceitação de um convite ou desafio para o exercício temporalmente limitado de um cargo dessa natureza não podem ser encaradas com imponderação ou ligeireza, devendo o respetivo sujeito preocupar-se em saber se terá ou não o perfil, a disponibilidade e as competências (técnicas e não técnicas), exigidas para tal.

Naturalmente que não se pode exigir que apenas os letrados ou especialistas sejam chamados a desempenhar funções dessa natureza, sob pena de retrocesso civilizacional, resgatando conceções democraticamente inaceitáveis – insiste-se: inaceitáveis –, e quase retornando aos tempos da participação capacitária ou censitária. A democracia elitista ou a ética classista (exclusivista) são inconcebíveis. Porém, não raros são os casos em que danos significativos para o Interesse público são levados à prática à custa da impreparação, da falta de perfil, da incúria repetida, atuando o agente em causa de modo ilícito (isto é, contra o ordenamento jurídico), sem ter consciência de tal, pensando que estava a agir bem ou, no mínimo, sem ter a perceção de que estava a agir mal. Atuações, enfim, assentes numa indiscutível – censurável ou não, depende – falta de consciência da ilicitude.

de administração de entidades administrativas independentes, entre outros.

Como encarar estas situações, principalmente quando estão em causa, como acontece quase sempre, dinheiros públicos (ou outros valores), que são de todos? Como reage o Direito Financeiro público e os respetivos órgãos de sindicância e controlo a estas realidades?

As questões inerentes ao perfil, à literacia, ao conhecimento, e à diligência que se deve exigir a uma pessoa que exerce um cargo desta natureza não são estranhas ao Tribunal de contas (“TdC”), e nem se pode dizer que sejam de conhecimento recente. Na verdade, muitos são os ilícitos a propósito dos quais o órgão máximo de controlo das despesas públicas teve de aplicar o seu crivo de sindicância e atender à falta de consciência da ilicitude dos agentes, elencando-se a título meramente ilustrativo os seguintes, todos subsumíveis ao conceito de malversação ou de “má despesa pública”²:

- a aquisição de medicamentos por parte do conselho de administração de um hospital;
- a contratação de aposentados ou o pagamento de subsídios a bombeiros voluntários por parte de um município;
- o financiamento de atividades de investigação por um Instituto público;
- a atribuição de prémios de refeição e telemóveis de serviço por uma entidade cultural pública;
- a realização de pagamentos sem cabimento orçamental ou a alteração das datas de pagamentos de despesas por parte de um laboratório público;
- a sobrevalorização de receitas e a apresentação à assembleia municipal de um orçamento ficticiamente equilibrado.

Sendo certo que em situações como estas – e em muitíssimas outras que a realidade impõe à consideração –, as atuações podem ser dolosas e intencionalmente dirigidas à consecução do resultado danoso, também não deixa de o ser que em bastantes outras podem estar em causa erradas perceções e falsas representações que conduzem o agente infrator a não interiorizar convenientemente a hierarquização dos valores protegidos pela lei, acabando, de modo desculpável e às vezes até de boa-fé, por efetuar a referida má despesa, atuando de modo desconforme com o ordenamento.

Como se procurará demonstrar, a avaliação destas situações não é fácil, e a questão fulcral situa-se ao nível da atitude interna (psicológica) do agente: terá

² As expressões *má despesa pública* ou *despesa pública patológica* surgem no presente contexto no sentido que lhe demos em anteriores escritos, designadamente no nosso *Direito da Despesa Pública*, Almedina, Coimbra, 2019, por exemplo a pp. 146, ou *Práticas corruptivas e despesa pública: o exemplo da ferrovia nos ordenamentos brasileiro e português*, in *Interloquções jurídicas luso-brasileiras*, vol. 1 : *Interloquções sobre direito*, AEDREL, Braga, 2015.

ele agido de um modo aceitável, atendendo às concretas circunstâncias que o rodeiam? A sua falta de consciência da ilicitude ficou a dever-se a uma qualidade desvaliosa (como indiferença ou desleixo em relação aos parâmetros do dever-ser), tomando por paradigma um qualquer sujeito medianamente informado e diligente?

Antes de aportar os problemas de um ponto de vista jurídico-financeiro, importará fazer uma breve paragem nos domínios onde estas questões mais profusa e densamente têm sido objeto de enfoque teórico e analítico: a ciência jurídica criminal (vulgo, Direito Penal). Naturalmente que razões de humildade cognoscitiva e distanciamento científico impõem que essa aporcação se faça de modo cauteloso e minimalista.

2. A questão da falta de consciência da ilicitude (breve aproximação)

Não se revela surpreendente a constatação de que foi a partir da doutrina jus-penalista – e particularmente do relevantíssimo contributo de FIGUEIREDO DIAS³ – que a abordagem do TdC às enunciadas questões começou por ser feita, procurando-se recortar no quadro da delimitação dos conceitos de falta de consciência da ilicitude e de culpa os critérios, senão determinantes, pelo menos indiciadores do grau de diligência que deve ser exigido a um servidor público *no exercício* das suas funções⁴.

Naquele âmbito (penal), se a leitura que fazemos do mestre de Coimbra é a correta, o parâmetro decisivo para se avaliar se a atuação errónea de determinado agente merece ou não censura reside em saber se o mesmo demonstra, ainda assim (isto é, apesar do erro), uma atitude geral de fidelidade ao ordenamento jurídico, em termos de exteriorizar – insiste-se, apesar da falha – uma reta consciência jurídica (*rechtsschaffene Gewissen*)⁵.

³ V., principalmente, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 3.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 624 e segs. e 733 e segs., e, do mesmo autor, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 1969.

⁴ V., por exemplo, sentença do TdC (3.ª secção) n.º 3/2015, Processo n.º 8-JRF/2014, onde se pode ler:

“A responsabilidade sancionatória, no âmbito do direito financeiro, impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos pois não é concebível postergar tais conceitos e princípios quando se apela, na Lei nº 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção, sendo pacífico que os conceitos enformadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do Direito se devem adequar aos princípios e conceitos enformadores do direito penal, onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento”.

⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 744 e *O problema da consciência da ilicitude...*, cit., p. 341.

Tem-se por assumido que podem existir *erros não censuráveis* (*erros desculpáveis*), na medida em que as falhas, só por o serem, não implicam necessariamente um juízo de desvalor e de imputação de culpa, ao menos em termos absolutos. Não pode ser negligenciado que numa sociedade caracterizada pela (já não recente⁶) complexidade técnica (e até axiológica), e que se rende à permanente mudança e aos impulsos da inovação, a ilicitude de uma determinada conduta pode não ser apreensível de modo intuitivo, direto, claro ou evidente (“a impor-se por si mesma”⁷), podendo o agente praticar um ato ilícito pensando que está a praticar um ato lícito ou, pelo menos, não pensando que está a praticar um ato desconforme. No fundo, seria como se o mesmo agisse objetivamente em desconformidade com o Direito – uma *desconformidade específica*, com *aquela* norma jurídica – mas subjetivamente convencido de que não estaria a agir incorretamente.

Deste modo, nos casos em que um determinado agente (i) pratica um ilícito, baseado na errónea convicção de que não está a agir em desconformidade com a norma – porque, por exemplo, “todos agem assim” ou porque ninguém mais qualificado o alertou para o dever de agir de outro modo –, e, apesar disso, (ii) demonstra um claro intento de se mover nos quadros gerais da juridicidade ou legalidade – não se revelando no atual percurso cognitivo ou no seu *histórico* qualquer intenção de defraudar o desígnio legislativo –, pode considerar-se que o mesmo se apresenta como respeitador das exigências gerais do ordenamento, não sendo absurdo excluir a censurabilidade da falta de consciência do ilícito. Será, aliás, este o sentido da prescrição contida no artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal (“[a]ge sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável”).

Naturalmente que, sob pena de perda da força normativa dos preceitos jurídicos – e, a prazo, do próprio ordenamento globalmente considerado –, os apontados critérios não podem dar lugar a uma atitude de permissividade ou indulgência, desculpando-se toda a qualquer ignorância com base no argumento de que o agente tinha boa intenção. Tais critérios apenas serão cabíveis ali, onde a questão da ilicitude se revela não evidente, havendo lugar a uma dúvida dentro dos limites da razoabilidade – não sendo manifesto para qualquer pessoa que o ato é, *sem sombra de dúvida*, ilícito –, designadamente porque conflituam diversos pontos de vista juridicamente

relevantes⁸. Pelo contrário, quando se revela que a atitude errónea em causa tem na sua base fatores ou motivações razoavelmente não aceitáveis (e.g., ambição, egoísmo, indiferença face aos valores essenciais protegidos pelo Direito), entende-se existir uma “atitude interna desvaliosa”, caracterizada por “embotamento, insensibilidade, daltonismo da consciência ética”⁹.

Pois bem, partindo do aludido substrato teórico, o – assim constitucionalmente definido (artigo 214.º da CRP) – *órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas*, procurou recortar um quadro de referência que permitisse aferir da censurabilidade ou não da conduta faltosa dos agentes¹⁰ que lidam com dinheiros públicos (ou outros valores), determinando se, *no caso em concreto*, existirá uma atitude interna desvaliosa que permita concluir no sentido da ilicitude dessa conduta e, mais do que isso, da relevância da culpa respetiva.

Percorrendo de um modo minimamente atento algumas decisões jurisdicionais do TdC (sentenças e acórdãos) – e apenas estas serão aqui consideradas, não relevando no presente conjunto de reflexões os atos não decisórios e não jurisdicionais (e.g., relatórios, pareceres, instruções, recomendações, atos administrativos) – é possível afirmar-se uma linha argumentativa tendencialmente linear no sentido da desculpabilidade de algumas atuações juridicamente desconformes. De um modo propositadamente genérico, tal linha poderia ser sintetizada do modo seguinte: quando determinado servidor público atua sem consciência da ilicitude do facto que pratica, considera-se que age sem culpa se tal falta de consciência não é em concreto censurável (porque, por exemplo, não tem formação jurídica ou financeira, não foi devidamente alertado, existe um histórico no sentido da prática, a questão reveste-se de especial problematidade, etc.). Pelo contrário, se se trata de

⁸ Em sentido próximo, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* cit., p. 744.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 741. Cfr., ainda, para uma aproximação, a sentença do TdC (3.ª secção) n.º 14/2019, Processo n.º 6/2019.

¹⁰ No seguimento do que se disse supra (nota n.º 1), também o conceito de “agente” é, no presente contexto, propositadamente abrangente, procurando incluir no seu perímetro todas as pessoas ou entidades, independentemente da respetiva natureza jurídica (pública, privada ou mista) ou do vínculo a que estão adstritas (simples contrato de trabalho, contrato de trabalho em funções públicas, contrato de prestação de serviços, avença, etc.), que lidam com dinheiros públicos (ou outros valores). Assim se compreende o autêntico *direito de sequela* que as instâncias de controlo financeiro (designadamente o Tribunal de Contas) podem efetivar no desempenho das suas funções. V. a respeito, o nosso *Direito da Despesa Pública*, cit., p. 223.

⁶ Cfr. o clássico SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, 2009.

⁷ Uma vez mais, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 735.

uma falta de consciência censurável, agirá com culpa e deverá ser (mais intensamente) sancionado.

Porém, e como não poderia deixar de ser, atenta a natureza eminentemente *realista* da função julgadora, a consideração dessa censurabilidade depende, e muito, da factualidade subjacente ao caso em concreto, pelo que, mais relevante do que afirmar a aludida orientação – que outro propósito não terá do que fixar uma base inicial de abordagem à compreensão da temática –, será procurar conhecer alguns dos critérios usados para o efeito.

É o que se procurará fazer de seguida, ensaiando-se, a partir de um conjunto selecionado de decisões, a exposição de algumas linhas de motivação que têm guiado o TdC em casos de malversação.

3. Os critérios adotados pelo TdC

Embora sempre considerando as concretas motivações e circunstâncias do caso, o TdC adota uma atitude de certa tolerância, entendendo – e bem, parece-nos – que não existem *tabelas apriorísticas de comportamentos censuráveis*. Existem, contudo, algumas *linhas vermelhas* que o decisor público financeiro não poderá ultrapassar, sob pena de o eventual desconhecimento dos deveres que sobre si impendem não lhe ser desculpável. Trata-se, no fundo, de reconhecer que nem só os *letrados* se podem candidatar e dispor a exercer cargos públicos – e, nessa medida, lidar com os dinheiros públicos –, mas que também incidirá sobre cada um a análise da sua concreta circunstância e a retirada da ilação acerca da sua preparação para o exercício. Não se poderá negligenciar que se está sempre em presença de domínios de atividade que envolvem a prossecução do Interesse público e o cumprimento de deveres funcionais (isto é, deveres estabelecidos no interesse de outrem, designadamente a comunidade), utilizando-se bens que não são próprios – os dinheiros públicos (ou outros valores) – e relativamente aos quais se deve utilizar um critério de *exigibilidade intensificada*, existindo um dever especial de cumprir e fazer cumprir a lei¹¹.

Procuramos, de um modo necessariamente breve, percorrer alguns esteios dessa argumentação.

a) A literacia e preparação

Não é infrequente que os demandados em processos de responsabilidade financeira invoquem, de modo mais ou menos direto, a sua falta de preparação anterior, alegando, por exemplo, que não dispõem de “conhecimento bastante acerca da gestão diária” de

uma determinada unidade orgânica (e.g., um centro de formação), ou que “não está ao seu alcance”, por falta de competência, uma averiguação da legalidade de certas atuações (como propostas contratuais). De resto, não pode ser negligenciada a natureza específica e muitas vezes técnica das funções a desempenhar, reclamantes de conhecimentos em áreas tão distintas como a economia, a gestão, a contabilidade ou o Direito.

O TdC considera, neste contexto, que “a impreparação dos responsáveis pela gestão e administração pública não pode nem deve ser argumento excludente da responsabilidade das suas decisões”¹². Aliás, considera mesmo que o desconhecimento, só por si, não constitui fator atenuante da culpa, podendo até constituir fator agravador, dependendo (i) da formação de base do agente e (ii) do tipo específico de conteúdos funcionais a desempenhar:

- i) Quanto à formação, entende o julgador que, quanto maior o nível educacional e académico detido pelo agente, maior será também a censurabilidade relativamente à impreparação e à ignorância. Sendo os infratores licenciados (médicos, advogados, engenheiros, gestores, contabilistas certificados, etc.), isto é, pessoas “diferenciadas relativamente à maioria da população”), existirá um especial dever de cumprir e fazer cumprir a lei, não sendo aceitável que se desconheçam conceitos básicos e já devidamente sedimentados pela jurisprudência dos tribunais em geral e do TdC em particular (por exemplo, em sede de contratação pública)¹³.
- ii) Quanto aos conteúdos funcionais inerentes à atividade a desempenhar, importará considerar, no caso em concreto, se se trata de deveres genéricos e abrangentes, designadamente conteúdos de gestão globalmente considerados (gestão de um laboratório de investigação, de um teatro, de um agrupamento escolar, de um centro de saúde, de um hospital, etc.), casos em que menos conhecimentos técnicos se exigirão e maior desculpabilidade se poderá perspetivar; ou se, diversamente, estão em causa funções com elevada carga de tecnicidade e especificidade, abrangendo um certo e individualizado domínio material (contencioso administrativo, orçamento e finanças, cuidados de saúde, proteção do ambiente, ensino, ordenamento do território, etc.), casos em que os aludidos conhecimentos técnicos serão indispensáveis e uma determinada atuação ilícita baseada em erro ou ignorância será menos

¹¹ Assim, por exemplo, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 11/2010, RO-JC/2010.

¹² Cfr., a propósito, e por exemplo, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010.

¹³ V. o citado Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010.

desculpável. Naturalmente que a natureza genérica das funções não traz assumida a irresponsabilização de qualquer atuação financeira (despesista) ilícita, admitindo-se que o infrator sempre poderá alegar o desconhecimento de regras específicas que deveria observar. Bem diferente disso, exige-se um grau de diligência que, não descendo ao nível da perícia técnica, ao menos demonstre cuidado e zelo¹⁴.

A partir do descrito, será razoável afirmar que o TdC até aceita e compreende a falta de preparação e de conhecimentos prévios à assunção de cargos e ao desempenho das funções, mas até certo ponto: desde que haja diligência da parte da pessoa em causa (a tal “reta consciência jurídica”, já acima mencionada). Na verdade, estando em causa cargos públicos de administração e gestão – lidando com dinheiros de todos –, seja ao nível autárquico, ao nível do sistema de saúde, do sistema de ensino, da cultura, da investigação científica, etc., não pode deixar de se perguntar se será admissível que alguém sem perfil para tal aceite a responsabilidade (por vezes, exclusiva) para o exercício dos mesmos. Em tais situações, a simples aceitação de responsabilidades para as quais não se está devidamente preparado – por falta de consciência, de conhecimentos ou de experiência – pode ser “já uma contradição com o dever objetivo de cuidado” que é exigível¹⁵. Consequentemente, e em termos práticos – entende o TdC –, tendo aceitado os cargos, se os agentes interiorizam a convicção da sua própria impreparação, só lhes restarão duas alternativas, de modo a cumprir o dever de diligência que lhes é exigível: ou obter conhecimentos (por exemplo, preparando-se ou exigindo a informação necessária) ou demitirem-se das funções que exercem^{16/17}.

¹⁴ Será neste sentido que se compreendem e aceitam afirmações como: “As regras de contratação pública, têm que ser conhecidas, ainda que não pormenorizadamente, por quem desempenha funções em órgãos de gestão da administração pública. Ainda que nestes órgãos, nomeadamente nas Unidades de Saúde, exerçam funções profissionais de saúde (vg. médicos e enfermeiros, como é o caso dos recorrentes), com competências próprias em função dessas atribuições profissionais, são também tais elementos «gestores» da organização, ainda que conjuntamente com outros responsáveis do órgão de gestão. (...) [Quem...] vai exercer essas funções de gestão pública, tem que ter (ou adquirir, se não as possuir) um mínimo de conhecimentos de matérias sobre as quais vai tomar decisões” [v. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 23/2020, RO N.º 3/2020, Processo n.º 22/2019].

¹⁵ Assim, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 1/2009, Processo n.º 2-JC/2007.

¹⁶ Neste sentido, cfr., por exemplo, Acórdãos do TdC (3.ª secção) n.º 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010; e 28/2020, Recurso n.º 2/2020-JRF.

b) O zelo ou cuidado no desempenho das atuações

Uma das atitudes mais fortemente censuradas pelo TdC é – independentemente da formação de base do infrator – a falta de cuidado ou de zelo no desempenho das funções, seja por ação, seja, principalmente, por omissão. Trata-se das situações em que o agente público em causa, desconhecendo as matérias, não diligencia no sentido de se esclarecer acerca das plausíveis consequências dos seus atos, adotando uma posição negligente e descuidada, não considerando que está investido em deveres funcionais e de prossecução do Interesse público. São muitas as situações práticas que se consideram aqui reprováveis e nas quais o agente age por impulso ou teimosia – contratando ou autorizando a contratação de determinada empresa (não procurando conhecer as específicas regras de contratação ou deliberadamente as ignorando¹⁸) ou de funcionários aposentados (não se informando sobre o regime legal aplicável, em particular sobre a dimensão remuneratória¹⁹) – ou age com incúria ou indiferença, autorizando ou efetuando pagamentos sem cuidar de saber se os mesmos padecem de algum vício ou patologia. Nestas situações, entende o TdC que (independentemente da formação de base, ou falta dela), o decisor em causa não age com o cuidado a

¹⁷ Este problema assume particular acuidade ao nível autárquico, domínio no qual os candidatos aos cargos podem não ter habilitações escolares de relevo. Aqui, sendo verdade que a falta de formação académica não pode ser impeditiva de candidaturas aos cargos – sob pena de violação de várias garantias constitucionais, como o direito de participação na vida pública e na direção dos assuntos públicos do país (artigo 48.º, n.º 1, da CRP) ou o direito de acesso a cargos públicos (artigo 50.º da CRP) –, também não o é menos que cabe aos próprios o exercício de ponderação acerca da respetiva capacidade, ou falta dela, para o exercício de funções. V., a respeito do tema, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 11/2010, RO-JC/2010 e sentença do TdC (3.ª secção) n.º 11/2006, Processo n.º 05JRF06 (aliás, nesta última decisão, o tribunal é particularmente violento na abordagem: “[a]ceitar cargos para os quais as pessoas não estão preparadas mas só o reconhecer quando as coisas correm mal é vício bem português, porventura na origem de muitos males de que hoje o País enferma”). Recentemente, no domínio autárquico, o legislador passou a determinar que a responsabilidade financeira reintegratória pode recair sobre os respetivos membros do órgão executivo quando os mesmos não tenham ouvido os serviços competentes para informar ou, quando esclarecido por estes em conformidade com as leis, hajam tomado decisão diferente (v. artigo 80.º-A da Lei n.º 73/2013).

¹⁸ Cfr. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 1/2009, Processo n.º 2-JC/2007.

¹⁹ V., por exemplo, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 11/2010, RO-JC/2010.

que, segundo as circunstâncias concretas, está obrigado, sendo imperativo que se informe, como pode e deve. Por outros termos: ao deparar-se com uma situação não cristalina, tem o agente o dever de estudar devidamente as matérias e daí retirar as devidas ilações²⁰. Não o fazendo, estará a contribuir para que a censurabilidade sobre a sua conduta seja reforçada.

Diferentemente, quando o agente, tendo errado, adota após isso uma atitude diligente e precavida, essa mesma censurabilidade resulta atenuada. Assim sucede, por exemplo, quando demonstra prontidão na reparação do erro ou quando aceita e acata as recomendações que lhe são dirigidas no sentido de mudar a sua atitude²¹.

c) A atuação com base em informações ou pareceres

Igualmente frequente é a argumentação de que determinada atuação ilícita (autorizações de pagamento, atribuição de subsídios, compra de bens, aquisição de serviços) foi levada à prática com base em atos de natureza informativa emanados por órgãos especializados, como pareceres, relatórios, notas técnicas, informações, etc., alegando-se nestes casos que o eventual ilícito foi praticado porque o agente decisor confiou nas informações prévias que lhe fizeram chegar (frequentemente, pareceres jurídicos).

Neste quadro, o TdC, em várias decisões, critica fortemente a atitude de passividade materializada na aceitação acrítica das informações dos técnicos. Argumenta, por exemplo, que a simples adesão a uma proposta, confiando numa mera informação verbal da existência de parecer, não é uma atitude diligente, sendo exigível que os decisores não se limitem a uma mera adesão, mas antes analisem esse parecer, principalmente se a questão em causa não é de especial complexidade²². No mesmo alinhamento de raciocínio, propugna-se que a falta de conhecimentos (e.g., jurídicos) “não pode servir para justificar que não se

²⁰ Cfr. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 11/2010, RO-JC/2010.

²¹ V., por exemplo, sentença do TdC (3.ª secção-PL) n.º 3/2015, Processo n.º 8-JRF/2014, onde se pode ler que “a Demandada atuou de forma irrepreensível logo que teve conhecimento do relatório da inspeção feita pela Inspeção Geral de Finanças” (tendo determinado o cancelamento do pagamento dos subsídios a bombeiros voluntários e a abertura de um concurso público para o Comando Operacional Municipal). No mesmo sentido, sentença do TdC (3.ª secção) n.º 16/2020, Processo n.º 29/2019 [os demandados, “após uma recusa de visto (posterior à abertura dos procedimentos agora em apreço), acataram a jurisprudência do TdC quanto à necessidade de abrirem um concurso público internacional para contratação de serviços de marítimos”].

²² Assim, v. o já citado Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 28/2020, Recurso n.º 2/2020-JRF.

analisem os pareceres e que se tenha sobre eles uma perspetiva crítica”. Tal análise permitirá, pelo menos, “perceber se houve o cuidado, no parecer técnico, de analisar os prós e os contras da solução proposta”²³. Constitui mesmo jurisprudência reiterada a asserção de que “[q]uem repousa na passividade ou nas informações dos Técnicos para se justificar de decisões ilegais esquece que a boa gestão dos dinheiros públicos não se compatibiliza com argumentários de impreparação técnica para o exercício de tais funções”²⁴. Enfim, parece que se pode retirar da atitude analítica do julgador que é fortemente censurável (indesculpável) a atitude relaxada e de incúria que se materializa na aceitação acrítica de informações, sem haver sequer o trabalho de ler (e, muito menos, analisar) os documentos em causa²⁵.

Em sentido contrário, até será aceitável e compreensível que, em face da ausência de experiência e de conhecimentos específicos de base, os agentes decidam com bases em pareceres, relatórios ou outros documentos, desde que os conheçam, leiam e formulem um juízo minimamente crítico, ainda que minimalista. Neste caso, o tribunal até aceita uma eventual falta de consciência do ilícito, assumindo que os infratores violaram as prescrições do ordenamento, mas atuaram na convicção de que não estavam em incumprimento, depositando confiança no técnico que subscreveu determinada informação²⁶.

Importa sublinhar que a formação dessa convicção (desculpável) de não incumprimento tanto pode surgir “por ação”, isto é, porque existiram informações (e.g., um parecer) que, expressa e diretamente, apontavam

²³ Cfr. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 28/2020, Recurso n.º 2/2020-JRF.

²⁴ Assim, por exemplo, Acórdãos do TdC (3.ª secção) n.ºs 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010 ou 4/2009, recurso ordinário n.º 4 JRF/2009.

²⁵ Cfr., neste sentido, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 11/2010, RO-JC/2010, e, uma vez mais, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 28/2020, Recurso n.º 2/2020-JRF.

²⁶ Assim, Acórdão do TdC (3.ª secção-PL) n.º 8/2011, RO N.º 3RO-JRF/2010. Aliás, como acima se disse, o legislador passou até a determinar que a responsabilidade financeira reintegratória pode recair sobre os membros do órgão executivo municipal quando os mesmos não tenham ouvido os serviços competentes para informar (v. artigo 80.º-A da Lei n.º 73/2013). Quanto a outras entidades (designadamente, membros do Governo), v. artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933 (para o qual a LOPTC, no seu artigo 61.º, remete). A respeito dos preceitos acabados de citar v., com interesse (particularmente no que concerne ao conceito de “estação competente”), RODRIGUES, Nuno Cunha, *A responsabilidade financeira de titulares de cargos políticos*, in *Relevância e efetividade da jurisdição financeira no sec. XXI*, Tribunal de Contas, Lisboa, 2019, pp. 373 e segs. 3 e, em especial, 383.

no sentido da licitude da conduta em causa – desde que, como se disse, a informação seja assimilada e analisada pelo decisor responsável – como “por omissão”, especificamente nos casos em que órgãos e entidades com responsabilidades de controlo nada disseram anteriormente, podendo-o, sobre atuações análogas. Com efeito, a inexistência de anteriores reparos demonstra-se como um relevante atenuante da censura, pois argumentos como “não dispunham de outras informações e não conheciam quaisquer antecedentes que os desaconselhassem a não ter confiança nos pareceres técnicos dos Serviços”²⁷; “[t]rês Inspeções ao Município não censuraram tais pagamentos nem os questionaram”²⁸; “[o] procedimento de contratação do Comandante não foi questionado nem suscitou reparos aos Serviços Jurídicos”²⁹; “... essa falta de consciência da ilicitude resultou de um erro [...] que conjugado com o teor do Relatório de Auditoria da IGF [...] sem formular qualquer recomendação sobre a legalidade das referidas transferências, é de molde a ser considerado como um erro sobre a ilicitude não censurável e, portanto, excludente da culpa”³⁰; foram usados pelo tribunal e serviram de base ao entendimento de acordo com o qual os infratores não revelaram uma atitude ético-pessoal de indiferença perante o dever-ser e dificilmente poderiam ter agido de outro modo³¹.

d) A linearidade ou problematicidade das questões

Outro critério que, de acordo com o TdC, deve ser considerado no sentido da desculpabilidade, ou não, de determinada atuação ilícita relaciona-se com o tipo de questão ou de problema que está na base da decisão em causa. Trata-se de perceber que, por um lado, existem questões não lineares, problemáticas, complexas e tendencialmente litigiosas ou conflituais – que podem suscitar dúvidas interpretativas ou necessidade de integração de lacunas –, e, por outro, existem aquelas outras que se apresentam simples, cristalinas, ou consolidadas, no sentido de não se suscitarem relativamente às mesmas espaços de dúvida ou de problematização. Naturalmente que no primeiro caso, poderá ser admissível que a consciência do ilícito não resulte evidente quanto poderá resultar numa questão fácil, situação em que as questões de

²⁷ Cfr. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010.

²⁸ Assim, sentença do TdC (3.ª secção-PL) n.º 3/2015, Processo n.º 8-JRF/2014.

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ Assim, sentença do TdC (3.ª secção) n.º 14/2019, Processo n.º 6/2019.

³¹ V., ainda, sentença do TdC (3.ª secção) n.º 8/2020, Processo n.º 25/2019.

ilicitude ou contrariedade com o enquadramento jurídico-normativo não se revelam discutíveis e controvertidas³². Neste seguimento, afirma o tribunal que “merece censura o erro quando não estão em causa normas erráticas, de difícil indagação ou susceptíveis de suscitarem especiais aporias hermenêuticas, mas normas que era suposto deverem ser conhecidas e cabalmente executadas por pessoas colocadas nas posições funcionais dos agentes e com a experiência que detinham”³³. O mesmo acontece, por exemplo, quando “as normas jurídicas há muito que estavam sedimentadas na ordem jurídica, bem como tratadas pela jurisprudência do Tribunal de Contas”³⁴. Pelo contrário, quando as normas em questão têm natureza excecional ou transitória e/ou são “surpreendentes/inesperadas”, aceita-se que alguém de boa-fé tenha um grau de culpa diminuta³⁵.

O mesmo sucede quando a complexidade se situa, não ao nível das normas aplicáveis ao caso, mas antes ao nível da factualidade empírica subjacente. Por exemplo, numa decisão em que se analisava a conformidade de um ato de despesa pública relativo à aquisição de navios, considerou o TdC que a situação mereceria alguma contemporização, devido ao “facto de não haver um histórico de como era ter um navio de investigação (NI) com a envergadura do Mar Portugal, no que à totalidade das despesas do seu funcionamento dizia respeito”³⁶.

e) A natureza recorrente ou ocasional da atividade e do erro

Outra circunstância que, na ótica do órgão de jurisdição financeira, pode ser indiciadora de uma valoração da censurabilidade (acrescendo-a ou atenuando-a) diz respeito à dimensão temporal subjacente ao erro em causa, aqui havendo a distinguir, (i) por um lado, o tipo de vínculo subjacente ao desempenho dos atos e, (ii) por outro lado, a natureza do erro cometido.

- i) Quanto ao vínculo, neste quadro de atuações financeiras públicas, não se pode encarar do mesmo modo um erro levado à prática por parte de alguém acabado de ser investido, ou que desempenha um cargo há pouco tempo, ou que exerce funções num cargo recentemente

³² Cfr., a respeito, DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude...*, cit., p. 342.

³³ Assim, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 1/2009, Processo n.º 2-JC/2007.

³⁴ Neste sentido, Acórdão do TdC (3.ª secção-PL) n.º 8/2011, RO N.º 3RO-JRF/2010.

³⁵ Cfr. sentença do TdC (3.ª secção) n.º 6/2019, Processo n.º 8/2018-JRF.

³⁶ V. sentença do TdC (3.ª secção) n.º 16/2020, Processo n.º 29/2019.

criado, sem lastro experiencial, e um outro praticado por alguém que exerce estavelmente uma determinada atividade, função, ou profissão e que já conta em termos curriculares com uma considerável experiência acumulada. Neste último caso, o agente não se pode desculpar com a falta de prática, e tem um dever reforçado de conhecimento técnico (designadamente o quadro jurídico ou regulatório de certo ato ou atividade), sendo, por conseguinte, menos desculpáveis a ignorância ou o erro. Pelo contrário, já beneficiará de certa benevolência na apreciação, aquele que está há pouco tempo em funções; que é chamado a praticar um ato característico de uma atividade que não exerce habitualmente e relativamente à qual não está *especialmente preparado*³⁷; ou que exerce funções em regime de não permanência. Nestes casos (e.g., vereadores “sem pelouros atribuídos e sem dispor de gabinetes próprios de apoio”)³⁸, compreende-se um regime menos restritivo de apreciação, na medida em que o próprio acesso à informação necessária à boa prática de atos (despesistas) é limitado no tempo e normalmente ocorre “em cima da hora”³⁹.

- ii) No que concerne à natureza do erro, para uma boa apreciação da falta de consciência do ilícito, torna-se imperioso distinguir os meros erros pontuais, isolados ou ocasionais, praticados por alguém que não tem um histórico de desleixo ou incúria, daqueles que são levados à prática por quem apresenta várias infrações ocorridas ao longo do tempo ou um histórico de incumprimentos generalizados e falhas recorrentes, casos seguramente reveladores de um maior reparo ou condenação⁴⁰.

³⁷ Neste sentido, cfr. Acórdão do TdC (3.ª secção-PL) n.º 8/2011, RO N.º 3RO-JRF/2010 ou sentença do TdC (3.ª secção) n.º 16/2020, Processo n.º 29/2019.

³⁸ V., uma vez mais, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 08/2010, RO n.º 2RO-JRF/2010 e sentença do TdC (3.ª secção) n.º 11/2006, Processo n.º 05JRF06.

³⁹ Isto o reconhece o próprio tribunal (Acórdão da 3.ª secção-PL n.º 8/2011, RO N.º 3RO-JRF/2010) ao referir que “...o facto de só terem acesso ao procedimento administrativo 48 horas antes das reuniões quinzenais, da sua participação se resumir às reuniões quinzenais do executivo municipal e de não terem pelouro atribuído, são circunstâncias que, de acordo com as regras da experiência comum, quando comparadas com os Vereadores com pelouro, lhes diminuem a culpa, já que o prazo de 48 horas disponibilizado a estes Vereadores para conhecerem todos os procedimentos administrativos é, em regra, um prazo muito curto tendo em conta a extensão e complexidade dos pontos inscritos em sessão do executivo municipal [...]”.

⁴⁰ V. Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 23/2020, RO N.º 3/2020, Processo n.º 22/2019.

Enfim, uma simples observação de alguma jurisprudência do TdC relativamente a casos nos quais o agente efetuou má despesa pública alegando não ter consciência de que estava a agir erradamente, permite inferir que o controlo ou a sindicância serão revestidos de uma maior ou menor censurabilidade – com reflexos na aplicação e graduação da pena eventualmente aplicável – conforme a atitude adotada pelo mesmo:

- Se revela uma atitude de indiferença, descaso ou, na pior das hipóteses, desprezo relativamente aos deveres jurídicos que deve cumprir ou relativamente aos valores genericamente aceites pela consciência jurídica geral – não evidenciando uma reta consciência ética, diligenciando no sentido de se esclarecer acerca das plausíveis consequências dos seus atos –, o eventual erro em que incorre, mesmo que inconsciente, será alvo de uma forte reprovação⁴¹;
- Se, pelo contrário, assume no caso em concreto um comportamento zeloso, diligente e precavido (previamente se informando e estudando ou posteriormente reparando os erros ou aceitando recomendações) ou exerce as funções há pouco tempo ou de modo transitório, esse erro, quando inconsciente, tenderá a ser apreciado com uma maior dose de “benevolência”, aceitando-se que dificilmente seria exigível que um responsável financeiro, naquele circunstancialismo, tivesse decidido de forma diferente.

⁴¹ Além das situações referidas no texto, outras existem no âmbito das quais o TdC rejeita a desculpabilidade das atuações ilícitas, assumindo que os fatores concretos que rodeiam a prossecução das funções em causa não justificam uma atitude de compreensão ou condescendência na apreciação. Tal é o caso, por exemplo, da “pressão social” [“quem exerce cargos de gestão, tem de saber lidar” – assim, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 23/2020, RO N.º 3/2020, Processo n.º 22/2019]; da informalidade de certas atuações [...] os demandados ao assinarem a deliberação, juntamente com os restantes elementos do CA, sabiam que estavam a assinar uma deliberação que vinculava o CA do hospital a adquirir medicamentos e outros produtos – sentença do TdC (3.ª secção) n.º 14/2013, Processo n.º 7-JRF/2013]; ou a abstenção numa determinada votação. Neste último caso, o tribunal ajuizou que essa posição não justifica a desculpabilidade, considerando – no seguimento, aliás, de prescrição legal nesse sentido – que apenas o registo na ata do voto de vencido isenta o emissor deste da responsabilidade que eventualmente resulte da deliberação tomada. Consequentemente, o agente que, no âmbito de uma reunião, se abstém não pode usar essa “desculpa” como atenuante do caráter culposo de determinada atuação ilícita [v., por exemplo, Acórdão do TdC (3.ª secção) n.º 4/2009, recurso ordinário n.º 4 JRF/2009 e sentença do TdC (3.ª secção) n.º 11/2006, Processo n.º 05JRF06].

4. Apreciação crítica e conclusões

Pois bem, a partir do exposto não se torna difícil inferir que, pese embora o omnipresente e inafastável dever constitucional e legal de controlo da despesa pública, nem sempre o TdC assume uma atitude intransigente e intolerante relativamente às falhas dos agentes que lidam com dinheiros públicos, particularmente nas situações em que os mesmos atuam sem ter consciência da ilicitude do ato que praticam. Seja porque são novos no desempenho do cargo, porque as questões se revestem de especial complexidade e se prestam a dúvidas interpretativas, ou porque, rodeando-se de todos os cuidados informativos, não foram alertados para eventuais vícios ou patologias, a prática jurisdicional demonstra que a demonstração de uma *reta consciência* constitui um fator relevante momento da aplicação e da graduação das penas.

É certo que esses agentes públicos não são pessoas iguais às outras pois, como se apontou, os desígnios de prossecução do Interesse público e de cumprimento de deveres funcionais (os agentes não estão a prosseguir interesses seus, próprios, mas de toda a comunidade), obrigam a que sobre eles incida um critério de *exigibilidade intensificada*, e um dever especial de cumprir e fazer cumprir a lei. Porém, quando erram sem ter consciência desse erro e, muito importante, não demonstram uma atitude interna desvaliosa de indiferença, descaso, egoísmo, ambição, etc., aceita-se que a censurabilidade possa resultar diminuída.

Não se pode perder de vista – e aqui voltamos ao marco inicial das presentes considerações – que uma exigibilidade intensificada e inflexível (intolerante) poderia ter como efeito o afastamento das pessoas do exercício de cargos políticos e públicos, arreigando-se a convicção de que apenas os mais capazes se demonstrariam aptos a desempenhá-los. Seria como que resgatar as participações elitistas ou capacitárias, absolutamente inaceitáveis nos quadros de um Estado de Direito democrático pleno. O equilíbrio e a concordância entre os bens jurídicos *legalidade* e *democracia* obriga a uma solução que, não sendo permissiva, não seja por outro lado excludente: o acesso aos cargos públicos não depende da literacia, mas tem que assentar em deveres de cuidado diferentes dos que se exigem a um decisor comum.

Tudo enformado por uma *reta consciência individual*.