

Práticas corruptivas e despesa pública – o exemplo da ferrovia nos ordenamentos brasileiro e português

Joaquim Freitas da Rocha
Escola de Direito da Universidade do Minho

§ único: pressupostos metodológicos e discursivos

O presente escrito, incidindo primacialmente sobre um nóculo problemático específico — despesa pública ilegal em matéria de ferrovia — tem a pretensão de ser abrangido por um âmbito temático mais amplo respeitante a “práticas corruptivas” no domínio jurídico-financeiro público. Por tal motivo, a orientação expositiva e metodológica não pode deixar de refletir uma intenção de estreitamento progressivo do discurso, em termos de se iniciar por uma visão lata e abrangente — na qual se procurará localizar a análise precisamente nos domínios relacionados com o que genericamente se designa por “corrupção” —, direcionando depois o cursor para o campo do Direito Financeiro público (finanças públicas), e endereçando por fim a análise para o núcleo temático do serviço ferroviário público.

Já em termos de ambiente de pensamento jurídico, importará desde agora adiantar algumas premissas básicas que procurarão basear os desenvolvimentos que seguem, a saber:

- i) Em primeiro lugar, será adotado um rumo de pensamento de base positivista, o que significa que se procurará sempre a separação entre o Direito (o “jurídico”) e os domínios não jurídicos, como sejam os respeitantes a considerações puramente éticas, económicas, sociais, políticas ou outras (sem embargo de eventuais e úteis referências às mesmas);
- ii) Em segundo lugar, procurar-se-á um aportamento normativista, acentuando que o Direito é composto e conformado por *normas jurídicas*, sob várias forma (princípios e regras) e não por dimensões a-jurídicas, como valores, intenções, declarações políticas, dados sociológicos ou empíricos, etc. (também aqui, sem embargo de se

reconhecer que um *momento realista* poderá ser útil e conveniente, em termos de clarificação da abordagem);

- iii) Em terceiro lugar, e na linha dos pressupostos anteriores, tentar-se-á seguir o rumo do convencionalismo linguístico, procurando definições estipulativas adaptadas aos presentes propósitos, as quais, correndo o risco de não serem generalizáveis, terão no mínimo a vantagem de afastar as ambiguidades de significado;
- iv) Em quarto lugar, perpassará todo o discurso uma ideia de valorização do Interesse público e não de secundarização do mesmo perante interesses privados, sem prejuízo da relevância destes últimos. Além disso, acentuar-se-á uma visão objetivista que considere os bens jurídicos globalmente protegidos pelo ordenamento, e não tanto a subjetivização inerente à tomada em consideração de direitos subjetivos ou outras posições jurídicas particularizadas.

No que respeita à sequência expositiva, alinhar-se-ão os seguintes momentos discursivos: em primeiro lugar, um momento (positivista-definitório) de estabelecimento de conceitos operativos e localização temática (I); em segundo lugar, um momento (positivista-normativo) de exposição de normas jurídicas relevantes em matéria de despesa pública (II); e, em terceiro lugar, um momento (realista-exemplificativo) de apresentação de algumas situações em que os conceitos e as normas expostos se cruzam com a realidade empírica, tendo por referência os ordenamentos brasileiro e português (III).

Dimensão jurídico-conceptual

Uma análise jurídica consistente não pode prescindir da componente definitória adequada — sob pena de se cair na vaguidade discursiva e na polissemia de significado, prejudicando subsequentemente a exposição e as possíveis conclusões —, pelo que importa começar por delimitar o perímetro de abrangência do enunciado linguístico “práticas corruptivas”. Com tais propósitos, adotar-se-á aqui uma noção jurídica e operativa, no sentido em que se trata, por um lado, de uma noção que tem em atenção apenas o enfoque jurídico dos fenómenos corruptivos (e não outros enfoques, como o económico ou político *stricto sensu*) e, por outro lado, de uma

noção operativa, válida apenas para os presentes propósitos, sem pretensões algumas de universalidade ou sequer de transposição para outros segmentos de análise ¹.

Assim, as práticas corruptivas, aqui, abrangerão os (i) comportamentos voluntários (ii) públicos e (iii) ilícitos, porque violadores do Interesse público.

Decompondo o conceito nos seus elementos essenciais:

- i) Em primeiro lugar, deve estar-se em presença de comportamentos humanos voluntários, sejam por ação sejam por omissão, resultando afastados das considerações aqueles casos em que determinado resultado ilegal, desviante ou patológico advém de comportamentos não voluntários, como os que são consequência direta de coação, do efeito de qualquer substância inibidora da livre formação da vontade (como as que influem a percepção, a atenção ou o comportamento), ou de simples facto jurídico (v.g., bloqueio informático que impede a apresentação de propostas contratuais ou a submissão de documentos de justificação de despesas).

- ii) Em segundo lugar, deverá tratar-se de um comportamento enquadrado por normas de Direito público — apenas neste sentido se falando aqui em *comportamento público* —, colocando à margem da análise os comportamentos meramente privados ou privatísticos. Neste ponto, resultará lógico que, na maior parte das situações, os comportamentos relevantes serão levados à prática por atores públicos, no desempenho de funções públicas, utilizando instrumentos (v.g., dinheiros, contratos) públicos e na prossecução de finalidades públicas, como sucederá quando se está em presença de órgãos que integram a própria administração pública direta (órgãos governamentais federais ou estaduais), a administração territorial (autarquias locais, municípios, regiões), ou a “administração empresarial” (empresas públicas *lato sensu*).

¹ Cfr., a respeito do *problema definitório*, KIELMANSEGG, Sebastian Graf von, *Legal Means for Eliminating Corruption in the Public Service*, in RIEDEL, Eibe, WOLFRUM, Rüdiger (eds.): *Recent Trends in German and European Constitutional Law - German Reports Presented to the XVII th International Congress on Comparative Law (Utrecht, 16 to 22 July 2006)*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 188, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 2006, 211, 212.

iii) Em terceiro lugar, os comportamentos aqui em referência devem ser qualificados como ilícitos, no sentido de desconformes com o ordenamento jurídico ou com o mundo do Direito. A ilicitude aqui em menção reveste-se de uma dimensão objetiva, porque respeita à violação de bens jurídicos abstratamente considerados — e não necessariamente à violação de posições jurídicas subjetivas, como direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos — ou, numa perspectiva mais publicista, na violação do Interesse público constitucionalmente ancorado. Naturalmente que, numa perspectiva mais restrita, tal Interesse público maior será densificado por um ou mais interesses públicos menores ou sectoriais, consoante o segmento do ordenamento que concretamente esteja a ser posto em crise [estabilidade financeira do Estado, sustentabilidade de um dos seus subsectores (e.g., segurança social, sistema previdenciário, sistema de saúde), liberdade de concorrência, segurança pública, defesa nacional, etc.].

Perante uma noção tão abrangente, resulta natural que muitas poderão ser as situações potencialmente abrangidas. A título meramente exemplificativo — e, insiste-se, tendo apenas em vista a noção operativa apresentada (sem pretensões de generalização a outros quadrantes de análise) —, pode pensar-se na adjudicação do fornecimento de refeições escolares a determinado empresário, por parte de um agrupamento escolar público, com fundamento nas relações familiares ou de proximidade com o mesmo; na realização de um investimento estadual desnecessário na repavimentação de uma estrada; no exercício de competências de autorização ou licenciamento, sem prévia previsão legal; na aquisição de computadores de última geração para gabinetes administrativos dos órgãos dirigentes, quando os existentes ainda prosseguiam cabalmente as funções para que estavam destinados; no licenciamento de um empreendimento turístico em zona não prevista legalmente (por exemplo, território de reserva agrícola ou paisagem protegida); no favorecimento injustificado de determinada empresa, por parte de um município, no âmbito de um concurso público para obras em monumentos; ou na atribuição desnecessária por parte de gabinetes governamentais, regionais ou locais, de regalias aos seus funcionários e colaboradores (como viaturas, cartões ou linhas de crédito).

Naturalmente que em algumas destas situações podem identificar-se casos de corrupção em sentido criminal, na medida em que se preencham os pressupostos integrantes do respetivo tipo legal, nomeadamente nos casos em que se esteja em presença de comportamentos que potenciem ou efetivamente propiciem benefícios para os próprios sujeitos envolvidos ou para terceiros, benefícios esses que tanto podem ter natureza pecuniária (e.g., recebimentos ou pagamentos em dinheiro), como não pecuniária (por exemplo, “favores pessoais”, acesso privilegiado a serviços, organismos ou informação, etc.). Todavia, nem sempre assim será, pois, para a noção aqui apontada, a prática corruptiva basta-se com a “simples” violação do Interesse público, sem que seja necessário um benefício concreto para alguém (e.g., má escolha de materiais de construção numa obra pública, ou aquisições desnecessárias, em ambos os casos sem intuito de favorecimento). “Corrupção”, aqui, será o simples corrompimento do Interesse público.

Nessa moldura alargada de comportamentos corruptivos do Interesse público, interessará primacialmente a consideração daqueles que dizem respeito à má utilização dos dinheiros públicos, violando direta ou indiretamente a estabilidade financeira do Estado e, por conseguinte, a própria sustentabilidade do Estado de Direito, Democrático e Social. Na grande maioria das situações, tal utilização indevida do erário materializa-se na realização de despesas desacertadas, injustificadas ou desnecessárias nos mais diversos quadrantes, como a construção ou o melhoramento de pontes, estradas, hospitais, bibliotecas, o fornecimento de refeições e bens consumíveis a carenciados, ou a prestação de atividades curriculares, de lazer ou desportivas.

Procurando captar a essência jurídica dessa despesa pública patológica no quadro do Direito Financeiro público, deslocar-se-á para aí a análise subsequente ².

Dimensão jurídico-positiva

A despesa pública patológica é necessariamente uma despesa pública ilegal. Na verdade, nos quadros de um Estado de Direito responsável não se admite má utilização dos dinheiros públicos que não seja simultaneamente violadora do

² Para uma visão dual jurídico-criminal e jurídico-administrativa, v., uma vez mais, KIELMANSEGG, Sebastian Graf von, *Legal Means for Eliminating Corruption in the Public Service*, cit., 220 e ss.

ordenamento jurídico e, por consequência, ilegal, pois toda — salienta-se: toda — a atividade financeira pública é juridicamente enquadrada e balizada e, mesmo nas situações em que se pode admitir a existência de poderes ou prerrogativas discricionários, de conveniência política ou de oportunidade, existe um *bloco de juridicidade* que não pode ser transgredido.

Tal bloco de juridicidade é composto por normas, estruturalmente bipartidas em princípios e regras, cuja infração não pode deixar de fazer incorrer o respetivo ator em consequências desfavoráveis a níveis diversos. Sobre tais consequências, serão apontadas algumas incidências em momento posterior do presente excurso mas, por agora, importa identificar algumas das coordenadas essenciais em que essas normas se materializam, embora sem preocupações de completude ou de exaustão.

A primeira coordenada a ser apontada materializa-se no princípio da prossecução do Interesse Público, o qual pode dizer-se que consiste numa orientação teleológica constitucionalmente assente que impõe o interesse coletivo como fim das atuações públicas. Não se trata, bem entendido, de interesse(s) do Estado ou dos seus órgãos, até porque será duvidoso que os mesmos tenham interesses próprios, antes sendo de conceber que estes terão apenas interesses alheios consubstanciados em poderes funcionais, juridicamente enquadrados e tendencialmente indisponíveis. O que se tem aqui em vista é a ideia de impossibilidade de sobreposição, ou até equiparação, de interesses privados no momento da tomada de decisão jurídico-financeira pública. Interesse público e interesses privados não estão, neste âmbito, em situação de igualdade.

Propagados a partir do primeiro e tendo-o por fundamento último, surgem alguns outros princípios que igualmente enquadram e enformam o ato jurídico-financeiro público, e particularmente o ato de despesa pública, como sejam o princípio da equidade intergeracional³, o princípio da seletividade da despesa pública⁴, ou o princípio da boa gestão.

³ A propósito, v. IRRGANG, Bernhard, *Nachhaltigkeit als Ideologie?*, in Revista Portuguesa de filosofia, 59, 2009, fasc. 3, 778 e ss. V., ainda, o nosso “Breves reflexões sobre responsabilidade colectiva e finanças públicas”, in Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I, Escola de Direito da Universidade do Minho - Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2012, 126 e ss.

⁴ V. o nosso “Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional”, in Estudos em homenagem ao Prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume I, *Stvdia Ivridica* – 102, Coimbra editora, Coimbra, 2012, 619 e ss.

Depois, são de considerar regras densificadoras desses princípios, espalhadas pelos diversos quadrantes do sistema jurídico, seja na Constituição⁵, ou na lei ordinária, reforçada ou não⁶. A título meramente exemplificativo, podem apontar-se as seguintes:

- Imposição de equilíbrio orçamental;
- Imposição de tipicidade do gasto;
- Reservas orgânicas de realização de despesa;
- Limites quantitativos de despesa;
- Proibição de consignações;
- Limites quantitativos de endividamento;
- Proibição de assunção de compromissos de subsectores institucionais;
- Imposição de publicidade e transparência da utilização de dinheiros públicos.

Compreensivelmente, todo este conglomerado normativo haverá de ser acompanhado de um arsenal sancionatório (preventivo e repressivo) juridicamente adequado, até porque, como já se referiu, se está em presença de verdadeiras imposições jurídicas (deveres) e não de meras regras proclamatórias, ou exortações de atuação. De resto, o Direito financeiro público (finanças públicas) não pode deixar de ser revestido deste invólucro de juridicidade, sob pena de ser perspetivado, não como um efetivo corpo normativo, mas tão-somente como um segmento político e arena de atuações discricionárias e axiologicamente desobrigadas. Como mais relevantes consequências que acompanham a infração de normas de Direito financeiro público (e.g., normas de despesa pública), e ao nível da responsabilização subjetiva individual, cumpre referir, por um lado, a sujeição a responsabilidade disciplinar (administrativa) dos agentes em causa – incorrendo, por exemplo, em advertências ou admoestações, suspensões de serviço ou rescisões contratuais – e, por outro lado, a sujeição a responsabilidade financeira, com a consequente obrigação de reposição de eventuais

⁵ A Constituição portuguesa não é particularmente generosa na prescrição positiva de normas de Direito financeiro público (finanças públicas). Ainda assim, podem identificar-se algumas, como as respeitantes à elaboração do orçamento do Estado, nos art.ºs 105.º e ss. da CRP. Já a Constituição da república federativa do Brasil foi bem mais fecunda (art.ºs 145 e ss, em especial 163 a 169), embora frequentemente com imposições legiferantes. Ver ainda, para uma abordagem de Direito comparado, art.ºs 104-A e ss da *Grundgesetze* Alemã, os art.ºs 133 e ss. (e em particular 135) da *Constitución* espanhola e o art.º 97 das *Costituzione* italiana.

⁶ Pense-se, por exemplo, nas leis portuguesas de enquadramento orçamental ou de compromissos e pagamentos em atraso ou na lei brasileira de responsabilidade fiscal.

quantias indevidamente utilizadas e a restrição de fundos disponíveis. Também se pode verificar a responsabilização civil, decorrente de possíveis prejuízos causados a terceiros (gerando obrigação de os indemnizar) e, nas situações em que os bens jurídicos violados se revestirem de uma maior densidade ético-jurídica, a responsabilização contra-ordenacional ou criminal, com a aplicação de penas de prisão e/ou de multa ^{7/8}.

Dimensão jurídico-realista – a ferrovia

Como se disse, após os momentos definitório e normativista, ensaia-se um momento realista, de aproximação à factualidade e à verificação sócio-jurídica da aplicação normativa, intentando averiguar se os princípios e as regras acima identificados são efetivamente cumpridos ou se, diferentemente, são olvidados e negligenciados – quando não frontalmente infringidos – dando origem a verdadeiras práticas corruptivas de despesa, no sentido amplo apontado.

A metodologia consistirá em analisar intervenções dos dois tribunais superiores de controlo das contas públicas no quadro dos ordenamentos brasileiro e português — o Tribunal de contas (TdC) e o Tribunal de contas da União (TCU) —, intervenções essas materializadas quer em autênticas decisões jurisdicionais (acórdãos), quer em atos de natureza informativa (relatórios de auditoria).

Do ponto de vista material, e apelando às prerrogativas de seletividade dos conteúdos que podem presidir a qualquer abordagem científica, a moldura material circunscrever-se-á ao domínio da ferrovia, particularmente aos projetos de alta-velocidade (Portugal) e Ferrovia Norte-Sul (Brasil). Porém, não será despidendo referir que um muitos outros domínios de obras públicas grandiosas se podem identificar os problemas inerentes à realização de despesas públicas ilegais ou patológicas, servindo as referências às obras no parque escolar, ao aeroporto de Beja,

⁷ Além das formas jurídicas de responsabilização referidas no texto, também a responsabilização política deve ser referida, corporizada, quer nas atuações de controlo das *oposições políticas*, quer na sujeição a escrutínio por meio de voto, resultando a reprovação popular numa das consequências mais receadas por parte dos decisores públicos.

⁸ Outrossim, pode ser feita referência a uma responsabilização num plano diverso – o global ou geral. Aqui, caberá falar em responsabilidade coletiva, incidente sobre toda uma geração, pelos prejuízos, potenciais ou reais, causados a outra (s) geração (ões) decorrentes de más atuações financeiras. A respeito do tema, v. o nosso “*Breves reflexões sobre responsabilidade colectiva e finanças públicas*”, cit., 126 e ss.

ao porto de Santos ou ao aeroporto de Vitória — os dois primeiros em Portugal e os dois últimos no Brasil — como meros exemplos avulsos e espontâneos.

Neste contexto, os atos selecionados foram os seguintes ⁹:

- Acórdão do TdC n.º 09/2012, de 21 de março, 1.ª Secção/sub-secção, processo n.º 233/2011, no âmbito do qual se apreciou, em sede de fiscalização prévia, um contrato de concessão, celebrado entre o Estado Português (Concedente), e a sociedade “ELOS – Ligações de Alta Velocidade, S.A.” (Concessionária), tendo por objeto a atribuição a esta última da concessão do projeto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização de infra-estruturas ferroviárias no troço Poceirão-Caia e ainda do projeto, construção, financiamento, manutenção, disponibilização e exploração da Estação de Évora;
- Auditoria do TdC ao Projeto Ferroviário Português de Alta Velocidade, Relatório n.º 24/2014 - 2.ª Secção;
- Acórdão do TCU – Plenário, n.º 462/2010, de 17 de março, na sequência de relatório de auditoria tendo por objeto as obras de construção da Ferrovia Norte-Sul, trecho Aguirnópolis-Palmas, no Estado de Tocantins, processo n.º TC 018.509/2008-9.;
- Acórdão do TCU – Plenário, n.º 605/2013, de 20 de março, na sequência de auditoria às obras de construção da Ferrovia Norte-Sul, correspondente ao trecho de Babaçulândia (km 311) ao Córrego gavião (km 414), no estado do Tocantins, processo n.º TC-038.687/2012-7, 11.;
- Acórdão do TCU – Plenário, n.º 673/2013, de 27 de março, na sequência de relatório de auditoria referente às obras de construção dos Lotes 1, S/N, 2, 3 e 4 da Ferrovia Norte-Sul, entre as localidades de Uruaçu (GO) e Anápolis (GO), processo n.º TC 012.613/2012-6.;
- Acórdão do TCU – plenário n.º 2447/2014, de 17 de setembro, na sequência de relatório de auditoria às obras de construção da Ferrovia Norte-Sul no Estado de Goiás, trecho entre Anápolis e Uruaçu, processo n.º TC 021.283/2008-1..

⁹ Tais atos poderão ser consultados em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm> e em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.

Num caso ou em outro, as conclusões aparecem evidentes: violação dos princípios da prossecução do Interesse público, da seletividade da despesa pública e da boa gestão, além da infração de inúmeras regras de realização de gasto público, — sejam regras de Direito financeiro público *stricto sensu*, sejam regras de Direito administrativo —, cumprindo destacar as más previsões (debilidades de planeamento), as insuficientes fundamentações de despesa, a preterição das regras de concorrência e contratação pública e os próprios vícios na execução.

Como principais consequências do reconhecimento jurisdicional de tais patologias, salientam-se (i) a recusa de visto prévio aos contratos em apreciação (acórdão do TdC n.º 09/2012), (ii) a elaboração e comunicação de recomendações ao Governo (relatório de auditoria do TdC n.º 24/2014), (iii) a imposição de apresentação de justificações e de medidas de apuramento de responsabilidades pelas más atuações (acórdão do TCU n.º 605/2013), e (iv) a audição (oitiva) da empresa responsável pelo empreendimento (acórdão do TCU n.º 673/2013).

Naturalmente que além das consequências jurídicas apontadas — em nossa opinião, brandas —, registam-se as consequências fáticas ou empíricas, como os avultados prejuízos para o erário público gerados por pagamentos indevidos, os acréscimos nos custos de manutenção dos empreendimentos por causa das más previsões e até os risco de acidente ferroviário ¹⁰(!).

Passe-se agora à fase da decomposição analítica das patologias.

Como se referiu, vários vícios são passíveis de identificação nos projetos públicos em análise e, de um modo tópico, percorrer-se-ão seguidamente alguns deles. Trata-se de um exercício com finalidades meramente expositivas, não apresentando um critério de racionalidade científica na sistematização e exposição, podendo inclusivamente dar-se o caso de os vícios apontados se entrecruzarem e se sobreporem entre si.

i) Primeira patologia: desvio do Interesse público

Jurídico-axiologicamente, este será o mais grave de todos os vícios, na medida em que consubstancia um descentramento em relação à finalidade essencial que num

¹⁰ V. acórdão do TCU – Plenário, n.º 605/2013.

Estado de Direito deve subjazer a qualquer atuação pública – buscar o Interesse público.

Tal descentramento pode apresentar-se sob diversas formas e manifestar-se de modo mais ou menos ostensivo, sendo manifesto nos casos em que, logo à partida, não se identifica claramente o interesse, bem, ou serviço público que subjaz a determinada atuação financeira pública. É o que se passa, designadamente, quando o TdC refere que num determinado projeto em que seriam lançadas seis parcerias público-privadas, apenas se obteria com as mesmas a disponibilidade da infraestrutura, o que, por si só, “não permitiria obter qualquer serviço público”¹¹. Em outros casos, o desvio é menos grosseiro — mas, ainda assim, grave — quando se não procede a uma clara delimitação no recorte do Interesse público, assumindo-se que a natureza estratégica transnacional e europeia de um projeto coincidiria necessariamente com a natureza estratégica nacional¹².

Ainda neste plano, outra gravíssima falha pode ser apontada: o não acautelamento dos interesses financeiros públicos, uma importante densificação do Interesse público globalmente considerado, porventura das mais importantes, atenta a natureza pressuposta em relação a toda a atividade estadual, aos seus diversos níveis. Trata-se de considerar, nos projetos de alta velocidade ferroviária, que os riscos das operações e todo o revestimento aleatório inerente a procedimentos complexos recaem quase exclusivamente sobre os parceiros públicos — particularmente a CP e REFER, empresas (?) já de si deficitárias —, enquanto que “os pagamentos pela disponibilidade da infraestrutura às concessionárias gozariam de estabilidade, característica típica das rendas”¹³. De resto, não pode ser esquecido que “mais de 71% do total dos fundos aplicados no projeto corresponderiam a pagamentos dos parceiros públicos”¹⁴.

Além disso, as consequências das atuações impensadas assumem — nuns casos, já assumiram, em outros podem ainda vir a assumir — onerosas proporções. Está-se a pensar, especificamente, nos elevados impactos financeiros com “contratação externa” ao longo de 12 anos¹⁵ e nos diversos pedidos de indemnização decorrentes de recusas de visto do TdC e de cancelamentos vários que foram sendo

¹¹ V. relatório de auditoria do TdC n.º 24/2014, pontos 41 a 43.

¹² Uma vez mais, v. relatório de auditoria do TdC n.º 24/2014, ponto 103, alínea p).

¹³ Cfr. “Relatório...”, cit., pontos 26 e 45 e ss.

¹⁴ Idem, ponto 85.

¹⁵ Idem, ponto 28, alínea a).

efetuados, até por ato ilícito imputável ao Estado ¹⁶. Merece saliência igualmente o facto de três concorrentes pretenderem ser ressarcidos dos encargos alegadamente incorridos com a elaboração das respetivas propostas ¹⁷.

ii) Segunda patologia: Debilidades de planeamento

Um segundo grupo de práticas corruptivas alude às deficientes previsões e antevisões de despesa.

De facto, em certos casos, a violação dos princípios e regras de Direito financeiro público surge logo ao nível inicial, da fase pré-procedimental do *iter despesista*, mais concretamente ao nível jurídico-político da racionalização, do planeamento e da programação dos projetos em que as despesas se encontrariam inseridas. Neste plano, é possível identificar patologias várias, como por exemplo a natureza inusitada do modelo de base para a implementação de determinado projeto público, como sucedeu na rede ferroviária de alta velocidade portuguesa, modelo esse que “não encontrou paralelo nos modelos existentes noutros países” e “sem a utilização do que habitualmente se designa por projeto-piloto” (aspeto tanto mais grave quanto conhecida era a inexperiência portuguesa na matéria) ¹⁸. Além disso, e ainda no âmbito do mesmo projeto, os próprios estudos realizados — em princípio, com o objetivo de prever os respetivos impactos económico, financeiro, social e outros, mas na prática, supostamente, para aprovação pela Comissão Europeia e concurso a Fundos Comunitários ¹⁹ — não se terão mostrado adequados, como o procura demonstrar o TdC, seja referindo que não existem evidências de que os benefícios ultrapassariam os custos, seja enfatizando que a atualidade das conclusões atingidas pode ser questionada pela conjuntura económica superveniente e por eventos posteriores, como o desvio das taxas de crescimento reais do PIB e dos limites admissíveis para o défice público, as derrapagens de prazos e o cancelamento de procedimentos de contratação ²⁰. Igualmente se poderão identificar lacunas graves, como sejam a ausência de análise específica custo-benefício para segmentos do

¹⁶ Idem, ibidem, alínea b).

¹⁷ Ainda, “Relatório...”, 607.

¹⁸ Assim, “Relatório...”, 607, 40, 53.

¹⁹ V. “Relatório...”, 66.

²⁰ Idem, pontos 61, 87, 63.

projeto (nomeadamente a parte nacional portuguesa ²¹) ou a ausência de referência ao problema da obtenção do material circulante (locomotivas, carruagens, etc.) ²².

No caso do projeto português de alta velocidade ferroviária, o TdC constatou igualmente um desfasamento entre os estudos prévios efetuados e a realidade empírica subjacente, decorrente de “alterações de contexto com inafastável impacto” [e.g., impasse num dos troços (Lisboa-Poceirão), obras com a travessia do rio Tejo, resolução governamental posterior relativa a opções estratégicas de transportes]. Tudo contribuiria, entende o órgão jurisdicional para “uma revisão do enquadramento e da justificação do projeto”, a qual não foi efetuada ²³.

Parafraseando o TdC (ponto 54 do relatório que se vem acompanhando): “Atendendo à complexidade e à falta de experiência prévia na implementação de um sistema de transporte inteiramente novo, o exposto no parágrafo anterior permite concluir por algum *excesso de otimismo*, porquanto seriam de admitir imprevistos durante todo o processo” (ênfase nossa).

Na verdade, uma análise atenta da situação imporá as conclusões de que todo o projeto seria financeiramente inviável, incompleto e sem sequência prevista, e, principalmente (na ótica que aqui se adota) gerador de encargos cuja comportabilidade o Estado não conseguiu demonstrar, pelo que não seria aconselhável prosseguir com o mesmo.

Não se pense, contudo, que o problema da dificuldade de planear é exclusivo do decisor lusitano. Numa similitude de raciocínio, o TCU brasileiro, quando se refere aos projetos em geral, faz menção a “gestão temerária do empreendimento” ²⁴ e, num plano mais concreto (respeitante à má concepção de obras em específico) consegue sem dificuldade identificar situações que se aproximam dos limites do absurdo, como sejam projetos de construção da via férrea de centenas de quilómetros apenas com uma linha corrida e contínua entre os dois extremos, sem cruzamentos nem plataformas. Nestes casos, logicamente se depreende que as composições não se poderiam cruzar, nem carregar ou descarregar mercadorias ao longo de todo o traçado, inviabilizando a aproveitabilidade.

²¹ Cfr. “Relatório...”, ponto 68.

²² V. “Relatório...”, 43.

²³ acórdão do TdC n.º 09/2012 - 21.mar. - 1ª S/SS, Processo n.º 233/2011 (ponto 3).

²⁴ V. acórdão do TCU – Plenário, n.º 605/2013.

Em outro plano, destaca-se o desaproveitamento de infra-estruturas ou *know-how* existentes, como sucede, por exemplo, quando não se usufrui dos conhecimentos e da experiência adquirida de empresas relevantes no setor em que determinado projeto público se insere, como aconteceu com o não envolvimento do maior operador ferroviário público português (a CP – Comboios de Portugal, que faz parte do setor empresarial do Estado), ainda que a título meramente consultivo ²⁵.

iii) Terceira patologia: violação das regras da concorrência e da contratação pública

Ainda num plano cronológico prévio — isto é, antes de o ato despesista se realizar —, cumpre referir um vício recorrente que, além de poder lesar o interesse financeiro público, adultera as regras da sã concorrência e da fluência do mercado: o desvirtuamento das regras concorrenciais.

Como se sabe, os procedimentos concursais no âmbito juspublicista devem ser conduzidos em ambiente concorrencial sério e transparente, prevendo os ordenamentos uma série de exigências em ordem a atingir tal desiderato, particularmente na fase da escolha por parte dos entes públicos dos respetivos co-contratantes. Particularmente, exige-se que as versões finais das propostas não contenham atributos diferentes dos constantes das respectivas versões iniciais apresentadas e que, depois de entregues, essas versões finais não sejam objecto de quaisquer alterações, sob pena de exclusão por parte do júri. Como bem se entende, pretende-se evitar, nomeadamente, que “os concorrentes apresentem uma proposta alegadamente final, oferecendo-se para a alterar a seguir na fase de celebração do contrato e esperando ainda poder fazê-lo a seguir numa fase de reforma procedimental”.

Ora, uma vez mais, a ferrovia constitui aqui um mau exemplo: constatou o TdC ²⁶ que certa adjudicação por parte do Estado recaiu sobre uma proposta que deveria ter sido excluída, por dois motivos: em primeiro lugar, porque os concorrentes admitidos à fase de negociação (incluindo o que veio posteriormente a ser o adjudicatário), apresentaram nas suas propostas finais um conjunto de condições não aceites pelo júri no âmbito das negociações e, em segundo lugar, porque as propostas

²⁵ Cfr. V. “Relatório...”, cit., 55, 56.

²⁶ V., uma vez mais, acórdão do TdC n.º 09/2012, cit., III (fundamentação), ponto 4.

apresentaram uma classificação inferior à da primeira fase. É certo que posteriormente um dos concorrentes disponibilizou-se para retirar essas condições em sede de contrato e o Estado determinou ajustamentos ao contrato, de modo a elas serem, em parte, eliminadas. Daí resultou a subsequente celebração de um contrato com substanciais alterações relativamente à proposta adjudicada, as quais, na opinião deste Tribunal, não eram reconduzíveis ao conceito de ajustamentos previsto na lei.

Do mesmo modo, o TCU brasileiro identifica falhas neste domínio, referindo-se a uma “licitação aparentemente correta”, em que *supostamente* houve competição, tendo sido adjudicada à licitante de melhor proposta, e executada com *aparente* respeito à legislação (sublinhados nossos)²⁷.

iv) Quarta patologia: Insuficiente fundamentação (falta de informação)

Como supra se referiu, o ato de despesa pública deve ser adequadamente ponderado e fundamentado, no quadro de uma regra de seletividade do gasto.

Com efeito, não deve suscitar dúvidas o axioma de acordo com o qual toda a despesa pública deve ser justificada, demonstrando-se de modo claro e inequívoco a necessidade da sua realização e, caso tal não aconteça, não deve a mesma ser efetuada, seja porque não se afigura necessária — necessária não sendo, igualmente, a oneração do erário público com a sua consecução —, seja porque essa necessidade não resulta evidente.

Ora, verifica-se frequentemente que as entidades públicas não justificam adequadamente a realização da despesa, desrespeitando ostensivamente normas jurídicas de Direito financeiro público.

No específico caso do projeto português de alta velocidade, tendo sido celebrado um contrato de concessão no âmbito do qual se previa o pagamento de verbas por parte do Estado, é patente a ausência de informação financeiramente relevante, limitando-se a ser apresentada uma declaração de que as verbas “serão ou poderão ser inscritas em orçamento”²⁸. Ora, como o próprio TdC salienta “tal declaração não é suficiente para atestar que, no ano em curso, os saldos da execução

²⁷ V. acórdão do TCU – Plenário, nº 673/2013.

²⁸ V. acórdão do TdC n.º 09/2012 - 21.mar. - 1ª S/SS, Processo n.º 233/2011 (ponto 12).

orçamental da despesa permitem suportar os encargos decorrentes do contrato (...), nem para demonstrar que os encargos futuros estão devidamente autorizados”.

v) Quinta patologia: erros na execução

Mas não apenas ao nível inicial do procedimento de realização de despesa é possível identificar situações desviantes, pois também nos posteriores momentos de execução se torna relativamente fácil surpreender casos de má despesa e violação do revestimento jurídico-financeiro. Aqui, relevam as falhas na fase executória dos projetos, isto é, depois de as despesas terem sido aprovadas — bem ou mal, note-se — verificando-se que a sua consecução é rodeada de desleixo e incompetência, com todos os corolários gravosos em termos de erário público.

Por exemplo, na ferrovia Norte-sul, constata-se a construção de trechos que terminam “no meio do nada”²⁹, além de se apontar deficiências de concepção que chegam a raiar os limites do impensável, como plataformas com larguras inadequadas às vias que lá passariam³⁰.

No mesmo plano do descuido e desmazelo — provavelmente por se tratar de bens públicos —, é de registar pela negativa o armazenamento inadequado de grandes quantidades de material de estrutura ferroviária, como acessórios de fixação, trilhos, etc., os quais foram encontrados por equipas de fiscalização em canteiros de obras, nas margens da linha ferroviária, em sacos rasgados e sem nenhum abrigo ou segurança, permitindo a deterioração e a ocorrência de extravios. O TCU concluiu que tais materiais — incluindo sobras causadas por medições de quantitativos superiores ao necessário — não serão mais utilizados nos contratos para os quais foram adquiridos³¹.

Outro dos vícios apontados, e de ocorrência muito frequente, diz respeito ao sobrefaturamento ou incremento de preços, nas situações em que as aquisições ou contratações de equipamentos são efetuadas por preços maiores do que aqueles que seriam os preços de referência ou os preços normais de mercado³².

²⁹ V. acórdão do TCU – Plenário, nº 673/2013

³⁰ Cfr. acórdão do TCU – Plenário, nº 605/2013.

³¹ Cfr. acórdão do TCU – Plenário, nº 673/2013

³² É caso, por exemplo, do constatado nos acórdãos do TCU – Plenário, nº 462/2010 e 673/2013 e 2447/2014.

vi) Sexta patologia: derrogação de normas imperativas e produção de pré-efeitos

Quando se está em presença de atos, contratos ou outros instrumentos sujeitos a fiscalização prévia, é adotada pela lei portuguesa (Lei de organização e processo do Tribunal de contas) uma regra de duplo efeito, atendendo ao valor do ato sindicado: quando se está em presença de atos, contratos ou outros instrumentos de valor seja superior a € 950 000, o visto ou a declaração de conformidade assumem a configuração de condições de eficácia suspensiva, não podendo produzir-se quaisquer efeitos antes da respetiva notificação juridicamente adequada; pelo contrário, quando se está em presença de atos, contratos ou outros instrumentos cujo valor não seja superior a € 950 000, a sujeição a visto não paralisa a produção de efeitos do ato sindicado, podendo os correspondentes efeitos materiais ser levados à prática ou à execução. Em todo o caso, nesta segunda situação, a própria lei ressalva que, de entre esses potenciais efeitos, existe uma espécie que seguramente não pode ser levada à prática: os pagamentos. Por outras palavras: vigora uma regra de *proibição de pagamentos* antes do visto ou da declaração de conformidade, seja nos atos de valor mais elevado, seja nos atos de valor menos elevado ³³.

Como o próprio Tribunal salienta, trata-se de normas de Direito financeiro público e de natureza imperativa, não estando as mesmas, evidentemente, na disponibilidade dos sujeitos envolvidos, não podendo estes moldar o respetivo conteúdo nem decidir ou deliberar se as cumprem ou não.

Uma vez mais, o desvio às prescrições normativas do ordenamento aparece evidente: no contrato de concessão relativo às infra-estruturas ferroviárias no troço Poceirão-Caia e à estação de Évora, contratualizou-se que “...em caso de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas, as partes acordam que os custos e despesas comprovadamente incorridos pela Concessionária com a realização de todas as actividades e investimentos para a prossecução do objecto do Contrato de Concessão (...), serão pagos, salvo acordo em contrário pelas partes, pelo Concedente à Concessionária...”.

³³ V. art.º 45.º, n.º 1 da LOPTC. Para exceções, v. n.ºs 3 e 5.

Face a uma cláusula desta natureza – que afasta a norma imperativa e que ressalva o aparentemente inaplicável n.º 3 do art.º 45.º – , concluiu o TdC, de modo liminar, que se anteciparam pagamentos que não poderiam ter sido antecipados.

Conclusões:

Apresentando-se a patologia corruptiva como um comportamento público e ilícito violador do Interesse público, intuitivamente se conclui que se está a fazer menção a um alargadíssimo conjunto de realidades fáticas e jurídicas. No seu âmbito alargado, são facilmente perceptíveis os desvios em matéria de finanças públicas e de gasto (despesa) pública, consubstanciando um agregado de comportamentos nos quais os recursos públicos são indevidamente utilizados, em claro afastamento dos fins para os quais são arrecadados ou conseguidos. De entre tal agregado, salientam-se os casos em que pura e simplesmente não se identifica o Interesse público que deve subjazer à efetivação da despesa, as situações de planeamento deficiente, os empreendimentos com “excesso de otimismo” e os erros materiais na execução, com gastos acrescidos consideráveis. Em qualquer das situações, o Estado de Direito acaba desconsiderado.

Braga, Santa Cruz do Sul

Maio de 2015