

“O VALOR PROBATÓRIO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA EM JUÍZO”

SUMÁRIO:

I – Auditoria e relatório de auditoria (conceitos)

II – Conteúdo e estrutura do relatório de auditoria

III - O direito processual aplicável aos processos para efectivação de responsabilidades financeiras (direitos processual civil e penal)

IV – Da prova e do objecto da prova

A) No direito processual penal

B) No direito processual civil

V – Do ónus da prova

A) No direito processual penal

B) No direito processual civil

VI – Dos princípios processuais relativos aos meios de prova (os mais relevantes)

A) No direito processual penal

B) No direito processual civil

VII – Da função do relatório de auditoria em sede do processo jurisdicional

A) Como pressuposto processual;

B) Como delimitador do *thema decidendum*;

C) Como meio de prova

1 – Do valor probatório das provas pré-constitutivas, no processo jurisdicional

2- Do valor probatório das provas pré-constitutivas, no processo jurisdicional, após o cumprimento do contraditório e exame pelo juiz (alguns aspectos)

- a) Do valor probatório da resposta do presumível responsável, em sede de contraditório, bem como das informações ou esclarecimentos por este prestados na pendência da auditoria
- b) Do valor probatório da prova documental
- c) Do valor probatório do juízo técnico de apreciação formulado no relatório de auditoria

VIII - Da eventual alteração da LOPTC no sentido de atribuir um valor probatório reforçado ao juízo técnico de apreciação formulado no relatório de auditoria

I

AUDITORIA E RELATÓRIO DE AUDITORIA (conceitos)

O Manual de Auditoria e Procedimentos, Vol I, Tribunal de Contas, Lisboa, 1999, define Auditoria como “um exame ou verificação de uma dada matéria tendente a analisar a conformidade da mesma com determinadas regras, normas ou objectivos, conduzido por pessoa idónea, tecnicamente preparada, realizado com observância de determinados princípios, métodos e técnicas geralmente aceites, com vista ao auditor formar uma opinião e emitir um parecer sobre a matéria analisada”.

A matéria objecto de exame ou verificação tem, obviamente, que se reportar a matéria relativa ao controlo da actividade financeira do Estado.

O mesmo Manual define Relatório de auditoria como o “documento contendo comprovações, conclusões e, eventualmente recomendações que a instituição de fiscalização ou o auditor considerem útil levar ao conhecimento da entidade fiscalizada ou de qualquer outra autoridade competente. O relatório de auditoria pode ser acompanhado das respostas da entidade fiscalizada.”¹

Os relatórios de auditoria que nos interessam, para efeitos do presente trabalho, são, naturalmente, apenas aqueles que concluem pela existência de eventuais infracções financeiras e seus responsáveis.

¹ De acordo com o art.º 54.º, n.º 3, al. e), da Lei 98/97, de 26/08 (LOPTC), a opinião dos responsáveis no âmbito do contraditório deverá constar do relatório de auditoria (v. ainda art.º 13.º da mesma Lei).

II

ESTRUTURA E CONTEÚDO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA

Diz a este propósito o n.º 3 do art.º 54.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto (Lei de organização e processo no Tribunal de Contas), doravante designada por LOPTC:

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

- a) A entidade cuja conta é objecto de verificação e período financeiro a que diz respeito;
- b) Os responsáveis pela sua apresentação, bem como pela gestão financeira, se não forem os mesmos;
- c) A demonstração numérica referida no n.º 2 do artigo 53.º;
- e) Os métodos e técnicas de verificação utilizados e o universo das operações seleccionadas;
- e) A opinião dos responsáveis no âmbito do contraditório;
- f) 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, se for caso disso;
- g) As recomendações em ordem a serem supridas deficiências da respectiva gestão financeira, bem como de organização e funcionamento dos serviços;
- j) Os emolumentos devidos e outros encargos a suportar pelas entidades auditadas.

III

O DIREITO PROCESSUAL APLICÁVEL AOS PROCESSOS PARA EFECTIVAÇÃO DE RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS

O processo no Tribunal de Contas rege-se pelo disposto na LOPTC e, supletivamente:

- “a) No que respeita à 3.^a Secção, pelo Código de Processo Civil;
- b) (...)
- c) Pelo Código de Processo Penal, em matéria sancionatória.

Sendo a LOPTC omissa relativamente a quase todas as questões relativas à prova, aplicar-se-á o Código de Processo Penal ou o Código de Processo Civil, consoante a matéria objecto do processo seja de natureza sancionatória ou reintegratória.

IV

DA PROVA E DO OBJECTO DA PROVA (alguns aspectos)

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos (art.º341.º do Código Civil).

O objecto da prova são as afirmações ou alegações de facto. Não constituem objecto da prova os argumentos, razões, pontos ou questões de direito.

Só devem ser objecto da prova factos pertinentes, ou seja, os que interessam à solução do pleito.

A) No direito processual penal e, nessa medida, também na responsabilidade financeira sancionatória.

Adaptando o art.º 124.º do Código de Processo Penal (CPP), sob a epígrafe “Objecto da prova”, à responsabilidade financeira sancionatória podemos afirmar o seguinte: constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência da infracção financeira, condenação ou não condenação do demandado e a determinação da sanção aplicável; se o responsável for também demandado por responsabilidade financeira reintegratória constituem também objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade reintegratória (v.g. os factos integradores do dano).

Os factos probandos, nos termos supra referidos, são normalmente postos pelo Ministério Público no requerimento inicial e pela defesa na contestação e podem excepcionalmente ser postos pelo tribunal^{2 3}.

B) No direito processual civil e, nessa medida, também em sede de responsabilidade financeira reintegratória.

De entre os factos pertinentes o juiz só pode servir-se para decidir o pleito, dos factos articulados pelas partes (cfr. art.º 664.º do Código de Processo Civil).

A esta regra – o juiz só deve julgar *secundum allegata et probata* - estabelece a lei duas excepções fundamentais: **(i)** factos notórios⁴; **(ii)** os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das

² Vide Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, II, pág. 105, Verbo (3.ª edição).

³ Segundo Germano Marques da Silva, in Obra citada, páginas 106 e 107, pode também o tribunal servir-se, para decidir o pleito, dos factos notórios e dos factos de que o tribunal tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções. Estes últimos, contudo, respeitam apenas aos factos que possam ser provados por documento oficial com valor de documento autêntico (art.º 169.º do CPP). Em sentido idêntico ver ainda Manuel de Cavaleiro Ferreira, in Curso de Processo Penal, II (1981), pág. 296.

⁴ Vide art.º 514.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

suas funções⁵ e (iii) os factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa^{6 7} .

V

DO ÓNUS DA PROVA

A) No direito processual penal e, nessa medida, também em sede de responsabilidade financeira sancionatória

Em processo penal não existe um verdadeiro *ónus probatório em sentido formal*, vigorando o princípio da aquisição da prova articulado com o princípio da investigação; são boas as provas validamente trazidas ao processo, sem interessar a sua origem, recaindo sobre o juiz, em última análise, o encargo de investigar e esclarecer oficiosamente os factos em busca da verdade material. Quanto ao *ónus da prova em sentido material*, o princípio da presunção da inocência do arguido (no caso, do demandado) impõe que, em caso de dúvida irremovível, a questão seja sempre decidida a favor do arguido (no caso, o demandado). Da falta de prova não podem resultar consequências desfavoráveis para ele, qualquer que seja o *thema probandum*^{8 9}.

B) No direito processual civil e, nessa medida, também em sede de

⁵ Vide art.º 514.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

⁶ Vide n.º 2 do art.º 264 e n.º 3 do art.º 265.º, ambos do Código de Processo Civil.

⁷ A propósito da distinção entre factos essenciais, complementares e instrumentais, ver Miguel Teixeira de Sousa, in Obra citada, págs. 71 e 72.

⁸ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 13 de Maio de 1998, in Acórdãos do STJ, VI, 2, pág. 199.

⁹ Germano Marques da Silva, in Obra citada, pág. 111, diz, a propósito, o seguinte: “é sempre razoável a pergunta se sobre o MP (...) não recai o encargo de afastar a presunção de inocência, e isto porque sem uma mínima actividade probatória dos factos alegados não será nunca possível a condenação, pois que funciona o princípio da presunção da inocência”.

responsabilidade financeira reintegratória.

A norma fundamental sobre esta matéria é a do art.º 342.º do Código Civil, sob a epígrafe “Ónus da prova”:

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

O art.º 516.º do CPCivil, sob a epígrafe “Princípios a observar em caso de dúvida”, estatui que: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita” (no mesmo sentido ver artigo 346.º do CCivil, sob a epígrafe “Contraprova”).

Em certos casos o ónus da prova compete à parte que, segundo a repartição normal, dele estaria libertado. Dá-se a inversão do ónus da prova quando existe presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado¹⁰ (art.º 344.º do CCivil).

A LOPTC, não estabelece qualquer presunção legal, sendo certo que, no que se refere à prova “do dano por não haver contraprestação efectiva” – n.º 2 do art.º 59º da LOPTC -, seria de toda a utilidade que, no futuro, se fizesse consagrar uma norma que invertesse o ónus da prova quanto à não

¹⁰ Um exemplo da inversão do ónus da prova é o previsto no art.º 799.º do CC.

existência de contraprestação efectiva. E isto porque se trata de uma prova de facto negativo extremamente onerosa para pôr a cargo do Estado.

VI

DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RELATIVOS AOS MEIOS DE PROVA (os mais relevantes)

A) No direito processual penal e, nessa medida, também em matéria de responsabilidade financeira sancionatória.

- **Princípio da presunção da inocência** (intimamente ligado ao princípio *in dubio pro reo*). É o princípio segundo qual todo o arguido (no caso, todo o demandado) se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença (n.º 2 do art.º 32 da Constituição). Este princípio inclui pelo menos no seu “núcleo essencial”, a proibição de impor ao demandado o ónus de provar a sua inocência¹¹. Não seria, por isso, admissível uma norma que impusesse ao demandado o ónus de provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procedia de culpa sua (vide art.º 799.º do Código Civil).
- **Princípio *in dubio pro reo***. É o princípio segundo o qual um *non liquet* na questão de facto tem de ser sempre valorado a favor do demandado (arguido). Este princípio inclui pelo menos no seu “núcleo essencial” a proibição de impor ao demandado o ónus de

¹¹ Vide, entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 135/92, de 2 de Abril de 1992, in processo n.º 376/88.

fazer a prova positiva (ou prova em contrário) da não verificação dos factos alegados pelo detentor da acção¹².

- **Princípio da prova livre ou da livre convicção do julgador.** É o princípio segundo o qual a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente (artigo 127.º do Código de Processo Penal). Este princípio comporta limites à apreciação directa dos factos pelo juiz, como é o caso da prova resultante de documentos autênticos ou autenticados (art.º 169.º do Código de Processo Penal) e outras presunções (v., por exemplo, art.º 163.º do Código de Processo Penal).
- **Princípio da investigação ou da verdade material.** Este princípio significa que o tribunal não está limitado pela prova dos factos aduzida pela acusação e defesa, mas antes tem o poder-dever de investigação oficiosa. Definido o objecto do processo pela acusação e delimitado consequentemente o objecto do julgamento, o tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, deve procurar por todos os meios processualmente admissíveis alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa¹³.
- **Princípio da oralidade.** Significa este princípio que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão (cfr. art.º 96.º, n.º 1, do Código de Processo Penal). Este princípio tem uma enorme relevância no direito processual financeiro já que, nos termos do art.º 92.º, n.º 4, da LOPTC, a falta de contestação não produz efeitos cominatórios.¹⁴

¹² Sobre os conceitos de prova do contrário e contraprova, v. Manuel de Andrade, Noções elementares de Processo Civil, 1958, p. 195.

¹³ Ver Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, I, pp. 85 e 86.

¹⁴ Este artigo aplica-se a todo o tipo de responsabilidades financeiras.

- **Princípio da imediação.** Este princípio significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção de provas¹⁵.
- **Princípio do contraditório.** Este princípio traduz o direito que tem a acusação e defesa de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas¹⁶. Em sede de instrução e julgamento significa, no essencial, que não podem ser admitidas quaisquer provas sem que antes se tenha dado cumprimento ao contraditório.

B) Em sede de processo civil e, nessa medida, também em matéria de responsabilidade financeira reintegratória.

- **Princípio da cooperação intersubjectiva** (vide, v.g., artigos 266.º e 519.º, ambos do Código de Processo Civil).
- **Princípio da oficiosidade.** Apesar de o objecto do processo se encontrar, em geral, submetido à disponibilidade das partes (art.ºs 264.º, n.º 1, e 664º in fine, ambos do Código de Processo Civil), a instrução comporta importantes poderes instrutórios do tribunal. Esses poderes podem recair sobre factos essenciais, complementares e instrumentais (artigos 264.º, n.º 2, e 265.º, n.º 3, todos do Código de Processo Civil) e justificam-se pela necessidade de evitar que, pela falta de prova, a decisão da causa seja imposta pelo *non liquet* (art.º 516.º do Código de Processo Civil; art.º 346.º do Código Civil)¹⁷.
- **Princípio da prova livre ou da livre convicção do julgador.** Sobre este princípio nada há acrescentar de essencial ao que já

¹⁵ Vide Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, I, pág. 90.

¹⁶ Vide Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, I, pág. 77.

¹⁷ Miguel Teixeira de Sousa, in Estudos Sobre o Novo Processo Civil”, Lex, pág. 323.

anteriormente dissemos (cfr. art.º 655.º do Código de Processo Civil).

- **Princípio do contraditório.** Relativamente ao já dissemos a anteriormente, importa apenas referir, no que se reporta às provas pré-constitutivas (as provas documentais constantes do relatório de auditoria são todas provas pré-constitutivas), que o demandado tem sempre a faculdade de impugnar tanto a respectiva admissão, como a sua força probatória (art.º 517.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código de Processo Civil). E isto mesmo que se trate de documentos autênticos ou autenticados (artigos 544.º e 546.º do Código de Processo Civil).
- **Princípios da imediação e da oralidade.** Sobre estes princípios nada de relevante há a acrescentar relativamente ao que já anteriormente dissemos.
- **Princípio da aquisição processual.** Este princípio diz-nos que o material necessário à decisão e aduzido ao processo por uma das partes – sejam alegações, sejam motivos de prova – pode ser tomado em conta mesmo em favor da parte contrária àquele que o aduziu¹⁸.

VII

DA FUNÇÃO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA EM SEDE DO PROCESSO JURISDICIONAL

A) Como pressuposto processual

¹⁸ Vide João de Castro Mendes, in *Direito Processual Civil*, Associação Académica de Lisboa, Vol. III, pág 209

É, em regra, com base no relatório de auditoria que o Ministério Público pode requerer o julgamento de responsáveis financeiros e que a 3.^a Secção do Tribunal de Contas pode julgar aqueles.¹⁹

Na verdade, a estrutura do direito processual financeiro implica que a 3.^a Secção só possa intervir quando solicitada por um requerimento formulado pelo M.P, sendo que este requerimento terá, em regra, de ser precedido de um relatório de auditoria onde, para além do mais, estejam concretizadas as situações de facto e de direito integradoras de eventuais infracções financeiras e seus responsáveis (alínea g) do art.º 54.º).

O relatório de auditoria é, nesta medida, uma *condição de procedibilidade* (e não condição de procedência da acção), ou seja, é um pressuposto processual de cuja verificação depende o poder-dever de o juiz se pronunciar sobre o fundo da causa (ou o mérito do pedido formulado). Ou seja, se o Ministério Público propuser uma acção para efectivação de responsabilidades financeiras, sem que a mesma tenha sido precedida de um relatório de auditoria, é o demandado absolvido da instância²⁰.

B) Como delimitador do *thema decidendum*

O Relatório de auditoria assume, aqui, uma outra função: a de definir os factos integradores da responsabilidade financeira (causa de pedir) e, nessa medida, a de definir os factos a provar pelo Ministério Público, ou seja, os factos de que depende o êxito da acção²¹. E isto porque o Ministério

¹⁹ Os processos autónomos de multa, segundo uma interpretação possível, poderão não ter necessariamente que se fundamentar em factos evidenciados em relatórios de auditoria (vide art.º 58º, n.º 1, alínea d), e n.º 5; cfr. também art.º 70.º, n.º 3.

²⁰ Embora com *nuances*, vide, a propósito, o despacho de 31 de Março de 2003, proferido no Proc n.º 5 JRF/2003, da autoria da subscritora desta intervenção.

²¹ O M.P não tem que assumir como bons todos os factos constantes do relatório de auditoria. O que não pode é fundamentar a sua pretensão com base em factos que não constam do relatório de auditoria. Nada

Público só pode accionar os eventuais responsáveis financeiros com base em factos constantes desse relatório, não podendo tomar a iniciativa de adquirir novos factos para tal efeito – artigos 12.º, n.º 2-b), 29.º, n.º 4, 54.º, n.º 3-g), 55.º, n.º 2, 57.º, n.º 1, 58.º, n.º 3, e 89.º da LOPTC.

Funciona, aqui, o princípio da pré-condicionalidade da iniciativa do Ministério Público para a efectivação de responsabilidades financeiras.

Em sede jurisdicional, o *thema decidendum* - ou os factos a provar – corresponde, assim, aos factos alegados no requerimento inicial e na contestação, sendo certo que, como se disse, o Ministério Público só poderá fundamentar a sua pretensão em factos constantes do relatório de auditoria. *A latere*, importa referir que o Ministério Público não está vinculado à qualificação dos factos feita no relatório de auditoria. A vinculação cinge-se apenas aos factos do mesmo constantes, em caso de accionamento. Quer isto dizer que o M.P. pode, por exemplo, entender que aqueles factos não são constitutivos de responsabilidade financeira e, por conseguinte, arquivar o processo, ou pode entender que aqueles factos não estão suficientemente indiciados, face aos elementos de prova produzido no processo de auditoria (por ex., não está suficientemente indiciado que o responsável identificado no Relatório foi o autor de determinada autorização de pagamento).

C) Como meio de prova

impede, contudo, que o M.P. alegue “factos notórios” ou “factos que o tribunal tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções” (art.º 514.º do CPCivil); o mesmo acontece relativamente aos factos instrumentais da causa de pedir, embora esta questão possa não ser totalmente pacífica (cfr. artigos 264.º, n.º 2, e 265.º, n.º 3, ambos do CPCivil; vide art.º 29.º, n.º 4, in fine, da LOPTC).

As provas, como atrás se disse, têm por função a demonstração da realidade dos factos (art.º 341.º do Código Civil)²². Significa isto que a realidade dos factos invocados no Relatório de auditoria e, consequentemente, alegados pelo M.P. no Requerimento inicial, não podem eles próprios constituir prova²³. Só assim não seria se a lei estabelecesse presunções legais de prova quanto a esses factos (ou alguns desses factos) ou dispensasse o Ministério Público da prova dos mesmos. Donde **o que constitui prova** são os instrumentos probatórios constantes da auditoria, ou seja, **são os documentos em que o relatório se funda para concluir por uma determinada factualidade** - v.g. documentos autênticos, autenticados, particulares, incluindo nestes os exames, vistorias, avaliações e declarações prestadas pelos responsáveis ou por outrem²⁴.

1- Do valor probatório das provas pré-constituídas, no processo jurisdicional.

As provas pré-constituídas são, naturalmente, os documentos em que se estribam os factos constantes do relatório de auditoria e, por consequência, no Requerimento Inicial apresentado pelo M.P. junto da 3.ª Secção do Tribunal de Contas.

No processo jurisdicional, vigoram, como atrás se disse, os princípios da imediação e do contraditório. **O valor probatório das provas, designadamente pré-constituídas, está intimamente relacionado com estes princípios. Daí que as leis adjectivas imponham a regra segundo a qual todas as provas, designadamente as pré-constituídas, só sejam**

²² Os factos não compreendem os juízos conclusivos ou legais, mas apenas os factos que servem de base ou apoio a essas conclusões ou conceitos.

²³ Quando muito poderá dizer-se que aqueles factos, no caso de ser proferido despacho de citação, estão suficientemente indiciados. E isto porque estes factos são o resultado de toda uma actividade preliminar conducente à sua percepção, que se encontra documentada (a auditoria propriamente dita).

²⁴ Documento é qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto (art.º 362.º do Código Civil).

admitidas como tal, no processo jurisdicional, após a realização do contraditório e do seu exame pelo juiz (art.º 517.º do Código de Processo Civil e art.º 355.º do Código de Processo Penal).

Quer isto dizer que os documentos produzidos em auditoria só têm valor probatório dentro do processo de auditoria. Dito de outro modo: constituem os instrumentos probatórios de que se serve o juiz de auditoria para formar a sua convicção e emitir o seu “parecer”.

No processo jurisdicional, e antes do contraditório e do seu exame pelo juiz, não têm tais documentos qualquer força probatória.²⁵

2- Do valor probatório das provas pré-constitutivas, no processo jurisdicional, após o cumprimento do contraditório e exame pelo juiz²⁶ (alguns aspectos).

a) Do valor probatório da resposta do presumível responsável, em sede de contraditório, bem como das informações ou esclarecimentos por este prestados na pendência da auditoria.

- Se o presumível responsável, em sede de contraditório (art.º 13.º da Lei), nada disser, ou não prestar os esclarecimentos ou informações ordenadas pelo Tribunal (art.º 87.º, n.º 4, alínea a), da Lei), o seu silêncio, em sede de processo penal e, por aproximação, também em sede de responsabilidade financeira sancionatória, não poderá ser valorado como meio de prova (cfr. artigos 343.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1, ambos do CPP).

²⁵ Um documento autêntico, por exemplo, num processo judicial para efectivação de responsabilidades financeira, só poderá ter a força probatória própria desses documentos (prova plena), após ter sido notificado ao demandado e não impugnado com fundamento em falsidade (art.º 376.º, n.º 1, do Código Civil).

²⁶ Estamos, obviamente, a falar das provas em que se estribam os factos constantes do relatório final e, nessa medida, nas provas que sustentam os factos alegados pelo Ministério Público, no Requerimento Inicial.

O mesmo acontece em sede de processo civil e, portanto, em sede de responsabilidade financeira reintegratória (não existe nenhum princípio de direito ou norma que permita uma interpretação diversa).

Anote-se que mesmo que a LOPTC viesse a atribuir efeitos probatórios confessionais ao silêncio do responsável - o que só poderia acontecer em sede de responsabilidade financeira reintegratória - tal confissão extrajudicial, porque feita a terceiro e não à parte contrária ou a quem a represente, estaria sempre sujeita ao princípio da livre apreciação da prova (n.º 4 do art.º 358.º do Código Civil).

• **Se aquele responder ou prestar os esclarecimentos ou informações solicitados pelo Tribunal, podemos distinguir, pelo menos, duas situações:**

- (i) a resposta, os esclarecimentos ou informações foram prestados formalmente perante o Juiz de auditoria (em auto), caso em que estaremos perante um documento autêntico (art.º 169.º do CPP);
- (ii) a resposta, os esclarecimentos ou informação foram prestados mediante requerimento, situação em que estaremos perante um documento particular (art.º 127.º do CPP, e art.º 377.º do Código Civil).

Na 1.ª situação, tal documento, porque autêntico, faz prova plena dos factos materiais do mesmo constantes, enquanto não for posta em causa a sua veracidade.

Na 2.ª situação, podem ocorrer uma de duas hipóteses:

- (i) ou o documento foi autenticado nos termos da lei notarial e, neste caso, tem a força probatória dos documentos autênticos, enquanto não for posta em causa a sua veracidade (artigo 377.º do Código Civil e 169.º do CPP);
- (ii) ou o documento não foi autenticado, nos supra referidos termos, e o

seu valor probatório é apreciado livremente pelo juiz de julgamento.

Anote-se, porém, no que se refere aos documentos autênticos ou autenticados e aos documentos particulares autenticados nos termos da lei notarial, que aqueles só fazem prova plena dos factos aí referidos como praticados perante o Senhor Juiz, bem como dos factos que nele são atestados com base nas suas percepções. Ou seja: não provam, por exemplo, que as declarações prestadas pelo presumível responsável, em sede de contraditório, são verdadeiras. Equivale isto a dizer que a veracidade dos factos constantes naqueles documentos está sempre sujeita ao princípio da livre apreciação da prova. O mesmo acontece, como é óbvio e até por maioria de razão, no que aos documentos particulares se refere.

Refira-se, por último, que, mesmo em sede de responsabilidade financeira reintegratória, nunca se poderia configurar uma solução jurídica que permitisse dar à “confissão” constante de documento, no caso “confissão extrajudicial”^{27 28}, o valor de força probatória plena (art.º 358.º, n.º 2, do Código Civil). E isto porque a confissão extrajudicial só tem força probatória plena quando seja feita à parte contrária ou a quem a represente, e o Tribunal não é “parte contrária nem a representa” (art.º 358.º, n.º 2, do Código Civil).

b) Do valor probatório da prova documental

²⁷ O processo de auditoria não é um processo judicial. Donde a confissão, a existir, é uma confissão extrajudicial

²⁸ Quanto ao valor probatório da confissão extrajudicial não constante de documento, ver o n.º 3 do art.º 358.º do CCivil.

O que atrás se disse (v. ponto VI, alínea C), 2, a), 2.^a parte) aplica-se, *mutatis mutandis* a toda a prova documental recolhida em auditoria e levada ao relatório e requerimento inicial.

c) Do valor probatório do juízo técnico de apreciação formulado no relatório de auditoria

Auditoria, como atrás dissemos, é um exame ou verificação de uma dada matéria,²⁹ tendente a analisar a conformidade da mesma com determinadas regras, normas ou objectivos, conduzido por pessoa idónea, tecnicamente preparada, realizado com observância de certos princípios, métodos e técnicas geralmente aceites, com vista a possibilitar ao auditor formar uma opinião e emitir um parecer sobre a matéria analisada.

Consubstancia-se, assim, a auditoria numa actividade de *percepção* e *valoração* de determinada realidade fáctica, efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos e científicos – os auditores³⁰.

Equivale isto a dizer que estamos perante uma actividade pericial e que a auditoria é uma perícia.

Esta actividade culmina com um juízo opinativo formal sobre a matéria analisada, de onde consta, *inter alia*, um juízo de apreciação técnico-pericial sobre aquela factualidade³¹.

²⁹ A matéria objecto de exame ou verificação terá, obviamente, que estar directamente relacionada com a actividade do Tribunal de Contas

³⁰ *A prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação dos factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial* - art.º 388.º do CCivil.

³¹ Este juízo não pode ser confundido com o juízo técnico-jurídico, que, obviamente, compete ao juiz de julgamento..

A LOPTC não atribui a este juízo de apreciação técnico-pericial qualquer valor probatório específico. Equivale isto a dizer que aquele juízo é apreciado livremente pelo julgador, segundo a sua experiência, prudência e bom senso (art.º 389.º do CCivil; art.º 127.º do CPPenal e art.º 655.º do CPCivil)³².

VIII

DA EVENTUAL ALTERAÇÃO DA LOPTC NO SENTIDO DE ATRIBUIR UM VALOR PROBATÓRIO REFORÇADO AOS JUÍZOS DE APRECIÇÃO TÉCNICO-PERICIAIS FORMULADOS NO RELATÓRIO DE AUDITORIA

Já vimos que este juízo só tem força probatória, no processo jurisdicional, após contraditório e exame pelo juiz, e que a sua força probatória é fixada de acordo com o princípio da livre convicção do julgador.

Mas será que não se justificaria dar um valor probatório reforçado àquele juízo de apreciação técnico-pericial?

Inclino-me para uma resposta positiva.

Para tanto, aduzo os seguintes argumentos:

- O Tribunal de Contas é uma das categorias de Tribunais (art.º 202.º e 209.º da Constituição).

³² Afigura-se que o legislador da LOPTC não quis que o juízo de apreciação técnico-pericial se presumisse subtraído à livre convicção do julgador, tal como acontece em sede de processo penal (art.º 163.º do CPP). Em primeiro lugar porque tal norma é excepcionalíssima no nosso ordenamento jurídico, tendo sido pensada especificamente para o processo penal; em segundo lugar porque a aplicação daquele regime ao direito processual financeiro conduziria a dualidade de regimes de apreciação da prova consoante estivessemos apreciar aquele juízo pericial em sede de responsabilidade financeira sancionatória ou em sede de responsabilidade financeira reintegratória, sem que, para tanto, exista qualquer fundamento material plausível

- Este enquadramento na estrutura do Estado atribui ao Tribunal de Contas a natureza de órgão de soberania (artigos 202.º e 110.º) aplicando-se-lhe, assim, com as devidas adaptações relativamente ao exercício da função não jurisdicional ou de controlo financeiro em sentido técnico, os princípios constitucionalmente consagrados para os demais tribunais (v.g. independência; respeito pela Constituição e princípios nela consignados; fundamentação das decisões; publicidade das decisões);
- O Tribunal de Contas é, nos termos constitucionais (art.º 214.º), o órgão supremo de controlo da actividade financeira do Estado;
- Os resultados finais das auditorias são aprovados por um mínimo de três Juízes Conselheiros (art.º 78, n.º 1, al. f), e n.º 2, al. a), da LOPTC);
- Os auditores devem exercer a sua actividade com independência. Esta independência decorre, aliás, da independência do Tribunal de Contas como órgão supremo de controlo da actividade financeira do Estado;
- Os auditores são pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos e científicos na área do controlo da actividade financeira do Estado, sendo certo os julgadores não possuem tais conhecimentos ou não têm necessariamente que os possuir;
- As auditorias são realizadas com observância de certos princípios, métodos e técnicas geralmente aceites, existindo até, para o efeito, um Manual de Auditoria e Procedimentos;
- No sistema actual, a força probatória daquele juízo técnico-pericial é abalada sempre que o demandado consiga tornar duvidosa a força probatória daquele juízo técnico-pericial (art.º 516.º do CPCivil, art.º 346.º do CCivil; vide também o que atrás se disse sobre o princípio “in dubio pro reo”), sendo certo que

- A forma de abalar uma prova pericial idónea e fundamentada é contrapor uma outra prova pericial igualmente idónea e fundamentada.

Conclui-se, pois, que o juízo de apreciação técnico-pericial formulado no relatório de auditoria deveria estar subtraído ao princípio da livre convicção do julgador.

O legislador do Código de Processo Penal encontrou uma solução jurídica para estas situações.

Dispõe o artigo 163.º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe “Valor da prova pericial”:

- “1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre convicção do julgador.
2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.”^{33 34}.

A *ratio legis* que presidiu à feitura deste preceito residiu essencialmente no facto de a realidade a apreciar exigir conhecimentos especiais (técnicos, científicos ou artísticos) que os julgadores não possuem; ou seja, valem, aqui, muitos dos considerandos atrás aduzidos a propósito da plausibilidade de se atribuir um valor probatório reforçado ao juízo de apreciação técnico-pericial.

³³ Sobre a não aplicação deste preceito no direito processual financeiro ver nota 32.

³⁴ *A presunção que o art.º 163.º, n.º 1, consagra não é uma verdadeira presunção, no sentido de ilação, o que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido; o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador – vide Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal, II, Verbo, pág. 198.*

Justificar-se-ia, assim, a consagração de uma norma que presumisse subtraído à livre convicção do julgador os juízos técnicos ou científicos próprios da técnica de auditoria (ou exclusivos da técnica de auditoria), ficando quem julga obrigado a fundamentar a sua eventual divergência em relação àquele juízo pericial.

De referir que esta presunção nunca poderia funcionar relativamente aos factos em que aquele juízo de apreciação se apoia (suponhamos, v.g., que do julgamento resulta que o relatório de auditoria partiu de um pressuposto de facto inexistente para concluir que o sistema de controlo interno era pouco fiável; neste caso, a presunção não poderia funcionar, já que aquele juízo pericial se fundamentou num pressuposto de facto inexistente; ou seja, caindo os pressupostos de facto fundadores do juízo pericial, cai pela base a presunção de subtracção daquele juízo ao princípio da livre convicção do julgador). Assim, a necessidade de fundamentar a divergência só se daria quando esta incidisse sobre o juízo pericial³⁵.

Importa ainda realçar que a referida presunção teria, obviamente, que se cingir aos factos efectivamente apreendidos, e não aos inferidos de uma realidade apreendida³⁶.

VIII – CONCLUSÕES

A) Sendo a LOPTC omissa relativamente a quase todas as questões relativas à prova, aplicar-se-á o Código de Processo Penal ou o Código de Processo Civil, consoante a matéria objecto do processo seja de natureza sancionatória ou reintegratória;

³⁵ É esta, de resto, a interpretação que jurisprudência dá ao art.º 163.º do Código de Processo Penal (vide, v.g., Ac. do STJ de 9 de Maio de 1995, in Acs do STJ, III, 2, 189.

³⁶ Nas auditorias feitas por amostragem (como o são a maioria), a presunção só valeria relativamente ao juízo pericial sobre os factos efectivamente analisados.

- B)** Ao invés do que acontece em processo civil, em processo penal não existe um verdadeiro ónus da prova;
- C)** Em sede de processo penal, contam-se os seguintes princípios processuais relativos aos meios de prova: presunção da inocência, *in dubio pro reo*, da prova livre ou da livre convicção do julgador, da investigação ou da verdade material, oralidade, imediação e contraditório;
- D)** Em sede de processo civil, contam-se os seguintes princípios processuais relativos aos meios de prova: cooperação intersubjectiva, oficiosidade, da prova livre ou da livre convicção do julgador, contraditório, imediação, oralidade e aquisição processual;
- E)** O relatório de auditoria assume, no processo jurisdicional, três funções: **(i)** pressuposto processual, ou condição de cuja verificação depende o poder-dever de o juiz se pronunciar sobre o fundo da causa; **(ii)** delimitador do *thema decidendum*, na medida em que o Ministério Público só poderá fundamentar a sua pretensão com base em factos constantes do relatório de auditoria; **(iii)** e meio de prova;
- F)** O silêncio do presumível responsável em sede de contraditório, bem como a sua não colaboração na pendência da auditoria, não podem ser valorados como meios de prova;
- G)** Os documentos em que se fundamenta o relatório de auditoria para concluir por uma determinada factualidade constituem meios de prova;
- G)** Estes meios de prova só são admitidos como tal, no processo jurisdicional, após a realização do contraditório e do seu exame pelo juiz;
- I)** Os documentos em que se estriba o relatório de auditoria têm a força probatória inerente à sua natureza (v.g. documentos autênticos, autenticados, particulares reconhecidos pela lei notarial e particulares);
- J)** A auditoria é uma perícia, ou seja, é uma actividade de percepção e valoração de uma determinada realidade fáctica, efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos e científicos – os auditores;

L)) Actualmente aquele juízo técnico-pericial é apreciado livremente pelo julgador, segundo a sua experiência, prudência e bom senso; equivale isto a dizer que força probatória daquele juízo pode ser abalada pela simples dúvida, sendo certo que um juízo pericial idóneo e fundamentado só deveria poder ser duvidado com base noutra juízo pericial igualmente idóneo e fundamentado;

M) Justificar-se-ia, assim, a consagração de uma norma que presumisse subtraído à livre convicção do julgador os juízos técnicos ou científicos próprios da técnica de auditoria (ou exclusivos da técnica de auditoria), ficando quem julga obrigado a fundamentar a sua eventual divergência em relação àquele juízo pericial.

Equivale isto a dizer que estamos perante uma actividade pericial e que a auditoria é uma perícia.

própria da

poderá ser valorado como meio de prova (A força probatória dos referida

DA FUNÇÃO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA EM SEDE DO PROCESSO JURISDICIONAL

A) Como pressuposto processual

De entre os princípios processuais relativos aos meios de prova contam-se os seguintes: presunção da inocência, *in dubio pro reo* e DOS

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RELATIVOS AOS MEIOS DE PROVA (os mais relevantes)

No direito processual penal não existe um verdadeiro ónus da prova

////////

Anote-se, a propósito, que a prova pericial, mesmo quando se presume subtraída à livre convicção do julgador, como é o caso da prova pericial produzida em processo penal, só vale como prova depois de examinada em audiência e submetida a contraditório (artigos 316.º, 327.º, n.º 2, e 355.º, todos do Código de Processo Penal).

*Refira-se, porém, que a presunção que o art.º 163.º, n.º 1, consagra não é uma verdadeira presunção, no sentido de ilação, o que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido; o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador*³⁷.

Anote-se ainda que tal presunção apenas se refere ao juízo técnico-científico, e não propriamente aos factos em que o mesmo se apoia.

³⁷ Vide Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal, II, Verbo, pág. 198.

Relativamente a estes funcionará sempre o princípio da livre convicção do julgador³⁸.

Não o fazendo, tais factos carecem de ser demonstrados através dos meios de prova legalmente previstos (v.g. prova documental, prova testemunhal, prova por confissão, prova pericial) e com sujeição aos princípios estruturantes e de julgamento dos direitos processuais aplicáveis à situação em causa³⁹ (v.g. princípios do contraditório, do ónus da prova, da livre apreciação da prova, da imediação).

A lei também não atribui nenhum relevo probatório ao juízo de apreciação que o Relatório de auditoria faz relativamente aos factos que a própria auditoria carreu e levou ao Relatório

Afigura-se que esta solução é plausível no que se refere ao juízo técnico-jurídico, ou seja, ao juízo de subsunção dos factos ao direito, o qual deverá caber sempre e em última análise ao juiz de julgamento. Não assim, por exemplo, quanto aos juízos técnico-contabilísticos ou, numa formulação mais global, quanto aos juízos exclusivos inerentes à técnica de auditoria (v.g. saber se uma determinada verba está bem contabilizada como crédito ou como débito). E isto porque tal juízo é efectuado por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, no caso juízes, que na sua actividade recorrem a técnicas e a métodos geralmente aceites. (para melhorar). Assim, e quanto aos juízos de apreciação contidos nos relatórios de auditoria que possam ou sejam susceptíveis de serem autonomizados dos juízos puramente jurídicos, afigura-se-me que, no futuro, se poderia avançar para a consagração

³⁸ Vide Jorge Figueiredo Dias, in Direito Processual Penal, I, pág. 209, e, entre outros, o Ac. Do STJ de 9 de Maio de 1995, in Acs. do STJ, III, 2, 189.

³⁹ Ver artigo 80.º alínea a) e c) da Lei

de uma norma que presumisse subtraído à livre convicção do julgador os juízos técnicos ou científicos de carácter não essencialmente jurídico (ou exclusivos da técnica de auditoria) contidos em relatórios de auditoria, ficando quem julga obrigado a fundamentar a sua eventual divergência em relação àquele juízo pericial⁴⁰. (v.g., se face à prova produzida em julgamento, o julgador ficar convencido de que a verba que o relatório de auditoria diz que devia ter sido contabilizada como crédito, afinal tinha sido bem contabilizada pelo demandado como débito, terá aquele que fundamentar a sua divergência com argumentos de igual valia técnica ou científica, invocando, por exemplo, factos através dos quais se possa concluir que aquela forma de contabilização já não é a geralmente aceite).

De referir que esta presunção nunca poderia funcionar relativamente aos factos em que aquele juízo de apreciação se apoia (atento o exemplo citado, suponhamos, v.g., que a verba era fictícia ou inexistente). Assim, a necessidade de fundamentar a divergência só se daria quando esta incidisse sobre o juízo pericial⁴¹.

Importa ainda realçar que a referida presunção teria, obviamente, que se cingir aos factos efectivamente apreendidos, e não aos inferidos de uma realidade apreendida⁴².

só funcionaria relativamente ao juízo próprio da técnica técnica

⁴⁰ Dispõe a este propósito o art.º 163.º do Código de Processo Penal:

1- *O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.*

2- *Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.*

⁴¹ É esta, de resto, a interpretação que jurisprudência dá ao art.º 163.º do Código de Processo Penal (vide, v.g., Ac. do STJ de 9 de Maio de 1995, in Acs do STJ, III, 2, 189.

⁴² Nas auditorias feitas por amostragem (como o são a maioria), a presunção só valeria relativamente ao juízo pericial sobre os factos efectivamente analisados.

Vejamos, agora, se seria possível consagrar uma solução idêntica para o juízo pericial sobre fazer idêntico raciocínio no que se refere à percepção ou apreensão dos factos, traduzida, no relatório de auditoria,

⁴³ Nesta noção são de destacar dois aspectos: a prova enquanto meio ou actividade para produzir um determinado resultado - MEIO DE PROVA OU ACTIVIDADE PROBATÓRIA - e o próprio resultado ou juízo sobre os factos – RESULTADO PROBATÓRIO.

A propositura por parte de Ministério Pública de uma acção para efectivação de responsabilidade financeira significa que este, em razão dos meios de prova já existentes, formou a convicção de que os factos constantes do Relatório se encontravam suficientemente indiciados, ou seja de que existe uma possibilidade razoável de o demandado poder vir a ser condenado. Nessa mesma acção para efectivação de responsabilidade financeira, o despacho a designar data para julgamento pode, a meu ver, ter dois significados distintos, consoante se esteja perante um acção de responsabilidade financeira sancionatória ou reintegratória. No primeiro caso, significa que o juiz do processo também está convencido dessa indiciação suficiente, no segundo caso o juiz pode apenas estar convencido de que a prova, em julgamento, dos factos alegados no requerimento inicial, pode, de acordo com as diversas soluções plausíveis em direito permitidas, conduzir a uma condenação do responsável. E isto, porque o regime aplicável é diverso consoante se esteja em sede de responsabilidade financeira reintegratória - o regime aplicável é o do Código de Processo

⁴³ A questão do ónus da prova não tem relevância em processo penal e, consequentemente, em sede de responsabilidade financeira sancionatória (vide art.º 80.º, alínea c) da Lei). E isto porque a dúvida sobre os factos resolve-se em função do princípio da presunção da inocência (*in dubio pro reo*).

Civil – ou em sede de responsabilidade financeira sancionatória – o regime aplicável é o do Código de Processo Penal⁴⁴.

Em qualquer das situações nunca estamos perante uma prova, ou seja perante uma certeza moral dos factos.

O relato de auditoria que considere indiciados determinados responsáveis por factos integradores de responsabilidade financeira é um acto procedimental preliminar à acção judicial a propor por parte do M.P.

“PROVAS”

Em sede de ónus da prova a regra é a seguinte: aquele que invoca determinado direito tem de provar os factos que *normalmente* o integram; a parte contrária terá de provar, por seu turno, os factos *anormais* que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos (art.º 342.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil) – vide Pires de Lima e Antunes Varela, in C.C. Anot., Vol I, pág. 283.

Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos de direito (art.º 342.º, n.º 3, do Código Civil).

São factos constitutivos, por exemplo, os pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória: o pagamento ilegal, a culpa, o dano para o Estado por não ter contraprestação efectiva e o nexo de causalidade (art.º 59.º, 61.º e 64.º).

Estas regras invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou libertação do ónus da prova....(art.º 344.º, n.º 1 do Código Civil).

Dada a dificuldade de, em processo de auditoria e em julgamento se fazer a prova da não existência de “contraprestação efectiva” quando exista dano para o Estado, afigura-se-me que, em sede de direito a

⁴⁴ Ver artigos 327.º, n.º 2, e 355.º do Código de Processo Penal.

constituir, se deveria estabelecer uma presunção legal de que em caso de dano para o Estado se presumiria a não existência de “contraprestação efectiva”/ ou uma norma que dissesse expressamente que o ónus da prova da “existência de contraprestação efectiva” incumbiria ao demandado.

Na primeira hipótese, havendo uma presunção legal quanto a esse facto, tal significaria que a lei considerava certo tal facto, quando se não fizesse prova em contrário (n.º 1 do art.º 350.º do Código Civil).
Estamos, aqui, perante uma prova plena.

Na segunda hipótese, à prova que for produzida pelo demandado (sobre quem recai o ónus probatório pode o M.P. opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos; se o conseguir, é a questão decidida contra o demandado (art.º 346.º do Código Civil).

Estamos, aqui, perante, uma prova bastante.

Ver o que se disse quanto às presunções em processo penal (provas que admitem prova em contrário ou

“PRESUNÇÕES”

As presunções são meios de prova.

As presunções “tantum juris” podem ser ilididas por prova em contrário (e não contraprova) e as presunções “jús et de jure” não admitem prova em contrário.

AS PRESUNÇÕES, desde que ilídiveis por “contraprova”, NÃO SÃO INCOMPATÍVEIS COM O PRINCÍPIO DA CULPA EM PROCESSO PENAL

**ACÓRDÃO DO T. C. DE 20 DE ABRIL DE 2004, PUBLICADO NO
D.R. DE 8 DE JUNHO DE 2004, II SÉRIE, PÁG. 8873,**

DIZ O MINISTÉRIO PÚBLICO:

A norma do artigo 152.º do C.E. quando interpretada no sentido de a responsabilidade contra-ordenacional recair sempre sobre o proprietário do veículo que conste do registo, quando resulta provado em audiência de julgamento que foi um terceiro o responsável pela matéria contra-ordenacional em causa, é inconstitucional por violação do princípio da culpa, consagrado nos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da Constituição.

O tribunal “a quo” considerou que o art.º 152.º do C.E. estabelecia uma presunção “jûris et de jure” (presunção que não admite prova em contrário).

As presunções são meras ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, sendo que as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir – artigos 349.º e 350.º, n.º 2 do Código Civil.

VER ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 63/85, 447/87 E 135/92, PUBLICADOS, RESPECTIVAMENTE, EM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 5.º VOL, P. 503, 10.º VOL., P.547, E 21.º VOL. P. 541, E ACÓRDÃO N.º 922/96, DISPONÍVEL NA PÁGINA INTERNET DO TRIBUNAL EM [HTTP://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.P.T./JURISPRUDENCIA.HTM](http://www.tribunalconstitucional.p.t./jurisprudencia.htm)) E NO Acórdão n.º 252/92 (publicado em Acórdãos ...22.º vol. , p. 723)

A Constituição estabelece no seu **art.º 32.º, n.º 2**, que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

Trata-se da consagração **do princípio da presunção da inocência**.

Este normativo consubstancia-se, inter alia, **na proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido**.

—Gomes Canotilho e Vital Moreira, in Constituição da República Portuguesa, em anotação ao art.º 32.º.

Mas quer se aceite ou não esta delimitação do princípio, decerto que o “núcleo essencial” sempre incluirá pelo menos a proibição da imposição ao arguido do ónus de provar a sua inocência (ónus em sentido material), como notava já, por exemplo, Figueiredo Dias (Direito Processual Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, I Vol., Pp. 211-212.

No entanto, **a norma em causa** – a não impugnação por parte do responsável da autoria dos factos integradores do elemento objectivo da infracção faz presumir essa autoria, presunção essa que admitirá contraprova - **não implica a imposição de tal ónus de prova ao demandado**.

Na verdade, **não estamos perante uma presunção arbitrária**, já que a responsabilidade financeira sancionatória – a do art.º 65.º - e reintegratória tem sempre na sua origem uma relação contratual, a que estão associados o dever de cuidado e o dever de ofício (orientação superintendência e determinação e execução dos actos jurídicos subjacentes). O responsável deverá assegurar-se do conteúdo dos actos jurídicos praticados, pelo que bem pode compreender-se que a lei ponha a cargo dele o risco de uma eventual conduta imprudente ou imprevidente nestas matérias.

Tal presunção não se traduziria numa **manipulação arbitrária do princípio “in dubio pro”** – o que é decisivo para concluir que a norma que a estabelece não é contraditória com o princípio constitucional da presunção da inocência do arguido.

Na verdade, pode dizer-se que a dimensão deste princípio susceptível de estar em causa seria, não a que **proíbe o estabelecimento de presunções de culpabilidade** (não é, com efeito, a culpa do agente que aí se presume), mas antes a que a que respeita **ao tema da prova em processo penal se exprime na citada máxima, ou seja, na regra segundo a qual uma situação de “non liquet” na questão de facto deverá ser valorada e resolvida em favor do réu.**

Não se pode impor é ao responsável a prova do contrário, isto é, a prova positiva.

- 1- O princípio da presunção da inocência inclui pelo menos, no seu “núcleo essencial”, a proibição de impor ao arguido o ónus de provar a sua inocência.**
- 2- Pode haver, todavia, presunções de facto, quando materialmente justificadas, mas, nestes casos, para afastar estas presunções basta uma simples contraprova que faça prevalecer a dúvida.**

“CONFISSÃO”

A confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária (art.º 352.º).

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial.

A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes

documentos E, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena (n.º 2 do art.º 358.º do Código Civil).

A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL FEITA A TERCEIRO são apreciadas livremente pelo tribunal (n.º 4 do art.º 358.º do Código Civil).

O VALOR PROBATÓRIO PLENO DO DOCUMENTO

AUTÊNTICO não respeita a tudo o que se diz ou se contém no documento, mas somente aos factos que se referem *praticados* pela autoridade ou oficial público respectivo (ex: procedi a este e àquele exame), e **quanto aos factos que são referidos que são referidos com base nas percepções da entidade documentadora** (ex: se, em acta, o Senhor Juiz Auditor afirma que perante ele o responsável disse que tinha autorizado uma determinada despesa, fica plenamente provado que o responsável o disse, mas não fica provado que seja verdadeira a afirmação do responsável, ou que esta não esteja viciada por erro, dolo, ou que o acto não seja simulado).

VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS PARTICULARES

O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes FAZ PROVA PLENA quanto às declarações atribuídas ao seu autor, **sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento** (n.º 1 do art.º 376.º do Código Civil).

Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante, sendo porém a declaração indivisível nos termos prescritos para a prova por confissão (n.º 2 do art.º 376.º do Código Civil).

Resulta do n.º 2 do art.º 358.º do Código Civil que a confissão extrajudicial escrita (encarada como declaração receptícia) só terá força probatória plena

quando for feita à parte contrária ou a quem a represente; quando feita a terceiro, o seu valor é livremente apreciado pelo tribunal.

Atenção **ao princípio da indivisibilidade da confissão** (art.º 360.º do Código Civil).

Vamos supor, por exemplo, que o responsável, em sede de contraditório, confessa que praticou os factos constantes do relato de auditoria, mas diz que agiu dessa forma por ter sido coagido. **Esta confissão tem que ser aceite na íntegra**, salvo se o M.P. provar a inexactidão da alegada coacção (art.º 360.º do Código Civil),.

.....

“PROVA DOCUMENTAL”

Os documentos escritos podem ser autênticos ou particulares (n.º 1 do art.º 365.º)

AUTÊNTICOS são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública; todos os outros documentos são **PARTICULARES**.

OS DOCUMENTOS PARTICULARES são havido como **AUTENTICADOS**, quando confirmados pelas partes, perante notário, nos termos prescritos nas leis notariais.

Os princípios relativos à prova são os atrás enunciados - princípios da presunção da inocência, *in dubio pro reo*, da livre da livre convicção do julgador, da investigação ou verdade material.

Ou seja: em caso de accionamento o Relatório de auditoria funciona para o M.P. em termos de factualidade, como se de um parecer vinculativo se tratasse. Se o Ministério Público propõe a acção respectiva tal significa que aquele está suficientemente convencido de que o responsável identificado no Relatório de auditoria praticou aqueles factos e que os mesmos integram os pressupostos da responsabilidade financeira

O objecto do processo financeiro é a infracção financeira ou infracções financeiras (em sentido amplo), de que o processo trata, sendo que a factualidade a ela ou a elas inerente está, em princípio, delimitada pelo conteúdo do Relatório de auditoria. Ou seja, é o Relatório de auditoria que, em princípio, define o *thema decidendum*. (A responsabilidade financeira pressupõe a prática de uma infracção típica às normas jurídicas que disciplinam a actividade financeira do Estado por parte de determinados sujeitos ligados à gestão de dinheiros públicos – João Franco do Carmo, in Contribuição para o Estudo da Responsabilidade Financeira, pág. 76.)