

A falta de qualidade legislativa como obstáculo à aplicação jurisdicional – o caso paradigmático da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso (LCPA) *

Em face do impacto que a aplicação da LCPA pode ter no quotidiano de alguns Tribunais — nomeadamente o Tribunal de contas (TdC) e os Tribunais da ordem administrativa e fiscal —, propomo-nos aqui apresentar à consideração crítica e pública algumas reflexões sobre a mesma, bem assim como sobre o decreto-lei que a pretende executar – o DL 127/2012. Do ponto de vista sistemático, começar-se-á por localizar o problema da falta de qualidade legislativa no contexto de um dos mais importantes princípios constitucionais densificadores do Estado de Direito (o princípio da segurança jurídica), após o que se exporá uma visão global da lei referida e de algumas das suas fragilidades jurídicas. Seguidamente, concretizar-se-á a análise, entrando em aspectos censuráveis mais específicos para, por fim, ensaiar alguns tópicos conclusivos.

1. Estado de Direito, segurança jurídica e clareza das normas

A par dos princípios da constitucionalidade, da separação de poderes, e da legalidade da actuação administrativa, o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança constitui uma das traves mestras de um Estado de Direito que se queira qualificar como tal de um modo responsável. Como já se referiu em outra sede, a imposição de segurança jurídica e o dever de protecção da confiança vinculam os vários poderes estaduais, exigindo cuidados suplementares, e impondo particularmente que o legislador “desenhe normas claras, determinadas e tendencialmente estáveis”¹.

De facto, compreende-se que qualquer pessoa ou entidade, singular ou colectiva, crie esperanças e expectativas (graus de previsibilidade) a partir daquilo que os poderes públicos determinam, orientando as diferentes opções de vida de acordo com

* Artigo originariamente publicado em *Julgar* (Ass. Sind. Juizes Portugueses), n.º 20, Maio-Agosto 2013.

¹ Assim, Joaquim Freitas da Rocha, “Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010 (especial), 383, 384.

um esquema de normalidade minimamente credível. Em termos legislativos, deve ser de acreditar que o criador normativo faça normas minimamente duráveis, terminologicamente claras e juridicamente coerentes e sistemáticas, pois apenas desse modo é possível projectar, planear ou delinear actuações, acautelando riscos e antecipando vantagens ou constrangimentos. Aliás é neste sentido que se pode afirmar que a estabilidade legislativa em sentido amplo constitui um dos factores de atractividade que determinado país, território ou região pode apresentar em termos de condições de investimento, até porque se as leis “mudam todos os dias”, são mal feitas, ou são constituídas por soluções censuráveis, o mais certo é que o sentimento de afastamento se instale e acentue.

Paralelamente, além criação de um clima de repulsa do investimento, um legislador impreparado ou desatento contribui igualmente para uma outra patologia grave: a repercussão para jusante dos problemas jurídicos, inundando os aplicadores normativos, e particularmente os Tribunais, com inúmeras questões de interpretação, integração e resolução de conflitualidade, as quais inevitavelmente acarretam custos elevadíssimos em termos de qualidade e tempestividade da justiça em concreto.

Ora, tudo isto — instabilidade legislativa e sobrecarga dos Tribunais — estará neste momento a ser potenciado no domínio do Direito financeiro público português (Finanças públicas), e particularmente no subdomínio das despesas públicas, por via de uma das leis mais mediatizadas (e diabolizadas) ultimamente – a Lei 8/2012 (“Lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso”).

Na prática, antevê-se que os diversos Tribunais que sejam chamados a aplicar a LCPA sejam confrontados com inúmeras dificuldades interpretativas (e, portanto, aplicativas). Assim sucederá, por certo, com o TdC, atentas as competências que lhe são confiadas em matéria de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de efectivação de responsabilidades financeiras, mas também com outros Tribunais, como os Tribunais Administrativos e Fiscais ou até mesmo os tribunais comuns, quando confrontados com questões relacionadas com a legalidade ou responsabilidade (que não financeira, atento o monopólio do TdC nesta matéria) decorrente de actos ou contratos que tenham sido praticados ou celebrados com base na LPCA.

2. As inconsistências da LCPA – primeira abordagem

Procurando conhecer um pouco alguns dos pontos de fragilidade da lei em análise, será porventura conveniente a referência inicial a algumas dimensões genéricas de regime, de modo a que se possa formular um juízo valorativo abstracto – malgradadamente, em nossa opinião, não absolutamente favorável – , sempre tentando centrar a análise na óptica dos actores aplicativos jurisdicionais.

Neste seguimento, entendemos relevante começar por salientar as dúvidas que se levantam quanto à eficácia da própria lei, entendida como a sua susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos. Tendo presente a determinação de acordo com a qual “a presente lei entra em vigor no 1.º dia útil seguinte ao da sua publicação” (art.º 17.º), prescreve-se no art.º 14.º que “Os procedimentos necessários à aplicação da presente lei e à operacionalização da prestação de informação constante do artigo 10.º são regulados por decreto-lei”.

Da conjugação de ambas as normas, resultará, segundo nos parece, uma “lei a duas velocidades”, pois que a própria entrada em vigor (“aplicação”) de alguns dos seus preceitos se encontra sujeita a uma condição suspensiva. Por outras palavras, e assumindo como correctos os ensinamentos da teoria geral do Direito, poderão identificar-se na LCPA dois corpos normativos distintos: por um lado, as normas que revestem natureza procedimental e operacional, as quais apenas poderão estar aptas a produzir em concreto os efeitos jurídicos que o Ordenamento lhes assaca quando se verificar um acontecimento futuro e incerto (a emanação de um decreto-lei com objectivos “regulatórios”); e, por outro lado, as normas substantivas que poderão, desde logo (entenda-se desde o 1.º dia útil seguinte ao da publicação) ser aplicadas e ver os seus efeitos assumir relevância para o mundo do Direito.

À parte esta consideração dual, de um diploma que do ponto de vista da sua extensão até se pode considerar pequeno, sempre ficam por resolver algumas questões em termos coerência normativa e até de qualidade legislativa, salientando-se:

- a menção a “regular” (“são regulados”) significa o mesmo que regulamentar?
- Em caso afirmativo, pode admitir-se que um diploma legislativo seja regulamentado por outro com igual valor (e com possibilidades derogatórias)?
- Em caso negativo, qual o alcance dessa regulação? Significará concretização, densificação, especialização de regimes?

- Em qualquer dos casos, qual a relação de valor normativo que se estabelece entre o acto regulado e o acto regulante, assumindo que, como a Constituição prescreve (art.º 112.º, n.º 2), lei e decreto-lei têm igual valor? Uma relação norma geral / norma especial? Uma relação norma superior / norma inferior? Uma relação norma anterior/norma posterior?

Todas estas questões não estão respondidas e dificilmente se poderão considerar como tal, em face do obscuro regime traçado pelo criador normativo. Em todo o caso, um aspecto parece-nos claro: a LCPA entra em vigor logo após a sua publicação, sendo que o que poderá não entrar em vigor *ab initio* são algumas das suas prescrições, particularmente aquelas que necessitem de disciplina complementar.

Mas as dúvidas também se situam a um outro nível, de resto já intuído a partir das considerações precedentes: o do valor da própria LCPA. A este propósito, refere o art.º 13.º que “O disposto nos artigos 3.º a 9.º e 11.º da presente lei tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais, que disponham em sentido contrário”.

Insistindo-se na ideia de “lei a duas velocidades”, cria-se uma disciplina dissemelhante para os diversos preceitos integradores da lei: certos artigos (3.º a 9.º e 11.º) têm natureza imperativa e prevalecente, outros não (os restantes). Centrando a análise nos primeiros, pode dizer-se que se cria um mecanismo de auto-blindagem, por via do qual o legislador presente impede o legislador futuro de actuar, revestindo as normas com uma armadura férrea que não pode ser penetrada por investidas normativas posteriores, sejam tais investidas em que sentido forem.

Tomando como correctos os ensinamentos da teoria da ordenação normativa — na verdade, os ensinamentos do Direito constitucional —, o mínimo que se pode dizer é que esta blindagem suscita inúmeras dificuldades, e em alguns segmentos perplexidades, que dificilmente podem passar pelo crivo da validade jurídica. Atentemos nas seguintes:

- ao nível da consideração do princípio democrático, qual a legitimidade do legislador presente para, sem mandato para tal, limitar o legislador futuro? Ou, vistas as coisas pelo lado reverso: como pode o legislador futuro (possivelmente tendo subjacente uma outra *coloração política*) considerar-se restringido por uma norma legal do seu antecessor? Não será curial esperar quer o mais natural seja a

revogação da própria norma limitadora, demonstrando que, afinal, para nada serve essa limitação?

- Ao nível da consideração do princípio do Estado de Direito e das suas estruturas normativas, como se pode aceitar que uma lei se arrogue a si própria a titularidade de “valor reforçado”? Note-se que esta qualidade relacional entre certas leis apenas é de reconhecer nos casos em que a própria constituição o determina, o que dificilmente se pode dizer que seja o caso². Com efeito, não se está em presença nem de uma lei orgânica³, nem de uma lei que careça de aprovação por maioria de dois terços. Quando muito, poder-se-ia estar face a uma lei que constituísse pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devesse ser respeitada, mas para tal seria necessário observar-se um assento constitucional mínimo, o que patentemente não se verifica. Tudo isto para dizer que estamos em presença de uma simples lei ordinária, comum, de valor regular e que parece juridicamente pouco aceitável esta “arrogância legislativa” de blindar as matérias unilateralmente, impedindo modificações, derrogações ou revogações posteriores⁴.

Perante um quadro assim traçado, e tendo presentes as considerações acima vertidas relacionadas com a segurança aplicativa, caberá perguntar: que papel cabe aos Tribunais no momento da aplicação?

3. As dificuldades aplicativas no âmbito jurisdicional – em particular o Tribunal de Contas

² Cfr., a respeito, art.º 112.º, n.º 3 da CRP.

³ Cfr. art.º 166.º, n.º 2 da CRP

⁴ Além disso, e como se as dúvidas vertidas no texto não fossem suficientes, o próprio decreto-lei de execução (!) vem contraditar algumas das normas blindadas, como adiante mencionaremos.

Por uma questão de selectividade analítica e discursiva, as considerações subsequentes terão por referência a ordem jurisdicional financeira *stricto sensu* e particularmente o TdC. A *raison d'être* da escolha radica na circunstância de, em princípio, ser este tribunal aquele que maiores probabilidades de aplicação de preceitos e de resolução de litígios no quadro da LCPA apresenta.

Dois núcleos de análise serão aqui identificados e abordados:

- i) Em primeiro lugar, um núcleo que se pode designar como “subjectivo”, no qual se mencionarão as dissonâncias aplicativas relativamente às entidades abrangidas pelo controlo, em face da não coincidência dos âmbitos subjectivos da LCPA, por um lado, e da pré-existente LOPTC, por outro lado.
- ii) Em segundo lugar, um núcleo “objectivo”, relacionado com as incongruências de regime presentes na própria LCPA e no respectivo diploma de “concretização” — apenas para falar deste —, o que coloca o TdC na ingrata situação de fazer uma adequada convocação da teoria dos conflitos normativos.

Antes disso, impõe-se fazer um breve enquadramento sobre o estatuto e funções do TdC.

3.1. Breve enquadramento: o Tribunal de contas e a fiscalização prévia

O Tribunal de Contas assume um lugar de amplo destaque na ordem jurisdicional financeira nacional. Assume-o, desde logo, do ponto de vista formal, em razão do estatuto que constitucionalmente lhe é conferido de “tribunal” (artigo 209.º, n.º 1, alínea c) da Constituição da República Portuguesa - CRP) e de “*órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe*” (artigo 214.º, n.º 1, da CRP). Apesar do estatuto constitucional de tribunal que lhe é reconhecido, o Tribunal de Contas apresenta-se como um tribunal peculiar, na medida em que, a par de funções tipicamente jurisdicionais (a efectivação de responsabilidades financeiras), exerce outras funções de natureza não jurisdicional, no âmbito das quais se enquadram os poderes de controlo financeiro, entendidos como “*o conjunto de acções destinadas a confrontar uma acção ou actividade (controlada)*”

com os seus objectivos, metas ou resultados e com os princípios e regras a que deve obedecer”⁵.

Estes poderes, tal como recortados pela Lei de organização e processo do Tribunal de Contas (LOPTC), assumem diversas modalidades, em função do momento temporal do respectivo exercício: fiscalização prévia, concomitante e sucessiva.

Tendo em conta, por um lado, a latitude outorgada aos poderes de controlo financeiro e, por outro lado, a economia do presente texto, restringimos a nossa análise à (modalidade) fiscalização prévia. A opção por esta específica modalidade, em detrimento das restantes duas, deve-se fundamentalmente ao protagonismo que esta modalidade de fiscalização tem assumido nos últimos tempos e que, de resto, está em linha com a emergência de uma nova tendência de antecipação do controlo financeiro⁶. Tendência essa que se materializa na LCPA e também no reforço da própria fiscalização prévia, neste caso por uma dupla via: através do alargamento do respectivo âmbito (subjectivo e objectivo) e da criação de um regime especial e limitativo (no que à produção de efeitos diz respeito) a que estão sujeitos actos, contratos e demais instrumentos financeiros de valor superior a € 950.000.

Justificada que está a selecção do objecto da nossa análise, cumpre assinalar que a fiscalização prévia, enquanto específica modalidade dos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, visa aferir da conformidade legal e regularidade financeira de “*actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa e representativos de responsabilidades financeiras*” (art. 44.º, n.º 1, da LOPTC). Distinguindo-se (a fiscalização prévia) das demais modalidades de controlo financeiro pelo facto de o controlo ser exercido numa fase prévia, bem entendido, num momento anterior à produção dos *efeitos financeiros* do acto ou contrato objecto de análise. Daí que se diga que, ao contrário do que resulta da sua designação, o controlo que nesta sede é exercido não é verdadeiramente um controlo prévio em toda a sua latitude (ou, por outras palavras, um controlo tão prévio como parece), na medida em que, por regra,

⁵ Cfr. A. Sousa Franco, «O controlo da administração pública em Portugal», *Revista do Tribunal de Contas* (RTC), n.º 19/20, Jul./Dez., Tomo I, p. 127 e ss..

⁶ Sobre esta nova tendência, v. o nosso “*Responsabilidade Financeira*”, *SCIENTIA IURIDICA* – Tomo LXI, 2012, n.º 329, p. 297-299.

ele é (apenas) exercido posteriormente à prática do acto ou à celebração do contrato⁷, mas antes da produção dos respectivos efeitos financeiros⁸.

3.2. As dificuldades suscitadas pela LCPA

Independentemente das funções exercidas pelo Tribunal de Contas, sejam elas jurisdicionais ou não jurisdicionais, a verdade é que, em qualquer um dos casos, a LCPA, na medida em que consagra regras de natureza financeira, com incidência fundamentalmente ao nível da realização da despesa pública, assume-se como um novo e problemático parâmetro de controlo.

3.2.1. Dificuldades relacionadas com os sujeitos abrangidos

Ora, realizando-se, no âmbito da fiscalização prévia, um teste de conformidade legal de determinado acto ou contrato e integrando a LCPA e as respectivas normas o parâmetro de avaliação, isto é, o bloco de legalidade, não oferece dúvidas que este conjunto normativo se afigura relevante para o exercício daquela específica modalidade do controlo financeiro. Com efeito, a violação das normas da LCPA, atestada no âmbito de processo de fiscalização prévia de um determinado acto ou contrato, poderá repercutir-se e influenciar (negativamente) a decisão que naquele processo venha a ser proferida.

Em concreto, o desvalor do acto ou do contrato objecto de fiscalização prévia – por violação da LCPA – poderá traduzir-se e constituir fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC. O que, a nosso ver, em função da tipologia

⁷ Constitui uma excepção a esta regra, “*as minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no acto da sua celebração*” (artigo 46.º, n.º 1, alínea c) da LOPTC). Este desvio à regra geral foi recentemente ampliado pelo artigo 23.º do RJAELPL, ao estabelecer que “*a constituição ou participação em empresas locais pelas entidades públicas participantes está sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao acto*” e que aquela “*incide sobre a minuta do contrato de constituição da empresa local ou de aquisição de participação local*”.

⁸ De facto, a regra geral, consagrada no artigo 45.º, n.º 1, da LOPTC, é de que “*os actos, contratos e demais instrumentos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos*”. Todavia, com a Lei n.º 61/2011, de 7.12, foi criado um regime especial a que estão sujeitos actos, contratos e demais instrumentos financeiros de valor superior a € 950.000, os quais “*não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade*”. Ou seja, nestas situações, todos os efeitos, sejam eles financeiros ou de qualquer outra natureza, ficam suspensos à espera do visto ou da declaração de conformidade (artigo 46.º, n.º 5, da LOPTC).

de violação, pode acontecer por uma dupla via: pela nulidade do contrato ou dos compromissos assumidos, em caso de violação do disposto no artigo 5.º, n.º 3, da LCPA e do artigo 7.º, n.º 3, do DL 127/2012, e/ou pela violação de normas financeiras, naquela e porventura noutras situações de violação da LCPA, visto que o grosso das normas que esta consagra se reconduzem àquela categoria. De notar que, em qualquer uma destas situações (nulidade do acto/contrato e violação de norma financeira), ao Tribunal de Contas não resta outra alternativa que não seja de recusar o visto, sem que possa lançar mão do mecanismo, previsto no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC, de emitir visto com recomendações.

Não obstante a relevância que a LCPA apresenta em sede de fiscalização prévia, a verdade é que nem sempre as normas que compõem aquele diploma legal integram o respectivo parâmetro de controlo. Ou seja, casos há em que a análise a realizar em sede de fiscalização prévia não implica o teste da compatibilidade do acto ou contrato com as específicas disposições da LCPA. Isto acontece em razão de uma não coincidência dos âmbitos subjectivos da fiscalização prévia e da LCPA.

O âmbito subjectivo da fiscalização prévia – recortado pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea c) da LOPTC – tem sido um dos aspectos que mais alterações sofreu nos últimos tempos (isto para não dizer mesmo que foi, entre todos, o aspecto que mais alterações sofreu), destacando-se, a este nível, as recentes alterações introduzidas pelas Leis n.º 48/2006, 61/2011, e 2/2012. As alterações introduzidas apresentam um denominador comum: todas elas foram no sentido ou, pelo menos, com o propósito de ampliar o universo de entidades sujeitas à fiscalização prévia. Na verdade, por força das alterações introduzidas por aqueles diplomas legais, a fiscalização prévia que, até 2006, se circunscrevia aos *“actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º”*, passou a abranger também as entidades das alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC e ainda as *“entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento directo ou indirecto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que as criou”*. Trocando por miúdos, podemos dizer que, actualmente, com as alterações introduzidas, o perímetro da fiscalização prévia, deixou de estar (como estava) confinado ao designado sector público administrativo, tendo o mesmo passado a abranger outras entidades (e,

consequentemente, numa perspectiva objectiva, os actos e contratos por elas praticados e celebrados), algumas das quais estão (i) objectivamente tipificadas – como é o caso das entidades das alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, nas quais se incluem, entre outras, todas as entidades que integram o sector público empresarial – e (ii) outras cuja sujeição a este tipo de controlo está dependente do preenchimento dos requisitos legais previstos no segmento normativo aditado.

A LCPA, por seu turno, apresenta um âmbito subjectivo – delimitado no respectivo artigo 2.º – que se caracteriza pela sua amplitude e que *grosso modo* está associado ao sector público: por um lado, por se aplicar a todos os subsectores (administração central, segurança social, regional e local); por outro lado, por não se confinar ao sector público administrativo, abrangendo também as designadas Entidades Públicas Reclassificadas (EPR)⁹, isto é, entidades que tradicionalmente estão excluídas daquele sector mas que, para efeitos orçamentais, tendo por base as regras da contabilidade nacional, definidas pelo Sistema Europeu de Contas (SEC 95), são capturadas e integradas no sector das *Administrações Públicas*.

Do cotejo dos âmbitos subjectivos da fiscalização prévia e da LCPA, facilmente se conclui que os mesmos não são, de facto, inteiramente coincidentes (apesar de, por regra, coincidirem). Não são, desde logo, porque os critérios utilizados são distintos. E sendo distintos os critérios, naturalmente que também o são os resultados alcançados. A diferença de critérios e, consequentemente, de resultados, está evidenciada, a título exemplificativo, no caso das entidades empresariais, as quais integram o âmbito subjectivo da fiscalização prévia (ainda que gozando de um regime especial de isenção de alguns dos seus actos e contratos), mas nem sempre estão sujeitas à aplicação da LCPA.

Esta não coincidência de âmbitos subjectivos conduz à inexistência de um regime homogéneo no que respeita aos poderes de fiscalização prévia, em particular quanto ao tipo de controlo que é (ou pode ser) realizado relativamente a operações que se enquadrem no seu âmbito. Este dualismo, traduzido na ausência de um regime uniforme de controlo, é a consequência da heterogeneidade do estatuto jurídico a que estão sujeitas as diversas entidades abrangidas pela fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Disso mesmo constitui bom exemplo a LCPA, na medida em que, como se disse, existem entidades sujeitas a fiscalização prévia às quais aquele diploma legal não

⁹ Excepção feita ao sector da saúde, em que, de facto, todas as entidades do sector público empresarial, independentemente de serem ou não reclassificadas, estão abrangidas pela LCPA.

se aplica, por não se integrarem no respectivo âmbito subjectivo. É justamente esse o caso das entidades empresariais, as quais, de resto, independentemente do juízo que se faça quanto à sua reclassificação e conseqüente integração no perímetro (subjectivo) da LCPA, se pautam por um estatuto jurídico que, sendo diferente daquele a que estão sujeitas as entidades que integram o SPA em sentido tradicional (em torno das quais, note-se, foi concebido o regime da fiscalização prévia), se caracteriza pela sua maior plasticidade¹⁰, em particular em domínios (como o orçamental e contabilístico) em que aquela fiscalização ganha redobrada relevância. Ora, a incorporação em sede de fiscalização prévia de realidades institucionais heterogéneas (não apenas do ponto de vista de modelo institucional adoptado mas também da disciplina legal que lhes é aplicável), trazida pela Lei n.º 48/2006, não pode, pois, deixar e reclamar uma adequação do controlo ao seu próprio estatuto jurídico, na medida em que este funciona como pressuposto e limite do controlo. Uma adequação que, em certa medida, se traduzirá num aligeiramento do controlo que, tradicionalmente, é realizado nesta sede e que, a título exemplificativo, está bem patente na verificação de uma componente essencial da fiscalização prévia que se traduz no cabimento orçamental, controlo esse que tem de se libertar de muitas das suas amarras publicísticas, reduzindo-se ao essencial, nomeadamente procurando garantir a existência de fundos suficientes para suportar os encargos decorrentes dos actos ou contratos celebrados¹¹. Ou, ainda, tornando ao assunto que, de momento, mais nos interessa, na (eventual) desnecessidade de, neste âmbito, se levar a efeito o teste de compatibilidade com a LCPA, isto, claro está e em linha com o que dissemos anteriormente, se em causa estiver uma entidade que, pese embora a sujeição a fiscalização prévia, não se enquadre no âmbito subjectivo daquele diploma.

¹⁰ Apesar das diferenças que continuam a existir, tem-se assistido, nos tempos mais recentes, a uma metamorfose do estatuto jurídico a que estas entidades estão submetidas e que vai no sentido de convergir com o estatuto do sector público administrativo, com especial enfoque em aspectos que tem a ver com a disciplina e controlo da execução orçamental (de que se pode dar como exemplo o alargamento, para efeitos orçamentais, do conceito de Administração Pública, abrangendo as EPR), mas sem que neles se esgotem (de que constitui bom exemplo a homogeneização do regime legal de contratação pública, em particular a definição dos limiares de recurso ao procedimento de ajuste directo). Para mais desenvolvimentos sobre este fenómeno de publicização, v. o nosso “*Responsabilidade Financeira*”, SCIENTIA IURIDICA – Tomo LXI, 2012, n.º 329, p. 313-314.

¹¹ Esta específica necessidade de adequação do controlo ganhou forma de lei, com a introdução, pela Lei n.º 61/2011, de 7.12, de um novo número (4) no artigo 5.º da LOPTC, nos termos do qual “*a fiscalização do cabimento orçamental dos actos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º é realizada mediante a verificação da existência de declaração ou suficiência orçamental e de cativação das respectivas verbas, emitida pela entidade fiscalizada*”.

3.2.2. Dificuldades relacionadas com o desenho normativo

Assinalada que está a dissonância dos âmbitos subjectivos da LCPA e da fiscalização prévia e os efeitos que a mesma tem no âmbito do controlo a realizar nesta sede, é altura de, conforme prometido, nos debruçarmos sobre outro tipo de incongruências. Nesta fase, procuremos elencar, de modo não esgotante, algumas das patologias normativas, materializadas em incoerências identificadas na lei ou na sua “regulamentação”, potenciadoras de insegurança ou mesmo impossibilidade aplicativa nos casos extremos.

Passemos, então, à sua identificação.

a) Adultrações conceptuais

As primeiras dificuldades surgem logo ao nível das estruturas discursivas utilizadas e do arsenal terminológico fornecido pelo próprio criador normativo. A este propósito, e supostamente com a finalidade de aumentar e potenciar a segurança aplicativa, o próprio legislador fornece um rol de conceitos que, além de juridicamente muito censurável — a alínea c) do art.º 3.º, por exemplo, é estarecedora e *nunca* se pode considerar uma definição ¹² —, é posteriormente contraditado ao nível da

¹² Tal a natureza desconcertante da mesma (levando a que se pergunte se algum jurista competente participou na sua elaboração), justifica-se aqui a sua transcrição:

“«Passivos» as obrigações presentes da entidade provenientes de acontecimentos passados, cuja liquidação se espera que resulte num exfluxo de recursos da entidade que incorporam benefícios económicos. Um acontecimento que cria obrigações é um acontecimento que cria uma obrigação legal ou construtiva que faça com que uma entidade não tenha nenhuma alternativa realista senão liquidar essa obrigação. Uma característica essencial de um passivo é a de que a entidade tenha uma obrigação presente. Uma obrigação é um dever ou responsabilidade para agir ou executar de certa maneira e pode ser legalmente imposta como consequência de:

- i) Um contrato vinculativo (por meio de termos explícitos ou implícitos
- ii) Legislação;
- iii) Requisito estatutário; ou
- iv) Outra operação da lei”.

Além da questionável técnica da “definição por períodos”, nota-se os vícios de:

- incluir na definição o próprio termo que se pretende definir (“um acontecimento ... é um acontecimento”); e
- ignorância de conceitos jurídicos básicos como liquidação, pagamento, obrigação, dever e responsabilidade, aparentemente amalgamados (“...uma entidade não tenha

densificação legal (note-se que não se trata de contradição entre termos e conceitos criados pelo legislador por um lado, e por outras entidades, vg., administrativas¹³, por outro, mas de contradição entre termos e conceitos oriundos sempre do poder legislativo...). Dois exemplos podem aqui ser apontados:

- Em primeiro lugar, pode ser feita referência aos “pagamentos em atraso”, os quais, nos termos do art.º 3.º, alínea e), consistem nas “contas a pagar que permaneçam nessa situação mais de 90 dias posteriormente à data de vencimento acordada ou especificada na factura, contrato, ou documentos equivalentes”. Sucede que posteriormente o DL 127/2012, reproduzindo (desnecessariamente) no art.º 4.º, n.º 1 o conceito referido, vem adulterá-lo no n.º 2, excluindo do seu recorte normativo algumas realidades, particularmente (i) os pagamentos objecto de impugnação judicial até que sobre eles seja proferida decisão final e executória, (ii) as situações de impossibilidade de cumprimento por acto imputável ao credor e (iii) os montantes objecto de acordos de pagamento desde que o pagamento seja efectuado dentro dos prazos acordados. Na verdade, do ponto de vista material, até se compreende a solução excludente adoptada, pois resultaria desadequado considerar em atraso um pagamento que não pode ou não deve ser efectivado. Porém as críticas dirigem-se, não à bondade da opção material, mas à técnica legislativa deficiente usada, pois com a mesma sempre se perguntará se estaremos em presença de uma simples densificação conceptual ou uma verdadeira contradição normativa com a LCPA, com as consequências jurídicas que daí podem ser retiradas (v.g., ao nível da consideração da ilegalidade ou da desaplicação desta norma do DL).

nenhuma alternativa realista senão *liquidar* essa obrigação” ou “...Uma obrigação é *um dever ou responsabilidade*...”).

¹³ Como se verifica, por exemplo, com a densificação do conceito compromissos plurianuais constante do Manual de Apoio à Aplicação da LCPA – Subsector da Administração Local (DGAL, 2012, p. 4), no sentido de (dele) excluir as despesas correntes decorrentes de obrigações contratuais com o pagamento de pessoal ao serviço, rendas, água, limpeza, energia eléctrica e outras despesas de carácter recorrente que integrem a despesa de funcionamento normal do serviço, o qual, na nossa opinião, está em contradição com a definição consagrada no artigo 3.º, alínea b), da LCPA.

- Em segundo lugar, e já no que concerne ao conceito de fundos disponíveis, pode apontar-se um mecanismo oposto: o de ampliação conceptual. Com efeitos, depois de a LCPA [art.º 3.º, alínea f)] os definir como sendo as “verbas disponíveis a muito curto prazo”, indicando logo após uma taxatividade que se desejaria *minimamente fechada*, vem o DL (art.º 5.º, n.º 3) ampliar o conceito dado, nele integrando os saldos transitados do ano anterior cuja utilização tenha sido autorizada, os recebimentos em atraso existentes entre determinadas entidades, desde que integrados em plano de liquidação de pagamentos em atraso da entidade devedora no respetivo mês de pagamento, e ainda as transferências ainda não efectuadas decorrentes de outros programas estruturais (que não apenas o QREN, como resulta da LCPA), abrangendo os pedidos de pagamentos que tenham sido submetidos nas plataformas electrónicas dos respectivos programas desde que a entidade beneficiária nos últimos seis meses não tenha tido uma taxa de correcção dos pedidos de pagamento submetidos igual ou superior a 10%.

Ora, independentemente da bondade substantiva das soluções posteriores, o mínimo que se pode dizer é que a segurança applicativa que supostamente se busca não é conseguida, e por culpa de quem a busca. De resto, a própria teoria dos conflitos normativos resulta completamente ignorada, não se vislumbrando como se conseguirá colocar em prática os critérios cronológico, de especialidade ou de hierarquia entre normas conflituantes. Com efeito, a partir do momento em que a LCPA se blinda e se arroga a uma primariedade jurídico-normativa em face das alterações posteriores, como se explica que, logo após a sua emanção, surja um outro acto legislativo (especial e posterior) que a contradiz?

b) Mutações de regime jurídico-material

Mas não apenas os conceitos são adulterados, pois constata-se que também os próprios regimes legais correm o risco de se contradizerem, ou no mínimo se problematizarem, entre si. Também aqui a título exemplificativo, se pode apontar:

- Por um lado, colocando a LCPA o acento tónico na verificação prévia nos requisitos de legalidade *stricto sensu* da despesa — exigindo aos diversos actores (art.º 9.º, n.º 1), antes da realização do gasto, o cumprimento das suas próprias regras e procedimentos e dos demais *requisitos legais* de execução de despesas —, assiste-se posteriormente a um aparente alargamento do parâmetro de conformidade por parte do DL ao mencionar igualmente a exigência de verificação da “regularidade financeira” da despesa [art.º 7.º, n.º 3, alínea a)]. Por conseguinte, os diversos sujeitos, além de verificarem o cumprimento de “requisitos legais” (de acordo com a LCPA), deveriam igualmente verificar o cumprimento da “regularidade financeira” (de acordo com o DL de execução). Tratar-se-á de um novo requisito ou (como entendemos) ainda se está a falar de legalidade do gasto público em sentido restrito, devendo a segunda menção considerar-se redundante?

- Por outro lado, o DL prevê situações em que essa verificação prévia da legalidade cede perante a urgência e a inadiabilidade da despesa ou perante a gravidade da situação que lhe subjaz, permitindo que o compromisso jurídico seja assumido (em termos simples: seja escrito) após a realização do gasto ¹⁴. Uma vez mais se entende a solução legal, pois resulta perfeitamente compreensível que perante as contingências da vida em concreto, e em face de situações fácticas que não se compadecem com a demora que as regras normais de assumpção de compromissos implicam, se adiante a despesa e resolva a situação, e apenas após isso se pense em aspectos burocrático-documentais. Mas o que já pode resultar problemático é que esta solução compreensível não esteja prevista no diploma principal, mas no diploma de execução, após o primeiro se blindar e

¹⁴ Cfr. art.º 9.º, n.º 1 do dl 127/2012, nos termos do qual “Nas despesas urgentes e inadiáveis, devidamente fundamentadas, do mesmo tipo ou natureza cujo valor, isolada ou conjuntamente, não exceda o montante de (euro) 5000, por mês, a assunção do compromisso é efetuada até às 48 horas posteriores à realização da despesa.”. Já o n.º 2 determina que “Nas situações em que estejam em causa o excecional interesse público ou a preservação da vida humana, a assunção do compromisso é efetuada no prazo de 10 dias após a realização da despesa.”.

determinar que as suas regras não podem ser afastadas por normas excepcionais ou especiais posteriores. Da mesma forma que também será problemático se, no momento da assunção do compromisso, que, nestes casos, será posterior à realização da despesa, se concluir que afinal não existem fundos disponíveis. A não ser que se entenda que, para este tipo de despesas, atenta a sua natureza, o legislador, para além de ter relegado para um momento ulterior a realização do processo burocrático e formal da assunção do compromisso, tenha também isentado as mesmas do teste dos fundos disponíveis, o que, na nossa opinião, não parece resultar da LCPA nem sequer do DL.

- Um outro regime que parece transmutado por via do diploma de concretização é o das autorizações para o aumento temporário dos fundos disponíveis. A este propósito, será conveniente recordar que a LCPA prescreve que o montante dos fundos disponíveis (cujo conceito mencionamos *supra*) pode ser excepcionalmente aumentado, desde que esse aumento seja devidamente autorizado por determinadas entidades com poderes reforçados, a saber: o Ministro das finanças (quando se estiver em presença de entidades pertencentes à Administração Central, à Segurança Social e ao Serviço Nacional de Saúde); o membro do Governo Regional responsável pela área das finanças (quando se estiver em presença de entidades da Administração Regional); ou a Câmara Municipal (quando se estiver em presença de entidades da Administração Local). Acontece que o DL, no art.º 6.º, n.º 1, prevê expressamente que a autorização para o aumento temporário dos fundos disponíveis nas entidades relativamente às quais os órgãos acima previstos não exerçam poderes de tutela ou superintendência é da competência dos respectivos órgãos executivos. Significará isto que se os “órgãos” acima previstos (Ministro das Finanças, membro do Governo Regional responsável pelas finanças e Câmara Municipal) exercerem poderes de tutela ou superintendência em relação à entidade que pretende ver os fundos disponíveis aumentados, nada se passará de novo e os termos da autorização mantêm-se. Todavia, se essas

entidades não exercerem poderes de tutela ou superintendência em relação à entidade que pretende ver os fundos disponíveis aumentados — como acontece, por exemplo, com as Câmaras municipais em relação aos órgãos das freguesias —, então aqui a autorização “passa a ser” do respectivo órgão executivo (no caso deste último exemplo, passa a ser da Junta de Freguesia). Uma vez mais, e sem queremos ser repetitivos, resulta normativamente desadequada esta verdadeira alteração de regime.

- Finalmente, neste contexto das mutações de regime, cumpre mencionar um importante aspecto que se prende como momento relevante para a consideração dos pagamentos em atraso. A este propósito, começa por estabelecer a LCPA aquela que é uma das mais significativas linhas programáticas deste regime: a execução orçamental não pode conduzir, em qualquer momento, a um aumento dos pagamentos em atraso (art.º 7.º, sublinhado nosso, evidentemente). Porém, uma vez mais, o DL vem estabelecer regime dissonante, determinando que no final de cada mês os pagamentos em atraso não podem ser superiores aos verificados no final do mês anterior. A legítima questão que se colocará é a de saber se, afinal, os pagamentos em atraso não podem existir em nenhum momento ou se apenas não podem existir no final de cada mês (permitindo-se que existam durante o mesmo). Por outras palavras, levanta-se o problema de saber se o teste da conformidade desses pagamentos é um teste contínuo, dia a dia, ou se é um teste não contínuo e mensal.

Como se disse o elenco é não esgotante, apresentando-se meramente exemplificativo ¹⁵, mas não deixa de ser um elenco minimamente alargado para merecer reflexão e consideração crítica em termos aferição da congruência jurídica da LCPA. A este respeito, não será incorrecto afirmar que uma lei com tantas inconsistências não

¹⁵ Fora desse elenco ficaram, por exemplo, os problemas resultantes da previsão de sujeição dos infractores a uma enigmática responsabilidade criminal no art.º 11.º (qual será o tipo legal de crime derivado da violação das normas constantes da LCPA? Ou se trata de um tipo já existente e a previsão é redundante, ou não se vê qual ele seja) ou do facto de o DL de execução criar *ex novum* multas (cfr. art.º 22.º, n.ºs 2 e ss.), que nem sequer abstractamente eram afloradas na LCPA.

deixará de ver as suas patologias projectadas ao nível aplicativo, descarregando a jusante, sobre os actores administrativos e jurisdicionais, inúmeras dificuldades de interpretação, integração e compatibilização, dificuldades que são agravadas pela quase impossibilidade de aplicação dos tradicionais critérios de resolução de conflitos normativos (cronológico, especialidade e hierarquia).

4. Conclusões

A LCPA visa instituir regras de disciplina e racionalidade económica no sistema financeiro público, em particular no lado da despesa. No essencial, é uma lei que, de certo modo, coloca um travão na realização da despesa pública, condicionando-a à existência dos fundos necessários para a sua cobertura – ou, numa linguagem mais corrente, o seu pagamento – num curto prazo de tempo.

A insustentabilidade do sistema financeiro público e os compromissos assumidos pelo Estado português perante os credores internacionais ditaram a necessidade de dotar o nosso ordenamento jurídico de mecanismos que partilhassem da teleologia que está subjacente à LCPA. Por isso mesmo é que consideramos que, no que respeita à filosofia e teologia que lhe está subjacente, a LCPA é uma lei simultaneamente importante e necessária.

A importância e a necessidade de uma regulamentação desta natureza e com este propósito reclamam da parte do legislador uma particular ponderação na sua feitura, não apenas do ponto de vista material – isto é, na escolha das soluções a adoptar tendo em vista os objectivos a alcançar – mas também do ponto de vista formal – ou seja, da concretização das soluções adoptadas. Não foi, seguramente, isso que sucedeu com a LCPA, como, de resto, procuramos evidenciar ao longo do texto, ao relatar a conturbada relação que se estabelece entre aquela lei e o respectivo diploma de regulamentação.

Sabemos que o Direito e, em particular, o poder legislativo, não são imunes à natureza excepcional dos tempos que vivemos. Na verdade, actualmente, por força dos compromissos assumidos, o Estado português exerce o poder legislativo não apenas por estar convencido de que o deve fazer, mas também, em muitos casos, porque é forçado a fazê-lo e, as mais das vezes, em prazos muito apertados – sob pena de não desembolso das parcelas da ajuda financeira. Não olvidamos que a LCPA foi elaborada e aprovada neste preciso contexto. Todavia, o facto de o ter sido não impede que se formule um

juízo de censura do legislador pelas erradas e, porventura, apressadas e irreflectidas opções (sejam elas materiais e/ou formais) que tomou, tendo em conta os efeitos negativos – fundamentalmente, de incerteza e de insegurança – que as mesmas têm nos destinatários e também nos aplicadores das normas criadas, as quais, no limite, poderão conduzir à sua não aplicação, seja ela total ou parcial.