

Contratos públicos e controlo jurídico-financeiro. Da necessidade de sintonia comunicativa entre o Direito financeiro e o Direito administrativo *

Joaquim Freitas da Rocha
Pedro Cruz e Silva
Escola de Direito da Universidade do Minho

1. A contratação pública (*lato sensu*) na intersecção entre Direito financeiro e Direito administrativo

Emerge com relativa evidência a ideia de que o contrato público, amplamente considerado, se encontra no cruzamento de dois caminhos que nunca andam muito separados, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista empírico: o Direito administrativo por um lado, e o Direito financeiro público (Finanças públicas) por outro.

Tal natureza dual sobressai desde logo numa perspectiva *realista* (prático-aplicativa), pois não se torna difícil concluir que grande parte dos atos jurídicos e materiais de despesa ou gasto público se materializam em atos de base contratual, por via das quais os atores públicos, amplamente considerados, procuram uma convergência de vontades com outros atores públicos ou com atores não públicos, no sentido da satisfação de necessidades coletivas. Assim acontece quando o Estado celebra um contrato de empreitada referente à construção de um centro escolar ou de um pavilhão desportivo; quando uma Autarquia contrata uma aquisição de combustível para a frota dos seus serviços municipalizados de transportes; quando um Instituto público negocia a prestação de serviços de gestão oficial para a sua frota de ambulâncias; ou quando se procede à aquisição de serviços de saúde para estabelecimentos prisionais públicos. Mas não apenas. Também num enfoque *normativo-positivo* se constata rapidamente que existe uma proximidade relevante entre as normas jurídicas disciplinadoras dos contratos públicos e as normas jurídicas disciplinadoras da despesa pública, verificando-se que quer o Código dos contratos públicos (CCP), quer a Lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso (LCPA), quer a Lei de organização e processo do Tribunal de contas (LOPTC), entre outros instrumentos, apresentam pontos de conexão – por vezes, casuais – não despidiendos. Finalmente, também ao nível da sindicância ou controlo da atividade pública existem tais ligações: basta pensar no Tribunal de contas (TdC) — incluído na “jurisdição financeira” e pertinentemente notado como “estranho”¹, trajando ora vestes jurisdicionais, ora vestes administrativas, ora vestes consultivas (e porventura políticas²) — que no âmbito do seu perimetro apreciativo frequentemente se debruça sobre atos contratuais públicos realizadores de gasto.

Ora, é precisamente nesse cruzamento teórico-prático entre Direito financeiro e Direito administrativo que o presente escrito se pretende localizar, sem pretender enveredar ostensivamente por um ou por outro dos caminhos, e tendo presente que ambos nele convergem e dele saem.

* Texto originalmente publicado em *Revista de contratos públicos*, 14, CEDIPRE, Coimbra, 2017.

¹ Assim, DUARTE, Tiago, *Tribunal de contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can*, in *Cadernos de justiça administrativa (CJA)*, n.º 71, 2008, 31.

² A propósito dos receios de um “controlo político” da administração, v. MEDEIROS, Rui, *A protecção processual do adjudicatário em face de a recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo tribunal de contas*, in *Revista de contratos públicos*, n.º 1, 44.

Antes de avançar, importará colocar em evidência um tópico analítico que, situando-se incontestavelmente no âmbito temático ora em análise, tem assumido recentemente uma visibilidade teórica e prática acrescida: a denominada *administración da escassez*, enquanto atividade administrativa de provisão de recursos escassos³. Trata-se de considerar que em muitos domínios da atividade pública — incluindo naturalmente o domínio dos contratos públicos —, os respetivos atores são confrontados com o problema da limitação em número dos direitos e prestações a atribuir, seja por razões (i) de *finitude natural ou técnica*, (ii) de decisão corretiva do mercado, ou mesmo (iii) de falta de dinheiro.

De um ponto de vista metodológico e sistemático, procurar-se-á alinhar o discurso com base em vários eixos temáticos:

- i) Desagregação da compreensão da despesa pública contratual numa perspetiva jurídico-administrativa (apartado 2.) e numa perspetiva jurídico-financeira (apartado 3.);
- ii) Tentativa de identificação de um arsenal jus-principiológico autónomo e vinculativo, que constitua o reflexo dos bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento como fundamentais, e que se afirme como parâmetro aferidor da correção (validade) de todas as soluções;
- iii) Esforço de identificação de um arsenal de regras jurídicas concretas, que discipline o ato despesista (“contratual”) e que constitua a sua blindagem jurídica⁴;
- iv) Análise crítica de alguns pontos de fricção entre as perspetivas de compreensão referidas em i).

2. Compreensão jurídico-administrativa da despesa pública de base contratual

2.1. A ideia de equilíbrio contratual e repartição equilibrada de riscos económicos e financeiros

Não parece ser desproporcionado afirmar que o primeiro momento da compreensão jurídico-administrativo da despesa pública de base contratual passa pela correta perspetivação do que signifique (em todas as suas dimensões) a diferença entre contrato público e contrato administrativo. Distinção esta, aliás, que constitui, ao mesmo tempo, uma das mais impressivas realizações do nosso Código dos Contratos Públicos e que, por isso mesmo e a partir daí, irradia para toda a disciplina jurídica das compras públicas. Sem prejuízo da sua sobreposição em várias ocasiões, poder-se-á afirmar que o “contrato público” é aquele que é celebrado no âmbito da função administrativa, por parte das “entidades adjudicantes” previstas no artigo 2.º do supra citado Código, independentemente da sua designação e natureza. Resumidamente, tais

³ V. a respeito, ARROYO, Luis e UTRILLA, Dolores (org.), *La administración de la escassez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, em especial 31 e ss.

⁴ Como se constata, ainda se continua a assumir, como vetor analítico jurídico essencial, a bipartição princípios / regras, por se entender que a mesma transporta utilidade indiscutível ao nível científico e expositivo.

entidades serão: *i)* as pessoas coletivas públicas; *ii)* os organismos públicos; *iii)* ou quaisquer outras entidades, incluindo as empresariais, quando sujeitas a um controlo ou influência dominante por partes de outras entidades adjudicantes. Será, assim, contrato público o outorgado por entidade de determinada natureza pública⁵. É o estatuto da pessoa coletiva pública que faz, por conseguinte, qualificar o contrato como público. Por outro lado, e de forma bem mais restritiva, o contrato administrativo, que continua — e continuará, espera-se — a marcar uma posição vinculada no âmago do Código, passa a ser definido por recurso a uma enumeração de fatores catalogados, os quais, verificados pelo menos um deles, qualificam, agora, o contrato como “administrativo”. O que está em causa é, por assim dizer, o conteúdo do contrato, o teor das suas cláusulas e, em certas circunstâncias, a “ambiência” contratual. Por assim ser, será contrato administrativo: *i)* o contrato que, por força do Código, da lei ou da vontade das partes, seja qualificado como contrato administrativo ou submetido a um regime substantivo de direito público; *ii)* o contrato com objeto passível de ato administrativo ou sobre o exercício de poderes públicos; *iii)* o contrato que confira direitos especiais sobre coisas públicas ao co-contratante ou o exercício de funções de contraente público; e *iv)* o contrato que a lei submeta, ou admita que seja submetido, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar, ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Ora, em atenção ao objeto do presente trabalho, pode dizer-se que a qualificação de um dado contrato, celebrado por um ente administrativo, no exercício da sua função administrativa, como “contrato administrativo”, faz arrastar consigo um conjunto significativo de consequências as quais revelam potencialidades várias em matéria de despesa pública. O ponto é este: um contrato, sendo administrativo, imporá, às partes, vinculações tendencialmente “equilibrantes” ou “igualitárias” entre as respetivas posições jurídicas; “(...) *o regime substantivo dos contratos administrativos se estrutura normalmente em torno de uma ideia principal de equilíbrio: um equilíbrio ponderado entre, por um lado, a finalidade principal da prossecução do interesse público e, do outro lado, a garantia dos interesses do co-contratante, no contexto comum de um consenso constitutivo, característico da figura contratual*”⁶. Desde logo, a remuneração do contrato continua a incluir, por um lado, o direito à reposição do equilíbrio financeiro inicial, nos casos de modificação unilateral do contrato pelo contraente público por razões de Interesse público ou de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos), bem como, por outro lado, o direito à justa indemnização a favor do co-contratante, motivada pelos danos por si sofridos em resultado dos prejuízos decorrentes da resolução do contrato por parte do contraente público com fundamento em Interesse público (artigo 334.º do Código dos Contratos Públicos). Mas é seguro afirmar que o Código vai mais longe e, em homenagem ao tendencial equilíbrio contratual, impõe à entidade pública um “dever de proporcionalidade” quanto aos poderes de conformação da relação contratual, designadamente nos de direção e fiscalização, que salvaguarde a autonomia do co-contratante, limitando-se ao

⁵ Assim dispõe o n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos: “O regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código”.

⁶ ANDRADE, J.C. Vieira de, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – II, organização de Pedro Gonçalves*, Coimbra Editora, 2010, página 14.

estritamente necessário à prossecução do Interesse público, não perturbando, para além destes limites, a execução do contrato (n.º 2 do artigo 303.º do Código dos Contratos Públicos), o que, para além do mais, arrasta consigo manifestas implicações de contenção de despesa pública.

Axiologicamente relacionada com a conformação da relação jurídica contratual (administrativa) e com a inerente prudência no gasto público, o legislador não deixou de estabelecer, por um lado, uma cláusula geral “prudencial”, nos termos da qual se proíbe o contraente público de assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionadas ou que não tenham conexão material directa com o fim do contrato⁷, da mesma forma que, e por outro lado, não deixou de prever que, em certo tipo de contratos administrativos, como os que envolvam prestações de conceção a cargo do co-contratante, o contraente público não pode tomar decisões que diminuam a responsabilidade ou o risco daquele co-contratante⁸, assim se garantindo uma repartição adequada e equilibrada entre as partes quanto aos riscos económicos e financeiros decorrentes da execução dos contratos. Verdadeiramente simbólica da dimensão tendencialmente “equilibradora” ou consensual do contrato administrativo, mas que não deixa de revelar, ao mesmo tempo, uma (dir-se-ia) manifesta ideia de preservação ou salvaguarda da sanidade das contas públicas, é a regra jurídica segundo a qual “sempre que ocorra um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o co-contratante e o contraente público”⁹, a qual, estranhamente, está apenas reservada às parcerias público-privadas. A partilha equitativa dos benefícios supervenientes às regras de boa gestão e das oportunidades que, naturalmente, decorrem da boa execução do contrato não pode deixar de ser vista como um corolário de um princípio geral da repartição dos riscos do contrato administrativo, designadamente naquele segmento que prevê que o risco deve ser sempre atribuído à parte que está em melhores condições para o controlar e daí retirar maior benefício. Aliás, a extensão deste regime a todos os contratos administrativos poder-se-ia consumir como uma dimensão mais do regime previsto para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, estabelecido no artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos. Não sendo esta a oportunidade para a defesa cabal desta possibilidade, não se pode omitir, todavia, que a solução legislativa, na medida em que condicionou a aplicação de um regime materialmente justo a um só certo tipo contratual (as parcerias público-privadas), acaba por provocar, quanto aos demais tipos, uma situação materialmente injusta, sobre a qual importa reflexionar e, no devido tempo, intervir.

2.2. Enquadramento principiológico e densificações relevantes

As notas anteriores a propósito do regime jurídico da conformação do contrato administrativo tinham, também, o objetivo de fazer sublinhar que a qualificação de um contrato como administrativo acarretava, como acarreta, várias implicações normativas, as quais, por sua vez, revelam estreita ligação ao tema da despesa pública. Todavia, seguindo o método supra exposto, que implica, em primeiro lugar, a identificação de um arsenal jus-principiológico que constitua o reflexo dos bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento como fundamentais, e que se afirme como

⁷ Cfr. Artigo 281º do CCP.

⁸ Cfr. Artigo 303º do CCP.

⁹ Cfr. Artigo 341º do CCP.

parâmetro aferidor da correção (validade) de todas as soluções concretas, para, só depois, proceder à identificação do arsenal de regras jurídicas concretas, que disciplinem os atos ou contratos despesistas, passar-se-á à enunciação de alguns princípios gerais da contratação pública, destacando aqueles que mais intensa ligação revelem quanto à temática de que se ocupa este trabalho.

Todavia, e em antinomia com outra legislação relevante no domínio do Direito administrativo (de que será exemplo paradigmático o recém criado Código do Procedimento Administrativo, contido no Anexo ao Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, com o seu extenso rol de princípios jurídicos), o Código dos Contratos Públicos não se mostrou especialmente generoso no momento da especificação dos seus princípios jurídicos fundamentais. Na verdade, modestamente, foi apenas capaz de salientar que “à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência” (n.º 4 do seu artigo 1.º). É um acervo assaz escasso, principalmente levando em linha de conta que muitas e muitas das soluções legalmente previstas no próprio Código para os mais diversos momentos do procedimento pré-contratual público, por exemplo, constituem normas jurídicas criadas e estabilizadas a partir de interpretações laboriosas (e pretorianas, frequentemente) das instâncias europeias comunitárias (legislativas, políticas e jurisdicionais) que resultavam da aplicação de múltiplos princípios jurídicos, escritos e não escritos. Ora, *“não arriscaríamos muito se disséssemos que a contratação pública é certamente uma das matérias em que mais se sente a importância concreta ou prática dos princípios jurídicos, bastando referir para o efeito os inúmeros casos decididos pelas entidades adjudicantes e, em última instância, pelos nossos tribunais com fundamento direto e autónomo numa norma deles retirada ou neles implícita, sem esquecer a jurisprudência comunitária, que tantas e tantas vezes se faz eco dos princípios da contratação pública”*¹⁰.

Talvez não seja despropositado afirmar que, na ótica que nos ocupa, o princípio da concorrência constitui a trave-mestra paramétrica e valorativa de todo o Código dos Contratos Públicos. É na promoção da concorrência que, por um lado, se desdobram variadíssimas disposições normativas que perpassam todo o diploma e que, por outro lado, mais nitidamente se alcança a interseção entre o quadro axiológico do Direito administrativo e do Direito financeiro. O chamamento da concorrência, a interpelação ao mercado, o bom e fácil acesso dos operadores económicos às compras públicas, tudo isto é entendido como patamares (juridicamente pressupostos e enquadrados) inadiáveis para a subsistência de mais e melhores propostas, que permitam às entidades adjudicantes estarem munidas da melhor informação no momento, ou nos momentos, da decisão administrativa que importe a assunção de um custo financeiro. Ora, tão transversal é este princípio jurídico que não haverá, praticamente, norma do Código dos Contratos Públicos que se possa afirmar como imune ou indiferente à promoção da concorrência. Sem prejuízo, a revelação da concorrência assume carácter simbólico na dinâmica que se estabelece entre “proposta” e “análise das propostas”.

Num primeiro momento, o Código não prescinde de constituir a “proposta” como sendo instruída pelos (i) documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar; e (ii) pelos documentos exigidos pelo programa do

¹⁰ Assim, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I, organização de Pedro Gonçalves*, Coimbra Editora, 2008, 52.

procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule (respetivamente, alíneas b) e c) do n.º 1 do seu artigo 57.º). Temos, portanto, que a proposta se consubstancia nesses dois elementos: os “atributos”, isto é, a resposta do concorrente ao desafio concorrencial lançado pela entidade adjudicante; e os “termos e as condições” através dos quais o concorrente adere àquilo que a entidade adjudicante definiu como não sujeito à concorrência. A proposta é, assim, alicerçada no binómio “resposta à concorrência/ adesão ao que não admite concorrência”, se a expressão for consentida.

Já num segundo momento, o mesmo Código vai exigir a exclusão das propostas que não apresentem os seus atributos¹¹; das propostas que apresentem atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência¹²; e, por último, das propostas cuja impossibilidade de avaliação resulte da forma de apresentação dos respetivos atributos¹³. Neste sentido, é possível alcançar que os dois momentos definidores e inultrapassáveis de todos os procedimentos pré-contratuais públicos (a apresentação das propostas e a avaliação das propostas) se mostram intrinsecamente conectados com a promoção da concorrência ou, talvez sustentado de melhor forma, reveladores da promoção da concorrência como vértice último de todo o programa normativo da contratação pública.

Incontornável é, também, afirmar o princípio da transparência como revelador de um bem jurídico fundamental no mercado administrativo: esse bem jurídico é, precisamente, a transparência, reconhecida em múltiplas dimensões, tais como (i) o dever de publicitação adequada da intenção de contratar por parte da entidade adjudicante; ou (ii) a correta enunciação das regras do procedimento, tanto aquelas que disciplinam os requisitos de acesso e permanência ao procedimento pré-contratual, como aquelas outras que especificam o modo através do qual se fará a adjudicação. Evitar surpresas aos operadores económicos¹⁴, publicitando – e, por isso, estabilizando adequadamente – o quadro jurídico que envolve o momento pré-contratual e o momento contratual público, é, sem margem para dúvidas, um dos desígnios principais do Código dos Contratos Públicos. Desígnio principiológico este que se revela, ao nível das soluções jurídicas concretas, por exemplo nos transversais deveres de anúncio (anúncio de pré-informação – seu artigo 34.º; anúncio periódico indicativo – seu artigo 35.º; anúncio da adjudicação – seu artigo 78.º; anúncio voluntário de transparência – seu artigo 78.º-A) ou no espírito de pacificação e estabilização inerentes aos regimes de esclarecimentos e retificações das peças do procedimento (seu artigo 50.º) e de erros e omissões do caderno de encargos (seu artigo 61.º). No caso específico do concurso público, o legislador não deixou de exigir que o programa do concurso deva indicar o critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e,

¹¹ Cfr. Artigo 70.º, n.º 2, alínea a) do CCP.

¹² Cfr. Artigo 70.º, n.º 2, alínea b) do CCP.

¹³ Cfr. Artigo 70.º, n.º 2, alínea c) do CCP.

¹⁴ Neste sentido, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, cit., 101.

relativamente a cada um dos fatores ou subfactores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais (alínea n) do n.º 1 do seu artigo 132.º).

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade, sendo um princípio geral da atividade administrativa, constitucionalmente consagrado (n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa), e sendo, também por isso, um princípio enquadrador de todos os procedimentos e atividades administrativas (artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo), não pode, em consequência, deixar de ocupar um espaço central na dinâmica da afirmação dos bens jurídicos fundamentais da contratação pública. É o princípio da proporcionalidade que impõe às entidades adjudicantes a adoção de comportamentos e ações que se traduzam no bom cumprimento do Interesse público e, por inerência, na prudência do gasto público, não se tolerando, juridicamente, decisões que excluam, injustificadamente, determinados operadores económicos do acesso ao mercado das compras públicas, nem se admitindo opções que se consolidem na exclusão, precipitada, de concorrentes ou candidatos por motivos formais despiciendos. Na medida em que a atividade contratual pública implica, na maioria das circunstâncias, despesa pública, todas as ações das entidades adjudicantes (quer no procedimento pré-contratual, quer na execução do contrato) devem assegurar uma correspondência valorativa entre o sentido da decisão e o objetivo a alcançar, eliminando-se o desperdício de dinheiros públicos ou a adoção de comportamentos patológicos que constituam riscos imprudentes que afetem o *infra* afirmado princípio da seletividade da despesa pública.

De entre os vários exemplos disponíveis, o arsenal de regras jurídicas concretas que densificam este princípio da proporcionalidade estabelece a proibição de exclusão de propostas com fundamento em desconformidade dos respetivos bens ou serviços com especificações técnicas de referência, desde que o concorrente demonstre, de forma adequada e suficiente, que as soluções apresentadas na sua proposta satisfazem, de modo equivalente, as exigências definidas por aquelas especificações¹⁵; a própria proibição de fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens¹⁶; a prorrogação de prazos para a apresentação de propostas que resulte de esclarecimentos ou retificações realizadas pela entidade adjudicante quanto a aspetos essenciais das peças do procedimento¹⁷; a possibilidade de o júri pedir esclarecimentos aos concorrentes sobre o teor das propostas apresentadas e que sejam necessários para a análise e avaliação das mesmas¹⁸; ou a obrigatoriedade de os fatores (e, eventualmente, os subfactores) que densifiquem o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa abranger, apenas, os aspetos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não se admitindo que tais fatores digam respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes¹⁹.

¹⁵ Cfr. Artigo 49.º, n.º 4, do CCP.

¹⁶ Cfr. Artigo 49.º, n.º 12, do CCP.

¹⁷ Cfr. Artigo 64.º do CCP.

¹⁸ Cfr. Artigo 72.º do CCP.

¹⁹ Cfr. Artigo 75.º, n.º 1 do CCP.

Por último, e porque a natureza do presente escrito força, naturalmente, a realizar escolhas, opta-se por fazer sobressair, de entre a vasta panóplia disponível de princípios jurídicos da contratação pública, aquele que se poderia designar como “princípio do procedimento”. Significa isto que se impõe ao legislador que seja capaz de enunciar, de forma tão exaustiva quanto vinculativa, quais são os procedimentos pré-contratuais disponíveis às entidades adjudicantes. No momento em que decide cumprir uma tarefa pública através do contrato, determinada entidade adjudicante apenas pode optar por um dos procedimentos tipificados legislativamente e, mesmo neste caso, apenas quando se verificarem os respetivos pressupostos. A previsibilidade da ação pública é estruturante à boa ação administrativa contratual e, inegavelmente, constitui mais um elemento de interseção ou de sintonia comunicativa entre o Direito financeiro e o Direito administrativo. Quanto a esta dimensão, o legislador foi tão claro e tão impositivo quanto poderia ter sido: criou um catálogo de procedimentos pré-contratuais (aliás, neste ponto, foi mesmo longe: previu, em detalhe, quais as peças típicas de todos os procedimentos de formação de contratos – seu artigo 40.º), ao mesmo tempo que foi capaz de prever, no momento histórico, político e legislativo em que o diploma foi produzido, um conjunto de contratos, também desde logo catalogados, que encerram, eles mesmos, prestações tipicamente disponíveis à concorrência do mercado e que, por isso mesmo, forçam a entidade adjudicante à escolha de um regime jurídico (pré-contratual e contratual) que o próprio Código já disciplina – seu artigo 16.º.

3. Compreensão jurídico-financeira da despesa pública de base contratual

3.1. Ponto prévio: a autonomia e a centralidade do Direito da despesa pública

Se em termos de retórica jurídico-administrativa o enquadramento pode ser apresentado como exposto, em termos de Direito financeiro, o enfoque, sem desembocar em opostas conclusões, é diverso.

Em termos introdutórios, importa começar por assinalar que o segmento *despesa* ou *gasto* público se apresenta tradicionalmente como o “parente pobre”²⁰ da análise e da ciência jurídico-financeira, em claro detrimento do segmento *receita* e particularmente dos subdomínios dos tributos e dos impostos. Não se estranha, neste ambiente, que o desenvolvimento por que tem passado o Direito tributário — ou, no quadro da ciência jurídica portuguesa, o Direito fiscal — não venha sendo acompanhado por igual desenvolvimento do Direito da despesa.

As evidências, porém, impõem uma inflexão de abordagem. Sem prejuízo da necessidade de se continuar a escrutinar e estudar adequadamente os modos como se criam, quantificam (liquidam) e arrecadam os recursos públicos, num Estado de Direito responsável a análise da ciência jurídico-financeira não pode deixar de ter igualmente por tópico referencial os problemas relacionados com o modo como os dinheiros se utilizam, até porque a realidade parece impor a conclusão de que o alheamento e o distanciamento estão na origem de inúmeras patologias, algumas com repercussões intergeracionais (défices excessivos, endividamento de longo prazo, etc.).

²⁰ A expressão pode ser encontrada, nomeadamente, em CHEVAUCHEZ, Benoît, *La dépense publique, au coeur de nos systèmes de finances publiques*, in *Revue française de finances publiques*, 77, Março de 2002, 27, 28.

Impõe-se, por conseguinte, que o pêndulo científico deixe de estar preso num dos lados do semicírculo gnoseológico, para passar a percorrer todo o seu perímetro em condições de igualdade e dignidade.

Procure-se refletir sobre alguns eixos temáticos, ainda que topicamente, acentuando desde já que se está sempre em presença de verdadeiras normas jurídicas com natureza prescritiva e eficácia vinculativa, de modo algum reconduzíveis a simples prerrogativas voluntárias ou orientações de cumprimento facultativo.

3.2. Enquadramento principiológico e densificações relevantes

O primeiro princípio a ser apontado é omnipresente: o princípio da prossecução do Interesse Público. Trata-se de uma diretriz teleológica ou finalística constitucionalmente ancorada que impõe que todas as atuações públicas devam ter por fim o interesse coletivo²¹, corporizado na satisfação das necessidades coletivas, o que, na verdade, acaba por refletir a própria necessidade existencial de subsistência da comunidade sócio-juridicamente organizada. Enfatize-se que o Interesse público aqui considerado não se confunde com os interesses dos Estado enquanto aparato organizatório reflexivo das estruturas políticas e administrativas daquela comunidade, mas vai muito além disso, sob pena de se confundir com uma odiosa burocracia. De facto, considerando que a juridificação de procedimentos e processos é necessária e vital — sob pena de se cair na casualidade ou no (des)favorecimento ilegítimo —, o que se entende quando se apela ao Interesse público é a interiorização intuitiva da ideia de que além dos interesses privados e casuísticos existem interesses supra-pessoais que não podem deixar de ser considerados. De resto, até resulta duvidoso que se possa dizer que o Estado (ou os seus órgãos) tenham interesses próprios, no sentido de por si titulados — a adequada percepção do Estado de Direito imporá a conclusão de que todos os interesses dos entes públicos são necessariamente interesses alheios, consubstanciados em poderes funcionais, juridicamente enquadrados e tendencialmente indisponíveis.

Em resumo, este princípio perpassa toda a atuação pública de um modo incontornável e impede, não apenas a sobreposição, mas a “simples” consideração equiparada (igualada) de interesses privados no momento da tomada de decisão jurídico-financeira pública. Interesse público e interesses privados não estão, neste âmbito, em situação de igualdade.

Propagados a partir do primeiro e tendo-o por fundamento último, surgem alguns outros princípios jurídico-normativamente relevantes que igualmente enquadram e enformam o ato jurídico-financeiro público, e particularmente o ato de despesa pública, como sejam (i) o princípio da equidade intergeracional — impositivo de uma ética do futuro (*Zukunftsethik*)²² e de um dever de acautelamento e preservação dos interesses das gerações vindouras²³, numa lógica intertemporalidade; (ii) o princípio da seletividade da despesa pública — nos termos

²¹ V., a propósito, KLEIBER, Michael, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, 118, 119.

²² A propósito, v. IRRGANG, Bernhard, *Nachhaltigkeit als Ideologie?*, in Revista Portuguesa de filosofia, 59, 2009, fasc. 3, 778 e ss. V., ainda, o ROCHA, Joaquim Freitas da, “Breves reflexões sobre responsabilidade colectiva e finanças públicas”, in Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I, Escola de Direito da Universidade do Minho - Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2012, 126 e ss.

²³ V. KLEIBER, Michael, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen...*, cit., 15.

do qual a opção despesista deve ser adequadamente ponderada e acrescidamente fundamentada, apelando a um nexos de causalidade entre o meio (a despesa a efetuar) e o fim (a necessidade a satisfazer), e tendo presente a existência de um *direito fundamental à boa despesa pública*, titulado por todos sem exceção²⁴; ou (iii) o princípio da boa gestão — nos termos do qual se impõe a mais racional utilização possível dos dinheiros públicos em geral e das dotações orçamentais em particular.

A propósito deste último e não obstante algumas hesitações doutrinárias derivadas da respetiva “substância económica”, não pode deixar de se mencionar que se trata de um autêntico princípio jurídico, “incorporador de um critério normativo que procura disciplinar no plano jurídico o mérito económico de um comportamento”²⁵. Do seu âmbito irradiam deveres (jurídicos, não meras exortações programáticas) de programação e gestão de acordo com critérios racionais, evitando o desperdício de fundos públicos e maximizando os recursos disponíveis, em termos de apenas adquirir os recursos financeiros, humanos e materiais adequados, tentando sempre atingir os objectivos delineados *ab initio*. Seja como for, os critérios apontados constituem *mandados de optimização*, e não regras absolutas, antes resultando de uma relação de ponderação que tenha em vista, nomeadamente, o tipo de atividade em que a atuação pública se insere. Neste sentido, as atuações de natureza marcadamente económica (v.g., despesas com a realização de eventos, feiras e mercados) não poderão ser valoradas do mesmo modo que as atuações de natureza eminentemente social ou assistencial (v.g, prestações a famílias carenciadas, a jardins de infância ou a lares de acolhimento), não obstante se reconheça que, num caso ou no outro, o Interesse público é sempre o farol orientador da conduta do agente.

Nos quadros de uma teoria jurídica normativamente orientada, o referido arsenal principiológico deverá ser densificado em regras, as quais constituem normas por natureza mais concretas, tendencialmente auto-excludentes e com uma vocação aplicativa mais acentuada. Compreensivelmente — ou talvez não, pois poderia haver um Código financeiro público, unitário, autónomo, sistematizado e tendencialmente completo — tais regras constam de uma pluralidade de diplomas normativos, de abrangência e valor distintos (leis com valor reforçado e leis sem valor reforçado; leis gerais e leis especiais; leis substantivas e leis adjetivas, etc.), de onde se destacam a Lei de enquadramento orçamental (L 91/2001 – LEO, o Regime da administração financeira do Estado (DL 155/02 – RAFE), a Lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso (L 8/2012 – LCPA), a Lei de organização e processo do Tribunal de contas (L 98/97 – LOPTC), bem assim como as diversas leis do orçamento (anuais).

Uma vez mais sem pretensões de exaustividade, tendo por referência subjetiva-institucional todos os entes públicos²⁶, e descurando as inúmeras

²⁴ ROCHA, Joaquim Freitas da, “Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional”, in Estudos em homenagem ao Prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume I, *Stydia Ivridica* – 102, Coimbra editora, Coimbra, 2012, 619 e ss.; MAGALHÃES, Carla Dantas, *Regime jurídico da despesa pública: do direito da despesa ao direito à despesa*, dissertação de mestrado, disponível em www.tributarium.net.

²⁵ Assim, ROCHA, Joaquim Feitas da, *Direito financeiro local (Finanças locais)*, 2.^a edição, CEJUR, Coimbra, 2014, 126.

²⁶ Importa precisar que o perímetro subjetivo de abrangência dos diplomas mencionados no texto não é, sequer aproximadamente, idêntico. Basta pensar, por exemplo, que o RAFE se aplica, em princípio, apenas aos organismos do Estado *stricto sensu*, enquanto que a LOPTC ou a LCPA alargam a sua abrangência a muitíssimos outros organismos e entidades. V., por exemplo, GOMES, Noel, *A lei dos*

particularidades de regime inerentes a cada tipo de despesa pública em particular (v.g., despesas consignadas a fins sociais, situações de desequilíbrio financeiro), permite-se individualizar os seguintes aspetos de regime:

- i) Nenhuma despesa pública pode ser efetuada sem prévia previsão legal permissiva, inscrição orçamental e adequada classificação (tipicidade qualitativa) ²⁷;
- ii) Nenhuma despesa, ainda que previamente prevista, pode ser efetuada sem cabimento numa dotação orçamental prévia ou para além do montante desse cabimento (tipicidade quantitativa) ²⁸;
- iii) Todas as despesas devem ser *fundamentadas* em termos de se demonstrarem inequivocamente como *boas despesas* (a utilidade de uma despesa pública não se presume), o que equivale a dizer que devem ser cumpridoras dos mandatos da utilidade, prioridade, economia, eficiência e eficácia ²⁹;
- iv) As despesas apenas podem ser autorizadas pelas entidades com competência administrativa — e, eventualmente, política — expressa para tal ³⁰;
- v) Apenas podem ser assumidos compromissos (ato de contacto com o exterior) se existirem, além do cabimento inicial, *fundos disponíveis* (verbas disponíveis a muito curto prazo, *grosso modo*, a três meses ³¹);
- vi) Em todos os atos formais despesistas (ordem de compra, nota de encomenda, etc.) deve ser aposto um número de compromisso válido e sequencial (sem o qual o contrato ou a obrigação serão nulos) ³²;
- vii) Certos atos de despesa necessitam, antes de ser efetivados, de sujeição e fiscalização prévia por parte do Tribunal de contas, para efeitos de emissão de visto prévio (sem o qual ficarão inibidos de produzir alguns dos seus efeitos)³³;
- viii) Os pagamentos também só podem ser autorizados pelas entidades com competência expressa para tal, não devendo coincidir no mesmo sujeito a competência para autorizar a despesa e para autorizar o pagamento da mesma (segregação funcional) ³⁴;
- ix) Os pagamento apenas devem ser efetuados após o fornecimento dos bens ou serviços ³⁵.

compromissos e dos pagamentos em atraso – âmbito subjectivo e principais obrigações, in Revista de Direito Regional e Local, n.º 19, Jul.-Set. 2012, pp. 42-53.

²⁷ Cfr. art.ºs 42.º, n.º 6, alínea b) da LEO e 22.º, n.º 2 do RAFE.

²⁸ Cfr., uma vez mais, art.º 42.º, n.º 6, alínea b) da LEO, e n.º 5.

²⁹ Cfr. art.ºs 42.º, n.º 6, alínea c) da LEO e 22.º, n.º 3 do RAFE. No que concerne ao acrescido dever de fundamentação, impõe-se que o mesmo seja feito por referência a um raciocínio casuístico e a um método concretizador — tendo em vista aquela despesa em específico —, e não em abstrato, remetendo em geral para a lei.

³⁰ Cfr. art.º 23.º do RAFE

³¹ Cfr. art.ºs 45.º, n.º 1 da LEO e 5.º, n.º 1 e 3.º, alínea f) da LCPA.

³² Cfr. art.º 5.º, n.º 3 da LCPA.

³³ Cfr. art.ºs 44.º e ss. da LOPTC.

³⁴ Cfr. art.º 42.º, n.º 1 da LEO e 29.º do RAFE.

³⁵ Cfr. art.º 9.º, n.º 1 da LCPA.

Como se pode ver, toda a despesa pública — incluindo naturalmente a de base contratual — está sujeita a um autêntico parâmetro ou crivo jurídico-normativo, e não apenas a um controlo de oportunidade, mérito ou conveniência de efetivação, demonstrando claramente a importância do Direito da despesa como segmento essencial nos quadros de um Estado de Direito. De resto, o parâmetro referido não apenas se materializa numa dimensão estática e *positivista* (ao nível da verificação abstrata e *ab initio* dos requisitos formais, orgânicos e procedimentais), como igualmente ganha corpo numa dimensão dinâmica e *realista*, mormente quando se exige a averiguação *concomitante* de existência de fundos disponíveis.

Tudo regras jurídicas, das quais, evidentemente, os Tribunais não podem ficar arredados.

Esta última afirmação conduz a retórica discursiva para um ponto ulterior da análise: o controlo da despesa pública contratual.

4. Os problemas de controlo, em referência ao TdC

O cruzamento referido entre despesa pública e contratação pública — ou, numa perspetiva mais ampla, entre Direito financeiro e Direito administrativo (dos contratos públicos) — reveste uma especial pertinência ao nível dos problemas de sindicância da atividade pública contratual. Com efeito, assumindo a juridificação desta última, resulta claramente perceptível a premissa de que a fiscalização dos moldes em que ela se desenvolve constitui um núcleo analítico incontornável da respetiva teoria geral, embora, compreensivelmente, um núcleo que se situe lógica, expositiva e por vezes cronologicamente a jusante.

No presente escrito, atentas as limitações da retórica discursiva, entende-se adequado restringir a menção a uma seleção avulsa de quadrantes problemáticos, tendo por referência a intervenção do TdC.

A tais quadrantes dedicaremos os apartados sistemáticos subsequentes.

4.1. A querela inicial: a “jurisdição” do Tribunal de Contas

O primeiro dos núcleos que pode ser trazido à discussão respeita a um possível, e potencial, conflito de jurisdições.

De um modo aproximativo, poder-se-ia pensar que em determinados segmentos da contratação pública existe a possibilidade real de os tribunais da ordem administrativa e fiscal (TAF's), por um lado, e o Tribunal de contas, por outro, se poderem confrontar em termos de sobreposição dos poderes sindicância dos atos. Tal aconteceria, designadamente, no âmbito do denominado processo de fiscalização prévia, no contexto do qual o órgão máximo da “jurisdição” financeira apreciaria a regularidade jurídico-financeira dos atos e contratos sujeitos à sua apreciação e aporlhes-ia um visto. Paralelamente, os TAF's também disporiam de poderes de cognição que lhes permitiriam apreciar a legalidade dos mesmos, potenciando as possibilidades de sobreposições, conflitos e contradições entre ambos os vetores de controlo.

Ora, sem grandes alongamentos discursivos, será de defender que se tem por superada a discussão.

Na verdade, a questão do conflito de jurisdições resultará *ab initio* afastada se for defendido — como parece que deve ser — a natureza não jurisdicional dos poderes de cognição do TdC no âmbito da fiscalização prévia e da aposição de visto. De resto, e mesmo correndo o risco de alguma excessiva simplificação sempre se

diria: consistindo a função jurisdicional no conjunto de atos juridicamente ordenados com vista à resolução de um dissídio de pretensões, não se vê como resultaria espaço para considerar a sua existência aqui, pois, em verdade, não existe o pressuposto base: o dissídio ou conflito.

Seja como for, sobre a questão já autorizado pensamento se pronunciou ³⁶, pelo que para lá se remete, salientando, em todo o caso, que a remissão não abrange a motivação. Por outras palavras: concorda-se com os argumentos (v.g., impossibilidade de anulação ou declaração de nulidade; suscetibilidade de valor declarativo positivo do silêncio; insuscetibilidade recursiva), mas não com o substrato axiológico que subjaz à sua tomada em consideração, que será a tutela jurisdicional efetiva, a tutela do direito dos particulares a um processo equitativo e a visão subjetivista do contencioso administrativo. Seguramente em contraciclo, (ainda) não cremos nas virtualidades absolutas de um contencioso subjetivista.

Em todo o caso, fundamentações à parte, a verdade é que a conclusão, resta a mesma: o TdC está aqui a atuar investido numa função materialmente administrativa.

Enfim, no que a este tópico diz respeito, não estando o TdC a atuar como um autêntico tribunal, no desempenho de funções jurisdicionais, fica prejudicada, por ilogismo, a questão do conflito de jurisdições.

4.2. O tipo de controlo da atividade contratual pública: controlo de juridicidade e controlo de oportunidade (a propósito da “boa gestão”)

Em segundo lugar, poder-se-ia levantar um outro problema: estará o TdC, no momento em que aprecia a regularidade jurídico-financeira de um contrato, no quadro do mesmo processo de fiscalização prévia, a efetuar um controlo de mérito, em desconformidade com os ditames gerais do princípio do Estado de Direito, e particularmente da separação de poderes e da reserva da administração?

Já se viu que não se deve considerar que se trata de um “tribunal”, pelo que a questão, também aqui, se deveria ter por prejudicada. Mas, na verdade, e na maior parte das situações não se tratará sequer de um controlo de mérito.

Ainda que de um modo superficial, justificam-se aqui algumas considerações acrescidas.

A este propósito, não é incomum a afirmação de que o TdC, no quadro dos seus poderes (e.g., fiscalização prévia e outorga de visto), pode exercer tanto um controlo de legalidade como um controlo de oportunidade (mérito) da atividade sindicada. Em termos práticos: em face de uma despesa pública de base contratual, o TdC poderia, por um lado, averiguar se os respetivos atos jurídicos cumpriram os requisitos que o ordenamento exige para que possa ser considerados atos válidos (v.g., princípios e regras de competência, forma, procedimento e substância) e, por outro lado, apreciar se esses mesmos atos se apresentariam como atos oportunos, do ponto de vista da sua correção ou bondade materiais no âmbito de um parâmetro discricionário deixado pelo criador normativo ao órgão administrativo aplicador. Este segundo controlo, discricionário, materializar-se-ia, designadamente, na apreciação “...do mérito da gestão, segundo critérios de economicidade, eficiência e eficácia” ³⁷.

³⁶ Acompanham-se aqui os pertinentes argumentos de TIAGO DUARTE, in *Tribunal de contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva?...*, cit., 33 e ss.

³⁷ Assim, MARTINS, Guilherme D’Oliveira, O Tribunal de contas e a actividade contratual pública, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, 9 e ss.

Pela nossa parte – respeito devido –, não se segue tal conclusão, assentando a discordância na seguinte trave estrutural de pensamento: o princípio da boa gestão é um autêntico princípio jurídico, embora com um forte substrato económico.

Na verdade, parece inquestionável que tendo nascido “fora do Direito”, o princípio da boa gestão foi por este incorporado, em termos de se poder afirmar que mais não será, até certo ponto, do que um reflexo do princípio da proporcionalidade. Como já se referiu em outra sede, procura-se apontar um critério normativo para disciplinar no plano jurídico o mérito económico de um comportamento, o que passa por identificar três *indicadores de performance*: a aquisição de recursos financeiros, humanos e materiais ao menor custo, tanto em quantidade como em qualidade (economia); a realização dos objetivos inicialmente propostos (eficácia); e a maximização dos resultados em face dos recursos disponíveis (eficiência) ³⁸.

Conferindo uma nota mais jurídico-realista (empírica, aplicativa) ao discurso, pense-se por exemplo na despesa pública contratual para a realização de um feira de empreendedorismo com a duração de três dias e em três localizações diferentes. Se na consecução da mesma forem utilizados materiais de construção excessivamente caros ou um número desnecessário de funcionários e viaturas, o critério da economia não será atingido, do mesmo modo que se os objetivos traçados *ab initio* não forem conseguidos (por exemplo, gastando o dinheiro para depois apenas se realizar a feira em dois dos três dias ou somente com algumas das modalidades programadas) não será eficiente. Analogamente, se, com os recursos gastos (ainda que económicos e eficazes) se poderia ter conseguido melhores resultados (e.g., em termos de projeção mediática, agenciamento de clientes ou divulgação), a eficiência resulta questionada.

Como se referiu, até certo ponto, a boa gestão materializa um reflexo do princípio da proporcionalidade pois, bem vistas as coisas, uma despesa pública não económica, ineficaz ou ineficiente não será, simultaneamente nem necessária (viaturas ou funcionários em excesso), nem adequada (os meios deveriam ter sido outros), nem proporcional (inexistência de nexos causal entre gasto e resultados).

Enfim, e em poucas palavras, seja como princípio jurídico autónomo, seja como reflexo do princípio da proporcionalidade, o postulado da boa gestão – e as suas densificações – consubstancia um real princípio jurídico e como tal deve ser encarado, integrando o parâmetro aferidor da juridicidade das atuações de despesa pública. Por conseguinte, quando o TdC aprecia as atuações desde estes pontos de vista, está ainda e sempre a efetuar um controlo de juridicidade e não um controlo de oportunidade.

Não significa o referido que não existem prerrogativas de apreciação de conveniência, oportunidade ou mérito das atuações despesistas públicas. Existem, e devem existir, simplesmente não serão é tituladas por órgãos atuando como entes jurisdicionais, ainda que com especial revestimento institucional, como o TdC. Na verdade, a distinção entre controlo de legalidade e controlo de mérito “permanece válida de conteúdo”, nomeadamente “...quando o decisor público se encontre perante duas, ou mais, soluções que cumpram de igual forma os critérios da economia, eficiência e eficácia”, situação em que estará legitimado a optar alternativamente entre as mesmas, sem que, porém, essa decisão possa ser objeto de um juízo de censura do ponto de vista legal ³⁹.

³⁸ V., numa perspetiva diversa, ARROYO, Luis e UTRILLA, Dolores (org.), *La administración de la escasez...*, cit., 94 e ss. Cfr., ainda, ZIMMERMANN, Horst (et al.), *Finanzwissenschaft. Eine Einführung in die Lehre von der öffentlichen Finanzwirtschaft*, 11.ª ed., Vahlen, München, 2012, 46.

³⁹ Assim, pertinentemente, SILVA, Hugo Flores da, *Critérios de adjudicação e despesa pública no âmbito da Diretiva 2014/24/EU*, in *Revista de Direito Público e Regulação*, em fase de publicação. Refere o autor que “entramos aqui no domínio da oportunidade e conveniência da decisão de realização

4.3. O parâmetro de controlo: controlo amplo e controlo restrito

Em terceiro lugar, adquirida a premissa de que o controlo efetuado pelo TdC é, nos termos referidos, um controlo de juridicidade (legalidade), importa apontar algumas coordenadas reflexivas sobre o parâmetro do mesmo, isto é o arsenal normativo com o qual o ato despesista deve ser cotejado para aferir da sua correção jurídica e conformidade ao ordenamento. Particularmente, cumpre indagar: deverá o TdC proceder a um controlo amplo, que leve em consideração todo o ordenamento e todas as normas com impacto, direto ou indireto em questões de dinheiros públicos – incluindo designadamente as normas de Direito constitucional, da União europeia, administrativo, etc. –, ou, diversamente, deverá o TdC proceder a um controlo restrito, tendo por referência apenas as normas de Direito financeiro *stricto sensu*?

A questão poderia assumir mais relevância do que aquela que na verdade assume, se se aceitasse como incontestável — o que aqui se não faz — a natureza jurisdicional dos poderes do TdC, designadamente no contexto da fiscalização prévia. Se fosse o caso, seguramente que se levantariam problemas de conflito entre a jurisdição administrativa e fiscal e a jurisdição financeira, caso se optasse por uma postura de controlo amplo, pois concebendo-se que o TdC poderia proceder a uma sindicância alargada dos atos de despesa pública (aqui, contratual), poderia dar-se o caso de o mesmo ato ser considerado abrangido igualmente pelo perímetro apreciativo dos TAF's, situação em que o conflito apareceria evidente. Em qualquer dos casos, insiste-se, está a ser feita menção a um controlo jurídico-legal e nunca a um controlo de oportunidade, conveniência ou mérito da despesa ou da atuação despesista.

Porém, como se assume a natureza não jurisdicional do “processo” de fiscalização prévia — ou, se preferirmos ser mais cautelosos: como não se assume a natureza jurisdicional do “processo” de fiscalização prévia — os referidos problemas de conflitos de jurisdições não se colocam.

Seja como for, e se bem se perspetivam as questões, será de defender uma visão restritiva do exercício dos poderes do TdC, em termos de este se limitar a aferir da conformidade jurídica dos atos com as normas de Direito financeiro em sentido restrito. Naturalmente que tal visão pressuporá uma auto-contenção dos respetivos poderes aplicativos e cognitivos, alicerçada num clima de diálogo franco e sadio com outros atores, e no reconhecimento de que acima dos “interesses” inerentes a eventuais conflitos existem interesses maiores de unidade do ordenamento, estabilidade e segurança jurídicas e prestígio interinstitucional. Assim sendo, o TdC não deverá proceder a tarefas de sindicância que transponham o limiar da apreciação jurídico-financeira, tendo como parâmetro de aferição as normas com esta natureza.

E que normas parametrizadoras serão essas?

Indubitavelmente (i) as normas material e formalmente financeiras, como as que estejam consagradas em diplomas financeiros *stricto sensu*, como os suprarreferidos LEO, RAFE ou LCPA, ou as Leis do orçamento do Estado, das finanças locais ou regionais e (ii) as normas apenas materialmente financeiras, isto é

da despesa pública, pelo que, por maioria de razão, o controlo exercido estará limitado a um controlo de mérito. A apreciação do mérito permitirá a distinção entre boas e más decisões, mas umas e outras serão decisões legais, o que fundamentará a insindicabilidade do ponto de vista jurisdicional”.

que, estando consagradas em outros diplomas, assumam indubitável natureza teleológico-material financeira, tendo em vista o bem jurídico protegido e o fim que pretendem atingir (v.g., normas financeiras dispersas constantes de outros diplomas, como o Código dos contratos públicos, ou o Regime jurídico das autarquias locais). Fora destes núcleos, como se disse, o TdC deverá proceder a um esforço de auto-contenção, de modo a evitar entrar em domínios que possam ser abrangidos pelos poderes de cognição de outras entidades.

Naturalmente que se compreende e não se pode ignorar que os espaços de sobreposição e de potencial conflito são inúmeros; basta pensar, por exemplo, na vocação aplicativa universal de princípios como o da prossecução do Interesse público, da legalidade, da proporcionalidade ou outros, para se intuir que quando uma entidade – qualquer que ela seja – aprecia a regularidade jurídico-financeira, aprecia simultaneamente se estes últimos estão ou não a ser observados. Em todo o caso, o enfoque (auto)restritivo referido transporta também uma leitura (interpretação) restritiva dos princípios transversais a todo o ordenamento, expurgando-os, na medida do possível, dos elementos não financeiros que os mesmos contêm. Deste modo, e em resumo, propugna-se que o TdC se deva limitar a apreciar se os dinheiros são bem usados — averiguando a inscrição legal, a cabimentação, a fundamentação, os fundos disponíveis, o número de compromisso, etc. —, deixando outras considerações para outros órgãos administrativos, tribunais ou ordens de Tribunais.

4.4. A especial questão do “conflito de deveres” (a propósito da LCPA)

Os problemas de conflituosidade entre Direito financeiro e Direito administrativo não se circunscrevem ao domínio processual dos possíveis choques de jurisdição, mas podem igualmente ser suscitados numa perspetiva de Direito material, designadamente ao nível principiológico. Trata-se de considerar que, por vezes, a aplicação dos princípios e regras de Direito financeiro, por um lado, e de Direito administrativo, por outro, pode desembocar num verdadeiro conflito de deveres, colocando as entidades administrativas numa espinhosa situação de se verem obrigadas a aplicar uns em detrimento ou desfavor de outros. E se os problemas já de si são abstratamente relevantes pela potencialidade conflitual que encerram, os mesmos são agravados pelo possível expansionismo com que o TdC encarar as suas atribuições e competências.

A este propósito, será relevante trazer à análise uma recente decisão desse órgão jurisdicional a propósito da concessão de visto prévio a uma deliberação autárquica respeitante à renovação de um contrato de fornecimento de refeições escolares (*rectius*: contrato de prestação de serviços).

No âmbito desse processo ⁴⁰, e entre outros argumentos, o Município em causa invoca uma situação de conflito de deveres, materializada na ideia de que o estrito entendimento da legislação financeira – e em particular, da LCPA – colocaria em perigo a continuidade do fornecimento de refeições escolares, na medida em que a não demonstração da existência de fundos disponíveis implicaria a não concessão de visto prévio por parte do TdC e, conseqüentemente, uma paralisação do serviço. Alega, nesse contexto, por um lado, que “o fornecimento de refeições escolares (...) à população respetiva constitui (...) um verdadeiro acto vinculado, ao qual

⁴⁰ Cfr. acórdão do TdC n.º 3/2015, 1.ª secção/plenário, disponível em <http://www.tcontas.pt>.

corresponderia uma violação do princípio da legalidade por parte do município, se não fosse efetivado” e, por outro lado, que “as exigências desses diplomas não podem postergar outras obrigações legais”, como sejam as que resultam dos direitos sociais constitucionalmente consagrados (v.g., proteção da saúde, da infância e do ensino). Acrescenta ainda que se verificavam, no caso, os pressupostos do estado de necessidade, o qual legitimaria atuações de derrogação de normas em vigor, sempre que os resultados se imponham e não possam ser alcançados de outro modo. De um modo lapidar, considera o Município que “uma vez dividido entre o dever de fornecer as refeições e o dever de não realizar a despesa, por não apresentar mapa de fundos disponíveis, podia e devia optar por cumprir o dever de fornecer as refeições em causa”.

Em presença desta retórica argumentativa “de concordância prática” (que, na verdade, nem é assim tão concordante, pois “anula” um dos deveres em questão), qual o entendimento do órgão máximo da jurisdição financeira?

Não foi um entendimento absolutamente conciliatório ou concordante – e nem o poderia ter sido, acrescentar-se-á – embora não se possa considerar o mesmo inflexível ou intransigente.

No que interessa para os presentes efeitos, começa o Tribunal por referir que o cumprimento da legislação financeira (e.g., LCPA) não pode ser postergado com base no argumento de que as entidades se encontram vinculadas a realizar as suas atribuições, legais e/ou contratuais, pois, se assim fosse, a realização de despesas sem fundos disponíveis estaria sempre legitimada, na medida em que os órgãos administrativos agiriam sempre a resguardo do princípio da legalidade. Seria como que uma desculpa fácil e óbvia para contornar ou frontalmente violar as normas jurídico-financeiras.

Além disso, nem sequer seria líquido afirmar, no caso em concreto, que as refeições deveriam mesmo ser fornecidas pelo Município, até porque se trata de um domínio material de competências partilhadas entre o Estado, as Autarquias, as associações de pais e encarregados de educação e outras possíveis entidades. Como se pode ler no acórdão: “uma coisa é ter atribuições para actuar numa dada área, outra é estar obrigado a nela produzir determinados resultados”.

Como se vê, o Tribunal não foi sensível em absoluto ao argumento do conflito de deveres entre as exigências decorrentes do cumprimento da legislação financeira e as exigências decorrentes do cumprimento da legislação administrativa, não considerando que esta última possa, por si só, e sem mais demonstração, constituir “causa de exclusão da ilicitude comportamental financeira” (expressão nossa).

Em todo o caso, como se disse, não adotou uma postura inflexível ou intransigente. Bem longe disso, considerando entre outros argumentos, a “natureza do interesse público envolvido”, entendeu o TdC que a invalidade decorrente do incumprimento da LCPA deveria ser sanável, concedendo-se o visto pretendido (não sem que, entretanto, se recomende que, no futuro, se cumpra rigorosamente o estabelecido na LCPA).

Em termos apreciativos, parece ser de louvar esta postura. Em primeiro lugar, por fazer um uso moderado – ou, pelo menos não excessivo – dos seus poderes, não exorbitando do perímetro apreciativo que lhe cabe (apreciação da regularidade jurídico-financeira); em segundo lugar, por fazer uma leitura integrada das exigências da legislação financeira, não a totalizando e não lhe atribuindo um valor reforçado material que ela não tem, e não cedendo à tentação da absolutização do discurso financista (financeiro). Com efeito, nunca se pode perder de vista que as exigências de sustentabilidade financeira, sendo indispensáveis para a correta compreensão do

Estado de Direito, democrático e social – e mesmo para a sua subsistência –, não podem ser vistas como supra-parametrizadas em relação às demais dimensões essenciais da convivência comunitária. De resto, o simples apelo a uma leitura constitucionalmente conforme de tais exigências (interpretação conforme a Constituição) sempre imporia tal conclusão.

Esta última asserção, porém, não será aqui desenvolvida e constituirá o germe de eventuais futuras reflexões a propósito destes tópicos.