

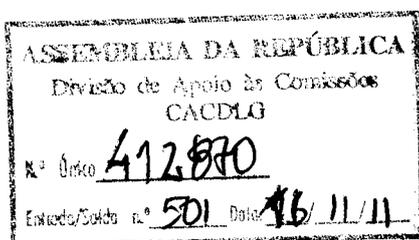
Da Possibilidade de transferência de verbas estatais para a Ordem dos Advogados tendo em vista a reformulação do modelo de financiamento do sistema de acesso ao direito

Objecto

No seguimento da 1.ª Reunião do Grupo de Trabalho constituído para analisar o modelo de financiamento do sistema de acesso ao Direito, a qual teve lugar no passado dia 1 de Julho de 2010, no Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Justiça, foi fixado pela respectiva coordenação, a cargo da Exma. Senhora Dra. Maria João Gonçalves, como primeiro Objectivo do referido Grupo de Trabalho dar resposta a um conjunto de questões, que passamos a enunciar:

1. Pode o Estado, tanto no plano constitucional como legal, transferir para a Ordem dos Advogados (doravante Ordem), a quantia necessária para o financiamento do sistema de acesso ao direito?
2. Em caso afirmativo, como deverá efectuar-se na prática a transferência inicial, bem como transferências subsequentes?
3. Como será feita a fiscalização do sistema de financiamento?
4. Em que termos se poderá fazer a previsão da verba a inscrever no orçamento para cada ano subsequente?

É, pois, com o fito de dar resposta às *supra mencionadas questões que se elabora o presente documento, no qual cuidaremos de dar resposta individualizada a cada uma das questões que nos são colocadas, sendo de realçar que cada uma das respostas contidas neste documento reflecte o resultado da análise técnico-jurídica das mesmas.*



Análise

1. Quanto à primeira das questões que nos foi colocada, a qual se traduz em saber se o Estado pode, tanto no plano constitucional, como no legal, transferir para a Ordem dos Advogados a quantia necessária para o financiamento do sistema de acesso ao direito, o primeiro aspecto que importa dilucidar prende-se com saber se, no plano constitucional, haverá algum constrangimento que impeça a realização de tal operação.

Assim, e tendo por base o texto da Constituição da República Portuguesa, na sua actual redacção (a qual resulta da Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto), não nos parece que haja qualquer impedimento a que a mesma se realize, desde que sejam observadas certas condições, que seguidamente se enunciam de forma fundamentada.

Efectivamente, uma vez que estamos perante uma operação que, no plano material, se traduz no seguinte:

- (i) Na modificação do regime do acesso ao direito - pois há a intenção declarada de alterar o esquema que enforma o actual modelo de financiamento deste sistema -, atento o facto de que o acesso ao direito é matéria cuja regulação se encontra cometida à Assembleia da República, visto que, nos termos do disposto no artigo 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, se dispõe que a regulação das matérias atinentes a direitos, liberdades e garantias, se encontra na esfera da reserva relativa do Parlamento; e,
- (ii) Na atribuição à Ordem dos Advogados de uma nova competência, a saber, gerir o sistema de financiamento do acesso ao direito, sendo que, nos termos dos respectivos estatutos, tal entidade é uma associação pública, matéria também incluída na reserva relativa da Assembleia da República, por força do disposto na al. s), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP,

é nosso entendimento que as alterações legislativas que venham a introduzir-se no ordenamento interno terão de se efectivar através de Lei da Assembleia da República

ou de Decreto-Lei autorizado.

Aliás, a este propósito, importa salientar que terá sido um entendimento próximo ao que acabamos de expender que terá estado na base de que na primitiva versão da Lei que actualmente rege o sistema de acesso ao direito, a Lei 34/2004, de 29 de Julho, se dispusesse que: “O Estado financia a Ordem dos Advogados no exercício das competências previstas nesta lei de acordo com regras a definir por portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça.”.

Com efeito, ainda que tal solução tivesse sido posteriormente abandonada, com a aprovação da Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, diploma que conferiu nova redacção ao texto legal primitivo, tendo operado a sua republicação, julgamos que uma alteração com o conteúdo daquela que ora se pretende introduzir, terá de se sustentar em norma de conteúdo similar àquela que atrás se reproduziu.

Ainda no que tange à constitucionalidade de tal medida, cumpre-nos salientar que, uma vez que tal operação arranca de proposta do governo, e que a mesma se traduzirá, tanto quanto se pode perceber, na transferência para a Ordem dos Advogados dos montantes já alocados ao financiamento do sistema de acesso ao direito, estando estes devidamente cabimentados no Orçamento de Estado de 2010, é mister reconhecer que da descrita operação não resulta qualquer aumento da despesa ou diminuição da receita. Assim, nem no plano objectivo, nem no subjectivo, se poderá entender que esta operação se encontra impedida por via da lei travão (artigo 167.º, n.º 2, da CRP).

Já no plano legal, a primeira observação que julgamos pertinente prende-se com o facto de que atendendo ao disposto no artigo 46.º da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, a qual regula a organização e processo do Tribunal de Contas, constata-se que a operação que se pretende realizar parece não se encontrar sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas. No entanto, julga-se que, pelos montantes envolvidos, cuja importância no contexto da economia orçamental não são, de modo algum

despiciendos, seria aconselhável ponderar-se da oportunidade de auscultar aquela entidade sobre esta matéria.

Ainda no plano da lei, cumpre-nos salientar que, caso se entenda que a transferência a operar deverá abarcar o montante global da verba ainda não executada mas cabimentada no Orçamento de Estado, ter-se-á, na nossa perspectiva, de ponderar sobre a necessidade de se proceder a uma alteração ao Decreto-Lei que trata da matéria da execução orçamental para 2010, de harmonia com o disposto no artigo 43.º, n.º 5, al. a), da Lei de Enquadramento Orçamental, diploma actualmente constante da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, tal como alterado e republicado pela Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto. Efectivamente, dispõe o mencionado preceito que: “O decreto-lei relativo à execução do orçamento dos serviços integrados, dos serviços e fundos autónomos e do orçamento da segurança social contém (...) a indicação das dotações orçamentais em relação às quais não será aplicável o regime dos duodécimos(...)”. Em alternativa, deverá ponderar-se se a regra contida no n.º 3 do artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, que prevê a possibilidade de o membro do Governo responsável pela área das finanças autorizar, em situações excepcionais e devidamente justificadas, o afastamento da regra da execução duodecimal, poderá ter aqui aplicação. Refere a norma em questão o seguinte: “Mediante autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças, podem ser antecipados, total ou parcialmente, os duodécimos de outras dotações inscritas no Orçamento do Estado, em situações excepcionais, com base em proposta devidamente fundamentada e depois de esgotadas outras soluções, designadamente a gestão flexível e o recurso a receitas próprias.”.

Atento o exposto, considera-se que, dada a materialidade das questões suscitadas, importará que tal matéria seja ponderada, de um lado, pelo Instituto de Gestão Financeira e de Infra-estruturas da Justiça, I. P., e por outro, pelo Ministério das Finanças, para se aferir da viabilidade das soluções atrás apontadas.

2. Quanto à problemática de saber como se deverá efectuar, na prática, a transferência inicial, bem como transferências subsequentes, parece-nos que poderá ser equacionada

a hipótese de constituição dum fundo similar àquele que se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 185/2006, de 12 de Setembro, no âmbito do Ministério da Saúde, diploma este que disciplina o regime jurídico do “Fundo de Apoio ao Sistema de Pagamentos do Serviço Nacional de Saúde).

Em traços gerais, este fundo constitui-se como um património autónomo, para o qual é feita uma transferência inicial de capital no valor de € 200.000.000 (duzentos milhões de euros), o qual é representado por unidades de participação (ou seja, títulos representativos do capital integrante do fundo semelhante a acções), totalmente subscritas e integralmente realizadas pelo Estado.

Acresce que poderão ser emitidas novas unidades de participação caso o Estado consiga encontrar parceiros que pretendam financiar este sistema, fazendo-se para o efeito um aumento de capital. Por via de regra, tal aumento de capital poderá ser efectuado com o acordo do Ministro das Finanças, em conjunto com o Ministro da tutela (no caso do fundo a constituir no sector da justiça, tal implicaria que fosse o Ministro da Justiça a intervir nesta operação).

Por seu lado, uma vez que o facto de fundos desta natureza se constituírem como patrimónios autónomos implica, pela natureza das coisas, uma completa segregação patrimonial entre o referido património e a entidade que procede à sua gestão, poder-se-á assegurar, através deste mecanismo que a Ordem dos Advogados, caso se defina que é esta entidade a geri-lo, não utiliza as verbas alocadas ao acesso ao direito para quaisquer outros fins. Garante-se, assim, uma mais fiel afectação de recursos e maior *accountability* deste património.

Caso a Ordem viole tal segregação patrimonial será por esse facto responsável, norma que deverá ser inserta no diploma que proceder à criação do fundo em causa.

Importa também referir, que será possível definir com clareza os encargos que a entidade gestora do fundo poderá cobrar pela gestão do mesmo, bem como os que resultarem da necessidade de se depositarem os fundos junto da entidade que exercer as funções equiparáveis às de depositário, ente que desempenhará, para além das normais funções de guarda dos valores integrantes do fundo, o papel de controlar o modo como se exerce a gestão. Neste quadro, pensamos que tal função deveria ser cometida ao Instituto de Gestão Financeira e de Infra-estruturas da Justiça, I. P..

Assim, e modelando, desde já, a operação a realizar, consideramos que o capital inicial do fundo poderia ser integrado pelo montante a transferir pelo mencionado Instituto para este organismo, que ainda não se encontre executado e que tenha cabimento orçamental.

Relativamente a exercícios subsequentes, poder-se-ia prever logo na Lei do Orçamento os montantes que deverão ser transferidos para este fundo, na rubrica orçamental de transferências para entidades externas.

Importa também clarificar que o fundo a que nos vimos referindo, embora apresente uma estrutura semelhante àquela que modela os fundos de investimento tradicionais, cujo regime jurídico se encontra aprovado pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro, na sua actual redacção, uma vez que não tem por finalidade o investimento colectivo em valores mobiliários não se rege pelas disposições reguladoras de tais organismos, nem está sujeito aos poderes de supervisão e controlo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Assim, toda a disciplina jurídica do fundo que porventura se venha a constituir deverá constar do diploma que operar a sua criação.

Além do mais, importará, também, prever as regras correntes do seu funcionamento

em regulamento de gestão do fundo, o qual poderá constar de Portaria, em paralelo ao que sucede relativamente ao fundo criado pelo já aludido Decreto-Lei n.º 185/2006.

3. Quanto à definição da entidade responsável pela fiscalização do novo modelo de financiamento, caso se opte pela eventual criação do fundo a que nos vimos referindo, é nosso entendimento que tal competência deverá ser atribuída à entidade que exercer as funções de depositário (que poderá ser o Instituto de Gestão Financeira e de Infra-estruturas da Justiça, I. P.).

A definição dos termos em que se deve proceder à fiscalização terão se se consignar no diploma que vier a definir o regime jurídico aplicável ao organismo a criar.

4. Relativamente à questão do modo de cálculo dos montantes que, em cada ano, deverão integrar o fundo para suprir o capital dispendido no ano antecedente, julgamos que tal não sofre qualquer alteração face ao que actualmente se verifica, pois caso a operação seja montada nos termos que acima se descrevem, esta problemática fica a montante daquela. A criação dum fundo com as características supra enunciadas não bole com os critérios utilizados na determinação do *quantum* a afectar à despesa de financiamento do sistema de acesso ao direito.

Reitera-se que, em nosso entender, a verba que venha a ser definida poderá ser transferida para o fundo pelo Ministério da Justiça e, em especial, atentas as suas competências estatutárias, pelo Instituto de Gestão Financeira e de Infra-estruturas da Justiça, I. P., ao abrigo das transferências para entidades externas previstas no Quadro de alterações e transferências orçamentais (cf., no tocante à Lei do Orçamento de Estado de 2010 o seu artigo 7.º).

Eis, pois, o nosso parecer sobre as questões colocadas.

Lisboa, 8 de Julho de 2010

O Consultor

Renato Gonçalves