



DIREITO PÚBLICO SIMPLIFICADO

NÚMERO 1

BRUNO ADREGO MAIA

DIREITO PÚBLICO APLICADO E SIMPLIFICADO

NÚMERO 1

BRUNO ADREGO MAIA



FICHA TÉCNICA

TÍTULO: Direito Público Aplicado e Simplificado – (Número I)

AUTOR: Bruno Adrego Maia

adrego.maia@gmail.com

EDITOR: Laboratório de Direito Administrativo e de Ciência da Administração Pública

Rua Ator João Rosa, n.º 22, r/c Esq.

1900-021 Lisboa

www.ldacap.pt

ldacap@ldacap.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA: Tiago Domingos | Bruno Adrego Maia

1.ª Edição

Lisboa, novembro 2015

ISBN: 978-989-20-6245-7

DEPÓSITO LEGAL: 402024/15

© BRUNO ADREGO MAIA

PUBLICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO:



www.sitiodolivro.pt

Este primeiro volume aborda as seguintes matérias:

- **Meios de reação ao incumprimento do co-contratante,** incluindo:
 - Cessão da posição contratual do co-contratante por iniciativa deste ou da entidade pública e
 - Adjudicação ao concorrente classificado em lugar seguinte, depois de resolvido contrato
- **Simplificar e assegurar concorrência no procedimento adjudicatório de ajuste direto,** incluindo:
 - Simplificar as fases necessárias com vista à celebração do contrato;
 - Diversificar as consultas pré-procedimentais, com vista a assegurar maior concorrência;
- **Assegurar a tutela de direitos de personalidade através de medidas provisórias,** designadamente através das medidas provisórias de restrição de horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais.

Ao meu pai, por tudo

ÍNDICE

SOBRE ESTA PUBLICAÇÃO.....	13
RESUMO DOS ARTIGOS DESTE LIVRO.....	19
ARTIGOS EMINENTEMENTE PRÁTICOS E PRATICAMENTE DOUTRINAIS.....	21
MAIS VALE PREVENIR E REMEDIAR.....	23
A. Contexto e Enquadramento	24
B. Prevenir	26
C. Remediar	30
C.1. O Incumprimento e os Remédios Comuns	30
C.2. Remédios Menos Tradicionais	32
C.2.1. Remédios para a Patologia	32
C.2.2. Cessão de créditos do empreiteiro	33
C.2.3. Cessão da posição contratual do co-contratante.....	37
C.2.4. Cessão de posição contratual por iniciativa do co-contratante	38
C.2.5. Cessão da posição contratual do co-contratante por iniciativa do contraente público	38
C.3. Adjudicação ao classificado seguinte depois de ter sido dada execução a contrato anteriormente adjudicado	50

AS DORES ANTI-CONCORRENCIAIS/BUROCRÁTICO- -PROCEDIMENTAIS DO AJUSTE DIRECTO.	71
1. Introdução	72
2. Os tipos de ajuste direto	74
3. Chegar ao Contrato (ou as Fases dos vários Procedimentos de Ajuste Direto em Função do Valor)	77
3.1. Ajuste directo simplificado	77
3.2. Regime geral do Ajuste directo (não simplificado)	78
4. O Procedimento Público e a Contratação Privada	82
4.1. Funções do procedimento e recurso ao ajuste directo	84
5. As Alternativas Simplificadoras	87
5.1. Em face da legislação atual.	87
5.1.1. Da desprocedimentalização do ajuste directo com consulta apenas a uma entidade	88
5.1.2. Ajuste directo com consulta a uma entidade com prévia consulta ao mercado	90
5.1.3. Da Constitucionalidade da solução do Código	91
5.2. Para uma legislação futura	93
6. Conclusões	95
OS CASOS DA PRÁTICA.	99
ACTOS ADMINISTRATIVOS PROVISÓRIOS E A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	101
1. Enquadramento e notas sobre ausência de audiência prévia e regime de impugnação	101
2. Exemplo de deliberação/despacho	106

REFERÊNCIAS

No âmbito destes textos utilizam-se as seguintes referências:

- **Antigo CPA:** Código do Procedimento Administrativo aprovado através do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro
- **CCP** ou **Código:** Código dos Contratos Públicos
- **Novo CPA:** Código do Procedimento Administrativo, aprovado através do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro
- **CJA:** Cadernos de Justiça Administrativa

Artigos sem identificação do respectivo diploma dizem respeito ao Código dos Contratos Públicos.

SOBRE ESTA PUBLICAÇÃO

I

Há várias publicações periódicas sobre direito público: além dos incontornáveis Cadernos de Justiça Administrativa, revistas como o Direito Regional e Local ou a E-Pública dão espaço aos autores que cultivam em particular o Direito administrativo (tenha este as fronteiras que tiver). Sentiu-se este apelo e esta necessidade.

Ao invés, não há uma revista de políticas públicas e administração pública em Portugal. Necessidade há, mas nunca se sentiu o apelo. Esta publicação que agora o Laboratório lança não vem suprir esta falha, mas é escrita com a consciência da lacuna que existe. E com essa perspectiva perfilha a convicção da necessidade crescente de introduzir uma visão de Gestão Pública (que nela inclui a proteção dos particulares) na interpretação do Direito Público, orientando-a para o resultado.

Designa-se *Direito Público Aplicado* porque pretende atalhar situações reais vividas na prática pública. *Simplificado* porque parte do que existe em busca de soluções novas, ou soluções menos conhecidas ou pouco utilizadas. Sempre na confluência entre a gestão pública e o Direito Público. E com a vontade de explorar caminhos novos e experimentar.

*

Se cada um de nós que trabalha em organismos públicos poupar cinco minutos em cada tarefa que nos está adstrita, são dezenas as horas que poupamos ao fim do ano. São milhares as segundas, terceiras e quartas tarefas que não ficam tanto tempo à espera em cima da secretária (algumas das quais que tinham o seu momento e bem correm o risco de se perder como oportunidades, ou de gerar problemas adicionais). A escala é também uma das magias do direito, e do direito público em particular.

Uma das formas de tornar tarefas menos consumidoras de tempo e recursos é simplificá-las. E simplificar pode ser eliminar passos inúteis, aprender com a experiência passada e partilhar conhecimento. E a simplificação pode e deve ser trabalhada ao nível da tramitação e dos fluxos de processos. Mas a simplificação deve ser perspectivada sobretudo numa lógica de tornar mais próximo o (bom) resultado que se pretende alcançar.

É esta a perspectiva que se procura nestes textos: de um conceito de simplificação que implica eficácia e eficiência, ao permitir encontrar um caminho efectivo mais curto e menos consumidor de recursos entre o ponto A (início de um projecto ou de uma tarefa) até ao resultado final (atingido com qualidade) que se pretende alcançar.



Esta publicação tem, assim, subjacente duas razões.

Em primeiro lugar, o modo como se olha para a lei influencia a produtividade que alcançamos, e aquilo que podemos fazer. Procura-se, aqui, a lei como um instrumento de racionalidade pública, promovendo a inovação, a simplificação e a resolução dos problemas. E julgo que é mais necessário que nunca procurá-lo. O Direito Público é, em larga medida, o **Direito da Gestão Pública** (o que não exclui,

obviamente, a vocação essencial de proteção dos particulares) e aqui tenta-se tratá-lo como tal. Temos por certo que as mudanças se fazem de grandes momentos de viragem, de grandes projectos, e de grandes investimentos. Mas as mudanças fazem-se também de revoluções mais ou menos silenciosas, que não são muitas vezes percebidas pela generalidade dos cidadãos mas são a diferença entre abrir ou não portas ao pequeno investimento, à realização de um sonho pessoal, ou simplesmente fazer ou não algo em menos tempo, para assim se poder ocupar de outros assuntos. A Administração Pública foi e deve ser um palco dessas pequenas grandes mudanças.

O Direito deve deixar de ser perspectivado – como muitas vezes é – como um fim em si mesmo ou meramente como o cumprimento de um conjunto de preceitos procedimentais. Um exemplo sintomático e insinuante: em 1991 o legislador aprovou, através do Decreto-Lei n.º 442/91, o que foi designado pelo Código do Procedimento Administrativo. Em 2015 procedeu-se à revisão desse diploma. Desde 1991 o mundo mudou, a literatura relativa à administração e gestão pública evoluiu. Esta literatura (essencialmente estrangeira e no campo da gestão pública) vem, pelo menos desde os anos 90, chamando a atenção para a excessiva *orientação para o procedimento*, por oposição à *orientação para o resultado*. Mas a centralidade do procedimento é ainda algo que continua a perpassar todo o CPA. Continuamos a chamar-lhe Código do **Procedimento**. E em muitos aspetos mantém-se ou aumenta-se a complexidade *procedimentocêntrica*. Sem prejuízo reconhecer-se uma importante inovação neste novo Código: se se incumprirem preceitos procedimentais a anulabilidade apenas se produz caso se incumpra o fim que o procedimento se destinava a garantir.

Outro exemplo: contratação pública. Um procedimento pré-contratual não serve apenas para cumprir um conjunto de regras que podem ou não resultar num contrato. Nem serve apenas para cele-

brar um contrato. Um procedimento pré contratual é um conjunto de trâmites necessários para, em última instância, satisfazer uma necessidade identificada pela entidade adjudicante, com proteção dos particulares e do interesse público. **Esta mudança de filosofia – da centralidade do instrumento (procedimento e contrato) para o resultado (satisfação de uma necessidade pública) é necessária e urgente.** A interpretação da lei na Administração Pública não pode conduzir a resultados que lhe são contrários, mas não precisa de conduzir ao mais burocrático. E aqui venho defendê-lo claramente.

Em segundo lugar, partilhar. Existem já algumas newsletters de partilha de informação jurídica. Mas globalmente são insuficientes as iniciativas de partilha de conhecimento respeitante a práticas na administração pública. Não temos ainda plena consciência colectivamente do quanto é necessário aprender e experimentar coisas novas, com bom senso. Estar na função pública deve ser sinónimo de ser empreendedor naquilo que se faz.

Queremos, aqui, estar do lado do futuro. E de um futuro jurídico que não só é técnico mas também tem algo de artístico.

II

É devido um agradecimento aos que nos trazem novos horizontes. Desde logo, e em primeiro lugar, à minha família. Depois, aos meus amigos de sempre. Ao Dr. Benjamim Mendes, ao meu patrono, Dr. Luís Filipe Carvalho, ao Dr. Hugo Correia, e ao Dr. João Guedes estou grato por quanto me ensinaram na ABBC, bem como a todos os demais advogados com quem privei aí.

Retribuo modestamente em gratidão ao Dr. António Costa – cujo gabinete tive a honra de integrar na Câmara Municipal de Lisboa – a oportunidade, o exemplo de inconformismo, criatividade, empenho

e engenho na prossecução do interesse público. À sua Chefe do Gabinete do primeiro mandato e depois Vereadora, Graça Fonseca, e ao Professor Doutor Cláudio Monteiro (sem o qual esta viagem não teria sido possível) estou grato pela confiança e por toda a ajuda. Grato ao Dr. Fernando Medina, atual Presidente da Câmara Municipal de Lisboa, e ao Vice-Presidente, Dr. Duarte Cordeiro, pelo incentivo e pelo exemplo de inteligência na gestão daquilo que é de todos.

Grato ao Dr. José Mourato Testas, ilustre jurista da Câmara Municipal de Lisboa, infelizmente já falecido, pelo testemunho de rigor e persistência, como poucos. Ao Dr. Jorge Lapa, pela camaradagem e pelo olhar sempre crítico e sempre acutilante. À Patrícia Melo e Castro, à Cristina Bento e à Helena Caria, por todos estes anos de partilha, de desafios e de aprendizagem (em especial à menina). Grato a todos os demais que partilharam o Gabinete comigo. Aos elementos dos demais Gabinetes e dos vários serviços da Câmara Municipal de Lisboa: julgo que felizmente construímos estima, além das soluções jurídicas. À Maria José Ribeiro e à Ana Rosmaninho: muito obrigado pela amizade e pelas lições de trabalho, simplicidade e inteligência.

Seguramente que estas ideias e estes escritos não existiriam sem todos vós (sem prejuízo de me assacar toda a responsabilidade pelas várias falhas dos mesmos).

BRUNO ADREGO MAIA

RESUMO DOS ARTIGOS DESTE LIVRO

PRIMEIRO ARTIGO

“MAIS VALE PREVENIR E REMEDIAR”

Neste texto abordo, no essencial, alguns mecanismos que no âmbito pré-contratual e na fase de execução do contrato podem ser utilizados para assegurar a manutenção das prestações do contrato, e garanta uma alternativa nos casos em que o co-contratante se torna incapaz de assegurar essas mesmas prestações. O ganho de simplificação está em encontrar mecanismos que, em situações patológicas, dispensem reeditar procedimentos adjudicatórios morosos que implicam um atraso na execução das prestações do contrato, como “obrigar” a uma cessão da posição contratual, ou permitir a resolução do contrato com o incumpridor, mas reaproveitar o procedimento já levado a cabo para adjudicar ao concorrente classificado em posição seguinte.

SEGUNDO ARTIGO

“AS DORES ANTI-CONCORRENCIAIS/BUROCRÁTICO- -PROCEDIMENTAIS DO AJUSTE DIRETO”

Neste artigo irei identificar algumas das dificuldades burocráticas associadas ao regime do ajuste directo, em especial em função do valor, designadamente a excessiva tramitação procedimental exigida na lei para celebrar um contrato. Irei defender que não só essa carga burocrática não é necessária, como desincentiva a concorrência. Proporei que contribui para a boa gestão pública proceder a convites menos formais a várias entidades (mas que garantam igualdade), e que o procedimento propriamente dito pode e deve ser desburocratizado, podendo eliminar-se vários passos, e que uma interpretação contrária pode ser violadora de princípios constitucionais quando aplicada a determinadas entidades, como por exemplo autarquias locais e governos regionais.

**ARTIGOS EMINENTEMENTE PRÁTICOS
E PRATICAMENTE DOUTRINAIS**

MAIS VALE PREVENIR E REMEDIAR

(OU COMO ASSEGURAR A CONTINUIDADE DAS PRESTAÇÕES DE UM CONTRATO PÚBLICO ATRAVÉS DA CESSÃO DE CRÉDITOS, DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL OU DA ADJUDICAÇÃO AO CLASSIFICADO SEGUINTE DEPOIS DE SER DADO INÍCIO À EXECUÇÃO DO CONTRATO)

Sumário executivo:

- Em alturas de crise económica como a presente cada oportunidade de celebração de contrato assume uma importância acrescida, e os agentes económicos encontram nos procedimentos de contratação abertos à concorrência um campo fértil para apresentar propostas objetivamente em igualdade com outros agentes de mercado;
- No âmbito desses procedimentos existe por vezes a tentação, por parte dos agentes de mercado, de apresentar propostas bastante competitivas, que podem assegurar uma adjudicação, mas que estes agentes podem não capacidade para executar. Mesmo nas situações em que a planificação por parte dos agentes de mercado é feita convenientemente não é possível eliminar o risco de incumprimento por parte do co-contratante privado;
- Assim, assume especial importância não só fazer mão de mecanismos que permitam uma selecção de adjudicatários capazes de proceder à pontual execução do contrato, mas também prever mecanismos que permitam à entidade pública assegurar a manutenção da execução dos trabalhos, não só numa lógica de manutenção da qualidade e controlo

de custos, mas também com vista a assegurar que o projecto é executado em tempo;

- Nesse sentido, há mecanismos que, não sendo habitualmente utilizados, podem ser contemplados nas peças procedimentais e nos contratos, designadamente a possibilidade de autorização genérica para a cessão da posição contratual do co-contratante privado por iniciativa do contraente público (step-out), a possibilidade de adjudicação ao classificado seguinte no concurso depois de executado e resolvido o primeiro contrato, e a cessão de créditos do co-contratante a terceiros, nomeadamente a subempreiteiros;
- E estes podem constituir mecanismos que potencialmente contribuem para a boa gestão de projectos que encontram dificuldades de execução por parte do co-contratante.

A. CONTEXTO E ENQUADRAMENTO

A situação de dificuldade económica que ainda hoje vivemos teve a sua génese no sector financeiro ligado ao imobiliário. A Lehman Brothers, o Fannie Mae e o Freddie Mac – todas instituições que negociavam crédito imobiliário de risco – protagonizaram episódios dramáticos que transformaram as suas crises privadas em crises públicas de proporções globais, e cujo impacto se fez sentir enormemente no setor imobiliário, com a contração do investimento público e privado.

Num contexto de oportunidades rarefeitas, uma hipótese de negócio não concretizada tem económica e simbolicamente um impacto acrescido na vida das empresas. Os esforços redobrados para ganhar contratos, com propostas mais competitivas mas mais arriscadas, podem resultar numa execução contratual com maiores limitações financeiras, e mais exigente na perspectiva da contenção de meios.



No âmbito dos concursos públicos e outros procedimentos abertos à concorrência abrangidos pelas regras de formação de contratos do Código dos Contratos Públicos, em que as condições de acesso aos contratos estão pré-estabelecidas e dependem no essencial da comparação objetiva entre as **propostas** apresentadas (e não a comparação entre os **concorrentes**, como veremos) é frequente a apresentação de propostas em que o lucro potencial é reduzido, tendo em vista melhorar as hipóteses para assegurar uma adjudicação.

Por outro lado, sucede também com frequência que os valores e condições apresentados pelas empresas, mesmo que não sejam abaixo de preço de custo, resultam de avaliações excessivamente otimistas da capacidade de executar as prestações do contrato (falácia de planeamento¹) o que por sua vez significa um saldo final deficitário e uma dificuldade em concluir os contratos nos termos contratualizados.

A apresentação de propostas deficitárias com potencial de incumprimento por parte dos co-contratantes é possível nos vários tipos contratuais. Mas nos casos das empreitadas de obras públicas – em que as prestações contratuais não envolvem, por norma, a entrega de um bem fungível, e se traduzem em contratos que se prolongam no tempo – as consequências podem ser mais dramáticas.

É, pois, necessário criar condições para a seleção das entidades adjudicatárias capazes de executar o contrato. Mas o risco de incum-

¹ Para uma análise da falácia de planeamento ver KAHNEMAN, DANIEL (2011) *Thinking Fast and Slow*, Penguin Books, Australia; KAHNEMAN, DANIEL, TVERSKY, AMOS (1979). “Intuitive prediction: biases and corrective procedures”. *TIMS Studies in Management Science* 12: 313–327 e PEZZO, MARK; LITMAN, JORDAN; PEZZO, STEPHANIE (2006). “On the distinction between yuppies and hippies: Individual differences in prediction biases for planning future tasks”. *Personality and Individual Differences* 41 (7): 1359–1371

primento não é, em absoluto, eliminável, e como tal, mais vale *prevenir* mas também criar condições para poder vir a *remediar*.

Neste curto texto irei, assim, explorar as soluções que, no âmbito da execução dos contratos administrativos (abrangidos pelas disposições da parte III do Código), permitem assegurar o retomar célere da execução das prestações, no caso de incumprimento do contrato (*seção remediar*).

Relativamente à fase de formação de contrato, e apesar de não ser o tema central deste trabalho, irei sumariamente descrever algumas das soluções passíveis de ser utilizadas a fim de escolher bem a entidade adjudicatária (*seção prevenir*).

B. PREVENIR

Na escolha dos produtos que adquirimos confiamos nas referências que amigos, colegas ou outros consumidores nos dão da qualidade de produtores ou produtos. *Sites* de referência como a Amazon, o Booking.com, o Tripadvisor e muitos outros tornam acessível o acesso às opiniões que os demais consumidores têm dos produtos. *O passa a palavra* continua a ser poderoso².

No âmbito da contratação pública há boas razões para partilhar informação. Desde logo, bom seria que as entidades adjudicantes dispusessem de uma plataforma *online*, promovida pela administração central, em que estas fornecessem informações sobre a bondade da execução dos contratos³. Mas tal contribuiria para melhorar a escolha

² Sobre este assunto ver, por exemplo, GLADWELL, MALCOLM (2008). *Outliers: The Story of Success*. 1st ed. New York: Little, Brown and Company

³ O Reino Unido ensaiou uma solução integrada que deve merecer atenção. Sugere-se a consulta a <https://www.gov.uk/contracts-finder>.

dos adjudicatários apenas nos casos em que a entidade adjudicante pudesse optar especificamente por um prestador, ou seja, nos casos de recurso ao ajuste direto.

Mas, salvo se existir uma fase prévia de qualificação, o Código veda a possibilidade de, na seleção do adjudicatário, ter em conta características próprias da entidade concorrente, em concreto que digam respeito “*direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*” (artigo 75.º, n.º 1), nomeadamente experiência e desempenho em anteriores contratos.

Mas há vários instrumentos passíveis de ser utilizados a fim de minimizar o risco de escolher uma entidade que se revele incapaz de executar o contrato.

A **definição correta e criteriosa do preço base e do preço anormalmente baixo** é, desde logo, um primeiro. Pese embora a jurisprudência, designadamente do Tribunal de Contas, seja pouco entusiasta do **concurso limitado por prévia qualificação**, é certo que o instrumento existe e deve ser usado nos termos definidos na lei.

Menos comum é a definição de um prazo base ou de um **prazo anormalmente baixo**⁴. Mas correspondem a instrumentos interessantes e que podem ser explorados.

Simplificar programas de concurso e formulários para apresentação de propostas constitui igualmente uma boa prática: um

⁴ O prazo para a execução da empreitada é frequentemente um dos critérios de adjudicação eleitos pelas entidades adjudicatárias para efeitos da escolha da proposta vencedora. O Código não o prevê, mas é naturalmente possível definir nas peças do procedimento um prazo base (prazo máximo para a execução do contrato, mais frequentemente aplicável às empreitadas). E é igualmente possível definir um prazo anormalmente baixo, ou seja, aquele a partir do qual o concorrente deva justificar por que razão apresenta uma proposta que parece ser inexecutável.

concorrente deve centrar-se essencialmente na construção dos aspectos materiais da sua proposta. Podendo a entidade adjudicante facilitar a apresentação destas propostas, deve fazê-lo (designadamente através da criação de formulários únicos para a apresentação de propostas, que sejam claros e simples, remetendo para a fase de execução do contrato a apresentação de elementos complementares que sejam pouco relevantes para efeitos de análise da proposta).

Exigir **confirmação de compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta é legal** (artigo 92.º do Código) mas na grande maioria dos contratos não será, numa perspectiva de gestão, necessário.

Mais controvertida é a **exigência de comprovativos ou certificações de qualidades**, seja no âmbito da apresentação das propostas, ou da habilitação dos concorrentes. Quanto a esta última situação – **de apresentação de documentos comprovativos de certificações em sede de habilitação do adjudicatário** – tem-se manifestado contrária a jurisprudência. É peremptório o Supremo Tribunal Administrativo quando refere que, nos concursos públicos, “*não pode ser exigida num procedimento de concurso público em sede de habilitação a apresentação dos indicados certificados[ISO...]*”⁵, uma vez que tal se reconduz à avaliação das características próprias dos concorrentes, algo que o Código pretendeu afastar⁶.

Do mesmo modo, mesmo em sede de apresentação de propostas a jurisprudência tem sido restritiva em matéria de **exigibilidade de certificações dos concorrentes**, e com preocupações legítimas de que o recurso a certificações ou exigência de determinadas caracte-

⁵ Acórdão do STA de 30-1-2013, processo n.º 0993/12, disponível em www.dgsi.pt

⁶ No mesmo sentido, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 109, Janeiro/Fevereiro 2015

rísticas podem constituir práticas susceptíveis de viciar, à partida, o resultado dos procedimentos levados a cabo. É certo que a exigência de determinadas certificações ou características é susceptível de constituir uma forma de restrição da concorrência, na medida em que exclui determinados operadores que não disponham dessas certificações. Alguns tribunais vieram salientar que a obrigatoriedade de apresentação de documentos que atestem certificação é contrária ao princípio da concorrência – especialmente quando a exigência de certificação reduza substancialmente o número de operadores elegíveis à participação no procedimento, ou o reduza até a um operador apenas⁷. Sendo verdade que os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação não podem “*dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*” – artigo 75.º, n.º 1 do Código – este artigo refere-se ao modo como devem ser avaliados aspectos da execução do contrato sujeitos à concorrência. Noutra sede, o Código afirma que o programa de concurso pode identificar os “*documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule*” (artigo 57.º, 1, c)). E neste âmbito tem sido admitida como legal, por exemplo, a apresentação de certificações respeitantes aos materiais a utilizar. Recentemente, no âmbito do Acórdão de 26.03.2015, proferido pelo Tribunal de Justiça de Justiça da União Europeia no processo n.º C-601/13 (Processo Ambisig) veio concluir-se que “*para a celebração de um contrato de prestação de serviços de carácter intelectual, de formação e consultoria, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento*

⁷ Neste sentido, veja-se o Acórdão do TCA Norte, de 10.07.2011, processo n.º 00225/11.3BECBR, disponível em www.dgsi.pt

Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros”.

As entidades adjudicantes estão, contudo, severamente limitadas na possibilidade de penalizar, em sede de avaliação de propostas, os concorrentes que, no passado, tenham incumprido ou executado de forma deficiente as prestações de contratos públicos. *Por esta e por outras*, cabe por isso saber se, e em que termos é possível remediar se algo correr mal com a execução do contrato.

C. REMEDIAR

C.1. O Incumprimento e os Remédios Comuns

Nos casos em que as obras ou as prestações contratuais deixam de ser efectivadas por causa imputável ao co-contratante e a execução do contrato atinge um nível patológico, o Código prevê, no essencial, e como resposta ao incumprimento, a possibilidade de, e nas condições previstas no Código⁸:

⁸ Para uma análise detalhada do regime do cumprimento e incumprimento dos contratos, ver o artigo de PEDRO GONÇALVES, *O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008

- a) O co-contratante ser notificado para cumprir o acordado (325.º, n.º 1);
- b) No caso de não ser dado cumprimento ao contrato a entidade pública substituir-se na execução das prestações, caso em que poderá fazê-lo directamente ou por intermédio de terceiros (325.º, n.º 2). O Código acrescenta que “*se o contraente público optar pela execução das prestações fungíveis por terceiro, à formação do contrato com esse terceiro é aplicável o disposto na parte ii do [presente] Código*” (325.º, n.º 2)
- c) Resolver o contrato (325.º, n.º 3 e 333.º);
- d) Serem aplicadas sanções contratuais (329.º);

Contudo, os remédios referidos podem ter um alcance limitado no que tange ao objectivo que preside à iniciativa contratual da entidade adjudicante: ter prestações contratuais efectivamente cumpridas⁹:

- a) Havendo notificação do ente público para dar cumprimento ao contrato, o co-contratante pode simplesmente não cumprir a prestação;
- b) Persistindo a situação de incumprimento, surge a opção de efectivar prestações, seja por administração directa, seja através de terceiros. Contudo, caso se proceda à contratação de terceiro, à formação desse contrato é aplicável a parte II do Código, ou seja, adoptando os procedimentos pré-contratuais aí previstos, e, nos casos em que não estejam preenchidos os

⁹ O regime do sequestro, previsto no artigo 421.º, constitui igualmente um instrumento de reacção ao incumprimento, embora restrito a determinados tipos contratuais, em concreto a concessão de obra pública e de serviços públicos, bem como, por remissão do artigo 408.º do Código, à concessão de exploração de bens do domínio público. Não o analisaremos aqui tendo em consideração a aplicabilidade restrita..

requisitos para adoptar o ajuste directo para a celebração do contrato, pode ser necessário cumprir procedimentos que significam uma maior transparência, mas que são tendencialmente mais morosos;

- c) A **resolução sancionatória**, por seu turno, faz cessar uma relação jurídica em que se verificou incumprimento. Mas consiste também em eliminar o suporte jurídico para a execução das prestações pretendidas pela entidade adjudicante. Portanto cessa a prestação de serviços ou a realização da obra, o que obriga a refazer o suporte contratual para dar satisfação à necessidade pública. Ou seja, implica custos de transação elevados;
- d) A **aplicação de sanções contratuais** normalmente está associada à depreciação do património do co-contratante, que pode agravar a capacidade deste para dar efectivo cumprimento ao contrato. É um desincentivo ao incumprimento, mas num contexto em que as empresas tentam permanecer à tona pode agravar até a capacidade do co-contratante cumprir.

Sobre as condições de aplicabilidade destas respostas ao incumprimento por parte dos co-contratantes existe já literatura e jurisprudência firmada, nomeadamente aquela que citei já. Centrar-me-ei, portanto, na análise dos instrumentos menos tradicionais.

C.2. Remédios Menos Tradicionais

C.2.1. Remédios para a Patologia

Por mais cuidados que a entidade adjudicante tenha na construção do procedimento, não é possível eliminar o risco de incumprimento.

mento contratual. E a este respeito irei aqui abordar três instrumentos que poderão ajudar, num contexto de incumprimento contratual, a assegurar que as prestações previstas no contrato continuam e vêm efectivamente a ser executadas (que lembram a figura a que Pedro Gonçalves, na senda da doutrina francesa, chama *sanções coercitivas*¹⁰).

Desde já se adverte que se trata de soluções que, não obstante se efectivarem apenas em sede de execução do contrato, devem estar previstas no caderno de encargos e nos programas de concurso, consoante o caso. A falta de específica previsão legal no Código não obsta ao desenho de novos instrumentos sancionatórios: como refere o mesmo Pedro Gonçalves, “*não existindo um numerus clausus nesta matéria, afigura-se-nos que o contrato pode desenhar medidas sancionatórias que se afstem dos tipos a que a lei alude*”.¹¹

C.2.2. Cessão de créditos do empreiteiro

Um primeiro instrumento potencialmente capacitante para a manutenção da execução do contrato corresponde à possibilidade de celebração de acordos relativos à **cessão dos créditos do co-contratante**.

É frequente, no caso das empreitadas de obras públicas, que o empreiteiro, usando da liberdade que lhe confere o Código, contrate um conjunto de empresas para a execução das prestações a que está obrigado (ao abrigo do regime previsto designadamente nos artigos 318.º e 319.º do Código dos Contratos Públicos).

¹⁰ *O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, pág. 605

¹¹ Ob. cit. pág. 604

Se o empreiteiro principal se vê impossibilitado de ressarcir os subempreiteiros relativamente às prestações por estes executadas, não é incomum que estes suspendam a execução dos trabalhos com prejuízo para o andamento da obra (e frequentemente sem que o empreiteiro principal tenha a capacidade para assumir ele próprio a execução dos contratos).

Um remédio possível consiste na cessão dos créditos que o empreiteiro principal disponha sobre a entidade pública aos subempreiteiros, a fim destes continuarem a dispor de condições para executar o contrato.

Admissibilidade da figura no âmbito dos contratos públicos

A figura da cessão de créditos não está regulada no Código dos Contratos Públicos. O n.º 3 do artigo 280.º do Código admite, porém, genérica e subsidiariamente, a possibilidade de aplicação de institutos civis em matéria de contratos públicos ao prever que *“Em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil”*.

Não se encontrando no Código qualquer referência a “cessão de créditos”, não existindo um regime geral de cessão de créditos no direito administrativo, e não sendo possível construir, a partir do universo principiológico administrativo, o recorte da figura, o aplicador está habilitado a socorrer-se das previsões existentes no Código Civil, designadamente no artigo 577.º e seguintes. É, pois, desde logo, admissível a aplicabilidade da figura no âmbito dos contratos públicos.

A respeito desta distingue-se a:

- Cessão de créditos **presentes**;

- **Cessão de créditos futuros:** o artigo 399.º do Código Civil admite a prestação de coisa futura, e os bens futuros, ao abrigo do art.º 880.º do Código Civil, podem ser objecto de venda, desde que os créditos sejam determináveis – artigo 280.º do Código Civil. Por sua vez é comum a distinção entre cessão de créditos futuros:
 - Em **sentido próprio**, em que o risco do incumprimento do terceiro se transfere para o cessionário;
 - Em **sentido impróprio**, em que o risco de incumprimento não se transfere para o cessionário. Entende o Tribunal de Contas, citando Menezes Leitão¹², que *“na cessão de créditos futuros em sentido próprio, em que a assunção dos riscos da cobrança de créditos se configura como um efeito normal da aquisição de créditos, o que existe é uma compra e venda de créditos; na “imprópria”, e pela razão inversa, o que existe é um verdadeiro contrato de mútuo com restituição atípica”*¹³.

Esta distinção é particularmente relevante na medida em que o Tribunal de Contas tem considerado que **a cessão de créditos futuros em sentido impróprio** corresponde na verdade a um mútuo com restituição atípica, geralmente inadmissível¹⁴.

Contudo, nos casos típicos que aqui apresentamos não estamos manifestamente perante contratos de mútuo encapotados. A verba em questão servirá sempre para pagamento das prestações contractualmente estabelecidas e já assumidas.

¹² “Cessão de Créditos”, Almedina, pág. 512

¹³ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 16/07-Out2007-1.ª s-pl, Recurso ordinário n.º 15/07, p. n.º 2 104/2007

¹⁴ Ver, a este respeito, Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 16/07, 18887/06, 1975/06 e 910/06, todos da 1.ª Secção.

Regime e requisitos formais

O regime da cessão de créditos consta do artigo 577.º e seguintes do Código Civil. “*O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor*” – n.º 1 do artigo 577.º).

Nos casos em que a cessão de créditos não esteja contratualmente proibida, o co-contratante pode limitar-se a comunicar à entidade pública a cessão e o valor dos créditos a ceder. É o que decorre do artigo 583.º, n.º 1 do Código Civil¹⁵.

Os cadernos de encargos frequentemente prevêm limitações à cessão de créditos por parte dos co-contratantes, designadamente sujeitando-a a autorização do contraente público. Se tais disposições constarem do contrato afastam a livre possibilidade de cessão.

Contudo, já quando esteja em causa **créditos futuros**, é aconselhável contratualizar com as entidades a execução das prestações: tal permitirá uma certeza acrescida relativamente à passagem direta do pagamento não para o empreiteiro, mas para os subempreiteiros que efetivamente executam as prestações.

*

¹⁵ “*Em relação ao devedor cedido, a cessão de crédito – que não depende do seu consentimento – é eficaz desde que lhe seja notificada, quer pelo cedente quer pelo cessionário. Equivalente à notificação é a aceitação da cessão pelo devedor (cf. n.º 1 do artigo 583.º, C Civil), podendo essa aceitação ser expressa ou tácita, designadamente através do pagamento de factura ao cessionário*” (Parecer da CCDR-C de 2004.07.26, da autoria da Dra. Maria Margarida Teixeira Bento, disponível em www.ccdrc.pt).

São por vezes discutidos os requisitos documentais a que deve obedecer a celebração destes contratos, nomeadamente se é necessária a comprovação de que o subempreiteiro não se encontra nas situações previstas no artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos). Contudo, não está aqui em causa a substituição do empreiteiro na execução das prestações do contrato. E não é, por isso, exigível a apresentação de documentos de habilitação.

São, contudo, aplicáveis os requisitos legais para se poder proceder ao pagamento, designadamente em matéria de regularidade da situação contributiva e tributária, se aplicáveis ao contraente público. Tal não constitui uma decorrência do negócio de cessão de créditos, mas meramente das disposições legais que impedem pagamentos acima de determinado montante sem que esteja regularizada a situação tributária e contributiva (ver, a este respeito, o artigo 31.º-A do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho, bem como o artigo 87.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, que remete para aquele).

C.2.3. Cessão da posição contratual do co-contratante

Em matéria de modificações subjectivas do contrato estão previstas no Código dos Contratos Públicos três situações prototípicas:

- a) A cessão da posição contratual do **co-contratante** por iniciativa deste (318.º e 319.º);
- b) Cessão da posição contratual do **contraente público** por iniciativa deste (324.º);
- c) **Direito de intervenção das entidades financiadoras** no caso de incumprimento grave pelo co-contratante das obrigações perante o contraente público ou perante estas (322.º, n.º 2).

C.2.4. Cessão de posição contratual por iniciativa do co-contratante

A cessão da posição contratual por iniciativa da entidade adjudicatária constitui um primeiro instrumento para substituir um co-contratante na execução do contrato. É uma solução concertada, e voluntária, com as vantagens que tal implica ao nível da não litigiosidade.

C.2.5. Cessão da posição contratual do co-contratante por iniciativa do contraente público

Contudo, nos casos de uma execução patológica do contrato, mas em que exista uma degradação das relações entre o contraente público e o co-contratante, conviria à entidade adjudicante poder substituir o co-contratante como parte na relação contratual. Ou seja, ter a possibilidade de determinar a cessão da posição contratual do co-contratante constitui um possível mecanismo suplementar para salvar o contrato. A seguinte cláusula constituiria um exemplo que o previsse:

CLÁUSULA [•]

Declaração do co-contratante respeitante a cessão da posição contratual

- 1. Nos casos de incumprimento grave pelo co-contratante de obrigações contratuais assumidas perante o contraente público, nomeadamente nos em que se verifiquem os pressupostos para a resolução do contrato pelo contraente público, nos termos declarados por este, o co-contratante declara, e para toda a vigência do contrato, autorizar desde já ceder gratuitamente a sua posição contratual, nos termos dos números seguintes.*
- 2. As partes reconhecem que a cessão da posição contratual é passível de operar por mero efeito da aceitação, por parte do contraente público, desta declaração emitida pelo co-contratante contida na presente cláusula.*

sula, e é eficaz a partir da data indicada na notificação para o efeito por parte do contraente público, ou na data fixada no documento escrito celebrado entre o contraente público e o co-contratante, que estabeleça os termos concretos da cessão.

- 3. A cessão é feita para entidade relativamente à qual haja acordo entre o contraente público e o co-contratante ou, na falta deste, para entidade indicada pelo contraente público, que em todo o caso deve assegurar o respeito pelas normas legais reguladoras da actividade subjacente às prestações em causa, e o pagamento dos créditos respeitantes às prestações já efetuadas.*
- 4. No caso da cessão prevista na presente cláusula, a posição contratual do co-contratante nos subcontratos celebrados transmitir-se-á automaticamente para a entidade cessionária, salvo em caso de recusa por parte destas ou determinação em sentido contrário por parte da entidade adjudicante.*
- 5. A declaração da existência de fundamento para a resolução de contrato pelo contraente público é precedida de audiência dos interessados.*
- 6. A declaração do co-contratante contida na presente cláusula é válida e irrevogável para todo o período de execução do contrato.*

O concededor do Código identificará imediatamente este mecanismo como uma variante do direito de *step in* consagrado no artigo 322.º do Código. E efectivamente tem grandes semelhanças com este, pese embora diferir no seguinte: o artigo 322.º apenas prevê uma situação em que são as entidades financiadoras a intervir no contrato para assegurar a sua continuidade, ou designando estas uma entidade terceira para o efeito. O que proponho é um afastamento do co-contratante através de uma ação do contraente público.

Aliás, o legislador consagra especificamente a situação de designação de um terceiro para a execução do remanescente do contrato mediante decisão da entidade financeira nos casos em que a execução do contrato é patológica, independentemente da vontade do co-con-

tratante que se encontre em situação de incumprimento. Seria um enorme entorse no sistema considerar que uma entidade bancária terceira poderia ultrapassar a vontade do co-contratante e da própria entidade pública, mas não admitir que esta última pudesse recorrer ao mecanismo em idêntica situação igualmente patológica, mas em que não existisse entidade financiadora envolvida.

Assim, julgo que esta solução de cessão da posição contratual por iniciativa do contraente público é geralmente possível, e pelas razões que deixo de seguida.

A vontade do co-contratante é manifestada e existe uma autorização para a cessão por parte desta

A cessão da posição contratual corresponde, no essencial, à assunção, por parte de uma pessoa jurídica, dos direitos e obrigações assumidos contratualmente por uma outra ou mais partes, deixando o contraente cessionário de responder pelas obrigações previstas no contrato, e sem poder reivindicar os direitos nele previstos.

A contraparte que executa o contrato é um dos elementos essenciais no âmbito de uma relação contratual, e o afastamento da mesma depende de uma manifestação de vontade quer por parte das partes no contrato e por parte do terceiro que assume a posição, salvo disposição legal ou contratual em contrário.

As partes podem, contudo, e em momentos bastante anteriores à verificação da necessidade de efectivação da cessão, conceder autorizações para a cessão da posição contratual em determinadas condições ou termos. É o que sucede, por exemplo, no caso das autorizações genéricas concedidas pela entidade pública para a cessão da posição contratual por parte do co-contratante (artigo 318.º do Código), ou nos casos de *step in* e *step out* das entidades financiadoras previstos no artigo 322.º do Código dos Contratos Públicos.

Deve assinalar-se nestes casos que esta alteração da contra-parte no contrato que aqui proponho não é feita sem autorização do co-contratante: existe uma manifestação de vontade por parte do co-contratante aquando da celebração do contrato, mas sujeita a uma condição: a verificação de um evento futuro e incerto que coloque em causa a saúde do contrato. Pode até suceder que, nos casos do 322.º do Código, no momento em que a parte terceira acciona a cláusula de *step in* o co-contratante esteja em desacordo quanto a essa assunção. Pode até suceder que não haja qualquer incumprimento perante o contraente público, mas apenas perante um privado credor. Mas tal não invalida a existência de uma declaração já emitida.

Não há dúvida, portanto: podem ser acordadas *cláusulas suicidárias*, ou seja, dadas autorizações genéricas por parte do co-contratante para que este seja afastado da execução do contrato independentemente da sua vontade no momento da patologia (desde que tenha manifestado essa vontade declarando que aceita a cessão no momento da celebração do contrato, e que essas podem constar do caderno de encargos).

Trata-se de uma cessão não violadora da concorrência e não violadora dos direitos patrimoniais do co-contratante

Uma cláusula contratual que previsse, discricionariamente, a possibilidade do contraente público determinar a cessão da posição contratual do co-contratante em qualquer momento do contrato equivaleria a permitir que, no dia seguinte à celebração do mesmo, um co-contratante seleccionado através de concurso público se visse afastado na execução do contrato, desde que uma terceira parte assumisse o contrato nos exactos termos. Tal seria naturalmente ilegal.

Emana da alínea c) do n.º 1 do artigo 317.º, do n.º 5 do artigo 318.º, e de alguma forma de toda a parte II do Código, um princí-

pio de que as modificações contratuais não podem restringir, limitar ou falsear a concorrência. E naturalmente uma substituição do co-contratante que não se funde na necessidade de salvaguarda da manutenção das prestações contratuais em caso de incumprimento do co-contratante deve considerar-se violadora da concorrência, na medida em que frustra sem fundamento a expectativa do co-contratante de executar o contrato.

Mas quando se verificarem os pressupostos para a resolução do contrato pelo contraente público apenas se dá novo rumo a um contrato que teria como destino traçado a respectiva cessação. E nessa medida não existe deturpação da concorrência porque não há um agente ilegitimamente preterido em virtude de comportamentos anticoncorrenciais.

Por outro lado, este instrumento de cessão da posição contratual responde a um imperativo de salvaguarda do interesse público, na medida em que permite a manutenção da execução das prestações sem, por exemplo, a degradação dos materiais e construções em obra, ou o custo inerente ao tempo que implica refazer procedimentos adjudicatórios.

Por fim, estando reunidos os pressupostos para a resolução do contrato, o co-contratante não fica privado de direitos patrimoniais a que teria direito relativamente a prestações já executadas, uma vez que a entidade pública já teria possibilidade de pôr termo ao contrato, e está salvaguardado o ressarcimento respeitante às prestações já executadas.

Não se julga também que o n.º 2 e 3 do artigo 325.º constituam uma barreira a esta solução da cessão. Estes referem que:

“2. Mantendo-se a situação de incumprimento após o decurso do prazo referido no número anterior, o contraente público pode optar pela efectivação das prestações de natureza fungível em falta, directamente ou por

intermédio de terceiro, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo, nos termos do disposto no artigo 333.º

3. Se o contraente público optar pela execução das prestações fungíveis por terceiro, à formação do contrato com esse terceiro é aplicável o disposto na parte II do presente Código.”

Uma vez que a cessão se limita-se alterar a contraparte no contrato – não havendo lugar à resolução nem à seleção de um terceiro – não se coloca a questão de aplicabilidade destes preceitos.

*

Aliás os critérios de adjudicação no âmbito da escolha do adjudicatário não podem dizer respeito, “*directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*” (artigo 75.º, n.º 1 do Código). É o próprio Código que “despessoaliza” a selecção do adjudicatário. E se a tónica é colocada na proposta e não no sujeito que a apresenta, então não se poderá consistentemente advogar – pelo menos em situações patológicas – que deve existir um novo procedimento prévio ao invés da cessão, porque afinal outra entidade pode sempre assumir a *proposta* de um outro agente económico: o contrato, decorrente da *proposta*, será o mesmo, independentemente da pessoa que o execute.

O direito comunitário não se opõe a esta solução

Acresce que nem as directivas nem a jurisprudência comunitária é impeditiva da aplicação desta solução, seja no contexto do regime legal actualmente em vigor em Portugal, seja no quadro das novas directivas.

A nova Directiva 2014/24/EU, e que deve ser transposta até 18 de abril de 2016, prevê expressamente a possibilidade de modificação dos contratos durante o seu período de vigência, independentemente de realização de um novo procedimento de contratação.

A alínea a) do n.º 1 desse artigo 72.º prevê que “*Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos (...): Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro*”.

A Directiva refere que a “*natureza global do contrato*” constitui uma limitação à modificação. Mas a expressão *natureza do contrato*, mesmo tomada num sentido amplo, não pode ser entendida como dizendo respeito às partes intervenientes: antes parece corresponder às prestações das partes no âmbito do mesmo.

Por outro lado, não sendo uma limitação, a formulação da directiva constitui até uma habilitação para a solução na medida em que a referência a esta possibilidade nos *documentos iniciais do concurso* garante a previsibilidade adequada para o co-contratante, em situações patológicas.

Em matéria de jurisprudência comunitária, e desde logo no Acórdão Pressetext, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹⁶ afirma o seguinte:

“*A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no pro-*

¹⁶ De 19.6.2008, Processo C-454/06.

cedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite.” (ponto 35). E continua para afirmar que “Da mesma forma, uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos” (ponto 36), concluindo ainda que “Uma alteração pode igualmente ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial” (ponto 37).

A ser introduzida uma cláusula como a que referi no contrato não estamos nem perante uma proposta diferente nem um alargamento do objecto ou remuneração do contrato.

Também se refere nesse acórdão que “em geral, deve considerar-se que a substituição do co-contratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo co-contratante constitui uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público em causa, a menos que essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial, por exemplo a título da subcontratação” (ponto 40).

E aqui, como referi, é essencial que esteja contemplado nas peças do procedimento a autorização para a cessão. E assim, assinalada e aceite no contrato, não frustra expectativas.

Natureza do acto

Nos casos em que estejam preenchidos os requisitos previstos na cláusula supra referenciada para que opere a cessão da posição contratual, pode perguntar-se que natureza jurídica reveste o acto do contraente público que comunique a efectivação da cessão. Contudo, esta é uma falsa questão: o acto em causa não corresponde a

uma determinação unilateral de alteração do co-contratante na relação contratual. O que o contraente público realiza é, na verdade:

- a) A verificação da situação que constitua fundamento para a resolução do contrato;
- b) A aceitação da declaração negocial emitida aquando da celebração do contrato. É, assim, uma declaração integradora da eficácia da declaração negocial emitida sob condição por parte do co-contratante aquando da celebração do contrato.

Assim, no momento em que o contratante público aceita a declaração de vontade do co-contratante respeitante à cessão, emitida no momento da celebração do contrato, dá-se a substituição deste como parte no contrato em situação de incumprimento, e o co-contratante deixa de figurar como tal, sendo substituído por uma entidade terceira.



Contudo, é obviamente possível que um co-contratante entenda que não assiste razão à entidade pública para que este se veja substituído na execução do contrato, ou seja, que não estejam verificados os respectivos pressupostos.

Mas julgo até que a decisão de aceitar a declaração de cessão da posição contratual é susceptível de execução coerciva.

Desde logo, pouco sentido faz que, revestindo o acto que consubstancia a resolução do contrato a natureza de acto administrativo, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 307.º do Código, uma declaração que declare os pressupostos para a resolução e, quase automaticamente aceite a substituição contratual de um determinado prestador por outro não a tenha.

Por outro lado, caso se qualifique esta situação de substituição do co-contratante como uma alteração determinada pela entidade pública – embora não se julgue que seja necessário chegar a tanto –, tal poderá reconduzir-se ao conceito de direcção do contrato, na medida em que “*a direcção pelo contraente público consiste na emissão de ordens, directivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa*” (artigo 304.º n.º 2 do Código). E, estando em causa a execução técnica e jurídica das prestações contratuais, revestirá a natureza de acto administrativo.

Limites

Os limites impostos pelo Código a qualquer cessão da posição contratual ou a subcontratação, previstos no artigo 317.º do Código, naturalmente têm também aplicação aqui.

Mas além desses, cuja identificação decorre da mera leitura do preceito, existem também outros limites inerentes à natureza dos contratos. Situações há, por exemplo, em que, não obstante a selecção do candidato ter sido precedida de um procedimento concursal, as prestações dificilmente podem ser asseguradas por um terceiro. Pense-se, por exemplo, nos casos em que existem direitos de autor inerentes às prestações contratuais – um projecto de arquitectura – ou em aquisições de bens muito específicas em que é até fisicamente difícil a assunção por parte de um terceiro da continuação de execução de um determinado bem – um navio de guerra que esteja a ser construído num determinado estaleiro. Assim, a existência de direitos de autor, a especificidade do bem, ou a difícil praticabilidade física das prestações por parte de um terceiro constituirão limites naturais à solução que aqui apresento.

Estado da execução

Nas situações em que suceda uma cessão da posição contratual num contexto patológico de execução do contrato coloca-se, porém, a questão de saber em que termos o novo co-contratante assume o contrato, e quais os montantes devidos quer a este quer ao cessionário.

A avaliação do estado de execução do contrato é susceptível de ser feita no âmbito da fiscalização realizada pelo contraente público: nas empreitadas de obra pública existe obrigação de efectivação de medições (387.º e seguintes) sendo que com base nas medições é possível identificar o estado da obra e os valores devidos.

No caso da aquisição de bens ou de serviços as situações podem ser distintas: quanto mais atomizado e homogéneo o fornecimento, mais fácil será o apuramento do estado da execução. Não obstante, a avaliação do estado da execução é uma decorrência da situação a efectivação da cessão da posição nos termos da cláusula que avancei. Sendo ela possível, atendendo também ao ponto anterior, com maior ou menor simplicidade será forçoso proceder à avaliação do estado de execução para efeitos de pagamentos ao co-contratante cessionário. Não existisse na cláusula que propus a referência aos pagamentos das prestações efetuadas, todas as situações jurídicas do contrato transitarium.

Outros

Existem várias outras questões associadas a uma solução como a que apresento. Pode perguntar-se, por exemplo, se o co-contratante que cessa a sua participação no contrato terá direito a uma libertação parcial da caução, na proporção da execução já feita. E também como e de que forma se procede à libertação da caução do co-contratante

que cede a posição. Mas também em que termos se procede à revisão de preços, e quem dela beneficia. A realidade é mais imaginativa do que a ficção, e seguramente irão surgir muitas mais questões. Não posso, contudo, aborda-las todas aqui, embora deixe a nota de que noutras sedes houve já quem abordasse algumas delas¹⁷.

Visto do tribunal de contas

A mera cessão da posição contratual não está sujeita a visto prévio do Tribunal de Contas, na medida em que não corresponde a “*actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras*” nem a “*actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º [da LOPTC]*” e são apenas estas duas as alterações contratuais que originam dever de sujeição a visto prévio¹⁸. Naturalmente que, se o instrumento que titular a cessão da posição contratual incorporar modificações objectivas sujeitas a visto, tal deverá ser promovido.

¹⁷ Quanto à revisão de preços no âmbito da cessão da posição contratual num contrato de empreitada ver, por exemplo, o parecer da CCDR Centro na qual se refere que “*no silêncio do contrato de cessão da posição contratual, terá a cessão de operar plenamente, assumindo a ... S.A, a responsabilidade pela revisão de preços total da empreitada, seja para mais, seja para menos, dos valores a beneficiar ou a suportar*” (parecer de Rosa Maria Casalta Batanete n.º DAJ 126/13, datado de 2013 / 05 / 09 e disponível em www.ccdrc.pt).

¹⁸ A este respeito ver as alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

C.3. Adjudicação ao classificado seguinte depois de ter sido dada execução a contrato anteriormente adjudicado

Um último remédio será de todos talvez o menos pacífico. Neste ponto coloco a interrogação de saber se, e em que condições, é possível resolver o contrato e proceder seguidamente à adjudicação a um classificado seguinte no âmbito do procedimento de formação contratual que originou o contrato inicial.

É uma solução diferente daquela que apresentei no ponto anterior, respeitante à cessão da posição contratual, na medida em que, neste caso, a entidade adjudicante não fica restringida à proposta adjudicada, e que necessariamente deve ser assumida por outra parte, mas pode adjudicar as prestações sobranes por um valor diferente, e eventualmente superior, mas sem falsear a concorrência uma vez que recorre às classificações constantes do procedimento anterior que tenha sido levado a cabo e que redundou na adjudicação do contrato inicial. Ou seja, na sequência de um concurso público, prevê-se a possibilidade de celebrar mais do um contrato espeitante ao mesmo objeto.

A adjudicação ao classificado seguinte, em certas circunstâncias, corresponde a uma solução teoricamente vantajosa do ponto de vista de execução das prestações contratuais e do inerente interesse público que estas visam satisfazer. Mas é uma solução controversa e não conheço situação em que tenha sido experimentada no âmbito do Código, pese embora tenha sido prevista já noutros procedimentos adjudicatórios a este não sujeitos.

*

A entender-se que, perspetivando-se a cessação de um contrato em virtude de incumprimento (e em que estão ainda prestações substanciais do co-contratante por executar), é necessário refazer integral-

mente um procedimento adjudicatório, tal tem como consequência, entre outros resultados:

- a) Uma posição negocial desvantajosa da entidade pública relativamente à eventual resolução do contrato: conhecendo o co-contratante faltoso que o contraente público terá uma forte penalização de tempo se resolver o contrato (caso resolva o contrato pode esperá-lo um procedimento longo para retomar a execução do contrato com novo adjudicatário) sabe igualmente que a resolução do contrato constituirá uma solução de último recurso à qual o contraente público será especialmente avesso.
- b) Em caso de efetiva resolução, tal pode ter como consequência um adiamento na efetivação das prestações, em virtude do atraso resultante de um novo procedimento adjudicatório, eventualmente concurso público.

Ou seja, a possibilidade de adjudicação ao segundo classificado constituiria uma solução de mérito bastante satisfatória. Obviamente a dificuldade referida na alínea b) é tanto mais agudizada quanto maiores forem os **custos de transacção**, ou seja, a necessidade de conduzir procedimentos adjudicatórios mais exigentes do ponto de vista de prazo e de complexidade burocrática. Aliás, o Tribunal de Contas tem tido relutância em aceitar o recurso ao ajuste direto com fundamento em urgência imperiosa (artigo 24.º do Código) para permitir o adjudicar com mais celeridade um novo contrato em substituição de um primeiro quando esta urgência decorra essencialmente e só do atraso a que a obra estaria condenada¹⁹.

¹⁹ Veja-se, por exemplo, o acórdão n.º Acórdão n.º 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, disponível em <http://www.tcontas.pt>, em que, ainda assim, em sede de recurso, foi concedido visto.



No quadro da vigência do Decreto-Lei n.º 197/99 são públicos alguns pareceres pronunciando-se em sentido desfavorável à possibilidade de adjudicação ao segundo classificado após início da execução do contrato. É exemplo o parecer da CCDR-C de 2001/03/07, com o número 65/01, da autoria da Dra. Maria Margarida Teixeira Bento²⁰ no qual se aponta como impossibilitante da adjudicação ao segundo classificado, no essencial, o facto de já não existirem concorrentes a quem possa ser adjudicado o contrato, como consequência da extinção do procedimento pré-contratual.

Descrição da solução

A solução de adjudicação ao classificado seguinte no âmbito de um procedimento adjudicatório (designadamente concurso público) – e depois de iniciada a execução do contrato – passa por incluir um artigo no programa de concurso que preveja essa possibilidade. O artigo corresponderia a algo como:

ARTIGO [•]

Adjudicação a proponentes não excluídos após resolução de contrato incumprido

1. *O presente procedimento conducente à celebração de um contrato com vista à satisfação das necessidades públicas referidas no artigo [•] não se extingue pela mera adjudicação da proposta vencedora, aplicando-se os termos constantes dos números seguinte.*

²⁰ Disponível em <https://www.ccdrc.pt>

2. *Em caso de resolução de contrato celebrado na sequência do presente procedimento sem que se encontre executada a totalidade das prestações do mesmo, o [entidade pública] pode adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente, nos termos dos números seguintes.*
3. *A adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente limita-se à execução das prestações remanescentes e não executadas do contrato resolvido.*
4. *A adjudicação prevista no número um é feita pelo valor constante da proposta apresentada, aplicando os preços unitários apresentados às prestações contratuais por executar, e está dependente da renovação, por parte do concorrente, da respectiva proposta, caso haja sido excedido o prazo de manutenção das propostas constante do programa de concurso ou do convite.*
5. *Caso o concorrente aceite a renovação da sua proposta nos termos apresentados e seja adjudicado o contrato, nos termos do presente artigo, é concedido prazo para apresentação dos documentos de habilitação, aplicando-se os artigos 81.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos.*
6. *Caso não seja renovada a proposta subsequente, a [entidade pública] pode adjudicar a um dos concorrentes não excluídos classificados seguidamente, pela ordem do relatório final, que renove a proposta e aceite o contrato nos termos dos números anteriores.*

Enquadramento das dificuldades

É mais fácil defender a impossibilidade de adjudicação ao classificado seguinte do que o contrário. Fica a advertência: é uma solução controvertida, tem riscos e deve ser aplicada e executada à responsabilidade do próprio. Mas, porque esta solução é eliminativa potencialmente custos de transacção e é benéfica em soluções patológicas, invisto na análise da sua possibilidade. É uma leitura alternativa que, não obstante identificar os maiores obstáculos a esta solução, reflecte

liberdade na interpretação da lei. Eventualmente como contribuição para uma alteração clarificadora ao Código.

Em termos de metodologia, identificarei os maiores obstáculos a esta solução, discutindo-as.

Letra do Código

Não existe norma no Código que proíba expressamente a adjudicação da proposta seguidamente classificada uma vez iniciada a execução do contrato. Mas também não há nenhuma que o permita expressamente.



A primeira discussão central para a matéria que aqui abordo é a de saber se, por vontade da entidade adjudicante, pode ser estendido o procedimento pré-contratual para além da celebração do contrato.

Deve analisar-se, primeiramente, o teor do artigo 41.º: “*o programa de procedimento é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração*”. O artigo 41.º parece indiciar que o procedimento existe até à celebração de um contrato. E na verdade, tem sido esse o entendimento mais comum. Mas poderá *existir vida procedimental além celebração do contrato*? E pode, portanto, um procedimento pré-contratual dar origem a dois contratos com o mesmo objecto?

Este artigo 41.º tem, no essencial, a vocação de apresentar uma definição de um documento conformador do procedimento – o programa do procedimento – e deixar clara a sua natureza de regulamento. O que a sua letra deixa patente também é que o Código está pensado para que a um procedimento corresponda um contrato

(sem prejuízo, obviamente, da adjudicação de lotes). Que o artigo 41.º identifica a natureza jurídica dessa peça do procedimento, não se duvida. E que a situação prototípica é a da celebração de apenas um contrato após um procedimento também não. Mas facto de o Código enunciar que este é o *regulamento* que define efectivamente “os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração” não invalida que defina esses termos nem que possa ir além disso, e que não seja possível produzir, pela autonomia da vontade da entidade adjudicante, uma extensão da vida do procedimento. Até porque, como veremos, o novo CPA dispõe de novas regras relativamente à gestão do procedimento.



Como sabemos, a partir de determinado *benefício económico* para o co-contratante, e em termos gerais, o Código estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimentos abertos e publicitados com vista à celebração de contratos, salvo naturalmente as excepções previstas na lei. O artigo 18.º do Código diz-nos que “*Sem prejuízo do disposto nos capítulos III e IV do presente título, a escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação condiciona o valor do contrato a celebrar nos termos do disposto nos artigos seguintes do presente capítulo*”. Cumprindo-se um procedimento em que sejam cumpridas as respectivas regras, pode o contrato ser celebrado.

Ora à luz deste artigo, no caso de adjudicação ao classificado seguinte, deve responder-se à questão de saber se existiu um procedimento prévio de forma a responder às exigências que o artigo 18.º impõe.

Ao incluir um artigo como aquele que referi no programa de procedimento, a entidade adjudicante na verdade prepara mais do

que um contrato. Um efectivo, e eventuais. E previamente a todos é adoptado um procedimento prévio que salvaguarda condições de igualdade e concorrência, sempre abaixo do preço base definido pela entidade adjudicante.

Dificuldades

Pode fundar-se nalguns artigos do Código eventuais críticas à solução que aqui apresento.

*

Desde logo, uma primeira crítica seria a de que se está a proceder a um ajuste direto sem ter uma habilitação procedimental para o efeito. O Código admite o recurso ao ajuste direto na sequência da concursos públicos anteriores (veja-se, por exemplo, os artigos 25.º, 26.º e 27.º), mas o incumprimento de um anterior contrato não integra qualquer fundamento legal para o recurso ao ajuste direto.

Contudo, manifestamente este não é um caso de ajuste direto: no caso de adjudicação nos termos em que sugiro estamos ainda em sede de um anterior procedimento, tendencialmente concursal.

Aliás, deve notar-se que os fundamentos justificativos, na lei e doutrina, para o ajuste direto em que tenha havido “*prévia sujeição ao mercado com sucesso*”²¹, são os mesmos que agora invoco: “*a prévia*

²¹ A expressão é de Miguel Assis Raimundo, in *A Formação dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2013, pág. 931, referindo-se, por exemplo, aos casos de ajuste direto na sequência de concurso público quando se trate de novas obras que consistam na repetição de obras similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante.

realização de um procedimento e de um contrato que de algum modo enquadram e prevêm a futura celebração de um ou mais contratos por ajuste direto”²². Mas, reitero, este não é um ajuste direto.

✱

Uma segunda crítica à solução poderá sustentar-se no artigo 333.º, n.º 2 do Código que refere que “*O disposto no número anterior [aplicação da resolução sancionatória] não prejudica o direito de indemnização nos termos gerais, nomeadamente pelos prejuízos decorrentes da adopção de novo procedimento de formação de contrato*”. Daqui parecia que o legislador estaria a sugerir que seria necessário lançar novo procedimento.

Mas do artigo 333.º, n.º 2 extrai-se apenas que, caso haja necessidade de lançar um novo procedimento de contratação em virtude de incumprimento do co-contratante, também os custos de transacção decorrentes da necessidade de conduzir um novo procedimento de contratação são igualmente contabilizados para efeitos de cálculo e um eventual montante indemnizatório. Ou seja, se houver necessidade de procedimento novo, há lugar a indemnização²³, mas não inviabiliza a adjudicação ao classificado seguinte.

✱

Poderia também pensar-se que um outro preceito – artigo 325.º do Código – inviabilizaria a construção que aqui apresento. Já nos referimos a este, mas de todo o modo reproduzo-o por comodidade:

²² MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ob. cit., pág. 932, embora, reitero, não se trata de um ajuste direto

²³ Aliás, é recomendável até que no contrato seja logo fixada a indemnização a que há lugar.

1 – Se o co-contratante não cumprir de forma exacta e pontual as obrigações contratuais ou parte delas por facto que lhe seja imputável, deve o contraente público notificá-lo para cumprir dentro de um prazo razoável, salvo quando o cumprimento se tenha tornado impossível ou o contraente público tenha perdido o interesse na prestação.

2 – Mantendo-se a situação de incumprimento após o decurso do prazo referido no número anterior, o contraente público pode optar pela efectivação das prestações de natureza fungível em falta, directamente ou por intermédio de terceiro, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo, nos termos do disposto no artigo 333.º

3 – Se o contraente público optar pela execução das prestações fungíveis por terceiro, à formação do contrato com esse terceiro é aplicável o disposto na parte II do presente Código.

A primeira leitura do n.º 3 do artigo 325.º parece ser mortífera para uma possibilidade de adjudicação a um classificado seguinte, parecendo ser interpretável como uma obrigatoriedade de levar a cabo um novo processo de contratação. Mas será uma leitura precipitada.

Na verdade, o n.º 2 refere-se a duas soluções alternativas (daí o “ou”) ao dispor da entidade pública:

- a) A efectivação das prestações por si ou por intermédio de terceiro **ou**;
- b) A resolução do contrato;

Ou seja, se a entidade pública optar pela solução referida na alínea a) não está, portanto, a fazer cessar o contrato, mas, no âmbito da sua vigência, optar pela efectivação das prestações, mantendo o com o co-contratante inicial. Caso opte por recorrer a terceiros para efectivar as prestações do contrato o contraente público terá, assim, dois contratos objectos sobrepostos.

Mesmo que fosse aplicável o n.º 3 no que se refere “à formação do contrato com esse terceiro é aplicável o disposto na parte II do presente

Código”, ao incluir no programa de procedimento ou no convite um artigo como aquele que avancei supra, efectivamente está a dar-se cumprimento à parte II do Código: desenvolveu-se um procedimento que equacionava a possibilidade de adjudicação ao classificado seguinte, sujeitando o contrato à concorrência.

Este número 3 do artigo 325.º deve, pois, ser lido, como uma mera reafirmação dos princípios subjacentes à parte II do Código – no sentido em que é efectivamente necessária sujeição do contrato à concorrência e assegurar igualdade entre os agentes económicos – e não no sentido *cronológico* de que se deve seguir necessariamente um procedimento de contratação totalmente novo em quaisquer situações de incumprimento.

Sobre o conceito de adjudicação

Diz-nos o Código:

ARTIGO 73.º

Noção de adjudicação

1 – A adjudicação é o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas.

2 – No mesmo procedimento podem efectuar-se adjudicações de propostas por lotes, caso em que podem ser celebrados tantos contratos quantas as propostas adjudicadas ou quantos os adjudicatários.

O n.º 1 deste artigo identifica claramente a adjudicação com a escolha de “uma” de entre as propostas apresentadas. O n.º 2 aponta para a correspondência entre o número de contratos a celebrar – tantos quantos, se aplicável, o número de lotes – e o número de adju-

dicatários. Novamente, encontramos um Código pensado para, no âmbito de um procedimento, permitir a adjudicação de apenas uma proposta.

Contudo, é errado ler no n.º 1 que num procedimento há apenas uma adjudicação. Seja por não ocorrer a apresentação dos documentos de habilitação (artigo 86.º), por não ser apresentada a caução exigida (91.º), por não confirmação do compromissos (93.º), ou por não comparência para celebração do contrato escrito, é possível, num procedimento, existir mais do que uma adjudicação respeitante ao mesmo contrato, precisamente porque, nestes casos, o Código manda adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

Caso haja uma adjudicação da proposta classificada seguidamente não deixará de haver a escolha de *“uma de entre as propostas apresentadas”*.

É certo que o Código tem a preocupação de elencar as situações em que se deve adjudicar à proposta ordenada em lugar seguinte. E pode também aqui encontrar-se um argumento contra nova adjudicação a proposta seguinte uma vez iniciada a execução do contrato: facilmente se dirá que, caso o legislador pretendesse que existisse, identificaria ele mesmo as situações em que é possível adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

Mas o Código não prevê, por exemplo, a situação em que, estando apresentados os documentos de habilitação pelo adjudicatário, e não sendo exigível a celebração de contrato escrito, a prestação de caução nem a confirmação de compromissos, o adjudicatário vem comunicar que afinal não aceita a entrada em vigor do contrato e afirma que não o irá executar. E, da mesma forma que nesta última situação não vejo impedimento à adjudicação ao classificado em lugar subsequente, também não vejo como obstáculo intransponível à solução de fundo que aqui discuto a falta de previsão expressa no Código à adjudicação ao classificado seguinte, uma vez iniciado o contrato. Aliás, trata-se de

reafirmar, no quadro da legalidade vigente, a autonomia contratual das entidades públicas e a adequação ao interesse público.

*

Nem o n.º 2 do artigo 71.º é problemático. Aqui, faz-se a enunciação de que “*podem efectuar-se adjudicações de propostas por lotes*”, clarificando-se que neste caso “*podem ser celebrados tantos contratos quantas as propostas adjudicadas ou quantos os adjudicatários*”. Desde logo, o legislador centra-se na matéria específica dos lotes. Por outro lado, a este respeito não é possível afirmar que existe uma correspondência entre número de contratos susceptível de ser celebrado com o número de adjudicações: o Código enuncia que “*podem ser celebrados tantos contratos quantas as propostas adjudicadas*” mas obviamente pode haver mais adjudicações do que contratos. Basta que as adjudicações caduquem, sem que isso invalide a celebração de contratos com os classificados seguintes. E pode não haver qualquer adjudicação por não haver propostas ou estas tenham sido todas excluídas.

O que se extrai da letra do Código, quanto à solução aqui discutida, é que a adjudicação ao classificado seguinte depois de iniciada a execução do contrato parece estar fora do pensamento do legislador. Mas, como referi já, no caso de se prever esta a possibilidade de adjudicação à proposta ordenada seguidamente na sequência de incumprimento, constrói-se num procedimento a possibilidade de prática de vários actos de adjudicação, não só de um contrato mas do que mais do que um do que um contrato, valendo para o efeito os preços unitários. E, como referi, esta possibilidade de conformação procedimental tem até consagração no novo Código do Procedimento Administrativo, designadamente no artigo 56.º, quando se refere que “*o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação*”.

Confusão com a figura do acordo quadro

Dir-se-á também que a solução que aqui discuto é, afinal, manter em suspenso potenciais propostas durante o prazo de execução do contrato, e poder adjudicá-las num momento posterior, alcançando um resultado que é pretendido pelo legislador através do acordo quadro, e que, como tal, também por isso não é possível.

Contudo, eu diria que é precisamente o inverso: também é porque a figura do acordo quadro é legalmente admissível, que esta possibilidade que aqui discuto corre bem o risco de o ser também. Na verdade, em ambos os casos se autoriza, à luz do mesmo direito comunitário, que na sequência de um procedimento prévio propostas venham a ser adjudicadas ao longo de um período de tempo dilatado.

Contudo, é importante frisar que o resultado que se alcança com a solução em discussão não é o de um acordo quadro. Não se pretende com a solução que discuto celebrar vários contratos com uma entidade, mas apenas um. Nela não é assinado um contrato que permita a assinatura de outros. Não é exigível um prazo de manutenção da proposta dilatado com a inerente obrigação legal de contratar. É verdade que nesta solução se fixam alguns termos de um contrato passível de adjudicar com algum hiato temporal. Mas por aí nos ficamos. Até porque num caso é o procedimento que aproveitamos, e, ao invés, no acordo quadro, existe uma relação contratual constituída que permite novos contratos na base de um primeiro.

A previsão legal da figura do acordo quadro não inviabiliza a adjudicação ao concorrente seguinte depois de ter sido iniciada a execução e resolvido um contrato inicial.

Prazo de manutenção da proposta

O prazo supletivo de manutenção de propostas encontra-se no artigo 65.º do Código, e é de 66 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas. Pode conceber-se que possa ocorrer a cessação do contrato celebrado com o primeiro classificado antes de terminar este prazo, e que ainda decorra o prazo de manutenção da proposta. Mas tal é pouco provável e de pouco interesse na verdade. Nada no Código nos diz expressamente que deixa de haver concorrentes na sequência da celebração do contrato com um adjudicatário. Mas a prática administrativa e a interpretação mais comum é a de que não há *vida procedimental* para além da celebração do contrato.

Mas também não é o facto de existir um prazo para manutenção de propostas que é impeditivo da adjudicação ao classificado seguinte, após haver contrato e este ser resolvido. Na verdade, uma proposta de um privado é uma declaração negocial emitida que corresponde a uma vontade. Se a concorrente decidir não a renovar, não lhe poderá ser imputada uma violação de qualquer norma jurídica. Mas não cabe negar-lhe essa liberdade. Importa é que a manifestação de vontade renovada corresponda àquela que foi manifestada inicialmente, ou seja, que a proposta apresentada permaneça inalterada.

Afinal existe violação da concorrência? E o que se executa já não é o mesmo...

Não existe violação da concorrência. Um dos objectivos primordiais do Código é assegurar efectivas condições de concorrência entre os vários agentes de mercado (artigos 1.º, n.º 4, 5.º, n.º 1, 16.º, entre outros). Se, num programa de concurso, se identificam perfei-

tamente os termos em que poderá ser feita a adjudicação da proposta seguinte, e se esta for feita nos exactos termos da proposta (por preços unitários, respeitante ao restante por executar) a concorrência não sofre. Todos os concorrentes apresentaram condições de contratação, e, mantendo-se a proposta inicial, já houve possibilidade para os vários agentes de mercado disputarem o contrato em igualdade de circunstâncias. Não se surpreende ninguém.

É certo que a identificação das prestações remanescentes para execução total do contrato é um parâmetro que não estava definido no caderno de encargos. Ou seja, é a entidade pública que cristaliza as prestações em falta e as prestações a executar, verificada a inexecução do contrato por parte do co-contratante privado inicial.

Este é um dos argumentos em desfavor da possibilidade que aqui afloro, e que corresponde à diferença entre o contrato a executar pelo classificado seguinte e aquele inicialmente celebrado. Sendo as prestações de valor tendencialmente reduzido, será um contrato diferente, não tendo existido uma proposta global para o mesmo.

E tal poderia levar a que se considerasse haver necessidade de novo lançamento de procedimento concorrencial para apresentação de propostas para um novo contrato, até porque o valor total deste novo contrato dificilmente estará globalmente fixado (apenas estará se não tiver sido executada qualquer prestação), uma vez que é reponderado em função das prestações já executadas.

Sendo tal verdade, também é verdade que os mecanismos para ultrapassar a dificuldade de recalcular o valor do novo contrato se encontram instituídos. No caso de uma empreitada, por exemplo, existem autos com identificação da execução do anterior contrato. Com base nestes é possível apurar as prestações remanescentes. E a apresentação de preços unitários, desde que devidamente discriminada, supera a dificuldade de identificação do valor global das propostas, uma vez que o valor global corresponde à soma dos valores

parcelares. Naturalmente que a pedra de toque corresponderá à exigência de discriminação adequada, nas propostas, destes preços em moldes tais que permitam implementar esta solução.

Diga-se, aliás, que este método de solicitação de preços unitários é expressamente acolhido pelo Código no artigo 47.º, n.º 5, nos termos do qual *“Quando o caderno de encargos fixar apenas preços base unitários, considera-se que o valor referido na alínea a) do n.º 1 corresponde à multiplicação daqueles pelas respectivas quantidades previstas no caderno de encargos”*.

O próprio artigo 57.º enuncia que, no seu número 2, que *“No caso de se tratar de procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, a proposta deve ainda ser constituída por: a) Uma lista dos preços unitários de todas as espécies de trabalho previstas no projecto de execução”*.

E o Código até dá preferência a preços parciais/unitários relativamente aos globais. *“Sempre que na proposta sejam indicados vários preços, em caso de qualquer divergência entre eles, prevalecem sempre, para todos os efeitos, os preços parciais, unitários ou não, mais decompostos”* (artigo 60.º, n.º 3). E em matéria de execução do contrato de empreitada o Código até obriga à *“especificação das quantidades de trabalhos apuradas, dos respectivos preços unitários, do total creditado, dos descontos a efectuar, dos adiantamentos concedidos ao empreiteiro e do saldo a pagar a este”* (389.º do Código).

A celebração de um novo contrato por um novo co-contratante encontra assim as mesmas dificuldades que se identificaram quanto à cessão da posição contratual em matéria de identificação das prestações em falta, e para aquele ponto se remete.

Obviamente é concebível que uma entidade pública – ilegalmente – inflacione as prestações em falta e assim atribua uma vantagem ao co-contratante. Mas por um lado é errado perspectivar uma solução jurídica ou falta dela na vertente do potencial incumprimento

ou falta de honestidade no desenvolvimento dos procedimentos. Por outro lado, até são facilmente sindicáveis as prestações em falta: estas estarão identificadas no processo que culmina com a resolução do contrato inicial (no caso do contrato de empreitada tendo presente a situação dos trabalhos, apurada nos termos do artigo 389.º, n.º 1 do Código). Naturalmente é concebível um caso patológico de má gestão pública (ou comportamento mais censurável até) em que a entidade adjudicante manifeste uma preferência ilegítima pelo segundo concorrente, e esta faculdade de adjudicação da segunda proposta constitua um incentivo a fazer cessar o contrato inicialmente celebrado.

Assumir desconfiança relativamente aos comportamentos das entidades públicas não é, desde logo, saudável e é entrar num campo minado de especulações. E, para mais, a solução que aqui discuto afigura-se interessante do ponto de vista de gestão pública, enquanto instrumento de poupança de tempo, diminuição de custos de oportunidade em caso de cessação do contrato com o co-contratante faltoso e de alternativa à interrupção das prestações e à degradação dos materiais e obra. E, como veremos, existem instâncias de controlo relativamente à celebração e execução destes contratos.

Garantia e posição dos demais concorrentes

No âmbito de procedimentos concursais existem interações entre concorrentes e entidade adjudicante, mas também entre os próprios concorrentes entre si.

Neste cenário de solução que aqui apresento há duas questões que se levantam agora:

- a) A da acrescida relevância que a graduação das propostas assume, quando é equacionada a possibilidade de adjudicação ao classificado seguinte;

- b) A da tutela da posição dos demais concorrentes no âmbito da formação de um novo contrato, na sequência da cessação de um outro.



O objecto de litígio tradicional no âmbito da formação dos contratos públicos, além dos respeitantes à exclusão de uma proposta, diz respeito à respectiva ordenação no relatório final da entidade adjudicante, e no âmbito destas àquela que é ordenada em primeiro lugar. É esta a posição que confere o direito de celebrar o contrato, e é esta a cobiçada pelos concorrentes.

Ao estar a aumentar a possibilidade de celebrar um contrato, a posição em que um concorrente vê ordenada a sua proposta assume importância acrescida, o que se poderá dizer que potencialmente poderá aumentar a litigiosidade no procedimento. Mas esta possibilidade de celebração do contrato com o classificado seguinte já existe, mas apenas surge em situações patológicas. E portanto, a excepção à regra. Como patológicos são os casos de caducidade da adjudicação sem celebração do contrato. Daí não crer que se perspetive mais litigiosidade apenas porque prever esta solução.

De todo o modo, qualquer das partes mantém várias garantias. O co-contratante inicial goza de um conjunto vasto de garantias contra um eventual abuso por parte da entidade pública, desde logo a possibilidade de impugnar judicialmente, com eficácia suspensiva (artigo 128.º do CPTA) as decisões do contraente público que constituam actos administrativos que determinem a resolução do contrato.

Na senda das Directivas Comunitárias, o Código incorpora um conjunto de soluções garantísticas de salvaguarda da posição dos concorrentes preteridos na adjudicação, nomeadamente a cláusula de *stand still* prevista no artigo 104.º. Naturalmente se poderá colocar

a questão de saber se esta é aplicável no âmbito de uma nova adjudicação, ao que se deve responder afirmativamente, e que a proposta de cláusula supra avançada garante. E uma nova adjudicação não deixará de estar sujeita ao escrutínio de um conjunto de entidades, designadamente do Tribunal de Contas, a título de fiscalização prévia e/ou concomitante e sucessiva, conforme os casos (artigo 1.º, 2.º, 5.º e 45.º e seguintes da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

Abandonar a visão procedimentocêntrica

Esta discussão que aqui tenho aflora uma outra temática que perpassa o Código e alguma legislação pública: um posicionamento excessivamente procedimento-cêntrico. O procedimento deve ser equacionado como um instrumento relevante com vista a assegurar a qualidade dos contratos e condições de igualdade entre os vários agentes de mercado. Mas não como um conjunto de regras que serve para cumprir regras.

Uma visão procedimentocêntrica tende a esquecer que, ao seguir-se as regras, deve assegurar-se uma devida satisfação das necessidades públicas e que uma aproximação excessivamente burocrática (no sentido Weberiano) acaba por redundar numa focalização no processo e não no resultado. Exemplo gritante desta fixação era, por exemplo a cominação constante do artigo 13.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho (agora revogado): bastava que não fosse apresentada uma ficha de relevância meramente estatística para que uma proposta de um concorrente, por melhor que fosse, ficasse colocada em causa. Outro exemplo: nos casos de concurso público em que haja apenas uma proposta e a entidade pública pretenda adjudicá-la, vi já quem achasse conveniente e necessário proceder à audiên-

cia prévia prevista no artigo 147.º do Código dos Contratos Públicos. Ou seja, perguntar ao único concorrente se concorda que se lhe adjudique.

Uma visão excessivamente procedimento-cêntrica leva-nos a tomar como terminado um procedimento com a celebração do contrato. Uma visão centrada na satisfação das necessidades públicas permite ver mais além.

Mas o que é certo é que, neste momento em que está na ordem do dia a revisão do Código dos Contratos Públicos, importante seria que o legislador clarificasse possibilidades e adoptasse novas soluções.

CONCLUSÕES

Assim, em suma:

- a) Existem um conjunto de instrumentos ao dispor das entidades públicas no sentido de minimizar os riscos de incumprimento contratual.
- b) Entre estes, há instrumentos passíveis de ser efectivados no âmbito da fase de formação do contrato, no sentido de promover a escolha de um adjudicatário que assegure o cumprimento do contrato. Neste trabalho referi-me a eles de forma sumária.
- c) Contudo, neste texto foquei-me essencialmente nos instrumentos passíveis de ser aplicados já depois de se ter dado início à execução do contrato, com vista a assegurar a efectivação das prestações que este contrato se destina a assegurar, nos casos em que surjam situações que colocam mesmo em risco a subsistência do próprio contrato.
- d) Entre estes, a cessão de créditos que o co-contratante dispõe sobre a entidade adjudicatária, presentes ou futuros,

corresponde a um instrumento relevante que possibilita que a entidade pública tente assegurar a efectivação das prestações através de subcontratados, sem necessidade de afastar o co-contratante.

- e) A aceitação, por parte dos co-contratantes e logo aquando da celebração do contrato, da cedência da posição contratual em situações patológicas permite assegurar que a entidade pública dispõe de mais opções para salvar o contrato vigente, permitindo, caso outras entidades assumam a posição, evitar eventuais custos de transacção elevados.
- f) Uma outra solução, que dispõe de alguns riscos mas que julgo defensável, é a previsão, no programa de concurso ou noutro instrumento semelhante, que, caso o contrato se inicie mas seja resolvido sem que as suas prestações sejam executadas, a entidade adjudicante terá a faculdade de adjudicar a proposta classificada seguidamente, caso esta seja renovada, e se mantenha nos exatos termos quanto às prestações sobranes.
- g) Contudo, é plenamente aconselhável uma revisão do Código dos Contratos Públicos no sentido de acolher soluções flexibilizadoras e mais centradas no resultado.

AS DORES ANTI-CONCORRENCIAIS/ BUROCRÁTICO-PROCEDIMENTAIS DO AJUSTE DIRECTO

(OU COMO O REGIME DO AJUSTE DIRECTO É “BUROCRATICAMENTE MAIS ANTI-CONCORRENCIAL” DO QUE O NECESSÁRIO – CORRENDO O RISCO DE SER INCONSTITUCIONAL)

Sumário executivo:

- Neste texto irei identificar algumas das dificuldades burocráticas associadas ao regime do ajuste directo em função do valor previsto no Código dos Contratos Públicos, designadamente a excessiva tramitação procedimental exigida na lei para celebrar um contrato.
- Irei defender que essa carga burocrática não só não é necessária, como desincentiva a concorrência: uma vez que o convite a mais do que uma entidade não é legalmente obrigatório, e que é muito mais exigente e burocrático convidar duas ou mais entidades do que convidar apenas uma, é natural uma tendência para optar por uma via procedimentalmente menos onerosa.
- Irei defender que não é ilegal – e que aliás é aconselhável – proceder, em condições de igualdade escrutináveis, a convites menos formais a várias entidades, e que o procedimento propriamente dito pode e deve ser desburocratizado, podendo, desde que reunidas algumas condições proceder-se à celebração do contrato sem uma tramitação procedimental tão exigente – designadamente sem tantas fases procedimentais e declarações de vontade assumidas sucessiva e reciprocamente em vários documentos. O novo CPA vem reforçar esta posição.

- Aliás, uma interpretação de que as entidades adjudicantes não podem conformar de forma simplificadora os seus procedimentos, à luz do novo CPA, pode ser violadora de princípios constitucionais quando aplicados a determinadas entidades, como por exemplo autarquias locais e governos regionais, na medida em que não é respeitada a autonomia e legitimidade própria para gerir os seus recursos.

1. Introdução

Antes de mais, saliento que este texto não é uma defesa do ajuste directo enquanto procedimento adjudicatório (pese embora o ajuste directo seja útil ou necessário em algumas situações, em que o custo de levar a cabo procedimentos mais exigentes excederia largamente o benefício de concorrência acrescida). O que aqui tentarei fazer é algo diferente: é tentar evidenciar como a excessiva burocracia e imposição de encargos administrativos – no quadro, neste caso, dos procedimentos de ajuste directo – são susceptível de conduzir a desperdício, ineficiência e redução da concorrência.



Os juristas conduzem ou aconselham muitas vezes nos procedimentos públicos pré-contratuais especialmente tendo em vista cumprir um conjunto de trâmites que a lei lhe impõe e eventualmente celebrar um contrato. Mas a tramitação procedimental administrativa e a eventual celebração de um contrato são meramente instrumentais e finalisticamente dirigidos a uma objectivo ultimo bem mais nobre: *satisfazer uma necessidade pública com respeito por um conjunto de princípios e valores.*

O modo como se encara o fim último de um procedimento pré-contratual por sua vez enforma a prática da contratação pública: o

efeito mais pernicioso de uma visão “*procedimentocêntrica*” da contratação pública – ao invés de “*necessidadocêntrica*” ou “*resultadocêntrica*” corresponde a uma menor percepção da importância da satisfação da necessidade, que assim é subalternizada relativamente ao cumprimento de um conjunto de regras²⁴. É essencial a compreensão da natureza e propósito da regra para identificar o efeito pretendido pelo legislador.

Mas esta aproximação ainda procedimentocêntrica – que ainda se encontra frequentemente na administração pública e que ainda se encontra instalada por vezes na psique do legislador – conforma também os termos em que o próprio legislador trata os procedimentos adjudicatórios, pela avaliação e adaptação que depois é feita da lei.

Irei, assim, tentar evidenciar como o interesse público e uma maior concorrência sofrem com uma regulamentação que, neste caso, se torna excessiva e com impactos negativos na gestão pública.

Para o efeito, irei, nomeadamente:

- a) Descrever sumariamente o regime do ajuste direto nos termos previstos no Código dos Contratos Públicos, nomeadamente no que concerne ao respectivo procedimento;
- b) Proceder a uma sumária comparação, em matéria de tramites burocráticos, entre o ajuste direto no Direito público e no Direito privado;
- c) Avançar em que termos é possível salvaguardar a concorrência, mas simplificar e acelerar a tramitação dos procedimentos por ajuste direto, evidenciando em que termos o regime actual quarta a concorrência.

²⁴ Ver, relativamente a esta problemática, HUGHES, O. (2003), *Public Management and Administration*, Palgrave MacMillan. pag. 17-26 e DUNLEAVY, P. e HOOD, C. (1994), ‘From old public administration to new public management’, *Public Money and Management*, Vol.14, No.3, pag. 9-16

2. Os tipos de ajuste direto

Um desconhecedor dos trâmites administrativos interroga-se frequentemente por que razão não são imediatamente feitas reparações na via pública, ou porque demora por vezes tanto tempo a concluir determinado concurso. Os argumentos comumente apresentados para justificar estas delongas – que o procedimento mais moroso assegura tendencialmente maior concorrência e melhores condições de contratação para as entidades públicas, prevenindo fenómenos como a corrupção e o desperdício, e que compete às entidades públicas assegurar igualdade de acesso à contratação a todos os agentes de mercado – por vezes não são entendidos em face da urgência que os cidadãos têm em ver resolvida determinada situação²⁵.

O procedimento de ajuste directo permite responder à necessidade de celeridade, na medida em que legalmente o hiato entre a decisão de início do procedimento e a decisão de adjudicação e subsequente celebração do contrato não necessita de ser tão longo como noutros tipos de procedimento como, por exemplo, o concurso público.

²⁵ Para uma análise desenvolvida na literatura sobre as diferenciações entre gestão pública e privada ver RANSON, S. e JOHN, J. (1989) Citizenship and government: the challenge for management in the public domain, *Political Studies*, Vol. 37 pps 5-24. A gestão no sector público é usualmente considerada uma tarefa mais exigente do que a gestão no sector privado. Para tal são habitualmente apontadas um conjunto de razões como; **1)** o facto do número de agentes (rede de intervenientes) na gestão pública ser consideravelmente maior, **2)** os procedimentos tendentes a assegurar igualdade entre os cidadãos e as empresas implicam usualmente maior delonga para efeitos da respectiva conclusão, **c)** Os recursos humanos tendencialmente beneficiam de um regime de maior protecção, designadamente contra sanções disciplinares ou despedimento, e **4)** os procedimentos estão sujeitos a regras mais exigentes, com vista a proteger determinados valores públicos, como a igualdade e concorrência.

O ajuste direto caracteriza-se, no essencial, pela desnecessidade de publicitação, no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia, da intenção de contratar por parte da entidade adjudicante. Esta desnecessidade reflecte-se por sua vez numa liberdade acrescida da entidade adjudicante na selecção das potenciais entidades com as quais irá contratar.

Em termos de tipologia, coexistem no Código dos Contratos Públicos essencialmente dois tipos de ajuste direto:

- a) O **ajuste direto em função do valor do contrato a celebrar**, em que o benefício económico a atribuir à entidade adjudicatária (normalmente o valor que lhe é pago) em geral não poderá ultrapassar determinado valor (em geral, no caso da aquisição de bens e serviços, 75.000 euros e, no caso de empreitadas de obras públicas 150.000 euros, sempre acrescido de IVA);
- b) O **ajuste directo com fundamento em critérios materiais (previstos no artigo 23.º e seguintes do Código)**, em que, por razões em geral relacionadas com a especificidade do objecto do contrato ou com as circunstâncias em que o procedimento é levado a cabo – seja em virtude da existência de um anterior procedimento, ou de uma circunstância específica – o Código admite a adoção do ajuste direto.

Focar-me-ei, neste texto, essencialmente no ajuste directo em função do valor, embora algumas das soluções que aqui identifico possam também ser adotadas no caso do ajuste direto por critérios materiais.

*

Deve salientar-se que as directivas comunitárias, embora não desconhecendo a figura do ajuste directo (processo de negociação sem

publicação prévia de anúncio²⁶) não regulam nem exigem tramites procedimentais específicos. Ou seja, as Diretivas permitem perceber o *quando* se pode recorrer ao ajuste direto, mas não o *como* se conduz o procedimento até alcançar a adjudicação. Na concretização do *como*, em face das Diretivas, o legislador nacional é livre de conformar a tramitação deste procedimento.

Assim, no âmbito do ajuste directo em função do valor o legislador criou dois subprocedimentos, descritos no quadro seguinte:

1	O ajuste directo simplificado , ao qual é possível recorrer quando esteja em causa aquisições de bens e/ou serviços de valor igual ou inferior a 5.000 euros, embora a entidade contratante possa, caso o deseje, optar pelo procedimento mais complexo referido de seguida.
2	O ajuste directo não simplificado – que designarei de regime geral do ajuste directo), que é aplicável em geral quando o contrato a celebrar corresponda a uma empreitada cujo valor do contrato seja inferior a 150.000 euros, ou a uma aquisição de bens ou serviços de valor inferior a 75.000 euros. Ora o legislador estabelece além desta uma diferenciação procedimental consoante é ou não convidada mais do que uma entidade. Teremos assim dois sub-subprocedimentos:
2-A	Ajuste directo não simplificado (regime geral) com convite a uma entidade.
2-B	Ajuste directo não simplificado (regime geral) com convite a mais do que uma entidade.

²⁶ Ver, por exemplo, o artigo 32.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

3. Chegar ao Contrato (ou as Fases dos vários Procedimentos de Ajuste Direto em Função do Valor)

3.1. Ajuste directo simplificado

O ajuste directo simplificado, com sede nos artigos 127.º e 128.º do Código dos Contratos Públicos é o procedimento de formação do contrato burocraticamente menos exigente do Código, visando conceder a liberdade ao órgão competente para a decisão de contratar para, na sequência da obtenção de factura ou documento equivalente respeitante ao bem ou do serviço, adjudicar sobre ele.

Contudo, como sabem aqueles que vivem no dia a dia a prática administrativa, a facilidade prevista no Código para o ajuste directo simplificado dificilmente é possível por aplicação dos demais preceitos que regulam a actividade administrativa, designadamente no que concerne á contabilidade pública. A Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, veio exigir que as faturas sejam emitidas já incluindo o *número do compromisso* (ou seja, o número que, no essencial, corresponde ao identificativo para a assunção “*de obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições*” (artigo 3.º, alínea a) da Lei n.º 8/2012).

E se o artigo 128.º isoladamente aponta para uma solução relativamente simples de recebimento da fatura e de adjudicação sobre esta, a Lei n.º 8/2012, dissonante com aquele regime, parece apontar para a obrigatoriedade de, pelo menos, haver uma comunicação à entidade emitente da fatura do número de compromisso que nela deve ser inscrito²⁷, o que pressupõe algum tipo de procedimento prévio.

²⁷ Pese embora não me vá debruçar aqui sobre essa questão, poderá defender-se que o regime do ajuste directo simplificado deveria estar excepcionado da

Teremos assim comumente duas fases essenciais com vista à adjudicação de um contrato por ajuste direto simplificado:

- a) Verificação de fundos disponíveis (normalmente associado à produção de uma informação propondo a adjudicação);
- b) Adjudicação e posterior emissão de fatura com número de compromisso por parte do fornecedor (neste caso inviabilizando a solução do Código de adjudicação sobre a fatura).

Naturalmente este procedimento pressupõe o conhecimento do valor da adjudicação previamente à verificação dos fundos disponíveis.

3.2. Regime geral do Ajuste directo (não simplificado)

No âmbito do ajuste direto em função do valor a entidade adjudicante é livre de escolher convidar uma ou várias entidades. Mas mesmo no caso de consulta apenas a uma entidade o regime geral do ajuste direto implica um procedimento significativamente mais exigente por comparação com o ajuste direto simplificado. As fases

obrigatoriedade de fornecimento do número de compromisso ao fornecedor. Contudo, a própria Lei n.º 8/2012 prevê que prevalece “*sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais, que disponham em sentido contrário*” (artigo 13.º). E por outro lado seria estranho dispor de um número de compromisso e não dispor de uma adjudicação. O que será, eventualmente, possível, será a emissão de um número de compromisso genérico, para vários procedimentos, e que vá sendo *consumido* à medida que são feitas adjudicações sobre a fatura, sendo que a adjudicação formal sucede depois da emissão da fatura com um número de compromisso já inscrito.

essenciais do mesmo, desde o início formal do procedimento até à celebração do contrato, estão descritas no quadro seguinte²⁸:

N.º	Descrição da fase
1	<p>Início do procedimento, que implica ou a preparação de uma informação e tomada de decisão sobre esta, ou a tomada de decisão sem suporte numa informação, directamente pelos órgãos competentes da entidade adjudicante, que, em concreto:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Tome formalmente a decisão de contratar; b) Escolha especificamente o procedimento a adotar; c) Aprove as peças do procedimento; <p>Naturalmente no caso de convite a várias entidades a decisão implica, entre outras matérias:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) A selecção das entidades a convidar; b) A escolha/designação do júri; c) A identificação dos critérios de adjudicação.
2	<p>Notificação formal à(s) entidade(s) convidada para efeitos de apresentação de proposta, que deve cumprir os requisitos do Código;</p>

²⁸ O quadro procura apresentar um panorama geral das fases do procedimento, bem como evidenciar que, em vários momentos, o ajuste direto com consulta a várias entidades significa para a entidade pública um conjunto de encargos acrescidos, que não encontram paralelo caso não haja lugar a essa consulta. Este esquema não é exaustivo, uma vez que não refere, por exemplo, a prestação de esclarecimentos ou o regime de erros e omissões do caderno de encargos. Para uma descrição mais detalhada do procedimento de ajuste direto ver, de Miguel Nogueira de Brito, *Ajuste Directo*, in Estudos de Contratação Pública – II – Coimbra Editora, 2010.

N.º	Descrição da fase
3	Resposta formal da(s) entidade(s) convidada(s) , que está obrigada à apresentação de um conjunto de elementos, designadamente, e pelo menos (artigo 57.º do Código): a) Anexo I ao Código; b) Proposta;
4	Análise das propostas por parte da entidade adjudicante, produzindo os necessários elementos e, no caso do ajuste direto com convite a várias entidades, é possível a existência de uma fase de negociação das propostas . Quando haja apenas uma proposta pode haver lugar ao convite à melhoria da proposta .
4-A	No caso do ajuste direto com convite a várias entidades é necessária: a) A reunião do júri; b) A consequente aplicação dos critérios de adjudicação de propostas; c) Preparação do relatório preliminar com proposta de decisão.
4-B	No caso do ajuste direto com convite a várias entidades deve proceder-se à remessa do relatório preliminar a todos os convidados, concedendo um prazo mínimo para efeitos de audiência prévia de cinco dias.
4-C	No caso do ajuste direto com convite a várias entidades , e na sequência do decurso do prazo para efeitos de audiência prévia, deve elaborar-se o relatório final, propondo a adjudicação ou exclusão de todas as propostas
5	Tomada de decisão por parte do órgão competente da entidade adjudicante
6	Caso a decisão seja de adjudicação, poderá haver lugar à aprovação da minuta do contrato, caso haja lugar a contrato escrito, e a notificação da adjudicação ao adjudicatário;

N.º	Descrição da fase
7	A habilitação do adjudicatário, designadamente procedendo à apresentação: <ul style="list-style-type: none">a) De certificados de registo criminal relativamente à entidade ou relativamente a todas as pessoas que integram os órgãos de gestãob) De declaração conforme anexo II ao Código dos Contratos Públicos

Segue-se depois a celebração de contrato escrito, se a ela houver lugar.

*

Não são, portanto, poucos os passos procedimentais a tomar, especialmente considerando que frequentemente as orgânicas das entidades públicas – especialmente as estruturalmente mais complexas – pendem para a necessidade de vários despachos, assinaturas, confirmações e validações dos vários dirigentes.

*

É patente que, a estar em causa um ajuste directo **com convite a mais do que a uma entidade**, o panorama burocrático agudiza-se e os trâmites procedimentais são ainda mais exigentes. Pode perguntar-se se esta tramitação é efectivamente exigível pela lei. Discutirei esta questão com mais profundidade infra, mas não há dúvida – porque está na sua letra – que o Código dos Contratos prevê previsão a realização destes trâmites, inclusivamente nos artigos que citei (112.º e seguintes), o que indicia que legislador faz mais do que um convite ao aplicador para efectivamente dar cumprimento àqueles preceitos.

Assim, com todas estas previsões burocráticas – relembro, palavra entendida num sentido weberiano –, dificilmente um ajuste directo

com consulta a mais do que uma entidade poderá ser tramitado em menos do que três semanas, podendo alongar-se caso haja reclamações e reformulações dos relatórios.

É igualmente de ter presente que, a par dos tramites procedimentais, não são poucas – especialmente no que concerne ao contrato de empreitada – as exigências substantivas impostas na construção das peças do procedimento. A contratação pública envolve, em regra, a utilização de dinheiros públicos. E os procedimentos de contratação pública obedecem naturalmente a uma lógica de incentivo ao dispêndio parcimonioso das verbas de todos.

Mas impõe-se, para que o Direito seja um instrumento de boa gestão pública:

- a) Questionar se os procedimentos de contratação, nos termos em que estão concebidos, efectivamente constituem um instrumento de boa gestão, incluindo no que respeita à proteção dos particulares;
- b) Analisar se existem outros valores a salvaguardar, e que recomendam soluções diferentes.

4. O Procedimento Público e a Contratação Privada

Não sendo partidário das doutrinas do *new public management*²⁹ a análise que aqui faço beneficia, porém, de uma (curta) incursão no Direito civil e em alguns outros sistemas jurídicos.

²⁹ No essencial, o *new public management* propõe a aplicação de instrumentos típicos de direito privado como meios para potenciar a eficácia e eficiência da gestão nas entidades públicas.

Sendo verdadeiro que, em geral, a celebração de um contrato em sede de direito civil não é, **do ponto de vista procedimental**³⁰, tão exigente como sucede com vista à celebração de um contrato público (não existe uma obrigação, por exemplo, de preparação de peças procedimentais), não é correto afirmar que não há quaisquer encargos ou custos de transação, mesmo que não relacionados com a condução de um procedimento prévio.

O cuidado do legislador surge essencialmente ao nível de obrigações de **conteúdo do contrato**. Entre estes podem citar-se, a título exemplificativo, o contrato de trabalho a termo – devendo conter um conjunto de referencias, nos termos do artigo 141.º do Código do Trabalho – e o contrato de arrendamento, que deve conter as menções referidas no artigo 1069.º do Código Civil.

Quanto à **forma**, alguns contratos, em razão da especial necessidade de segurança e certeza jurídica, são necessariamente sujeitos a obrigações específicas, de que são o exemplo mais óbvio as transmissões de bens imóveis, mas também, novamente, os contratos de trabalho e de arrendamento.

No quadro da celebração de contratos que citei deve não obstante lembrar-se que existem trâmites, requisitos ou pressupostos a cumprir para que os contratos possam celebrar-se. No caso da venda de imóveis pode ser necessário, por exemplo, liquidar e pagar o Imposto municipal sobre transmissão de imóveis, ou o imposto de selo.

Contudo, o objectivo do seu cumprimento não corresponde a garantir igualdade e concorrência na escolha do co-contratante, e para mais, na fase em que as obrigações estão a ser cumpridas, a contraparte já está escolhida.

³⁰ Esta perspectiva centra-se na questão procedimental. Não está aqui em causa, por exemplo, diferentes complexidades dos contratos – um contrato público pode ser proceduralmente complexo, mas o seu conteúdo simples.

Por outro lado, o cumprimento destas formalidades em regra implica um relacionamento entre uma das partes no negócio e um terceiro, o que já não sucede na tramitação de contratação pública, o que também se compreende naturalmente dada a vocação garantística do Código dos Contratos Públicos.

E embora o Código Civil acolha a figura do concurso público, configura-o como uma possibilidade com vista a conclusão de um negócio (463.º), sem cariz obrigatório.

Em suma, para as situações prototípicas e para tipos de contratos idênticos, a solução civil é evidentemente mais célere. Fruto da circunstância que *os valores que se pretende proteger* são de natureza diferente no direito público e no direito civil, o legislador, no âmbito dos contratos de natureza civil, preocupa-se, quando regula, sobretudo em regular a obrigatoriedade de determinado conteúdo, e não procedimentos pré-contratuais. Ora os procedimentos – sejam eles o concurso público ou o ajuste direto – consomem tempo e recursos públicos, e a consagração legal destas soluções terá obedecido a certo racional, prosseguindo determinados valores. Dado que, ao acolher uma solução que implica a preparação de fases pré-contratuais, e assim gera encargos administrativos, é necessário tentar interpretar esse racional, e analisar criticamente se a solução encontrada neste Código é idónea e proporcional com vista a preservar esses valores. Deve, pois, perceber-se *para quê* introduzir um procedimento burocraticamente exigente, verificando-se se não existem alternativas a tal.

4.1. Funções do procedimento e recurso ao ajuste directo

A existência de um procedimento – a “*sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade*”

dos órgãos da Administração Pública” (artigo 1.º do *velho* CPA) – no caso dos contratos públicos serve em particular, funções:

- a) De *garantia dos particulares*, ao nível da preservação da igualdade entre os potenciais concorrentes, através de procedimentos que assegurem um prévio conhecimento da existências de um futuro contrato, e igualdade no acesso ao mesmo. O exemplo paradigmático é o concurso público;
- b) De promoção da concorrência, com vista a melhor servir-se os interesses públicos e a incentivar um mercado mais eficiente;
- c) De *uniformização da atuação pública*, standardizando o procedimento transversalmente a toda a administração pública;
- d) De *qualificação da qualidade da contratação* e da posição das entidades públicas, a traduzir-se na tendencial celebração de melhores negócios públicos (seja ao nível da verificação de condições cumpridas pelos particulares – v.g. pela exigência de certificados de registo criminal –, ou da ponderação do conteúdo dos contratos – manifestada, por exemplo, nas regras respeitantes a cada contrato em especial, ou à melhoria das condições financeiras dos contratos.

A consagração de um regime procedimentalmente tão exigente no ajuste directo com consulta apenas a uma entidade parece encontrar justificação numa vontade legislativa de uniformização e na necessidade de certificação que as posições assumidas pelas partes numa fase pré-contratual se encontram devidamente firmadas. Por último, quando não há lugar à celebração de contrato escrito, poderá justificar-se também o procedimento como um momento em que se firmam, por escrito, as prestações do contrato, e como prelúdio para a apresentação de elementos certificativos, como documentos de habilitação (neste caso trasnversal à consulta a um ou mais entidades, ou a outros procedimentos).

Já no caso do **ajuste directo com consulta a mais do que uma entidade** o procedimento instituído serve não só o propósito referido no ponto anterior, mas também a função de garantia e de alargamento da concorrência. Através do procedimento a entidade pública publicita de forma (limitadamente) mais abrangente – isto é, a mais entidades – a intenção de contratar, e, perto do final do procedimento, fundamenta a razão da escolha do adjudicatário, assegurando aos convidados meios de defesa para reagir contra decisões que repute como ilegais.

Contudo, existem alternativas para garantir estas funções, como veremos infra, uma vez que a instituição de um procedimento assim exigente cerceia a procura de propostas alternativas, numa perspectiva de promoção da concorrência.



Se se a entidade adjudicante convidar apenas uma entidade – o que, como vimos, pode livremente fazer – não está legalmente obrigada a nomear um júri, não tem de fazer uma análise formal e material da diversas propostas, não está obrigada a produzir um relatório preliminar, não está obrigada a sujeitar uma proposta de decisão a audiência prévia, não tem de produzir um relatório final, e não está sujeita a eventuais impugnações. **Os custos de transação do convite a mais que uma entidade são grandes.** E se a entidade adjudicante pode livremente optar por convidar apenas uma entidade ou convidar várias à apresentação de propostas, e se o regime de convite a várias entidade é procedimentalmente mais exigente e mais consumidor de recursos do que o convite a apenas uma entidade, **então existe um desincentivo legal ao convite a mais que uma entidade.** E é mau que assim seja, na medida em várias consultas garantem tendencialmente maior leque de opções e assim maior probabilidade

de melhores condições para a entidade pública (*desde que os critérios de seleção sejam adequados*).

Nesta perspectiva, alinhar ou aproximar os custos (*lato sensu*) de convidar apenas uma entidade dos inerentes a convidar mais do que uma entidade pode fazer-se, em geral, de duas formas: **aumentando os custos de transação** do procedimento de convite a mais que uma entidade ou **diminuindo os custos de transação** do procedimento com convite a mais que uma entidade.

Relembre-se que em sede de avaliação da vigência (plena)³¹ do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, verificou-se que a solução nele consagrada de obrigatoriedade de consulta a vários fornecedores nos casos em que o valor fosse igual ou inferior a 2.500 contos resultava não num alargamento da concorrência, mas na realização de *consultas fantasma* em que os consultados ou não respondiam ou respondiam sem um interesse efectivo na apresentação de proposta.

Julga-se, por isso, que é necessário encontrar mecanismos de simplificação do ajuste direto, especialmente com consulta a mais do que uma entidade. Apresento aqui duas.

5. As Alternativas Simplificadoras

5.1. Em face da legislação atual

Em face das patologias identificadas julgo existir efectivamente uma necessidade premente de se consagrar, de iure condendo, soluções legislativas que incentivem maior concorrência e desonrem as entidades públicas de exigências significativamente acrescidas para

³¹ Alguns artigos deste diploma, no que respeita à definição de regras de competência para a autorização de despesa, ainda se encontra parcialmente em vigor.

realizar procedimentos mais abrangentes em termos de entidades convidadas.

Contudo, tal não significa que, com os instrumentos actualmente existentes, não seja possível melhorar a concorrência e a celeridade em matéria de contratação.

5.1.1. Da desprocedimentalização do ajuste directo com consulta apenas a uma entidade

Em face da lei atual, e em especial do novo CPA, parece ser possível **desburocratizar o procedimento com vista à celebração de um contrato** quando esteja em causa um ajuste directo em que é apenas convidada uma entidade, **prescindindo de um conjunto de fases e formalidades descritas supra**, mesmo não estando em causa um ajuste direto simplificado, previsto no artigo 128.º do Código.

Ora desde logo deve salientar-se que a lei é clara quanto à exigência da tramitação, e todo o procedimento de ajuste direto está assente num princípio de interações e *troca sucessiva de elementos* com vista à produção de um contrato. Nos termos em que o Código configura o ajuste directo são necessárias não só duas declarações de vontade, mas **até quatro**, distribuídas ate por vários documentos: o convite, a resposta ao convite (com a proposta escrita e o anexo I do Código) a assinatura do contrato escrito se a ele houver lugar (com duas novas declarações). Contudo, do ponto de vista da perfeição das declarações negociais, a celebração de um contrato escrito condensa já todas as declarações necessárias, e é passível também de condensar os elementos acessórios que o legislador considera relevantes, designadamente as declarações ou comprovativos quanto à inexistência de condenações ou estado de insolvência. No caso do ajuste direto com consulta apenas a uma entidade **parece assim não sofrer desvalor jurídico**

o contrato que resulte de uma partida direta para a celebração de contratos, com alguns cuidados quanto à suficiência formal dos elementos existentes à data de celebração do contrato, não cumprindo um procedimento prévio tão elaborado como aquele que está exaustivamente previsto no Código.

Estes cuidados passam por garantir que quer as **declarações que atestam situações**, quer os demais elementos acessórios (por exemplo documentos de habilitação, ou as declarações constantes como anexo I ou II ao Código dos Contratos Públicos) estão já presentes na data de celebração do contrato e são anexos a este.

Por outro lado, exige-se um maior cuidado na celebração do contrato, integrando com maior rigor elementos que poderiam antes estar no caderno de encargos.

Refira-se que tal procedimento não obedece, de facto, à estrita tramitação prevista no Código para o ajuste direto, **e parece ser, em matéria de gestão, adequado apenas a determinados tipos contratuais** (contratos de prestação de serviços, ou de aquisição de bens) **com clausulado contratual relativamente simples**. Contudo, julga-se que, no âmbito de uma revisão do Código, será uma opção a ponderar.

Aliás, como veremos infra, uma densificação legal tão por-menorizada da tramitação associada ao ajuste direto corre o risco, até, quando aplicada a pessoas coletivas públicas com legitimidade democrática própria, **a ser considerada inconstitucional**. De todo o modo, mesmo admitindo a conformidade da solução do Código com a Constituição, a preterição de algumas formalidades não essenciais, nomeadamente nos termos em que indicámos supra, **não parece corresponder a qualquer vício que ponha em causa a validade dos contratos**.

Não corresponde a uma nulidade, uma vez que não se trata de um ato praticado “*com preterição total do procedimento legalmente*

exigido” (artigo 161.º do novo CPA). Existe um procedimento de ajuste direto. Contudo, é consideravelmente aligeirado, através da condensação das declarações negociais.

E não existe também anulabilidade. O preceituado no artigo 163.º, n.º 1 do *novo* CPA aponta para a anulabilidade quando os atos administrativos são praticados “*com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção*”. Mas “*não se produz o efeito anulatório quando: b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via*” (artigo 163.º, 5, b) do novo CPA). E aqui o fim visado é satisfeito, abrindo-se a porta à simplificação procedimental.

5.1.2. *Ajuste direto com consulta a uma entidade com prévia consulta ao mercado*

O Código dos Contratos Públicos transforma o ajuste direto num procedimento mais complexo a partir do momento em que se escolhe consultar mais que uma entidade. E o convite (ou a intenção de convidar) é, por isso, o factor que dá origem uma maior complexidade procedimental, nos termos do artigo 115.º do Código. Este não impede, porém, que as entidades públicas façam uma análise de mercado no sentido de identificar as condições existentes. Aliás, tal é inclusivamente uma condição para que se possa conhecer, em termos gerais, os valores de mercado que estejam a ser praticados para que por sua vez se fixar o preço base.

É, pois, possível, em termos desprocedimentalizados, recolher informações de agentes económicos relativamente aos termos em que estes prestam ou fornecem determinado serviço ou bem, ou realizam certas obras. Em face dessa informação, a entidade pública pode dispor de condições que lhe permitam optar por um determinado

prestador e assim só com ele desenvolver um procedimento formal de contratação, ou convidar menos entidades, depois de uma pré-selecção mais ampla.

Nada impede então que se conduza uma **fase pré-procedimental**, informal, em que se obtém informações precisas sobre o valor a que cada empresa se dispõe a contratar, até confrontando as empresas com os valores praticados pelo mercado até se obter o valor mais baixo e as melhores condições.

Neste quadro é recomendável:

- a) A existência de uma lista prévia de prestadores, na qual estes se inscrevem para efeitos de consulta;
- b) Registo escrito dos termos em que esta consulta é feita, que deve sempre preservar total igualdade nos contactos com eventuais interessados;
- c) Nos casos em que assim seja, que na operação de recolha de informações no mercado que fique claro que a entidade pública não esta a emitir qualquer declaração negocial;
- d) Uma avaliação disponível sobre o sucesso ou insucesso da execução dos contratos;
- e) Uma estrita avaliação dos riscos de corrupção.

5.1.3. *Da Constitucionalidade da solução do Código*

Complementarmente, e caso não se admita a aplicação do artigo 164.º, n.º 5, b) do *novo* CPA, e o correspondente afastamento do desvalor – é até de questionar a conformidade desta malha procedimental apertada que é o regime do ajuste direto com a Constituição, quando aplicado às entidades públicas com legitimidade própria e inerente autonomia de gestão.

As autarquias locais gozam, como se sabe, de uma ampla margem de autonomia constitucionalmente reconhecida, que tem a sua sede, no essencial, no artigo 277.º da Constituição. Esta autonomia significa, em termos gerais, a liberdade para definir as opções estratégicas no quadro local, através dos meios por si escolhidos, e de lhes dar execução com obediência à legislação vigente. O mesmo sucede, por exemplo, com os governos regionais.

Por sua vez o CCP – aprovado por um decreto-lei e não por uma lei do Parlamento – institui, como se sabe, numerosos trâmites com vista a celebrar um contrato público. O Código não estabelece – ao contrário do que faz, por exemplo, a legislação do Reino Unido e, em certos aspetos, a legislação francesa – uma obrigatoriedade de cumprir apenas princípios ou orientações gerais: ao invés impõe mesmo as acções concretas a cumprir, pretendendo conformar, com pormenor, o comportamento de todas as entidades públicas abrangidas pelo Código, incluindo governos regionais e autarquias. E esta densificação corresponde a efetivas restrições: para atingir os objectivos pretendidos, não é escolhido o percurso processual mais simples, mas um que é burocraticamente mais exigente.

Ora a Constituição não impede, como se sabe, que o legislador institua restrições à autonomia das autarquias locais. Ressalva, contudo, a necessidade dessa restrição ser adequada, necessária e proporcional, e conforme com os princípios nela consagrados. E estas restrições procedimentais atualmente instituídas não só não são necessárias em muitos casos, como não são adequadas a impedir degradação da contratação pública (como aliás nos mostram as experiencias comparadas). Não se trata aqui de uma obediência a um desígnio nacional de homogeneidade, mas à instituição de uma plétora de requisitos formais que podem ser facilmente substituídos por uma tramitação mais simples.

Nesta medida, a exigência procedimental do ajuste directo aplicada às autarquias locais, caso se adopte uma posição mais cerceadora relativamente à autonomia procedimental, parece ser excessiva de forma a por em causa até a respectiva constitucionalidade.

Este argumentário é até reforçado pela recente jurisprudência do Tribunal Constitucional no recente Acórdão n.º 494/2015 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), na qual se refere, designadamente, que *“A existência de órgãos das autarquias com legitimidade democrática directa – que são eleitos pela população local e perante esta responsáveis – seria incompatível com a sujeição da sua organização ou funcionamento a uma qualquer relação de hierarquia ou sujeição a tutela de mérito pela administração do Estado. Caso contrário, os titulares do poder local poderiam ser politicamente responsabilizados por opções que não foram por si livremente tomadas”*.

É certo que nesse acórdão estava em causa a necessidade de sujeição de um ato – um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho – e não o cumprimento de um procedimento previsto na lei. Mas a essência do argumento continua, no nosso caso, intacta.

5.2. Para uma legislação futura

De *iure condendo*, julgo que deve equacionar-se uma alteração legislativa no sentido de contemplar expressamente na lei uma solução que minimize os encargos administrativos na consulta a mais do que uma entidade.

Há várias formas de o fazer. A mais simples, e relativamente corrente nos sistemas europeus abrangidos pelas mesmas directivas, é desprocedimentalizar, e reconhecer como desnecessárias algumas fases para investir naquelas que efectivamente asseguram maior concorrência mas com menores custos de transação. Até porque as direc-

tivas não especificam exaustivamente a tramitação que deve estar associada a cada tipo de procedimento.

Nesta matéria, o legislador do Reino Unido, através do “The Public Contrats Regulation 2015” acolheu uma solução de aproximação (simples e pragmática) de transcrição das directivas. Os fundamentos para o ajuste diretos seguem de perto os constantes da directiva. E dedica um Capítulo deste diploma (Capítulo 8.º) à “Contratação Abaixo dos Limiares”, que ocupa apenas 6 páginas de legislação. O sistema é altamente desprocedimentalizado e particularmente interessante: nos casos em que o valor do contrato exceda 10.000 libras a oferta é publicada numa plataforma comum da Administração Pública (Contracts Finder – <https://www.gov.uk/contracts-finder>) gerida publicamente e de acesso totalmente gratuito³². O contrato é adjudicado e, na sequência da adjudicação e relativamente à execução do mesmo, são feitos relatórios disponibilizados na plataforma. Aposta-se, assim, na publicitação e na responsabilização das entidades públicas.

Existem vários factores de rigidez no actual regime do ajuste direto, seja ao nível do modo de apresentação de propostas, seja quanto, por exemplo, à fase de audiência prévia. Quanto a esta última, no domínio da legislação portuguesa, tem-se consagrado o direito de audiência prévia em termos relativamente semelhantes sem alterações desde o primeiro Código do Procedimento Administrativo de 1991, sem que tal tenha efectivamente que assim ser. O artigo 267.º, n.º 5 da Constituição – que estabelece que “*O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito*” – não

³² Ao invés de incentivar uma proliferação de plataformas privadas cujo negócio em larga medida é feito à custa da contratação pública.

impõe um modelo único de audiência, mas apela à efectiva participação dos interessados. E se, no âmbito do CPA, a consagração da audiência prévia nos termos em que foi feita continua a fazer sentido, a sua regulamentação no âmbito da contratação pública pode e deve ser repensada.



De todo o modo, no âmbito de uma alteração futura da lei, não me chocaria a instituição de consultas obrigatórias a mais do que uma entidade no âmbito do ajuste directo. Contudo, a tramitação inerente a essas consultas deveria ser muito aligeirada, em face do que se referiu supra.

6. Conclusões

Em suma:

- a) O CCP prevê um conjunto de regras respeitantes à tramitação dos procedimentos, nomeadamente quanto ao ajuste directo;
- b) No âmbito do presente artigo dedico-me essencialmente à análise do ajuste directo em função do valor, não me debruçando sobre as outras modalidades de ajuste directo;
- c) Existem várias subtipologias de ajuste directo em função do valor, em concreto o ajuste directo simplificado, o ajuste directo (regime geral) com consulta a uma entidade, e o ajuste directo (regime geral) com consulta a três entidades;
- d) A tramitação inerente ao ajuste directo – seja esta com ou sem convite a três entidades – implica um conjunto de tramites burocráticos – no sentido Weberiano – com vista a alcançar a adjudicação;

- e) Contudo, a solução literal do Código exige uma tramitação burocrática consideravelmente mais exigente nos casos que propiciam mais concorrência, e que envolvem a consulta a mais do que uma entidade, o que constitui um desincentivo ao recurso de formas mais concorrenciais (comparando com o ajuste direto com consulta a uma entidade), o que importa evitar;
- f) Aliás, é necessário notar que, por exmplo, em regimes de outros países como o Reino Unido, é consideravelmente mais simples a tramitação do ajuste direto público. A simplicidade da contratação no Direito civil não pode ser integralmente transposta para o Direito público, mas não lhe podemos ficar alheios;
- g) É, contudo, possível encontrar soluções simplificadoras no quadro da lei atual;
- h) Nos casos em que se pretende consultar mais do que uma entidade, julga-se que, antes do início do procedimento, nada obsta a que, nos termos melhor descritos supra, se faça uma consulta a várias entidades, dando início formal de um procedimento após essa consulta e menos entidades, segundo critérios previamente aceites da entidade pública, e com recurso a eventuais bolsas de fornecedores, como existe no direito comparado;
- i) No âmbito da lei vigente, julga-se igualmente possível proceder a algumas “descomplexificações” procedimentais, nos termos melhor descritos supra, eliminando fases procedimentais mas em que se assegure o fim prosseguido pelo procedimento, uma vez que a tal preterição de fases não está associado desvalor de nulidade ou anulabilidade;
- j) No que respeita às entidades que, nos termos da Constituição, gozam de autonomia para configurar a respectiva actividade – e em especial as autarquias locais – julga-se que será inclusivamente de considerar que uma leitura que não permita que

estas entidades configurem os seus procedimentos nos termos descritos nos pontos precedentes será inconstitucional, por violação do conteúdo essencial dessa autonomia.

- k) No âmbito de uma futura alteração do Código, importaria instituir soluções simplificadoras. Não chocaria instituir um regime de obrigação de consulta a mais do que uma entidade no regime geral do ajuste direto, mas é urgente aligeirar a tramitação respeitante a essa consulta para que não enferme dos vícios que semelhante procedimento padecia, no âmbito da vigência do Decreto-Lei n.º 197/99.

OS CASOS DA PRÁTICA

ACTOS ADMINISTRATIVOS PROVISÓRIOS E A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1. Enquadramento e notas sobre ausência de audiência prévia e sobre o regime de impugnação

Uma das queixas frequentes respeitante à actuação dos Municípios prende-se com alguma inoperância em face de situação de violação de direitos subjectivos (p.e. direito ao descanso) provocada, designadamente, por ruído ou outras incomodidades³³ – falta de supervisão de comportamentos de privados.

Neste âmbito, os Municípios dispõem de algumas opções no sentido de pôr cobro a situações de incomodidade: podem, por exemplo, aplicar as medidas cautelares previstas no artigo 27.º do Regulamento Geral do Ruído (Lei n.º 9/2007, de 17 de janeiro, com as respectivas alterações), ou as medidas cautelares previstas no artigo 41.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto (que aprova a lei quadro das contra-ordenações ambientais, na sua redação atual), por remissão do artigo 28.º e seguintes do Regulamento Geral do Ruído.

Existem, contudo, algumas dificuldades à acção efectiva por parte das entidades públicas: os procedimentos e medições previstos no Regulamento Geral do Ruído são por vezes difíceis de executar em tempo útil, o que dificulta também a sustentação de medidas definitivas.

³³ Ver, a este respeito, o Relatório à Assembleia da República 2013 do Provedor de Justiça, disponível em <http://www.provedor-jus.pt>.

Um dos instrumentos que se têm provado úteis na minimização de situações de incomodidade tem sido, porém, a aplicação de medidas provisórias de restrição de horários de estabelecimentos, fazendo apelo ao regime previsto nos artigos 84.º e 85.º do antigo Código do Procedimento Administrativo, e que encontra paralelo nos artigos 89.º e 90.º do novo CPA (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

Deixar-se-á infra um exemplo de tal medida.

*

Os artigos 84.º e 85.º do antigo CPA previam o seguinte:

ARTIGO 84.º

Admissibilidade de medidas provisórias

1 – Em qualquer fase do procedimento pode o órgão competente para a decisão final, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se produzir lesão grave ou de difícil reparação dos interesses públicos em causa.

2 – A decisão de ordenar ou alterar qualquer medida provisória deve ser fundamentada e fixar prazo para a sua validade.

3 – A revogação das medidas provisórias também deve ser fundamentada.

4 – O recurso hierárquico necessário das medidas provisórias não suspende a sua eficácia, salvo quando o órgão competente o determine.

ARTIGO 85.º

Caducidade das medidas provisórias

Salvo disposição especial, as medidas provisórias caducam:

- a) Logo que for proferida decisão definitiva no procedimento;*
- b) Quando decorrer o prazo que lhes tiver sido fixado, ou a respectiva prorrogação;*

- c) Se decorrer o prazo fixado na lei para a decisão final;*
- d) Se, não estando estabelecido tal prazo, a decisão final não for proferida dentro dos seis meses seguintes à instauração do procedimento.*

Já o novo CPA prevê, a este respeito, o seguinte:

ARTIGO 89.º

Admissibilidade de medidas provisórias

1 – Em qualquer fase do procedimento, pode o órgão competente para a decisão final, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se constituir uma situação de facto consumado ou se produzirem prejuízos de difícil reparação para os interesses públicos ou privados em presença, e desde que, uma vez ponderados esses interesses, os danos que resultariam da medida se não mostrem superiores aos que se pretendam evitar com a respetiva adoção.

2 – A decisão de ordenar ou alterar qualquer medida provisória não carece de audiência prévia, deve ser fundamentada e fixar prazo para a sua vigência.

3 – A revogação das medidas provisórias deve ser fundamentada.

4 – Os atos administrativos que ordenem medidas provisórias são passíveis de impugnação junto dos tribunais administrativos.

ARTIGO 90.º

Caducidade das medidas provisórias

Salvo disposição especial, as medidas provisórias caducam quando:

- a) Seja proferida decisão definitiva no procedimento;*
- b) Expire o prazo que lhes tenha sido fixado ou a respetiva prorrogação;*
- c) Expire o prazo fixado na lei para a decisão final;*
- d) A decisão final não seja proferida dentro dos 180 dias seguintes à instauração do procedimento.*



A aplicação de medidas provisórias apresenta desde logo um **vantagem óbvia de celeridade**, “*por ser uma resposta urgente e rápida, que os interesses públicos exigem*”, bem como de “*aligeiramento de tramitação, por não serem necessários trâmites destinados a satisfazer as garantias de contradição ou “contraditório”, asseguradas aos interessados a propósito da decisão final*”³⁴. Com efeito, se já à luz do anterior CPA a doutrina salientava a **desnecessidade de audiência dos interessados**, o legislador do novo CPA veio consagra-lo expressamente ao referir que “*A decisão de ordenar ou alterar qualquer medida provisória não carece de audiência prévia, deve ser fundamentada e fixar prazo para a sua vigência*” (artigo 89.º, n.º 2).



Mas esta celeridade significa necessariamente uma escolha consciente do legislador no sentido da **redução das garantias dos visados**: precisamente porque estarão em risco interesses públicos prementes a decisão não é compatível com as delongas que a tramitação do procedimento implicaria, nomeadamente com a audiência dos interessados.

A adopção de uma medida provisória de restrição de horários de funcionamento tem um efeito útil quando esteja em causa uma efectiva violação de direitos subjectivos de terceiros (mormente o direito ao descanso), mas pode ser **extremamente castrador da actividade** que se vê cerceada.

³⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO DE AMORIM, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, pág. 406

Naturalmente a medida provisória é susceptível de impugnação autónoma, designadamente através de uma providência cautelar que tenha por objecto a impugnação do acto. Mas o efeito suspensivo do requerimento com vista à adopção de uma decisão cautelar é passível de ser ultrapassado pela entidade pública mediante prolação da resolução fundamentada a que alude o artigo 128.º do CPTA, mantendo assim a medida provisória.

A decisão relativa uma eventual providência leva frequentemente dois ou mais meses. E quando esta seja decidida é possível que tenha já sido praticado o acto definitivo, tornando inútil a decisão judicial quando esteja meramente em causa a impugnação do acto a título cautelar.

Em caso de manifesta ilegalidade da medida aplicada o instrumento mais eficaz de atacar será o pedido de decretamento provisório da providência cautelar (artigo 131.º do CPTA). Mas os respetivos requisitos são bastante exigentes.

Assim, efetivamente o efeito útil da medida administrativa pode prolongar-se durante meses até que exista uma decisão judicial sobre um ato definitivo, restando ao particular solicitar o ressarcimento dos danos por via da indemnização, o que implicará custos acrescidos e delongas muito prováveis nos Tribunais. **Daí que seja uma medida a implementar com devida ponderação e proporcionalidade.**

2. Exemplo de deliberação/despacho

DESPACHO

***[Incomodidades – Horário de funcionamento do estabelecimento
sito no n.º [•] da Rua [•] – Medidas Provisórias]***

I. DOS FACTOS

- a) *A zona envolvente do [•], é uma das mais nobres e centrais da cidade de [•], servida de transportes públicos, e com características urbanísticas próprias e identitárias;*
- b) *Não obstante o forte carácter comercial, especialmente nas vias de maior frequência de transeuntes, é igualmente uma zona residencial, onde habitam vários cidadãos;*
- c) *Nos últimos anos a zona do [•] tem sido foco de uma forte dinâmica de recuperação urbana e de investimento;*
- d) *Tendo em consideração as atribuições que lhe estão legalmente cometidas, o Município de [•] tem desenvolvido um conjunto de iniciativas com vista à reabilitação do edificado, e ao repovoamento do centro histórico da cidade;*
- e) *Neste quadro, merece especial destaque o novo Plano Director Municipal, fortemente vocacionado para a recuperação urbana e para o repovoamento da cidade, bem como a estratégia de reabilitação urbana, aprovada pelos órgãos do Município;*
- f) *Assim, grande parte da cidade de [•] é hoje classificada como Área de Reabilitação Urbana, uma decisão que visou também incentivar a recuperação do edificado e a existência de mais condições para a fixação de mais habitantes na cidade, estando a envolvente da rua [•] enquadrada nessa Área;*
- g) *Importa manter condições para que este investimento seja efetivamente capaz de mudar e melhorar esta zona da cidade;*

- h) Ora em Dezembro de 20[•] veio remetida à Câmara Municipal de [•] uma reclamação reencaminhada pela Inspeção-Geral da [•] respeitante ao ruído provocado pelo estabelecimento [•] sito na Rua [•] n.º, [•], em Lisboa;*
- i) Queixas complementares foram apresentadas, em [•], bem como participações das seguintes entidades;*
- j) Dos elementos referenciados decorrem indícios fundados da existência de uma situação de incomodidade permanente e continuada, gerada pelo ruído produzido ou decorrente da laboração do estabelecimento sito no n.º [•] da Rua [•];*
- k) Acresce que a Rua [•] é estreita, e dispõe apenas de um sentido de trânsito;*
- l) Esta rua é igualmente um local predominantemente com carácter habitacional;*
- m) O estabelecimento [•] dispõe de acesso por uma entrada ao nível da rua, dando para esta, num prédio predominantemente habitacional;*
- n) O prédio onde se encontra instalado o estabelecimento [•] é habitado em várias fracções;*
- o) Conforme é confirmado pelos canais de comunicação do estabelecimento em questão, bem como de artigos publicados na imprensa, o estabelecimento labora até às 4h, reabrindo depois às 6h;*
- p) Existe, pois, a prática dos chamados after hours por parte do estabelecimento;*
- q) As autoridades já foram chamadas ao local em virtude da laboração do estabelecimento;*
- r) Como é de conhecimento público, a laboração mais tardia dos estabelecimentos, o trânsito e a permanência de consumidores na via pública associada a estes é geradora de ruído, existindo variadas disposições legais que determinam uma restrição dos respectivos níveis, em especial durante o período nocturno;*
- s) No âmbito de uma via estreita e povoada como é a Rua [•] afigura-se difícil assegurar o repouso dos moradores num contexto de*

funcionamento de um estabelecimento até às 4h, para reabertura do mesmo duas horas depois, às 6h, para after hours;

- t) O excesso de ruído e de incomodidades associados ao funcionamento do estabelecimento é um factor de perturbação da qualidade de vida da zona a partir de horas dedicadas habitualmente ao descanso;*
- u) O excesso de ruído e as dificuldades no repouso por este causado estão associadas a um conjunto de patologias, designadamente perturbações psicológicas, na memória, na concentração mental, na aprendizagem, e na produtividade pessoal, conforme o comprova ampla literatura, inclusive da Organização Mundial de Saúde;*
- v) A manutenção de focos de incomodidade, além dos efeitos nefastos que tem para a qualidade de vida das populações, contraria o esforço de repovoamento e redinamização habitacional daquela zona da cidade e da envolvente realizado por parte do Município;*
- w) A delonga na tomada de decisões relativamente a estas matérias perpetua as situações de incomodidade, e degrada ainda mais a qualidade de vida das pessoas;*
- x) Um horário limitado às 02:00h naquele local é considerado por um cidadão comum como um horário que excede os limites ou se encontra adequado à área em questão;*
- y) O espaço em questão é publicitado como um estabelecimento destinado à dança, não laborando antes das 22 horas;*
- z) Não fosse as situações detectadas de ruído não seriam necessárias as medidas ora adoptadas;*

II. DO DIREITO

- aa) Nos termos do n.º 1 do artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”;*

- ab) Conforme refere na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça “Como é consabido, a poluição sonora (ruídos prejudiciais, sobretudo nas horas consagradas ao descanso reparador da generalidade das pessoas) constitui uma das variantes dos atentados ao direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-04-2012, processo n.º 3920/07.8TBVIS.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt).*
- ac) A fim de concretizar esta disposição constitucional e efetivar a proteção dos cidadãos, o legislador ordinário prevê, na Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril), um conjunto de princípios, entre os quais o princípio da prevenção, nos termos do qual “as atuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades suscetíveis de alterar a qualidade do ambiente”;*
- ad) Assim, as entidades públicas em geral encontram-se instituídas no dever de prevenir as causas de degradação ambiental, efetivando assim um ambiente humano sadio e a proteção dos cidadãos;*
- ae) Em face de atuações que ponham em causa estes princípios constitucionalmente consagrados, é dever das entidades públicas intervir;*
- af) Verifica-se, neste caso, que são apresentadas queixas relativas ao funcionamento do estabelecimento sito no n.º [•] da Rua [•];*
- ag) Os documentos remetidos à Câmara Municipal de [•], bem como e em especial o contexto urbano em que o estabelecimento se enquadra constituem um forte indício de que efetivamente o funcionamento do estabelecimento é causador de degradação da qualidade ambiental na zona;*
- ah) Nos termos do n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”;*

- ai) Conforme prescreve o artigo 4.º do Regulamento Geral do Ruído (Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de fevereiro) “Compete ao Estado, às Regiões Autónomas, às autarquias locais e às demais entidades públicas, no quadro das suas atribuições e das competências dos respetivos órgãos, promover as medidas de carácter administrativo e técnico adequadas à prevenção e controlo da poluição sonora, nos limites da lei e no respeito do interesse público e dos direitos dos cidadãos”;*
- aj) Impõe-se assim uma atuação do Município de [•] que respeite estes princípios constitucionalmente consagrados, quer relativamente aos queixosos, quer no que respeita à entidade exploradora do estabelecimento, oferecendo-lhe as garantias de defesa legalmente previstas;*
- ak) Ora nos termos do Regulamento dos Horários [•], em concreto do n.º [•] do artigo [•], o Presidente ou o Vereador com competência delegada, poderá restringir os horários de funcionamento;*
- al) Contudo, impõe-se também que uma decisão final no procedimento, nomeadamente do procedimento tendente à restrição de horários de funcionamento, e salvo as exceções previstas no artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo, seja precedida da audiência prévia dos interessados a que alude o artigo 100.º do mesmo Código;*
- am) Sucede, porém, que “Em qualquer fase do procedimento pode o órgão competente para a decisão final, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se produzir lesão grave ou de difícil reparação dos interesses públicos em causa” (artigo 84.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).*
- an) “A medida provisória é temporária, reversível, e destinada a evitar um dano que justificadamente se receia como iminente” sendo que “as medidas administrativas provisórias, atenta a sua natureza e os fins que prosseguem, podem ser tomadas em qualquer estado ou*

fase do procedimento” (acórdão do STA de 18-03-2003, processo n.º 0259/03, disponível em www.dgsi.pt);

- ao) Caso não seja tomada uma medida provisória, há fundadas razões para crer que se perpetuarão situações de incomodidade e degradação da qualidade ambiental das populações;*
- ap) A perpetuação de exposição a fontes de ruído e a impossibilidade de repouso em função deste pode assim degradar de forma assinalável a qualidade de vida pessoal, e gerar prejuízos pessoais graves, o que não é compatível com mais delongas da tramitação administrativa neste procedimento;*
- aq) Por outro lado, verifica-se que a salvaguarda dos valores supra referenciados da qualidade de vida constituem interesses públicos a proteger, conforme decorre, por exemplo, do Regulamento Geral do Ruído, nomeadamente do n.º 1 do artigo 4.º, sendo igualmente evidenciada na jurisprudência dos tribunais administrativos e civis;*
- ar) A título meramente exemplificativo, no sumário do acórdão de 28-11-2002 do Tribunal Central Administrativo (processo n.º 11741/02, disponível em www.dgsi.pt), refere-se que “1 – O direito ao descanso e à consequente integridade física e psíquica dos cidadãos constituem valores essenciais constitucionalmente protegidos. II – Em matéria de suspensão de eficácia do acto administrativo a prova a produzir é de natureza sumária. III – Se os condóminos de um edifício apresentam reclamação ao Governador Civil, motivada pelo ruído devido ao funcionamento de um Bar situado no Rés-do-Chão do mesmo edifício, tal reclamação deve prevalecer sobre o depoimento de alguns cidadãos não identificados, que asseguram tratar-se de um “local calmo.”;*
- as) Por outro lado, consta do sumário do acórdão do STJ de 22-09-2009 (processo n.º 161/05.2TBVLG.S1) “o ruído, afetando a saúde, constitui não só uma violação do direito à integridade física, como do direito ao repouso e à qualidade de vida. Direitos que, no seu cotejo com o de exercício de uma atividade comercial*

- ou industrial se lhe sobrepõem e prevalecem, de acordo com o artigo 335.º do Código Civil”;*
- at) Refere-se ainda no sumário do mesmo aresto “A emissão de ruídos, desde que perturbadores, incómodos e causadores de má qualidade de vida, e ainda que não excedam os limites legais, autorizam o proprietário do imóvel que os sofre a lançar mão do disposto no artigo 1346.º do Código Civil, que só deve suportar os que não vão para além das consequências de normais relações de vizinhança”;*
- au) “A actividade de bar com aparelhos de som e música, junto a residências privadas, especialmente com carácter habitual, nas horas consagradas ao descanso reparador da generalidade das pessoas, é, ainda que potencialmente, gravemente lesiva do sono dos habitantes de tais residências e, consequentemente, do seu indeclinável direito ao descanso e à saúde, como integrantes do direito à vida e à integridade física, além de outros, como o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, portanto, como direitos de personalidade, legal, constitucional e supranacionalmente tutelados, como é por demais sabido.” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-04-2012, processo n.º 3920/07.8TBVIS.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt).*
- av) A proteção dos cidadãos deve, contudo, ser compatibilizada com os direitos das entidades exploradoras, afetando-se os respetivos direitos na medida do estritamente necessário à salvaguarda dos valores enunciados;*
- aw) Com vista a proceder a esta ponderação, deverá ter-se presente os critérios legalmente estabelecidos, designadamente aqueles previstos no Regulamento Geral do Ruído;*
- ax) Nos termos deste diploma, considera-se período noturno aquele iniciado às 23 horas (artigo 3.º, alínea p)) existindo restrições à produção de ruído a partir dessa hora;*
- ay) Assim, no âmbito da fixação de um horário de funcionamento e numa zona tão caracteristicamente habitacional deverá ter-se presente designadamente o limite constante do Regulamento Geral do*

- Ruído, que constitui um suporte e um critério legal para a fixação dos limites, no presente despacho, tentando compatibilizar-se com uma não castração absoluta da laboração do estabelecimento;*
- az) Contudo, não deixa de se ter presente que o fenómeno dos after hours tem criado inúmeras dificuldades na cidade;*
- ba) Nos termos constantes do presente despacho prevê-se assim uma limitação dos horários de forma a não inviabilizar totalmente o desenvolvimento da respectiva actividade, mas reduzindo de forma proporcional e legalmente balizada os limites máximos de funcionamento;*
- bb) Por outro lado, este constitui um acto interlocutório e não final, que não põe termo ao procedimento, mas assegura a preservação do núcleo essencial de direitos dos cidadãos;*
- bc) Aliás, afigura-se ser totalmente proporcional fixar um limite das 2 horas para o funcionamento de um estabelecimento localizado numa via com vocação habitacional, restringindo também o horário de abertura para um horário coincidente ou anterior ao horário de abertura de um estabelecimento desta natureza, assim evitando fenómenos perniciosos para o descanso dos cidadãos;*
- bd) A adoção de medidas provisórias de limitação do horário do estabelecimento no período infra referenciado constitui assim uma decisão necessária, adequada e proporcional com vista à salvaguarda de todos os interesses em presença;*

Assim, em face do exposto, e ao abrigo dos preceitos supra referenciados, determino:

- 1. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 84.º do Código do procedimento Administrativo, conjugado com o n.º [•] do artigo [•].º do Regulamento dos Horários [•] a medida provisória de restrição do horário de funcionamento, nos termos do número seguinte, do estabelecimento sito no n.º [•] da Rua [•], independentemente da respectiva entidade exploradora;*

2. *O estabelecimento referido no número anterior fica assim habilitado a laborar apenas até às 02:00 horas (hora de encerramento), e apenas a partir das 22:00 horas (hora de abertura), todos os dias, a partir do dia de calendário seguinte à notificação do presente acto;*
3. *Que a medida provisória descrita nos números anteriores tenha por duração máxima o prazo previsto para a conclusão do procedimento administrativo, nos termos previstos no artigo 58.º do CPA, ou seja, 90 dias úteis, sem prejuízo da decisão final no procedimento dever ser tomada antes de terminado este prazo;*
4. *Que a Polícia Municipal proceda à notificação do presente acto à entidade exploradora do estabelecimento, e à fiscalização do cumprimento do horário determinado no número 2 do presente despacho;*
5. *Que a competente serviço da Câmara Municipal de [•]:*
 - a. *Comunique a medida ora tomada aos queixosos, bem como à Polícia de Segurança Pública e à Junta de Freguesia competente, no prazo previsto no artigo 69.º do Código do Procedimento Administrativo;*
 - b. *Promova a audiência prévia dos interessados, para efeitos do disposto no artigo 100.º do Código do Procedimento Administrativo, e pelo prazo de 15 dias úteis, da intenção de restrição de horários para o estabelecimento em causa, e com base na fundamentação de facto e de direito supra descrita, a fim de passar a laborar entre no horário descrito no número 2, igualmente todos os dias, procedendo ainda à audição dos contra-interessados, queixosos, dos titulares de direitos reais sobre o espaço, e à eventual audição de outros intervenientes, designadamente a Polícia de Segurança Pública, e moradores do próprio prédio em questão, produzindo o respectivo relatório e submetendo-o a decisão;*
 - c. *Proceda aos demais actos que se mostrem necessários à tramitação do procedimento de redução de horários, designadamente a consulta às entidades externas ao município;*
 - d. *Articule com os demais serviços camarários, [•], designadamente assegurando o conhecimento da presente decisão e promovendo a*

publicação desta decisão para efeitos designadamente do Licenciamento Zero;

6. *Desde já se reconhece, no caso de apresentação de requerimento e correspondente citação a que se refere o n.º 1 do artigo 128.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (providência cautelar), e nos termos do mesmo artigo, que o diferimento da execução do presente ato será gravemente prejudicial para o interesse público, tendo presente os valores em causa, designadamente a qualidade ambiental e de vida das pessoas, nos termos definidos supra, afastando-se assim o efeito suspensivo de uma eventual providência cautelar.*

[local], em ... de de 20[ano]

A Câmara Municipal /O Presidente/O Vereador



Há várias publicações periódicas sobre Direito Público: além dos incontornáveis Cadernos de Justiça Administrativa, revistas como o Direito Regional e Local ou a E-Pública dão espaço aos autores que cultivam em particular o Direito Administrativo (tenha este as fronteiras que tiver). Sentiu-se este apelo e esta necessidade.

Ao invés, não há uma revista de políticas públicas e administração pública em Portugal. Necessidade há, mas nunca se sentiu o apelo. Esta publicação que agora o Laboratório lança não vem suprir esta falha, mas é escrita com a consciência da lacuna que existe. E com essa perspectiva perfilha a convicção da necessidade crescente de introduzir uma visão de Gestão Pública (que nela inclui a proteção dos particulares) na interpretação do Direito Público, orientando-a para o resultado.

www.sitiodolivro.pt

ISBN 978-989-20-6245-7



9 789892 062457 >