Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 15 – julho/agosto/setembro de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

OS AJUSTES DIRETOS EM PORTUGAL

Marta Cristina Jesus Santiago

Analista Judiciário e Assessora Jurídica do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Especializanda em Direito do Estado pelo CCJB. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

> **"**O dinheiro público resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante tributos que lhe são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum (...) Uma pessoa investida da autoridade do poder público tem que estar sempre muito atentar para que, nem à sua sombra nem ao seu derredor, prosperem ações que possam comprometer a moral imprescindível do exercício da autoridade**".**[1]

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES NOTAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. 3. ANTEPROJETO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS. 4. OS AJUSTES DIRETOS. 4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS. 4.2. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS E SUA REPERCUSSÃO NOS AJUSTES DIRETOS. 4.2.1. LEGALIDADE. 4.2.2. PROSSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. 4.2.3. CONCORRÊNCIA. 4.2.4. ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE. 4.2.5. ESTABILIDADE DAS REGRAS DO CONCURSO E A INTANGIBILIDADE DAS PROPOSTAS. 4.2.6. IMPARCIALIDADE E JULGAMENTO OBJETIVO. 4.2.7. PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. 4.2.8. BOA-FÉ. 4.2.9. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 4.2.10. EFICIÊNCIA. 4.3. HIPÓTESES DE AJUSTES DIRETOS. 4.3.1. EM FUNÇÃO DO MÓDICO VALOR. 4.3.2. CONCURSO DESERTO OU FRACASSADO. 4.3.3. EMERGÊNCIA. 4.3.4. EXCLUSIVIDADE. 4.3.5. SEGURANÇA. 4.3.6. ACORDO-QUADRO. 4.3.7. INVESTIGAÇÃO, EXPERIMENTAÇÃO, ESTUDO DE DESENVOLVIMENTO. 4.3.8. OBRAS NOVAS. 4.3.9. TRABALHOS A MAIS. 4.3.10. PADRONIZAÇÃO. 4.3.11. BOLSA DE MATÉRIAS-PRIMAS. 4.3.12. CURADORES, LIQUIDATÁRIOS OU ADMINISTRADORES DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. 4.3.13. SERVIÇOS COMPLEMENTARES. 4.3.14. SERVIÇOS NOVOS. 4.3.15. CONCURSOS DE CONCEPÇÃO. 4.3.16. AQUISIÇÃO E LOCAÇÃO DE BENS IMÓVEIS OU DIREITOS SOBRE ESSES BENS. 4.3.17. SERVIÇOS FINANCEIROS. 4.3.18. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. 4.3.19. ABERTURA OU EXPLORAÇÃO DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICAÇÕES OU A PRESTAÇÃO AO PÚBLICO DE UM OU MAIS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. 4.3.20. AQUISIÇÃO DE ÁGUA OU ENERGIA. 4.3.21. ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO. 4.3.22. BENS EM REVENDA. 5. BREVES NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO. 6. CONCLUSÃO. 7. BIBLIOGRAFIA.

---

[1]Cfr. Ministro Edson Vidigal, apud CARLOS PINTO COELHO MOTA, EFICÁCIA NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS, Editora Del Rey, 2005, p. 2.

INTRODUÇÃO

Avulta em importância na atualidade o contrato administrativo.

Num quadro de parcos recursos financeiros e de incontroláveis avanços tecnológicos - que estão a lhe exigir, a cada dia, maiores investimentos para prover as necessidades coletivas – o Estado tem procurado conter seus impulsos autoritários na busca de maior consenso com os particulares. A tônica do momento é a *Administração de consenso* ou *governação partilhada* em contraposição à *Administração por autoridade*.[2] Foi este contexto que deu azo aos *contratos de exercício de poderes públicos*, de origem germânica[3], nos quais o Estado, conquanto possa impor a prática de um ato de forma unilateral, propõe-se a fazê-lo mediante contrato.

Esta concepção, à evidência, importa numa crescente utilização da figura do contrato administrativo. Não é à toa que RAMÓN PARADA acena para uma "*utilización ad nauseam de la técnica contractual*", como se a Administração se avergonhasse de sua posição de supremacia, instando a aquiescência dos particulares, numa tentativa de diminuição das resistências às suas iniciativas.[4]

Indo na mesma senda, ODETE MEDAUAR dilucida, que, a partir dos anos 70, o foco do direito administrativo voltou a ser o contrato, pondo-se em xeque algumas premissas firmadas pela teoria clássica. GIANNINI apregoa a simplificação dos processos, enquanto RAINAUD, a outorga de maiores poderes na escolha de contratados. Há certa tendência à redução das desigualdades das partes, tendo a Corte italiana afastado o poder discricionário de alteração unilateral do contrato, exigindo, para tanto, previsão expressa, e, demais disso, admitido a rescisão unilateral apenas quando o exigir o interesse público.

---

[2] Cfr. PEDRO GONÇALVES, O CONTRATO ADMINISTRATIVO - UMA INSTITUIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO NOSSO TEMPO - Editora Almedina, 2003, p. 24.

Citando NIGRO e PLANTEY, afirma ODETE MEDAUAR que, na Administração de consenso, "(...) *encontra-se a idéia de troca de pontos de vista, a idéia de elaboração em comum de soluções, o que 'exige acordo entre vários sujeitos (...), 'é a substituição da decisão pela discussão, do comando pela negociação'*." (in DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 211).

[3] Na Alemanha e na Itália, no início do século XX, houve grande resistência à idéia de contrato administrativo. Na primeira, por influência de OTTO MAYER, na segunda, por influência de ALESSI. Segundo ODETE MEDAUAR, OTTO MAYER defendia a inexistência do contrato administrativo, tal como concebido pelos franceses, porque nele não havia igualdade jurídica entre as partes, haja vista a posição de supremacia da Administração. Criou a idéia de ato administrativo por submissão, cujo consentimento do particular era ato essencial à sua regularidade. Já ALESSI, perfilhando a mesma corrente, sufragava o entendimento de que contratos públicos somente poderiam ser firmados por entidades públicas. As demais relações entre a Administração e o particular eram regidas pelo direito privado. (in DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO, cit. p. 207).

[4] Cfr. RAMÓN PARADA, DERECHO ADMINISTRATIVO, Parte General, 9ª ed., Marcial Pons. Ediciones Juridicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997, p. 265.

Busca-se, assim, olhar o contratado como um parceiro em colaboração com o Poder Público.[5]

Nesse mesmo cenário, MARIA JOÃO ESTORNINHO trilhou outro caminho. Debruçando-se sobre os critérios caracterizadores do contrato administrativo, nas mais diversas correntes doutrinárias, defende que nenhum deles é capaz de o tornar autônomo, o que lhe fez afirmar sua "*morte natural*".[6]

Contrapondo-lhe, ergueram-se diversas vozes, lembrando, sobretudo, que são as prerrogativas postas à disposição da Administração Pública para a tutela do interesse público, que o tornam singular e, portanto, autônomo.[7] Enquanto nos meandros das negociações privatísticas, as partes desfrutam de igualdade de forças, na seara pública, o Estado possui prerrogativas e sujeições não atribuíveis à outra parte da relação, por força do primado da supremacia do interesse público sobre o privado. Embora este ceda quando em testilha com o interesse público, o particular não é de todo sacrificado. O equilíbrio do negócio se restaura com o ressarcimento, quer dos prejuízos sofridos, quer dos lucros não hauridos.

A idéia de uma Administração menos autoritária, pois, não levou à falência do contrato administrativo. Muito pelo contrário. Como o Estado continua prosseguindo a consecução de interesses públicos – os quais são cada vez mais complexos - os poderes que lhe são conferidos para realizá-los necessitam continuar a seu dispor nos contratos, ainda que só os utilize excepcionalmente.

Poder-se-ia, ainda, perquirir junto aos que sufragam a idéia do fim do contrato administrativo se esta tese seria sustentável em outros países do mundo não-integrantes da União Européia, mormente os que não desfrutam de jurisdição administrativa diversa da comum, como ocorre com o Brasil. Nestes, o que fez surgir e faz persistir a categoria de contrato administrativo é, sem dúvida, sua própria essência e os fins por ele visados.

Em Portugal, o contrato administrativo surgiu por conduto da jurisprudência portuguesa, que aderiu à concepção francesa, desde meados

---

[5] Cfr. ODETE MEDAUAR, O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO, cit., p. 208.

[6] Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, p. 223 e 224. No mesmo sentido, pela ausência de discrímen entre contrato administrativo e contrato civil, DUGUIT, *apud* ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF, 11ª ed., Libraire Génerale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, 615.

[7] No mesmo sentido MARCELO REBELO DE SOUZA, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, p. 12, e DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, Editora Dom Quixote, p. 277, no qual enfatiza que sejam contratos administrativos, sejam contratos de direito privado, todos compreendem exercício de função administrativa; PEDRO GONÇALVES, O CONTRATO ADMINISTRATIVO, cit., pp. 33 e 34; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF, 11ª ed., Libraire Génerale de Droit et de Jurisprudence, Paris,1990, 616.

.

do século XIX. Tal como ocorreu na França e na Espanha[8], nasceu a partir da submissão dos contratos firmados pela Administração à jurisdição administrativa e, aos poucos, a jurisprudência e a doutrina foram identificando os aspectos que o tornavam autônomo sob o ponto de vista substantivo.[9]

Com a União Européia, os modelos europeus de contrato administrativo sofreram mutações. Considerando a importância econômica das contratações públicas para o mercado econômico europeu[10] e a necessidade de serem observados os princípios do Tratado de Roma – conquanto este não tenha feito referência expressa aos contratos públicos - a União Européia passou a regulá-los, mediante a emissão de Diretivas. Houve, então, um grande intercâmbio de informações entre os Estados-Membros, criando-se, aos poucos, um modelo de contratação pública européia, passível de ser adotado pelas diversas correntes de pensamento,[11] coexistindo, ainda, uma noção comunitária e uma noção interna de contratos públicos.[12]

Assim, visando a *coordenação* dos procedimentos pré-contratuais entre os Estados-membros, mediante a aplicação de regras comuns a contratos com valor igual ou superior a determinados limiares, foram editadas as Diretivas nºs 77/62/CEE (JOCE nº L 13, de 15.1.77), dirigida aos contratos

---

[8] Sobre o surgimento do contrato administrativo em Espanha e em França, v. RAMÓN PARADA, DERECHO ADMINISTRATIVO, Parte General, cit., pp. 328 a 335.

[9] Cfr. MARCELLO CAETANO, MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Almedina, Coimbra, 10ª ed., 8ª Reimpressão, 2005, pp. 586 e 587.

[10] Cfr. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, "*As aquisições das administrações públicas stricto sensu representam aproximadamente 9% do Produto Interno Bruto da Comunidade. Acrescentando as compras dos organismos para-estaduais e empresas públicas atinge-se uma percentagem de 15%. O volume das aquisições susceptíveis de ser objeto de uma abertura à concorrência situa-se entre os 7% a 10% do Produto Interno Bruto, representando a parte dos contratos públicos da Comunidade atribuídos a empresas de outro Estado membro, ou seja, a taxa de penetração intra-comunitária, apenas 0,14%. A falta de integração econômica a que vulgarmente se chama a Não-Europa custa caro às finanças públicas e consequentemente ao contribuinte*." (in CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS. Coimbra, 1994, p. 15).

[11] Cfr. FAUSTO QUADROS, "(...) *Mas se, sobretudo no início da estruturação do Direito Comunitário, os ordenamentos administrativos nacionais contribuíram decisivamente para a sua formação, mais tarde iniciar-se-ia um momento em sentido contrário: o da contribuição do Direito Comunitário para o aprofundamento dogmático dos Direitos Administrativos nacionais. Foi principalmente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esse contributo se verificou. Aquele Tribunal tem vindo a levar a cabo, para se usar terminologia muito cara à doutrina italiana, uma "reconstrução" ou uma "reelaboração" dos Direitos Administrativos nacionais, sobretudo porque nem sempre os princípios e os institutos são devolvidos aos Direitos Administrativos nacionais na pureza com que previamente foram deles importados. Esse trabalho de reelaboração dos Direitos Administrativos nacionais através do Direito Comunitário tem levado à circulação horizontal das noções, dos princípios e dos institutos reelaborados e reexportados, o que, desde logo, tem colocado um fascinante desafio aos cultores do Direito Administrativo Comparado, porque tem produzido o importante resultado de aproximar os sistemas administrativos nacionais dos Estados-membros entre si e, num plano mais geral, o de aproximar as Ordens Jurídicas de matriz românica e as do common law*." (in A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Almeida, 2001, pp. 18 e 19)

[12] BERNARD CASTAING, ROZEN NOGUELLOU e CATHERINE PREBISSY-SCHNALL, LES MACHÉS PUBLICS, Litec – Groupe LexisNexis, Paris, p.3.

de fornecimento, e 71/305/CEE (JOCE nº L 185, de 16.8.71), aos de empreitada de obras públicas.[13] Posteriormente vieram as de nºs 88/295/CEE, de 22.3.88 (JOCE L 127, de 20.5.88), e 89/440/CEE, de 18.7.89 (JOCE L 210, de 21.7.89), e, em seguida, a consolidação dos fornecimentos, obras, serviços e setores excluídos por conduto das Diretivas nºs 93/36/CEE, de 14.6.1993, 93/37/CEE, de 14.6.93 (JOCE L 199, de 9.8.93), e 93/38/CEE, de 14.6.93 (JOCE L 199, de 9.8.1993).[14]

Hoje vigoram as Diretivas nºs 2004/18/CE[15], de 31.03.2004, e 2004/17/CE, de 30.04.2004. A primeira, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e de serviços, e, a segunda, concernente aos processos de adjudicação dos contratos dos setores de água, energia, transportes e serviços postais. Ambas, todavia, ainda se ressentem de serem transpostas para a ordem jurídica interna portuguesa, estando em tramitação Anteprojeto de Lei com tal finalidade.

Sob outro prisma, é crescente a tendência de revestir os procedimentos de formação contratual de maior flexibilidade, em prol de sua maior celeridade, assim como de ampliar o rol dos casos de sua dispensa e de utilização de meios informatizados. Tudo, entrementes, sem perder de vista os princípios que constituem a viga-mestra do direito administrativo. Aliás, este talvez seja o maior desafio dessas alterações, pois o cumprimento de tais cânones é sempre mais fácil de ser alcançado a partir de regras procedimentais mais rígidas.

Esboçado, em apertada síntese, um panorama atual das contratações administrativas, este estudo pretende se debruçar especificamente sobre os *ajustes diretos*, circunscritos aos *contratos de colaboração* ou *contratos com objeto passível de contrato de direito privado*.[16] Têm-se o desejo de pôr à mostra os principais aspectos relativos à temática,

---

[13] Cfr. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTADO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 26. A Autora ainda aborda, à p. 27, que as reportadas Diretivas não surtiram o efeito desejado e, citando V. Hirsch, Objectif 1992, enumera os motivos: "*a uma transposição tardia e incorrecta para os direitos nacionais; a uma interpretação extensiva dos sectores excluídos (distribuição de água, gás, electricidade, transportes e telecomunicações); a um fraccionamento deliberado dos valores dos contratos; à ausência de meios apropriados de controlo das decisões das entidades adjudicantes e de sanções eficazes para as violações praticadas; à falta de transparência*."

[14] Cfr. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTADO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p 28.

[15] Esta teve o condão de reunir o tratamento conferido nas Diretivas 92/50/CEE, de 18.6.1992, 93/36/CEE, de 14.6.1993, e 93/37/CEE, de 14.6.1993, relativas a serviços, fornecimento e obras públicas, respectivamente.

[16] Cfr. MARCELO RIBEIRO DE SOUZA, DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, Editora Dom Quixote, p. 290.

esclarecendo as alterações que serão introduzidas pela novel lei de contratações públicas, em cotejo com as Diretivas Comunitárias.[17]

O nosso interesse pelo tema prende-se sobretudo ao fato de serem, na prática administrativa, as contratações mais utilizadas, a despeito de sua excepcionalidade. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA reporta-se à sua "*prática abusiva*" na Comunidade, aduzindo serem limitados os instrumentos de controle da Comissão.[18] Por sua vez, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET acenam no mesmo sentido, a propósito da realidade francesa[19], e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, a respeito da realidade espanhola nos anos 90.[20] De igual modo, no Brasil, o quadro não é diferente.[21]

Em arremate, cabe esclarecer que a versão do Anteprojeto objeto deste estudo será a de 16 de setembro de 2006. Em que pesem os esforços envidados mais recentemente na busca de versão mais atualizada, no *site* Oficial do Governo Português fora encontrado apenas versão de 10 de maio de 2006, ocasião em que o Anteprojeto foi posto à discussão pública.

---

[17] Pertine ressaltar que somente os contratos que estiverem dentro dos limiares insertos no art. 7º, da Dir. nº 2004/18, e 16, da Dir. nº 2004/17, e os que não forem expressamente excluídos nos seus arts. 10 a 18, e 19 a 24, respectivamente, estão subsumidos à sua observância, sem prejuízo, contudo, da aplicabilidade dos princípios consagrados na ordem comunitária aos contratos por ela não alcançados. Conforme a Decisão da Comissão de 14 de fevereiro de 2006 (2006/103/CE), os limiares, a partir de 1.1.2006, são: 137.000, para fornecimentos e serviços, e 5.278.000, para obras.

[18] Cfr. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUES, cit., 52.

[19] Cfr. ANDRE DE LAUBADERE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, Tome 1, 11ª ed., Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, p. 632 : « *Ces hypothèses sont si nombreuses que, dans le pratique, le marché négocié apparaît comme la solution la plus fréquente, du moins en nombre de marchés conclus chaque année*. »

[20] Cfr. JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA: "*El recurso a la contratación directa, pese a su caráter excepcional en la legislación sobre contratos (…) presentaba unos caracteres especialmente preocupantes en España, onde la Administración central adjudicó en 1990, por medio de dicho procedimiento, más de la mitad de los contratos públicos d obras y de suministro. En efecto, según el Tribunal de Cuentas, el sistema de contratación directa, cuya utilización deberia ser rigorosamente excepcional (…) fue utilizado en 898 de las 1.467 contrataciones realizadas por todos los departamentos ministeriales en 1990 (…)*" (in NUEVO REGIMEN DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA – Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999, Editora La Ley, p. 335).

[21] Cfr. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, "*Pelo trabalho e complexidade dos procedimentos licitatórios e o tempo que normalmente demandam, é fato incontestável que o administrador público busca normalmente fugir à realização do processo licitatório, elastecendo demais os termos utilizados pelo legislador ou abandonando alguns dos requisitos legais dos dispositivos que autorizam a contratação direta. A descrença na eficácia do instituto da licitação, a falta de treinamento dos recursos humanos envolvidos nas Comissões de Licitação e a impunidade freqüente para os que violam as prescrições sobre o tema, foram fatores que contribuíram para a formação em determinados sectores, dessa visão distorcida*." (in CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO, 6ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 214).

2. BREVES NOTAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

A regra geral para a celebração de contratos administrativos de *colaboração* é o prévio concurso. Por um lado, as Diretivas nºs 2004/17 e 2004/18, da CEE, exigem que, de ordinário, sejam realizados concursos públicos ou limitados, enfatizando a necessidade de observância dos princípios da não-discriminação e da concorrência efetiva[22]. Por outro, o art. 183º do CPA também os consagra, em Portugal, o que, aliás, ocorre desde o primeiro diploma regulador das empreitadas públicas, de 14 de abril de 1856.[23]

É por conduto do concurso público que os cânones administrativos alcançam sua efetividade máxima, sendo, nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, o "*sistema que melhor garante tanto o direito de livre acesso dos particulares à contratação pública, como a seriedade, transparência e isenção da escolha a efectuar pela Administração, na base de uma efectiva igualdade de oportunidades entre todos os interessados.*"[24].

Com maestria, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL define o concurso público como: "*procedimento administrativo formal e transparente de escolha do co-contratante e de escolha de uma proposta de contrato, mediante o qual a Administração torna públicas, a sua intenção de contratar e as condições em que o pretende fazer, auto-vinculando-se àquilo que anunciou, e dispondo-se a aceitar, num regime de concorrência, a proposta do concorrente que considere mais vantajosa, no respeito da igualdade entre todos os proponentes*."[25]

A Diretiva nº 2004/18 consagra 5 (cinco) tipos de procedimento: concurso público, concurso limitado, diálogo concorrencial, negociação e concurso para trabalhos de concepção. *Mutatis mutandis*, o ACCP, em seu art. 11, enumera: concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, negociação, diálogo concorrencial e ajuste direto.

Dentre todos, o concurso público é o que consagra a mais ampla concorrência, na medida em que dele qualquer interessado pode participar. Já o limitado sofre certa restrição, porquanto, apesar de facultar-se ao interessado solicitar participação, somente os convidados podem apresentar propostas.

Por seu turno, o diálogo concorrencial dirige-se especialmente a objetos revestidos de grande complexidade, os quais são difíceis de serem

---

[22] O art. 28, da Dir. 2004/18, dirige o seguinte comando aos Estados-membros: "*Devem celebrar esses contratos públicos recorrendo a concursos públicos ou limitados. Nas circunstâncias específicas expressamente previstas no art. 29º, as entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos públicos mediante diálogo concorrencial. Nos casos e nas circunstâncias específicas expressamente previstas nos arts. 30º e 31º, podem recorrer a um procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso*.".

[23] Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, cit., p. 224.

[24] Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, DIREITO ADMINISTRATIVO III, cit, p. 596.

[25] Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editora Almeida, Coimbra, 1997, pp. 17 e 18.

especificados pela Administração, que sequer possui condições de avaliar o que o mercado tem a oferecer. Nele faculta-se a qualquer interessado requerer participação, todavia somente são convidados aqueles cuja solução técnica tenha sido aceita pela Administração.

A negociação, por sua vez, compreende consulta, sempre que possível, a três entidades, no mínimo, promovendo-se negociação, com ou sem divulgação de aviso.

De outra parte, o concurso para trabalhos de concepção foi concebido para confecção de planos ou projetos, mediante a constituição de um júri, com ou sem atribuição de prêmios.

Conclui-se, então, nessa breve síntese, que o pleno acesso ao procedimento adjudicatório sofre contemporizações, seja em face da busca pela eficiência administrativa, seja pela crescente complexidade tecnológica dos dias hodiernos. Enquanto a escolha do diálogo concorrencial e do concurso de trabalhos de concepção prende-se a aspectos técnicos, a relativa aos concursos abertos e limitados insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa[26], se bem que se diferenciem quanto ao valor, para os fins de publicação no JOCE.

3. O ANTEPROJETO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS.

O Anteprojeto das Contratações Públicas vem ao encontro, a uma, da necessidade premente de transposição das Diretivas nºs 2004/17 e 2004/18 para a ordem jurídica interna, cujo prazo se expirou em janeiro de 2006; a duas, satisfaz um anseio de uniformização da legislação, que, no particular dos ajustes diretos, são díspares (salvante exceções), conforme se trate de aquisição e locação de bens, obras e serviços em geral, ou obras, aquisição de bens e serviços para os sectores excluídos (serviços de água, energia, transportes e serviços postais).

Noutra perspectiva, cria um procedimento específico denominado *convite*, instituindo consulta prévia ao mercado, quando viável.[27] Com isto

[26] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUZA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*Os tipos de procedimentos pré-contratuais estabelecidos na lei correspondem a estalões mínimos de garantia de finalidades de concorrência e imparcialidade da administração; assim, a lei admite que, sendo à partida aplicável um tipo de procedimento fechado, a administração decida discricionariamente sujeitar-se a um procedimento aberto ou semi-aberto (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação...*)", (in DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, editora Dom Quixote, p. 323).

[27] É bom realçar que a Dir. nº 2004/18 não cria para a negociação sem prévio aviso um procedimento específico, tal como faz para a que é precedida de aviso, tanto que ROSANNA DI

acaba com a idéia de que o ajuste direto dispensa consulta ao mercado, existente no Dec.-Lei nº 197/99.[28] Salvo nas hipóteses em que seja impossível a consulta, como quando o fornecedor é exclusivo, a consulta revela-se importante para que a Administração conheça o mercado no qual se insere o produto pretendido e possa avaliar se a contratação que intenta efetivar é ou não vantajosa.

De outra parte, as Diretivas não inovaram muito no tratamento conferido a tais contratações em relação às anteriores. Nota-se algumas alterações de vocábulo que são insignificantes[29] e o acréscimo de dois novos casos nas alíneas "c" e "d" do nº 2 do art. 31 (aquisição junto a mercado de produtos de base e junto a liquidatários e administradores de falência e concordata).[30] Predomina a idéia de consulta ao mercado e de negociação.

A maior liberdade de ação conferida à Administração Pública, no que tange à escolha dos particulares a consultar, não significa que possa se descurar da seleção, com transparência e imparcialidade, da proposta mais vantajosa para o interesse público. Ainda que mitigados pela ausência do concurso, os princípios administrativos continuam sendo a bússola da Administração nestes procedimentos.

No tocante à aplicabilidade das Diretivas, o TJCE já se pronunciou no sentido de que as normas dela integrantes revestidas de clareza, precisão, suficiência e incondicionalidade, quando ultrapassado o prazo de sua

---

NICTOLIS afirma que este tipo de negociação não se sujeita a uma regra procedimental. (in PROCEDURA NEGOZIATA, cit., p. 439).

Cfr. MARCELO CAETANO, MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, V. 1, cit., p. 596, previsão dessa natureza já existia no art. 1º, nº 3, do Dec-Lei nº 48.234, de 31.01.1968, estabelecendo que, sempre que possível, o ajuste direto devia ser precedido de consulta feita a três entidades, obrigando a consulta a partir de certo valor.

[28] Este é o conceito constante do art. 78, nº 7, do Dec-Lei nº 197/99. Tanto assim que MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA aduzem que "*o ajuste directo representa um corte algo profundo com os restantes procedimentos pré-figurados na lei, sobretudo pelo modo relativamente 'desprocedimentalizado' da escolha do co-contratante*." (in CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 220). A este propósito, manifesta-se MARGARIDA OLAZABAL CABRAL contrária à idéia de dispensa de consulta inserta também no art. 182º, nº 6, do CPA: "*Tal como defendi no texto parece-me fazer todo o sentido o ajuste directo com consulta, procedimento que corresponde à tradição portuguesa e que oferece maiores garantias do que o simples ajuste directo sem consultas, e é bastante mais flexível do que o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio. Tenho algumas dúvidas de que se justifique dispensar qualquer consulta nos contratos até 500 contos. Nesta linha de pensamento parece-me obviamente criticável a opção do CPA pelo ajuste directo sem quaisquer consultas. É sobretudo lamentável a "desarmonia" legislativa a que se chegou com a alteração destes dois diplomas tão importantes. (...)"* (in O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., p. 133).

[29] Aponta para isso ROSANNA DE NICTOLIS, aludindo a substituição da palavra "*imperiosa*" por "*extrema urgência*", na hipótese de ajustes por urgência, e "*similar*" por "*análogo*", na hipótese de repetição da obra ou serviço (in PROCEDURA NEGOZIATA, pp. 439 e segs).

[30] Cfr. J. Mª FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA*, cit., p. 176.

transposição, podem ser invocadas diretamente por qualquer particular perante os tribunais, na defesa de direitos que por ela lhe tenham sido conferidos[31]. No ACÓRDÃO MARLEASING, o advogado-geral VAN GERVEN, embora tenha recusado a possibilidade de as diretivas serem aplicadas diretamente, admitiu que o juiz deve interpretar o direito nacional em conformidade com as diretivas, independentemente de vencido ou não o prazo de transposição.[32]

Interessante notar, na evolução das Diretivas, que, enquanto no início a preocupação era garantir a observância dos princípios constantes do Tratado, mormente a não-discriminação, hoje se colima também o alcance de fins sociais e ambientais, admitindo-se até a adoção de critérios de adjudicação com base nesses valores.[33] Por isso, MARIA JOÃO ESTORNINHO chega a falar em "*uma nova filosofia",* por meio da qual a União, para além de pretender assegurar a efetividade dos princípios consagrados no Tratado de Roma, passa também a servir-se dos contratos públicos como meio de implementação de políticas da Comunidade."[34]

---

[31] Cfr. ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE COIMBRA, de 30.07.1986, BMJ, nº 360, p. 307 e segs, apud PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p 28: "*As directivas podem, em certas condições, produzir efeito directo, de modo a que delas possam resultar direitos para os particulares susceptíveis de serem invocados nas suas relações com o Estado membro considerado (efeito directo vertical). Para tanto, é necessário que a directiva enuncie uma obrigação incondicional e precisa e que o Estado-membro lhe não tenha dado a adequada execução (motivo pelo qual a actuação do Estado, recusando direitos a particulares ou impondo-lhes sanções, constituiria um abuso do direito)*.".

[32] Cfr. AC. MARLEASING, de 13.11.90, Proc. C-106/89, Col. 1990, p. I-4135, apud PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS., cit., p 69.

Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE, OLIVEIRA *CONCURSOS PÚBLICOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA*, Editora Almedina, 2005, p. 32. Abordando as contratações públicas, o Tribunal de Justiça da União Européia, no Acórdão Gebroeders Beentjes BV contra Estado dos Países Baixos, de 20 de setembro de 1988, decidiu que as normas insertas nos arts. 20, 26 e 29 da Dir. nº 71/305/CEE, de 26 de julho: "*podem ser invocadas por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais*".

A propósito, é bem interessante a analogia feita por MARIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, na nota de rodapé nº 49, em CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit, pp. 30 e 31. Cotejam a norma comunitária desprovida das características de clareza, precisão, suficiência e incondicionalismo, e, portanto, não passível de produzir efeitos diretos, com a norma constitucional não auto-aplicável, afirmando que, sem embargo, compreendem "*padrão de conformidade ou validade constitucional de quaisquer leis (que não as pode violar) (...) são juridicamente capazes de gerar interpretações constitucionalizantes das normas subordinadas e, inclusivamente, servir de fundamento ou base a um juízo de inconstitucionalidade destas últimas*.".

[33] Há duas Comunicações Interpretativas a respeito: O DIREITO COMUNITÁRIO APLICÁVEL AOS CONTRATOS PÚBLICOS E AS POSSIBILIDADES DE INTEGRAR CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS NOS CONTRATOS PÚBLICOS (COM 274 final, de 4/7/2001) e o DIREITO COMUNITÁRIO APLICÁVEL AOS CONTRATOS PÚBLICOS E AS POSSIBILIDADES DE INTEGRAR ASPECTOS SOCIAIS NESSES CONTRATOS (COM 566 final, de 15/10/2001, in JO C 333, de 28/11/2001).

[34] Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, cit., p. 53.

Importa sublinhar, no tocante à transposição das Diretivas 2004/17 e 2004/18, que o Anteprojeto classificou como ajuste direto apenas os procedimentos por negociação *sem prévia publicação de anúncio*.[35] Os que a exigem foram tratados como outro tipo de procedimento - *negociação*.[36]. O tratamento dispensado pela Diretiva à negociação com prévia publicação de anúncio aproxima-se tanto do previsto para o concurso limitado, que se pode dizer ser *quase concurso*. Enquanto no concurso limitado, o interstício entre a publicação e a recepção das propostas é de 40 dias, na negociação, é de 37 dias.

Sob outro prisma, salta aos olhos que a publicação de anúncio se contrapõe à idéia de *ajuste direto*. Esta designação, aliás, sugere a dispensa de ampla convocação por meio de anúncio.

4. OS AJUSTES DIRETOS.

4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Os *ajustes diretos* são, nessa conjuntura, procedimentos que dispensam a realização de concurso.

O art. 1º, 11, "d", da Diretiva nº 2004/18, define-os, *ipis literis*, como: "*procedimentos em que as entidades adjudicantes consultam os operadores econômicos da sua escolha e negoceiam as condições do contrato com um ou mais de entre eles*." Por sua vez, a definição constante do art. 9º, "c", da Diretiva nº 2004/17, não discrepa muito desta, consistindo no procedimento no qual: "*a entidade adjudicante consulta os operadores econômicos da sua escolha e negocia as condições do contrato com um ou mais entre eles*". Já o ACCP, no art. 95, define-o como: "*o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar*."

Colimam os ajustes diretos evitar que a Administração Pública tenha de seguir um *iter* formal, que demande significativo lapso de tempo em seu

[35] A correspondência entre a negociação sem prévio anúncio e o ajuste direto foi apontada por PAULA CRISITNA FRAGÃO PEREIRA já desde a Directiva 93/37/CEE. (in CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 119).

[36] Esta opção assemelha-se ao tratamento dado pela legislação em vigor. Apesar de MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA afirmarem que os procedimentos de negociação tem natureza concursal, esta só se faz presente naqueles que exigem publicação prévia de anúncio (somente previstos no DL nº 55/95), pois já nos que não a exigem teria sido melhor tratá-los como ajustes diretos. (in CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., pp. 211 e segs).

deslinde, quando existam *motivos razoáveis,* eleitos pelo legislador comunitário, para não fazê-lo. Tais motivos são, em linhas gerais, o atendimento a interesse público relevante, a celeridade, a economicidade, a impossibilidade de competição, o estímulo à investigação científica e a segurança.

Na medida em que compreendem exceções à regra geral do concurso [37], devem ser interpretadas restritivamente. São hipóteses taxativas, cujo ônus probatório compete à entidade adjudicante.[38]

Se a contratação for efetuada ao arrepio dessas normas, haverá incontornável nulidade.[39] É que, além de ser vulnerada a regra impositiva de concurso, são igualmente malferidos os princípios administrativos que a sustentam, não só os dispostos na ordem jurídica interna, como os constantes das Diretivas Comunitárias.

Por outro lado, justamente por compreender medida excepcional, a transposição das circunstâncias constantes das Diretivas não pode, em princípio, extrapolar as que já tenham sido nela previstas, criando hipóteses outras ou reduzindo as exigências já previstas.[40]

Os arts. 14, nº 1, "a", 15, nº 1, "a" e 16, nº 1, "a", do ACCP, utilizam a expressão "*só pode ser adoptado"*, enquanto os arts. 20, nº 1, 21, nº 1, e 22, nº 1, referem-se a "*pode adoptar-se o ajuste directo"*. Disso se pode concluir que, *prima facie*, sua celebração se insere no âmbito da discricionariedade

---

[37] O caráter excepcional é reconhecido também por Mª FERNÁNDEZ ASTUDILLO, LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA, Editora Bosch, 2005, p. 168. A Autora enfatiza que os considerandos das Diretivas 93/36/CEE e 93/37/CEE realçaram o fato de serem hipóteses excepcionais e taxativas, salientando que a omissão das Diretivas vigentes não repercute, no particular.

[38] No mesmo sentido, JOSÉ Mª GIMENO FELIÚ, LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, editora Thompson Civitas, 2006, p. 196; J. Mª FERNÁNDEZ ASTUDILLO, LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA, cit., 151, *in verbis*: "(1) *respecto al primero, el negociado, únicamente podrá ser aplicado a su discrecionalidad por los poderes adjudicadores cuando se dé alguno de los supuestos que el Legislador comunitario taxativamente enumera en los artículos 30 y 31 da la Directiva, supuestos que han de ser objeto de una interpretación estricta, debiendo el poder adjudicador justificar las circunstancias concurrentes que avalan el recurso a este procedimiento*.". No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI, DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 408, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, DIREITO ADMINISTRATIVO, 13ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2001, p. 304.

A propósito, o TJCE, no Acórdão Comissão/Itália de 10.3.87, Proc. 199/85, Col. 1988, p. 1039, concluiu que o ônus da prova da existência real das circunstâncias excepcionais é da entidade adjudicante, *apud* PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS., cit., p. 40.

[39] No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS*, p. 374, para quem haverá a preterição de formalidade essencial ao ato.

[40] Nesse sentido, PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 120.

administrativa, sendo uma faculdade legal atribuída à Administração.[41] Nada obsta, assim, que esta prefira a via do procedimento seletivo.[42] Tal assertiva, contudo, comporta exceções, respeitantes àquelas situações nas quais apenas pode ser contratada uma determinada entidade, seja porque é a única, seja porque já forneceu ou prestou serviços em momento pretérito. É que, nestes casos, não há qualquer possibilidade de competição. E, se esta não existe, a Administração não exerce faculdade, promove a única atuação de fato viável. Do mesmo modo, no âmbito das contratações emergenciais, se a única solução possível para atender ao interesse público posto em risco é a contratação imediata, também não estará a Administração diante de uma faculdade. Uma vez que tutela a consecução do interesse público, deverá agir o quanto antes para protegê-lo.

4.2. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS E SUA REPERCUSSÃO NOS AJUSTES DIRETOS.

Estando os ajustes diretos inseridos no sistema das contratações públicas, como exceções à obrigatoriedade do concurso público (aberto ou restrito), para uma melhor compreensão do tema, insta que sejam delineados os princípios que o informam[43] - os quais alcançam sua máxima efetividade na realização dos concursos - para que se possa extrair a melhor interpretação das normas que admitem os ajustes diretos, até porque a liberdade conferida à Administração nesses meandros tem por freio não só a enumeração taxativa, mas principalmente os reportados princípios. É, pois, imprescindível analisar as exceções a partir dos quadrantes gerais em que se inserem.[44]

A Dir. nº 2004/18/CE, em seus Considerandos nºs 2 e 46, enumerou os postulados, derivados dos eleitos no Tratado de Roma, cuja observação se

---

[41] No mesmo sentido, ROSANNA DE NICTOLIS, PROCEDUTA NEGOZIATA, IL NUOVO DIRITTO DEGLI APPALTI PUBBLICI, a cura di ROBERTO GAROFOLI E MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Griuffrè Editore, Milano, 2005, p.439.

[42] No mesmo sentido, MARCELLO CAETANO, *PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO*, 2ª Reimp. da ed. brasileira, 1977, Editora Almedina, p. 190.

[43] Cfr. JUAREZ FREITAS "*Os princípios fundamentais são diretrizes superiores às regras, por definição, não devendo os agentes públicos – de modo passivo e acrítico – prestar mero acatamento às normas contidas em regras, tendo que não cumpri-las quando manifestamente violadoras dos princípios. As regras, por sua vez, operam como normas-meio para o incremento da efetividade sistemática e sistematizadora das finalidades incorporadas, sem unilateralismos, pela rede de princípios*." (in O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, 3ª ed., editora Malheiros, São Paulo, 2004, p. 29)

[44] No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, quando aduz: "(...) *se o objeto do jurista é um sistema de normas e o tema específico do administrativista são as regras e princípios que perfazem em sua unidade o Direito Administrativo, a primeira tarefa que se lhe impõe, como patamar para a compreensão dos vários institutos, é a identificação das noções radicais que os embasam*." E citando Geraldo Ataliba: "(...) *o estudo de qualquer realidade – seja natural, seja cultural – quer em nível científico, quer didático, será mais proveitoso e seguro, se o agente é capaz de perceber e definir o sistema formulado pelo objeto e aquele maior, no qual este se insere*." (in CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 17ª ed., editora Malheiros, 2004, pp. 78 e 83).

impõe pelos Estados-Membros, quais sejam: *igualdade de tratamento*, *não-discriminação*, *reconhecimento mútuo*, *proporcionalidade* e *transparência*. A sua importância foi realçada, posteriormente, na Comunicação Interpretativa nº 2006/C 179/02. Preocupada com os contratos públicos não alcançados pela Dir. nº 2004/18 e, tendo conhecimento de que, em muitos casos, eram eles "*adjudicados diretamente a fornecedores locais sem qualquer concurso",*[45] a Comissão expediu orientação de que os postulados consagrados naquela Diretiva eram igualmente aplicáveis aos pactos por ela não abrangidos[46]. Ressalvou apenas aqueles cujo objeto não fosse de interesse de operadores econômicos de outros Estados-Membros, cuja avaliação caberia à entidade adjudicante. Aquela orientação, aliás, já havia sido emanada do TJCE, no Acórdão TELAUSTRIA, no qual, segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, *reconhece-se que os princípios têm relevância autônoma relativamente a contratos não abrangidos pelas Directivas*.[47]

Na ordem constitucional portuguesa, a Carta da República, em seu art. 266º, consigna os princípios da *igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade* e *boa-fé*.

Por outro lado, o art. 189, do CPA[48], remete aos princípios gerais da Administração, dispostos nos arts. 3º a 6º, quais sejam: *legalidade, prossecução do interesse público, proteção dos interesses dos particulares, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade.* Mais adiante, nos arts. 6º-A, 7º a 10º, são acrescidos: *boa fé, colaboração da Administração com os particulares, participação, decisão, desburocratização, eficiência, gratuidade e o acesso a justiça*.

Em que pese a iminência de sua revogação com o advento do Código de Contratações Públicas, releva enfatizar que, além de os arts. 7º e 15º, do Dec.-Lei nº 197/99, elencarem expressamente os postulados aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, destacam ser a área das contratações públicas: "*uma área em que, muitas vezes, as regras são insuficientes e dificilmente aplicáveis sem recurso aos referidos princípios*".

Infelizmente, não se pautou com a mesma sensibilidade o redator do futuro Diploma, quedando-se silente no particular. Somente no capítulo pertinente à Execução dos Contratos e às Concessões de Serviços Públicos

---

[45] Cfr. COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA sobre o direito comunitário aplicável a adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (2006/C 179/02), publicado no JOCE de 1º de Agosto de 2006, pp. C 179/2 a 179/7.

[46] Cfr. COMUNICAÇÃO 2006/C 179/02, p. C 179/3: "*O TJCE refere expressamente que «ainda que tais contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado»".*

[47] CFR. MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, UM OLHAR PORTUGUÊS, Editora Almedina, 2006, p. 27.

[48] Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, em relação à legislação especial posterior, o CPA tem aplicação subsidiária, somente incidindo em caso de omissão legislativa. (in CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 36).

dedicou-se aos princípios, porém especificamente voltado para tanto. Inconteste que o intérprete irá se ressentir, e muito, dessa omissão, até porque, na área em exame, é corrente a necessidade de remissão aos postulados, mormente nas inúmeras situações que brotam no dia-a-dia da Administração Pública sem expressa solução legal.[49] Tudo indica que caberá às vozes doutrinárias a colmatação do silêncio normativo.

Nessa ordem de idéias, julgamos por bem discorrer sucintamente sobre aqueles que são particularmente importantes, quais sejam: *legalidade, prossecução do interesse público, busca da proposta mais vantajosa, concorrência, isonomia, estabilidade das regras do concurso, intangibilidade das propostas, proporcionalidade, imparcialidade, transparência, julgamento objetivo, publicidade, instrumentalidade das formas, boa-fé e eficiência.* Todos estes princípios estão umbilicalmente ligados, de maneira que a eventual transgressão de um importa na transgressão de outros.[50]

4.2.1. LEGALIDADE

Compreendendo a formalização de ajustes diretos atuação eminentemente pública da Administração, a legalidade é vista na sua dimensão de *conformidade* e não de *mera compatibilidade*.[51] A contratação celebrada pela Administração deve guardar total sintonia com a lei, não bastando apenas que não incida em suas proibições. Afinal, na dicção do art. 3º, nº 1, do CPA, o agir administrativo deve *obediência*, isto é, *submissão* à lei

[49] No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, que averba: *"(...) Quanto mais complexas sejam as regras aplicáveis e quanto mais flexíveis sejam as soluções admissíveis, tanto mais importante será que o Código dos Contratos Públicos consagre, de forma inequívoca, a sujeição de toda a contratação pública a determinados princípios gerais, que deverão nortear as decisões das entidades adjudicantes e que servirão de parâmetro de apreciação – em última instância, jurisdicional – da validade dos referidos contratos."* (in A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS Nºs 2004/17/CE E 2004/18/CE, DE 31 DE MARÇO, E A ELABORAÇÃO DE UM CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS, Cadernos de Justiça Administrativa, VIII Seminário de Justiça Administrativa, nº 58, p. 10, 2006).

[50] Cfr. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA*, cit., p. 86, no sistema dos procedimentos adjudicatórios, existem princípios que assumem uma *posição qualificada* frente a outros. Nas suas exatas palavras: "(...) *dada a sua essencialidade na estrutura e função legais dos procedimentos de concurso, devem ser vistos como condicionantes jurídicas intocáveis das decisões que aí se tomem*.".

[51] Para maior aprofundamento, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES E J. PACHECO AMORIM, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, 2ª ed., Editora Almedina, 2006, pp. 85 a 96; no mesmo sentido, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 17ª ed., editora Malheiros, 2004, p. 67.

e ao direito.[52] Como disse SEABRA FAGUNDES, em frase célebre e vezes sem conta repetida, administrar é "*aplicar a lei de ofício*".[53]

LUCIA DO VALLE FIGUEIREDO enuncia a legalidade num sentido mais amplo: não está o administrador subsumido apenas à lei, mas também "*ao Direito, ao ordenamento jurídico e às normas e princípios constitucionais"*, colmatando, ainda, a norma omissa ou faltante.[54] É o *princípio da juridicidade da Administração*, de ressonância muito mais acentuada em matéria contratual, haja vista a incidência do direito comunitário.[55]

Em especial nos ajustes diretos, por serem hipóteses excludentes da regra geral da obrigatoriedade de concurso, a enumeração legal é taxativa, cumprindo à entidade administrativa deixar patente a incidência dos seus pressupostos. A ausência do concurso fora das situações legais acarreta a nulidade do contrato.

4.2.2. PROSSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

É a satisfação de interesses públicos o combustível que impulsiona a atuação administrativa. Todavia, para tanto, não pode fazer tábula rasa do interesse dos particulares. Se for inevitável atingi-lo, além de fazê-lo na estrita conformidade da lei, deve atuar na exata medida que o interesse público o exigir, ressarcindo os particulares dos prejuízos eventualmente causados.

Na seara das contratações, o interesse público é representado, em especial, pela proposta mais vantajosa, consistente no binômio *melhor qualidade – menor preço*.[56] Para a Administração Pública, a melhor proposta é

---

[52] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA é "*um princípio estruturante de primeiro grau, aplicável, como limite, quer à Administração agressiva, quer à prestacional de que dependem todos os demais (...*)" (in O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, cit., p. 36).

[53] Cfr. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, cit., p. 67.

[54] Cfr. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 42.

[55] Cfr. CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p.45.

[56] Hoje, no direito comunitário, coexistem dois critérios de adjudicação: menor preço e proposta economicamente mais vantajosa. O primeiro é o mais empregado e pressupõe um objeto determinado, enquanto o segundo é aplicado para objetos de difícil determinação, devendo o ofertante apresentar, ao lado do preço, um projeto, no qual são introduzidas variáveis de natureza qualitativa (exemplo: modalidade de execução) ou quantitativa (exemplo: tempo de execução). (Cfr. WALTER TONIATI e DARIO GREGOGI, IL CALCOLO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU'VANTAGGIOSA, IPSOA, 2002, pp. 4 e segs.).

a que oferta objeto de melhor qualidade pelo menor dispêndio de recursos financeiros.[57]

Digno de nota é ainda o fato de que, mesmo quando a adjudicação se dá pelo critério do menor preço[58], a qualidade do objeto não é, ou melhor, não pode ser olvidada. O seu padrão mínimo deve ser garantido a partir das especificações técnicas definidas pela entidade adjudicante, antes da deflagração do concurso ou da celebração do ajuste direto.

4.2.3. CONCORRÊNCIA

A Dir. nº 2004/18, em seu considerando nº 46, preconiza que os princípios nela consignados devem conduzir a garantia da *concorrência efetiva*.

Relevantíssima nos procedimentos seletivos, a concorrência é assegurada com a mais ampla divulgação do certame, a fim de que compareçam o maior número participantes.[59] Quanto maior o número, maior a competição entre eles e maiores são as chances de a Administração obter uma proposta vantajosa, em qualidade e em preço.[60] Nas exatas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA: "*A concorrência anda de mãos dadas com a publicidade na caracterização do concurso público*." [61] Cumpre, pois, à Administração estimulá-la.

Acenam para outro aspecto importante MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, para quem sua presença é assegurada a partir da *plena comparação das propostas*, com a definição precedentemente dos critérios de sua apresentação, a fim de que possam ser realmente cotejadas. [62]

Obtempere-se, por oportuno, que, mesmo quando a Administração pactua de forma direta, deve, sempre que possível, promover consulta a mais

---

[57] Cfr. MARÇAL JUSTEN FILHO "*A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. (...) A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração*." (in COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editora Dialética, p. 42).

[58] JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, citando diversos autores, lança crítica à adjudicação pelo menor preço, a qual denomina de adjudicação necessária, por retirar da Administração "*toda a possibilidade de apreciação valorativa das circunstâncias subjetivas e objectivas dos concorrentes*." (in LEGALIDADE E AUTONOMIA CONTRATUAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2003, p. 695).

[59] No mesmo sentido AGUSTÍN GORDILLO, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo 2, 5ª ed., Editora Del Rey, 2003, Belo Horizonte, p. XII-14.

[60] No mesmo sentido MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, cit., p. 371.

[61] MARCELO REBELO DE SOUZA, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, cit., p. 49.

[62] Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 103

de uma entidade, para que possa, ainda nesses casos, obter uma proposta mais vantajosa.[63] Como averba MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, "*Desde há muito que se exigiu um mínimo de concorrência no ajuste directo, determinando-se que, para contratos em que estivesse em causa um determinado montante, a entidade adjudicante deveria consultar pelo menos três entidades*."[64]

4.2.4. ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE.

A isonomia tem especial destaque na matéria em exame, sendo a não-discriminação objeto de expressa e reiterada recomendação da Comunidade Européia, no Tratado de Roma e nas Diretivas[65]. Quando o Estado decide contratar, cumpre-lhe até para alcançar a dita proposta vantajosa, divulgar este seu intento, permitindo que todos os que satisfaçam os requisitos mínimos necessários, estabelecidos na sua exata medida, possam se habilitar ao ajuste. Durante todo o procedimento, é seu dever tratar de forma isonômica a todos.

Isto não implica, todavia, que não possa exigir a comprovação de certas habilidades ou qualificações. Significa, em verdade, a uma, que só pode eleger requisitos autorizados pela lei e na medida em que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações decorrentes do ajuste[66] e, a duas, que, uma vez escolhidos tais requisitos e divulgados no anúncio, não pode alterá-los posteriormente, aplicando-os, igualmente, a todos os concorrentes. O princípio da estabilidade das regras do concurso deita raízes na isonomia.[67]

De se argumentar, ainda sob o prisma da igualdade, que, ao estatuir hipóteses nas quais está a Administração Pública autorizada a contratar

---

[63] No mesmo sentido, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA,* p. 102, e MARCELO REBELO DE SOUZA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, que averbam: "*Este princípio visa, quer a salvaguarda do normal funcionamento do mercado e a protecção subjectiva dos concorrentes (...), quer a melhor prossecução do interesse público que preside à celebração do contrato, na medida em que a concorrência permite em regra que aquela se faça nas melhores condições financeiras para a Administração*." (in DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, cit., p. 311).

[64] Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., pp. 130 e 131.

[65] CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, cit., p. 57, *"(...) assume particular relevo o critério da nacionalidade, na medida em que se prevê que os nacionais da Comunidade Européia, de países integrados no Espaço Econômico Europeu, e os nacionais de países membros da Organização Mundial do Comércio, não possam ser alvo de tratamento desigualitário*".

[66] Na dicção do art. 5º, nº 2º, do CPA, interpretado *a contrario sensu*, "*se for adequado e proporcional ao objetivo do ajuste*"; No mesmo sentido, MARCELO REBELO DE SOUZA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, cit., p. 312.

[67] Cfr. MARCELO REBELO SOUSA, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., p. 69.

diretamente, o próprio legislador reduziu o alcance do aludido princípio. Reduziu, mas não o eliminou, porquanto, mesmo neste âmbito, se existir mais de uma entidade apta à avença, a Administração deve guiar a sua escolha por critérios isonômicos.[68] Assim, se dois ou mais particulares demonstram interesse no ajuste e atendem a todos os requisitos estabelecidos, resulta claro que não pode a Administração escolher A ou B, por motivos aleatórios ou subjetivos.

Ora, o fato de celebrar um ajuste direto não liberta a Administração da obrigatoriedade de conduzir-se na conformidade dos cânones ora explicitados. Logo, sempre que houver possibilidade de alguma concorrência nos ajustes diretos, a Administração deve previamente definir qual será o critério objetivo de escolha do contratante.[69]

Outro ângulo sobre o qual se projeta a igualdade respeita ao objeto, isto é, aos produtos pretendidos pela Administração. A Comunicação Interpretativa C 179-5 proíbe a " *referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada, a menos que tal referência seja justificada pelo objecto do contrato e seja acompanhada da menção «ou equivalente.".*[70]

De outra parte, o princípio da proporcionalidade exige que a Administração não imponha sacrifícios desnecessários aos administrados."[71] Nas exatas palavras de JUAREZ FREITAS: "*O administrador público (...) está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos*."[72]

A proporcionalidade faz-se presente, com maior intensidade, na elaboração do programa do concurso, no qual desfruta a Administração de

---

[68] No mesmo sentido MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit. p. 117, e MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem: "*A contratação direta não significa atuação arbitrária da Administração (...) Ao escolher um sujeito específico e com ele contratar, a decisão administrativa deverá ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis com a isonomia*." (in COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, p. 229).

[69] No mesmo sentido, lembrando que mesmo nesses meandros os princípios da igualdade, não-discriminação e transparência devem estar presentes, J. Mª FERNÁNDEZ ASTUDILLO, LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EM LA UNIÓN EUROPEA, cit., p. 170.

[70] Cfr. COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA, p. C 179/5.

PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA lembra o caso Cassis de Dijon, decidido pelo TJCE, onde ficou assentado que "*qualquer produto legalmente fabricado e comercializado num Estado-membro deve ser importado e comercializado nos outros Estados-membros nas mesmas condições que os produtos nacionais.*" (princípio do reconhecimento mútuo). (in CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 20).

[71] Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CARLO, JOÃO RAPOSO, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ANOTADO, 5ª ed., 2006, p. 42.

[72] Cfr. JUAREZ DE FREITAS, O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, cit. p.39.

certa liberdade na escolha da qualificação a ser exigida dos concorrentes.[73] Esta deve ser *adequada* e *proporcional* ao objeto a ser contratado.[74] Se exigir mais que o necessário à sua satisfação, além de impedir a participação de outros que poderiam realizá-lo - em ataque ao vetor da isonomia – ter-se-á, de igual modo, desatendido a proporcionalidade com "*o desproporcionado favor de uns interessados"* em *" desfavor excessivo de outros*".[75] Demais disso, exigências excessivas podem até ter por finalidade beneficiar um único particular, levando à pactuação diretamente com uma entidade supostamente exclusiva, em prejuízo de eventuais interessados. Evidentemente, ajuste direto promovido nesses moldes será ilegal.

Resume o quanto ora dito, de forma lapidar, o Relatório Final do CEDOUA, *ipsis litteris*: *"(...) a própria escolha do procedimento e a definição dos trâmites procedimentais a seguir (quando tal não resulte imperativamente da lei), assim como a definição das especificações técnico-jurídicas a respeitar devem passar pelo crivo da sua necessidade e de uma análise de custos (para os interesses dos concorrentes e para a própria Administração, por exemplo em termos de morosidade procedimental) e benefícios (para o interesse público divisado pela Administração) que demonstre, in fine, a proporcionalidade da opção a tomar*."[76]

Ressalte-se, ainda, que o art. 247, da futura Lei das Contratações Públicas, pretendendo evitar desvios na ação administrativa, proíbe expressamente o agente público de assumir direitos e obrigações manifestamente desproporcionais ou que não tenham relação direta com o objeto do contrato. Seria o caso, por exemplo, de contratação por preço excessivo. Estaria, neste caso, o agente contraindo uma obrigação desproporcional ao valor do objeto no mercado.

4.2.5. ESTABILIDADE DAS REGRAS DO CONCURSO E INTANGIBILIDADE DAS PROPOSTAS

O postulado da estabilidade das regras do concurso é corolário da isonomia e significa que, uma vez divulgado o Programa do Concurso, não pode, de ordinário, ser modificado posteriormente. Se o for e se as alterações

---

[73] Cfr. MARÇAL JUSTEN FILHO, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., p. 52.

[74] O art. 44 da Dir. nº 2004/18, em seu nº 2, parte final, acolhe o referido princípio ao estatuir: "*2. As entidades adjudicantes poderão exigir níveis mínimo de capacidade que os candidatos e proponentes devem satisfazer nos termos dos artigos 47º e 48º. O âmbito das informações referidas nos artigos 47º e 48º, ,bem como os níveis mínimos de capacidades exigido para um determinado concurso, devem estar ligados e ser proporcionais ao objecto do contrato.*

[75] Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO AMORIM, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, cit., p. 104.

[76] Cfr. CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, cit., p. 58.

repercutirem na formulação das propostas, deverá ser novamente divulgado a todos os interessados, pelo mesmo modo que se deu a divulgação inicial, prorrogando-se o prazo para a entrega dos envelopes.[77] Se não repercutirem, ainda assim as alterações devem ser levadas ao conhecimento de todos os participantes, em obediência ao princípio da igualdade de tratamento. À evidência, alteração das regras, após a apresentação das propostas, é inadmissível.[78]

A legislação prevê a possibilidade, antes de abertura do concurso, de prestação de esclarecimentos aos interessados. MARIA JOÃO ESTORNINHO atenta para o fato de que tais esclarecimentos não podem redundar em alterações das regras estabelecidas, sob pena da obrigatoriedade da concessão de novo prazo para a formulação das propostas.[79] Daí MARÇAL JUSTEN FILHO afirmar que tais esclarecimentos possuem *cunho vinculante* para a Administração.[80]

Cada vez mais os programas dos concursos são tratados como verdadeiros regulamentos administrativos, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina, daí se falar em "*princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos*".[81]

Outra vertente da estabilidade recai sobre a formulação das propostas, consistente no princípio da intangibilidade das propostas. Salvo se as regras do concurso admitirem a sua alteração no decorrer do julgamento (como é o caso dos leilões eletrônicos), a regra é de que, uma vez apresentadas, as propostas não podem ser alteradas, nem retiradas. É também o que se chama de princípio da seriedade das propostas.[82]

---

[77] No mesmo sentido, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSO E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 110.

[78] MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA atentam para a possibilidade de alteração legislativa, no curso do procedimento, quando então seria possível a retificação das propostas pelos concorrentes, desde que não fossem vulneradas a concorrência e a igualdade. (in CONCURSO E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit. p. 109).

[79] Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS*, cit., nota de rodapé nº 170, p. 350, para quem: "(...) *Na verdade, a exigência da estabilidade das regras do concurso e da proteção da confiança obrigam a não confundir esclarecimentos com alterações às regras do jogo. A haver, já não um mero esclarecimento, mas uma verdadeira alteração às regras do concurso, exige-se a renovação de prazos, com a repetição de actos procedimentais e eventual responsabilização da entidade adjudicante. Na verdade, no caso de esclarecimento ilegal, há obrigação de anular o concurso, caso ele se tenha reflectido negativamente na elaboração de algumas propostas e na possibilidade da sua comparação*.".

[80] MARÇAL JUSTEN FILHO, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, cit, p. 48. O autor colaciona Aresto do STJ, Resp. nº 198.665/RJ, "*A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital*."

[81] CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p.46, nota de rodapé nº 45.

[82] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUZA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*A imodificabilidade das propostas é uma conseqüência do princípio da estabilidade (...) e visa garantir a*

O Relatório do CEDOUA acrescenta que, *"(...) Caso contrário, a possibilidade de alteração de propostas ao longo do procedimento poderia facilmente introduzir dados que se furtariam aos processos públicos exigíveis, dificultando a tarefa de ponderação a cargo da entidade administrativa*."[83]

Conquanto tenham maior incidência no âmbito dos procedimentos concursais, tais princípios devem ser tutelados pela Administração, mesmo quando celebra ajustes diretos. É que, nesses casos, são também divulgadas regras mínimas, as quais, se alteradas, devem sempre ser comunicadas a todos os participantes. Do mesmo modo, o contratante que apresenta proposta, não pode retirá-la ao seu alvedrio.

4.2.6. IMPARCIALIDADE E JULGAMENTO OBJETIVO.

Alerta MARCELO REBELO DE SOUZA para o fato de que, enquanto a violação da isonomia pode não ser intencional, a da imparcialidade sempre o é. [84]

Desde a fase interna de elaboração do Programa do Concurso, a Administração não pode agir deliberadamente para favorecer ou prejudicar concorrentes. O controle de sua conduta é obtido a partir da fundamentação de suas escolhas.[85]

De mãos dadas com a imparcialidade está o julgamento objetivo.[86] Ao elaborar as regras dos concursos, a Administração deve estabelecer critérios objetivos ou, se tiver de empregar critérios subjetivos, reconduzi-los, na medida do possível, à objetividade.

---

comparabilidade daquelas por parte da administração (...); por este motivo, os procedimentos que não admitem negociação são aqueles em que a tutela da concorrência é, à partida, mais ampla." (in DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, cit., p. 318).

[83] CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por ALVES CORREIA, BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, cit., p. 60.

[84] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUZA, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., p. 41.

[85] Cfr. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL ADMINISTRAÇÃO NO PROCESSO Nº 048035, DE 1º/10/03, cujo trecho da ementa convém destacar: "*Em conformidade com o princípio da transparência, que constitui uma garantia preventiva da imparcialidade, os órgãos da Administração devem actuar por forma a darem de si mesma uma imagem de objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença, de modo a projectar para o exterior um sentimento de confiança*."

[86] Cfr. Considerando 46 da Dir. 2004/18, "*A adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não- discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva. Por conseguinte, importa admitir unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o «preço mais baixo» e a «proposta economicamente mais vantajosa»*."

4.2.7. PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA

Princípio de grande envergadura é também o da publicidade. É por seu meio que a Administração desperta a concorrência, confere tratamento isonômico e, em última análise, dá transparência ao procedimento. A sua expressão máxima dá-se, no âmbito dos concursos, mediante a publicação dos anúncios.[87]

Mesmo os ajustes diretos não estão à margem da publicidade. As Diretivas exigem a publicação dos contratos celebrados, com as informações sobre a data de adjudicação, critérios, número de propostas recebidas, nome do operador econômico e preço.[88] Nessa linha, o art. 77, nº 2, do ACCP, exige que os atos de adjudicação sejam publicados, quando for o caso, no JOCE.

A publicidade é excepcionada no que tange às informações confidenciais comunicadas pelas entidades à Administração, especialmente os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das propostas,[89] sendo estas apresentadas em invólucros opacos e lacrados.

Pertinentemente à transparência, esta é aplicável a todos os procedimentos administrativos, inclusive aos chamados ajustes diretos. Faz-se presente, ainda, no dever de fundamentação das decisões - mormente quando exclui concorrentes - no dever de prestar esclarecimentos, bem como na disponibilização dos processos de contratação a qualquer interessado. Enfim, em tornar acessível à coletividade as práticas negociais da Administração. [90]

4.2.8. BOA-FÉ

Encontra também nos contratos administrativos terreno propício à sua aplicação a boa-fé. Esta exige conduta idônea das partes em duas vias (princípio bilateral[91]): seja da Administração para com o particular, seja deste para com a Administração. Significa que os dois devem assumir com seriedade os relacionamentos que travam. Não se há de admitir, por exemplo, que o

---

[87] Cfr. COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA, C 179/4, no tópico 2.1.1.: "(...) *a única forma de respeitar as exigências estabelecidas pelo TJCE passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de anúncio suficientemente acessível.".*

[88] Cfr. art. 41, nº 1, da Diretiva 2004/17, e art. 35, nº 4, da Diretiva nº 2004/18.

[89] Assim dispõe o art. 13, nº 2, da Dir. nº 2004/17.

[90] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA "*A Administração Pública deve agir com transparência, na formação da vontade, no conteúdo, na forma e no fim prosseguido, o que significa que tem de fundamentar os seus actos, nos termos da Constituição e da lei, tem de garantir a cabal audição dos particulares interessados e não lhes pode sonegar informação quer sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, quer sobre as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas*." (in O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, p. 42).

[91] Cfr. CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, cit., p. 52.

particular apresente uma proposta perante a Administração e depois, sem justificativa razoável, não a honre. De igual modo, não se pode aceitar que a Administração deflagre um concurso e, após a escolha do vencedor, deixe de celebrar o ajuste, sem motivo razoável ou *vinculado*[92]. Tais atitudes ferem a boa-fé da outra parte, isto é, a expectativa que criou em torno do cumprimento das obrigações assumidas, importando na cominação de sanções e em ressarcimentos a prejuízos causados.

De outro ângulo, se o particular aceitou contratar com a Administração na suposição de que os atos por ela praticados, no curso do procedimento, foram-no na conformidade da lei, e, se posteriormente, ele é surpreendido com a ocorrência de uma ilegalidade que vicia o contrato de forma incontornável, não resta dúvida de que a sua boa-fé deve ser protegida – não com a permanência do contrato – mas com o ressarcimento dos prejuízos que eventualmente venha a sofrer com a sua invalidação (danos emergentes e lucros cessantes).

Em que pese isso, obtempere-se também que se tem aceito a permanência de contratos, mesmo que celebrados com a inobservância de requisitos legais, se ele vige por significativo lapso de tempo, produzindo efeitos e conseqüências jurídicas das mais diversas para as partes. Quando isto ocorre e o desfazimento do contrato pode ocasionar prejuízos a valores ainda mais relevantes que os tutelados pela norma violada, a ordem jurídica suporta a permanência do ajuste, sem que possa a Administração proceder à sua anulação. Neste caso, a boa-fé do particular é protegida com a permanência do ato.

Nessa ordem de idéias, pois, os particulares não podem ser prejudicados se tomaram decisões (de contratar, por exemplo), tendo por pressupostos atos da administração presumivelmente legais e idôneos, ainda mais se tais atos perdurarem no tempo. É o princípio da confiança nos atos da Administração, corolário do princípio da boa-fé.[93]

Em suma, agir de boa-fé quer dizer que uma parte não pode, salvante situações excepcionais, devidamente justificadas, surpreender a outra

---

[92] Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES E J. PACHECO AMORIM, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, p. 833. No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS, para quem: *"(...) a regra da boa-fé impõe, num concurso público, que a Administração respeite as expectativas criadas aos concorrentes pela admissão das suas propostas."* (in O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 725). CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, cit, p. 53, do qual consta: *"(...) a partir do momento em que tenham sido apresentadas as propostas, a Administração perde a faculdade de desistência da contratação, que apenas poderá exercitar nos casos expressamente previstos na lei, precisamente em virtude da cristalização de expectativas ocorridas em torno de tal procedimento contratual e de sua finalização."*

[93] Cfr. FAUSTO DE QUADROS, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987.

com atitudes opostas às quais assumiu ao firmar a relação, sem a qual a outra não teria declinado o seu assentimento no ajuste.

4.2.9. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS[94]

É formal o procedimento seletivo para a contratação administrativa. A lei estabelece pormenorizadamente um rito a ser seguido, com uma série de atos seqüenciais, cuja finalidade é, em última análise, assegurar a efetividade dos demais postulados ora tratados, principalmente o tratamento isonômico e a imparcialidade. Entrementes, não se mostra razoável que tais formalidades sejam levadas ao extremo com o malferimento de outros tantos postulados igualmente importantes, como, por exemplo, a eficiência administrativa e a prossecução do interesse público.

A formalidade não tem um fim em si mesma. O *iter* é esculpido para o atingimento de certa finalidade. Destarte, se malgrado o seu descumprimento, aquela finalidade ainda assim é alcançada sem transgressão do sistema, a ordem jurídica pode tolerá-lo.[95]

4.2.9. EFICIÊNCIA

A eficiência, noutro ângulo, é hoje o que mais persegue a Administração Pública. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO a conceitua como: "*a melhor realização possível da gestão de interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*."[96]

De nada adianta promover concursos públicos com a observância de todos os primados ora examinados, se as contratações deles decorrentes não são obtidas em tempo hábil, deixando a coletividade desprovida da satisfação

---

[94] Aproxima-se do que a doutrina portuguesa chama de *teoria das formalidades não essenciais*.

[95] Para MARÇAL JUSTEN FILHO há uma espécie de *"presunção" jurídica*, de que as formalidades proporcionarão o alcance dos fins públicos, mas isto não pode tornar a licitação uma "*solenidade litúrgica*". Não se pode olvidar sua natureza teleológica. (COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 11ª ed., Editora Dialética, pp. 43 e 44, 2005). No mesmo sentido, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 93. De igual modo, o Tribunal de Contas da União Brasileiro, na Decisão 695/99, pelo voto do Min. Marcos Villaça, DOU de 8.11.99, p. 50, *apud* CARLOS PINTO COELHO MOTA, EFICÁCIA DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS, editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 101: "*(...) O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer.".*

[96] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 13ª ed., editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 103.

de suas necessidades. Ou então, sem embargo de haver obtido o menor preço, a qualidade do bem ou do serviço haurido fica aquém do satisfatório.

Noutra perspectiva, a eficiência deve ser levada em consideração quando se analisa a possibilidade de sanação de determinado vício no concurso. Não é razoável se anular procedimento complexo, oneroso e longo, por falhas meramente formais.[97]

Esboçados, assim, os principais postulados que informam o sistema, passa-se à análise das hipóteses de ajustes diretos contempladas nas Diretivas, algumas já previstas na atual legislação portuguesa e outras na iminência de serem transpostas.

4.3. HIPÓTESES DE AJUSTES DIRETOS

4.3.1. EM FUNÇÃO DO MÓDICO VALOR

Até 150.000 euros, para obras, 75.000 euros, para locação ou aquisição de bens móveis e serviços, e 100.000 euros, para outras categorias, não abrangidas pelas anteriores, será possível a dispensa do procedimento pré-contratual, considerando unicamente o critério do valor, segundo os arts. 14, 1, "a", 15, 1, "a", e 16, 1, "a", da futura Lei das Contratações Públicas. Afinal, é de se reconhecer não ser razoável a Administração realizar procedimentos seletivos cujos dispêndios - com publicações, por exemplo - sejam superiores ao próprio valor do objeto contratado.[98]

Os referidos montantes devem ser observados tendo em vista a programação anual da Administração, uma vez que, nos termos do art. 18, do ACCP, é vedado o fracionamento.[99]. A Administração não pode repartir a

[97] CARLOS PINTO COELHO MOTA observa que: "*É usual sobrepor-se o inessencial e o contingente, com prejuízo da economicidade e da eficácia na contratação*." (in EFICÁCIA NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS, cit. p. 15). Por outro lado, EMERSON GABARDO aponta que a eficiência não significa apenas a observância da celeridade, prestabilidade, racionalidade e economicidade, mas também da legalidade, moralidade, publicidade etc., no sentido de que não pode ser eficiente ato que, malferindo outros princípios, possa ser anulado. (in PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, editora Dialética, São Paulo, 2002, p. 97).

[98] Pronuncia-se no mesmo sentido MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, para quem "*para um contrato abaixo de um determinado montante seria um contra-senso exigir-se um concurso, pois as despesas que ele implicaria (desde logo com as publicações obrigatórias) seriam maiores do que o montante em causa no contrato (...)*" (in O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVO, cit., p. 132).

[99] O ACCP, em seu art. 18, contempla expressamente a regra: "*4 – Quando prestações do mesmo tipo, susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato, sejam divididas em vários lotes, correspondendo cada um deles a um contrato separado, a formar ao longo do período de um ano a contar do início do primeiro procedimento, o valor a atender para efeitos da escolha do tipo de procedimento a adoptar para a formação do contrato relativo a cada lote é o somatório dos valores dos contratos já celebrados e dos preços base dos procedimentos ainda em curso. 5 – Quando seja possível prever que o somatório do valor das prestações a dividir em vários lotes ao longo do período de tempo referido no número anterior*

despesa em diversos ajustes em razão do valor com o fito de se subtrair à realização de concurso.[100] Assim, sempre que os produtos pretendidos sejam similares, de tal modo que possam ser submetidos ao mesmo procedimento seletivo num só momento, e o seu somatório ultrapasse os valores máximos consignados nos dispositivos supracitados, impõe-se a realização do concurso.

Interessante notar, ainda, que a matéria é regulamentada pela Diretiva nº 2004/18, nada obstante o referidos valores estejam aquém dos limiares estabelecidos. Disto se pode extrair, embora pareça contraditório, que as circunstâncias autorizadoras dos ajustes diretos, por compreenderem exceções aos princípios comunitários, aplicam-se aos contratos não alcançados pelas Diretivas.

4.3.2. CONCURSO DESERTO OU FRACASSADO

O concurso deserto ou fracassado está contemplado nos arts. 136, nº 1, "a" e "b", do Dec-Lei nº 55/99, 18, nº 1, "a", do Dec-Lei nº 223/01, 31, nº 1, "a", da Dir. nº 2004/18, e 40, nº 3, da Dir. nº 2004/17. No ACCP, passa a ter caráter geral, independentemente do objeto, no art. 19, nºs 1, "a" e "b".

Respeita à faculdade conferida à entidade adjudicante de contratar de forma direta, se o concurso público ou o concurso limitado (por prévia qualificação) não obtiver êxito, por não se apresentarem interessados - *concurso deserto* - ou por terem sido rejeitadas as propostas apresentadas, em concurso público, concurso limitado (por prévia qualificação) ou diálogo concorrencial - *concurso fracassado*.[101]

---

será igual ou superior a um valor que determine a escolha de um procedimento diferente do adoptado até então, deve este passar a ser adoptado para a formação dos contratos relativos aos lotes subseqüentes.".

[100] Cfr. RAMÓN PARADA, DERECHO ADMINISTRATIVO, cit., p. 306: "*Regla fundamental en la tramitación de este expediente (...) es la prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos, debiendo «el expediente abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprendiendo todos y cada uno de los elementos que sean precisos», salvo que cada una de las partes del posible contrato sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y así o exija la naturaleza del objeto, justificándolo debidamente en el expediente (art. 69). Esta prohibición se justifica en el riesgo de que el fraccionamiento lleve a eludir los requisitos de publicidad, el procedimiento o el criterio de adjudicación que correspondan*.". No mesmo sentido, JOEL DE MENEZES NIEBUHR, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA, editora Dialética, São Paulo, 2003, p. 262, quando averba ser proibido o fracionamento, nos seguintes termos: " (...) *não é permitido fragmentar o objeto do contrato, para, em vez de firmar um só, firmar vários, visando a esquivar-se da obrigatoriedade de licitação pública, já que, por hipótese, cada parte isoladamente atingiria o montante previsto para a dispensa*."

[101] Hipótese semelhante consta da legislação brasileira, sendo denominada de *licitação fracassada* por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, "CONTRATAÇÕES DIRETAS SEM LICITAÇÃO", 5ª ed., 2ª tiragem, Editora Brasília Jurídica, 2003, p. 337. A seu respeito, comenta o Autor: "*O requisito seguinte é que a licitação precedida pela unidade não tenha gerado a adjudicação, em razão de a) não terem comparecido os licitantes interessados, hipótese denominada licitação deserta; b) ter comparecido licitante sem a habilitação necessária; c) ter comparecido licitante habilitável, mas que não apresentou proposta válida. Essas duas últimas*

Além disso, impõe-se que sejam mantidas as mesmas condições que constaram do caderno de encargos. O ACCP, seguindo as Diretivas, aduz: "*desde que (este) não seja substancialmente alterado*". Ora, as alterações admitidas só podem ser aquelas que não importem em malferimento do princípio da isonomia, ou melhor, aquelas que, ainda que previstas no caderno de encargos ao tempo da abertura do concurso, não teriam despertado o interesse de outras entidades, nem importado na admissão de propostas. Pensar de forma diversa significaria olvidar, por completo, os princípios retrocitados.

Enfatize-se, ainda, que, de acordo com o item 1, "a", do art. 19, do ACCP, no que tange ao diálogo concorrencial, se este remanescer deserto, a Administração estará obrigada a repetir o procedimento. Somente se resultar fracassado, poderá fazer uso do ajuste direto. Neste particular, o ACCP discrepa das Diretivas, as quais não o contemplam. Aliás, apenas a Diretiva nº 2004/18 reporta-se ao diálogo concorrencial, mas para fins de negociação com publicação de anúncio.

Pois bem. A razão de ser dessas normas repousa, segundo se pode inferir, no fato de a Administração haver dado cumprimento à regra da obrigatoriedade do prévio processo seletivo e, por motivos alheios à sua vontade, não haver obtido uma proposta adequada, defluindo-se ser inócua sua repetição. O fundamental, reafirme-se, é que nenhuma alteração significativa se opere nas condições contratuais em relação às anteriormente estabelecidas no concurso. A ausência dos participantes ou sua desídia na formulação das propostas faz presumir um desinteresse do mercado[102], presunção esta que estaria elidida se fossem modificadas condições relevantes à época estabelecidas. Suponha-se, à guisa de exemplo, que, em um fornecimento, o prazo de entrega fosse de 60 (sessenta) dias, não tendo nenhuma entidade comparecido ou não tendo tido sua proposta considerada apta. Se a Administração alterar o prazo para 90 (noventa) dias, não poderá firmar ajuste direto, porque, em tese, pode haver no mercado entidade que teria manifestado interesse, se este fosse o prazo fixado no programa do concurso. Em suma, a Administração somente pode contratar aquele que, se houvesse comparecido ao procedimento pré-contratual, teria tido sua proposta acolhida.

Sem embargo da exigência de que sejam mantidas as mesmas condições anteriormente fixadas, a Dir. nº 2004/18 parece não presumir, *ab initio*, o desinteresse, na medida em que, em seu art. 30, contempla a mesma hipótese com a exigência de publicação de anúncio, o mesmo tendo sido transpassado para o art. 23, "a", do ACCP. Assim, no respeitante ao concurso

---

hipóteses também se denominam licitação fracassada. Há equivalência entre as três situações, porque não se pode acolher como "interessado" aquele que comparece sem ter condições jurídicas para contratar, ou formula proposta que não atende aos requisitos do ato convocatório, ou vem a ter desclassificada sua proposta na forma do art. 48 da Lei n.º 8.666/93."

[102] Cfr. HELY LOPES MEIRELLES, LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, 11ª ed., Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1997, p. 92.

fracassado, a Diretiva contempla duas possibilidades: negociação com publicação de prévio anúncio e negociação sem publicação de prévio anúncio. A disciplina assim posta, aliada aos postulados que presidem as contratações, faz-nos presumir que, quando tal se der (por descumprimento dos arts. 4º, 24, 25 e 27 e do Capítulo VII), deve a Administração, por primeiro, tentar obter êxito no procedimento com publicação de anúncio (no ACCP, negociação) e, só num segundo momento, se não conseguir, optar pelo procedimento sem publicação (no ACCP, ajuste direto).

No caso de negociação com publicação de anúncio, a Diretiva ainda impõe que sejam convidados *todos* os que tenham participado do concurso fracassado, cujas propostas satisfaçam aos critérios constantes dos arts. 45 a 52 e tenham atendido os requisitos formais do procedimento anterior.

Finalmente, o ACCP estatui que, sendo o adjudicante o Estado, se o valor exceder 5.278.000 euros, para obras, de 211.000 euros, para aquisições, locações e serviços, e 137.000 euros, para aquisições, locações e serviços, o ajuste somente poderá ser levado a efeito, se o procedimento anterior *fracassado* tiver tido seu anúncio publicado no JOCE e se forem convidados a apresentar proposta *todos e apenas* os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas.

4.3.3 EMERGÊNCIA

A contratação em razão de emergência[103] consta dos arts. 86, 1, "c", do Dec-Lei 197/99, 136, 1, "c", do Dec.-Lei nº 55/99, 18, nº 1, "d", do Dec.-Lei nº 223/01, 31, nº 1, "c", da Dir. nº 2004/18, 40, nº 3, "d", da Dir. nº 2004/17 e 19, 1, "c", do ACCP.

Diante de situações urgentes e imprevisíveis, não atribuíveis à entidade adjudicante, em relação às quais não haja tempo hábil à realização dos procedimentos seletivos previstos na Lei e – estando em risco interesse público relevante – está autorizada a contratação direta do estritamente necessário ao seu atendimento. Se não for para atender a interesse público relevante, na iminência de sofrer um gravame, não se justifica a contratação. É o que deflui do princípio da prossecução do interesse público: entre os dois valores em testilha, é preferível sacrificar o corporificado no prévio concurso do que o interesse *in concreto*.

A situação posta assemelha-se à que PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA advertiu, em sua tese de mestrado, por ocasião da vigência da

[103] Cfr. ROSANNA DE NICTOLIS, em Itália, a legislação é ainda mais restritiva que a Diretiva, exigindo que, além de imprevisível, a situação seja calamitosa: "(...) *la disciplina nazionale aggiunge che l'appalto deve avere per oggetto il repristino diopere gia esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi Che, oltre ad essere imprevedigili, devono essere di natura calamitosa. Inoltre la imperiosa urgenza deve essere attestata dal dirigente o responsabile del procedimento*." (in PROCEDURA NEGOCIATA, cit., p. 442).

Diretiva nº 93/37/CEE. Em sua ótica, a ordem interna portuguesa, na transposição da Diretiva, foi mais benéfica, deixando de cingir o ajuste ao "*estritamente necessário"*, no que teria deixado de dar cumprimento ao direito comunitário.[104] Diverge-se, entretanto, pois o fato de a transposição, àquela época, não haver se operado *ipsis litteris*, não significa que a urgência tratada no direito português tenha deixado de ser restrita à sua extrema necessidade. Cogitar do contrário seria, em última análise, pôr-se na contramão dos princípios consagrados no Tratado e nas Diretivas. Afinal, cumpre ao intérprete adotar a interpretação mais consentânea com esses vetores.

É, ainda, imprescindível que resulte patenteada no procedimento a relação de causalidade entre o fato imprevisível e o caso *in concreto* ensejador da contratação.[105].

Salta aos olhos, ainda, que esta espécie guarda estreita correlação com o planejamento administrativo. Só está autorizada a dispensa do concurso se o fato que a provoca era impossível de ser previsto em tempo hábil a lançar o devido procedimento seletivo, ou, ainda que o fosse, as suas conseqüências eram incalculáveis e, portanto, também imprevisíveis.

Sem embargo da literalidade do artigo 31, nº 1, "c", da Dir. nº 2004/18 (a Dir. nº 2004/17 não contempla esta restrição) e do ACCP, que expressamente dispõem: "*desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis às entidades adjudicantes*", ousa-se dizer que, mesmo lhe sendo imputáveis, estando em perigo interesse público relevante, deveria a entidade promover o ajuste, sem prejuízo da responsabilização dos agentes que lhe deram causa. Não é razoável sacrificar o interesse público por conduta desidiosa da Administração[106], encontrando tal conduta arrimo na Carta Constitucional, quando, em seu art. 226, nº 1, aduz: "*A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.".

Pertinentes as observações de MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA a este propósito, sugerindo que, se não concorrerem os pressupostos da emergência, podem concorrer os de *estado de necessidade*, ressalvando

---

[104] Cfr. PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 124.

[105] Nesse sentido também PAULA CRISTINA FRAGÃO PEREIRA, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS, cit., p. 124.

[106] No mesmo sentido, AGUSTÍN GORDILLO, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, cit. p. XII-48; JOEL DE MENEZES NIEBUHR, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, editora Dialética, p. 278; JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO, cit., 370. Este último averba: "(...) *pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos; dispensa-se a licitação em qualquer caso."*

que estes "*versam sobre outras questões e aspectos alheios à censurabilidade da conduta dos órgãos administrativos*".[107].

O *estado de necessidade* é uma ressalva à observância do princípio da legalidade, encontrando respaldo no art. 3º, nº 2, do CPA, nesses termos: "*Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração*.".

Comentando esta norma, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM esclarecem que é permitido aos órgãos administrativos: "*em circunstâncias excepcionais ou anormais, se subtraiam ao respeito da regra legal existente – de uma ou outra regra legal, ou, até, de uma fase do procedimento – para não sacrificar interesses legais (públicos ou mesmo privados) que, por força daquelas circunstâncias, se manifestam, em determinado caso, de modo sensivelmente mais relevante do que aqueles que a regra legal preterida visa normalmente proteger*."[108]

Não se pretende aqui defender o descumprimento das Diretivas, mas admitir que, em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais esteja em jogo interesse público de alta relevância, posto em risco por agente público desidioso, cujo prejuízo à coletividade, em advindo, seja incalculável, seja efetivado o ajuste direto, desde que não haja outro meio disponível capaz de evitá-lo. Em última análise, trata-se de dar guarida ao princípio da razoabilidade. E mais: não deve a Administração ser sancionada por ter inobservado as Diretivas, se, além de punir o agente responsável, remanescerem justificadas no processo todas essas circunstâncias e, sobremodo, que não se conduziu com o intento deliberado de transgredir os princípios nela colimados.

4.3.4. EXCLUSIVIDADE

As alíneas "e" e "f" do nº 1, do art. 19, e "d", do nº 1, do art. 22, da futura Lei das Contratações Públicas, agasalham hipóteses nas quais o objeto somente pode ser executado por uma entidade determinada. Tal previsão consta dos arts. 40, nº 3, "c", da Dir. nº 2004/17, e 31, nº 1, "b", da Dir. 2004/18.

No que tange à contratação por motivos técnicos e artísticos, esta se prende à impossibilidade de comparação entre os profissionais, em face da

[107] MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 221.
[108] Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, cit., p. 92.

singularidade do trabalho que desenvolvem,[109] restando, assim, inviável a eleição de critério de escolha, isto é, de adjudicação. A exclusividade do profissional deriva da singularidade do objeto pretendido pela Administração. Insta que, por primeiro, esta defina o que pretende obter no mercado para, num segundo momento, demonstrar que somente A ou B detém qualificação técnica adequada para prestá-lo. A definição do objeto preliminar à escolha do técnico ou do artista salvaguarda a imparcialidade.

Outro aspecto interessante respeita ao âmbito de abrangência da exclusividade: Portugal ou Comunidade Européia? Se cada Estado-Membro compreender a exclusividade dentro de seu âmbito, deixando de promover concurso, acabará por obstar a possibilidade de concorrência de operadores econômicos de outros Estados-Membros, promovendo uma discriminação em razão da nacionalidade, expressamente vedada no Tratado. De conseguinte, quando a contratação tiver de ocorrer por somente existir uma única entidade em condições de atender ao objeto, esta deve ser única em toda a Comunidade.

A dificuldade, sem dúvida, girará em torno da certeza de ser o contratante exclusivo. Salvo se existir uma entidade idônea e imparcial que promova tais registros, somente nas hipóteses nas quais a exclusividade for notória é que o ajuste será viável. Na dúvida, a melhor decisão é promover o concurso[110].

Noutro prisma, o ACCP prescreve a possibilidade de atribuição de exclusividade a determinada entidade por lei, o que não é previsto nas Diretivas. Neste particular, em face dos princípios informadores do sistema, o legislador não desfruta de discricionariedade, só podendo atribuir exclusividade em situações expressamente facultadas na ordem comunitária.

Considerando que a Administração tem o dever de fundamentação de seus atos, em nome do postulado da transparência, cabe-lhe justificar a escolha do contratante, o qual deve, no mínimo, possuir habilidades e

[109] Cfr. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO, cit., editora Brasília Jurídica, 1997., p. 328, "*Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador*.". Mais adiante, na p. 329, assere: *"(...) a definição da singularidade do objeto deve: - ser estabelecida à luz do interesse público; - ser justificada sob os princípios que informam a ação de toda a Administração Pública (...); - ser instituída sem estabelecer preferência em razão da nacionalidade, da naturalidade, da sede ou do domicílio do futuro contratado, nem fundar-se em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...) Somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese alguma, procede-se de forma inversa*."

[110] MARGARIDA OLAZABAL CABRAL comenta em nota de rodapé 231 controvérsia surgida em torno de contrato firmado entre o IPPAR e uma empresa para o restauro da fachada da Igreja da Santa Cruz de Coimbra, no qual aquele Instituto afirmava que somente ela era apta à realização dos serviços, tendo o Tribunal de Contas se negado a apor o visto no ajuste. (in O CONCURSO PÚBLICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cit., p. 132).

experiências anteriores que guardem pertinência com o objeto a ser contratado.

Em suma, há duas possibilidades de ajuste por exclusividade: ou existem diversos operadores econômicos aptos, cujo trabalho que desenvolvem é peculiar e insuscetível de comparação, e aí qualquer um pode ser contratado, ou existe somente um único em condições de atender às necessidades administrativas.

4.3.5. SEGURANÇA

Os contratos secretos estão dispostos no art. 136, "e", do Dec.-Lei 55/99, e no art. 19, nº 1, "g", da futura Lei de Contratações.

Pertinem aos casos nos quais por razões de Estado, precisamente por segurança ou na defesa de interesses relevantes, exige-se tramitação em segredo, chegando CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a afirmar tratar-se de "*licitação vedada*".[111]. MARÇAL JUSTEN FILHO, por sua vez, realça que não basta a existência de tais interesses, mas que estes possam ser postos em risco pela publicidade inerente aos concursos [112].

As Diretivas expressamente excluem os contratos secretos de seu alcance no art. 14, da Dir. nº 2004/17, e art. 21, da 2004/18, e tal exclusão, evidentemente, respalda a idéia de não ser exigível do Estado a realização de concurso público.

4.3.6. ACORDO-QUADRO.

O pacto firmado em acordo-quadro tem disciplina nos arts. 18, "l", do Dec.-Lei nº 223/01, 32, nº 4, da Dir. nº 2004/18, e 40, nº 3, "i", da Dir. nº 2004/17.

Conquanto a possibilidade de contratação ao abrigo de um acordo-quadro não esteja expressa no art. 19 do ACCP, como aplicável a todos os tipos de ajustes – obras, bens e serviços – é repetida em cada um dos artigos específicos, quais sejam, arts. 20, nº 1, "c", 21, nº 1, "e", e 22, nº 1, "l", razão pela qual se reúne o seu tratamento num único tópico.

O acordo-quadro é definido no art. 193, do ACCP, como *"contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vistas a disciplinar relações contratuais futuras, a estabelecer*

[111] *Apud* JOSÉ DE MENEZES IEBUHR, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, cit., p. 300.
[112] Cfr. MARÇAL JUSTEN FILHO, COMENTÁRIOS À LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINSTRATIVOS, cit.. p. 248.

ao longo de um determinado período de tempo, mediante fixação antecipada dos respectivos termos."

Corresponde a uma espécie de cadastro de fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros.[113] Forma-se a partir de um procedimento seletivo, escolhido de acordo com a estimativa do somatório da despesa, onde são definidas todas as condições de execução do objeto, sendo escolhidos um ou mais adjudicatários. Estes, uma vez integrantes do acordo-quadro e durante a sua vigência (via de regra, quatro anos), comprometem-se a fornecer bens, prestar serviços ou executar obras, na forma ali definida, quando a Administração solicitar. Esta, por sua vez, não estará, no decurso daquele prazo, obrigada a fazê-lo. Quando pretender exercer essa faculdade, poderá fazer uso do ajuste direto, consoante o art. 199, nº 3, não podendo o contrato assim celebrado alterar as condições já definidas no acordo-quadro.

Cabe ressalvar, contudo, a existência da possibilidade de formação de acordo-quadro sem que as condições estejam suficientemente estabelecidas, hipótese em que o ajuste direto não está autorizado e as propostas apresentadas necessitam ser complementadas, convidando-se as entidades integrantes do acordo-quadro a reapresentá-las. De igual modo, não poderão ser promovidas alterações substanciais no que já foi definido por ocasião da formação do acordo.

Não sobejam dúvidas de que o acordo-quadro irá proporcionar maior eficiência na gestão administrativa, na medida em que, para a satisfação de suas necessidades habituais, a Administração não necessitará deflagrar diversos procedimentos seletivos a cada ano.[114] Se ocorrerem alterações no mercado que repercutam na definição do objeto, a legislação faculta a promoção de ajustes, sem que, evidentemente, importe em mudança de objeto.

4.3.7. INVESTIGAÇÃO, EXPERIMENTAÇÃO E ESTUDO DE DESENVOLVIMENTO

Facultando o ajuste direto para fins de investigação, experimentação e estudo, além de transpor o art. 30, nºs 1, "d", e 2, "a", da Dir. nº 2004/18, e do art. 40, nº 3, "b", da Dir. nº 2004/17, o futuro Diploma das Contratações foi ao encontro da diretriz emanada do art. 73, nº 4, da CRP Portuguesa, segundo a qual incumbe ao Estado "*incentivar e apoiar a criação e a investigação científica, bem como a inovação tecnológica*". A razão de ser da faculdade

[113] O acordo-quadro criado na ordem jurídica comunitária e portuguesa assemelha-se sobremodo com o Sistema de Registro de Preços Brasileiro, regulamentado pelo Dec. nº 3.931/01. Para maior aprofundamento, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E PREGÃO, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.

[114] Dentre outras, JACOBY aponta como vantagens a redução do volume de estoques, do fracionamento de despesa, do número de licitações e do tempo de aquisição (in SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E PREGÃO, cit., p. 87 e segs.).

radica no fato de a pesquisa exigir *mobilidade* e *agilidade*[115], não condizente com o aguardo da tramitação de procedimento seletivo mais complexo.

Entrementes, o Considerando 23 da Dir. nº 2004/18, em que pese reforce o fomento à investigação e ao desenvolvimento tecnológico, consoante o art. 163 do Tratado, exclui o co-financiamento de programas de sua abrangência, exceto aqueles cujos resultados se destinam exclusivamente à entidade adjudicante para sua própria atividade e desde que remunere os serviços.

No que tocante às obras para fins de investigação, experimentação, estudo ou desenvolvimento, é condição à sua celebração não se destinar à garantia da viabilidade econômica das mesmas e ser inferior a 5.278.000 euros. Do mesmo modo, em relação à locação ou à aquisição de bens, não serem produzidos em quantidade para fins comerciais ou para amortizar os custos com aquelas atividades. Já relativamente aos serviços, a legislação restringe o ajuste apenas a serviços de investigação e de desenvolvimento, desde que os resultados não se destinem ao exercício da própria atividade da entidade adjudicante e sejam remunerados exclusivamente por ela.

Em relação às obras, a Dir. nº 2004/18, em seu art. 30, nº 1, "d", prevê também o recurso ao procedimento com prévia publicação de anúncio, o que foi inserto no art. 23, "c", do ACCP. No particular, assim como já oportunamente desenvolvido a propósito do concurso fracassado, a Administração deverá, num primeiro momento, adotar esse procedimento e, se não obtiver êxito, optar pelo ajuste direto.

Em suma, permite-se a contratação para tais fins, desde que não se destine a obter lucros ou cobrir os custos com a investigação (financiá-la).[116]

4.3.8. OBRAS NOVAS

Encontram-se disciplinadas expressamente nos arts. 136, "d", do Dec-Lei nº 55/99, 18, "e", do Dec-Lei nº 223/01, 31, 4, "b", da Dir. nº 2004/18, 40, nº 3, "g", da Dir. nº 2004/17, e 20, 1, "a", da futura Lei Geral de Contratações.

Se as obras novas, objeto de empreitada ou de concessão, consistem na repetição de obras anteriores, faculta-se a celebração do contrato com o mesmo adjudicatário, desde que:

[115] Alerta para isso JOEL DE MENEZES NIEBUHR, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, cit., p. 310.

[116] Cfr. J. Mª FERNÁNDEZ ASTUDILLO, LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA, cit., p. 171.

i) refiram-se ao mesmo projeto de base, com esteio no qual foi celebrado o contrato inicial, em concurso público ou limitado;
ii) o contrato anterior tenha sido celebrado há, no máximo, três anos;[117]
iii) tenha constado do anúncio a possibilidade de ajuste direto;
iv) se o somatório dos valores ultrapassar 5.278.000 euros (art. 14º, 1, "b"), o anúncio do concurso tenha sido publicado no JOCE.

A norma prima pela busca da eficiência, evitando que a Administração deflagre diversos procedimentos para edificações semelhantes. A concorrência é garantida na medida em que o montante do ajuste direto é levado em consideração na publicação do aviso do concurso, devendo dele constar expressa referência à sua possibilidade. Forçoso concluir, nesse passo, que a hipótese requer programação antecipada da entidade adjudicante.

4.3.9. TRABALHOS A MAIS

O acréscimo em obras em execução, por empreitada ou concessão, é admitido nos arts. 26, nº 1, do Dec-Lei 55/99, 40, nº 3, "f", da Dir. 2004/17, 31, nº 4, "a", da Dir. nº 2004/18, e no art. 20, nº 2, da futura Lei Geral das Contratações Públicas.

Quando, no curso da obra, surge a necessidade de acréscimo nos trabalhos já contratados, por ajuste direto, negociação, concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, a entidade adjudicante pode recorrer à avença de forma direta, se:

a) existirem graves inconvenientes, técnicos ou econômicos, à sua separação do contrato inicial, ou,

b) sendo possível a separação, sejam os reportados trabalhos *estritamente necessários* à conclusão da obra.

Além disso, se o somatório dos valores do contrato inicial e dos trabalhos a mais excederem a 5.278.000 euros (art. 14, "b", do ACCP), o ajuste somente poderá ser levado a efeito, se o anúncio do concurso houver sido publicado no JOCE.

O ACCP, por outro lado, estabelece dois limites percentuais. Enquanto os trabalhos a mais, somados a contratos anteriores com o mesmo objeto e deduzidos os serviços não prestados, não podem exceder 5% (cinqüenta por cento) do valor do contrato inicial, o somatório dos montantes fixados no contrato a celebrar e nos anteriores relativos a trabalhos a mais não pode exceder 50% do preço estipulado no contrato inicial. Ainda cumpre

[117] Cabe anotar que tal exigência não consta da Dir. nº 2004/17 e o ACCP exige aquele lapso de tempo para todas as hipóteses.

realçar que a Dir. nº 2004/17 não os contempla, enquanto a de nº 2004/18, somente prevê o relativo a 50% precitado.

Noutra perspectiva, nas Diretivas nºs 2004/17 e 2004/18, exige-se expressamente que os *trabalhos a mais* "*se tenham tornado necessários, na seqüência de uma circunstância imprevista*", no que o ACCP se quedou silente. No entanto, caberá ao intérprete suprir a omissão, até porque a idéia da imprevisibilidade encontra-se presente na excepcionalidade que emerge das condições fixadas para a celebração do ajuste. De conseguinte, se era previsível, não se justifica a medida de exceção.

4.3.10. PADRONIZAÇÃO

Os arts. 40, nº 3, "e", da Dir. nº 2004/17, 31, nº 2, "a", da Dir. nº 2004/18, e 21, 1, "a", do aguardado Diploma acolhe, de um certo modo, o princípio da padronização.[118] O móvel é impedir que, ao pretender adquirir ou locar novos bens de uso corrente, para ampliação ou substituição parcial de outros ou de instalações, a Administração tenha dificuldades de utilização e de manutenção desproporcionadas. Admite-se, assim, que os adquira diretamente junto ao fornecedor anterior.

De se ressaltar, contudo, que a hipótese só está autorizada *se e somente se* a aquisição junto a outro fornecedor *obrigue* à Administração aceitar bens "*com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades e dificuldades técnicas de utilização e manutenção desproporcionadas.*". Isto deverá, evidentemente, estar evidenciado no processo.

Em última análise, cuida-se de exclusividade do produto, pois, se existirem no mercado outros aptos a atender à entidade adjudicante, deverá ser aberto o concurso. De outra parte, o mesmo deverá ocorrer se, a despeito da exclusividade do produto, vários sejam os fornecedores existentes no mercado.

A Dir. nº 2004/18 ressalva, todavia, que a duração de tais ajustes não pode, em regra, exceder três anos. Conquanto este limite temporal não tenha sido transposto para o ACCP, deve ser considerado acolhido, na medida

[118] Segundo DIÓGENES GASPARINI, deve a Administração, em suas aquisições, eleger um stander (um padrão) que possa atender suas necessidades de forma vantajosa. Adverte o Autor: "*O dispositivo (...) impõe que toda compra seja avaliada segundo esse princípio, com o intuito de evitar aquisições de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa*.". No Brasil, contudo, para que se dê a padronização de determinado produto, exige-se processo administrativo específico, no qual deve haver ampla publicidade. (in DIREITO ADMINISTRATIVO, 5ª ed., editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 379).

em que estabelece restrição à excepcionalidade da ausência do procedimento pré-contratual.

4.3.11. BOLSA DE MATÉRIAS-PRIMAS

O art. 18, "j", do Dec.-Lei 223/01, reporta-se à aquisição de mercadorias cotadas e compradas em bolsa. Já os arts. 31, nº 2, "c", da Dir. nº 2004/18, e 40, nº 3, "h", da Dir. 2004/17, aludem a produtos cotados e adquiridos em mercados de produtos de base. Por sua vez, o art. 21, nº 1, "c", do ACCP, refere-se à aquisição de bens cotados em bolsa de matérias-primas.

A tolerância com a inobservância da regra concursal, *in casu*, repousa na incompatibilidade entre a forma de aquisição em bolsa e o procedimento pré-contratual.

4.3.12. CURADORES, LIQUIDATÁRIOS OU ADMINISTRADORES DE FALÊNCIA OU CONCORDATA

O art. 21, nº 1, "d", do ACCP, seguindo o art. 18, "h", do Dec.-Lei nº 223/01, e transpondo os arts. 31, nº 2, "d", da Dir. nº 2004/18, e 40, nº 3, "j" e "k", da Dir. nº 2004/17, permitem a dispensa do processo seletivo quando se trate de adquirir produtos disponíveis no mercado em situações especialmente vantajosas, como as decorrentes de estado de insolvência de um modo geral.

4.3.13. SERVIÇOS COMPLEMENTARES

Constam expressamente dos arts. 86, nº 1, "e", do Dec-Lei nº 197/99, 18, nº 1, "f", do Dec-Lei nº 223/01, 31, nº 4, "a", da Dir. nº 2004/18, 40, nº 3, "f", da Dir. nº 2004/17, e 22, nº 1, "a", e 4, do ACCP.

O tratamento conferido neste caso é idêntico ao dispensado a *trabalhos a mais* já comentado, alterando-se apenas o montante acima do qual é exigida a publicação no JOCE, cujo valor é de 211.000 euros.

4.3.14. SERVIÇOS NOVOS

A hipótese é idêntica à de *obras novas* já tratada e se encontra prevista nos arts. 86, "g", do Dec-Lei nº 197/99, 31, nº 4, "b", da Dir. nº 2004/18, e 22, nº 1, "a", da futura Lei das Contratações. Não foi contemplada, contudo, na Dir. nº 2004/17, de modo que, considerando seu caráter

excepcional, não cabe aplicação analógica, devendo a entidade, neste caso, promover o devido certame.

São, pois, os requisitos:

i) o projeto deve guardar conformidade com o que serviu de esteio ao contrato inicial, em concurso público ou limitado;

ii) o contrato inicial deve ter sido firmado há, no máximo, três anos;

iii) a possibilidade de ajuste direto deve ter constado do anúncio;

iv) anúncio do concurso deve ter sido publicado no JOCE, se o somatório dos valores ultrapassar 211.000 euros.

4.3.15. CONCURSO DE CONCEPÇÃO

O ajuste com o vencedor do concurso de concepção está previsto nos arts. 86, "h", do Dec-Lei nº 197/99, 18, "i", do Dec-Lei nº 223/01, art. 31, nº 3, da Dir. 2004/18, 40, nº 3, "l", da Dir. nº 2004/17, e 22, nº 2, "j", do ACCP.

Respeita à possibilidade de ser contratado para a execução do projeto ou do plano o vencedor ou um dos vencedores do concurso de concepção, desde que assim disponha as regras anteriormente estabelecidas e sejam convocados à negociação todos os vencedores.

4.3.16. AQUISIÇÃO OU LOCAÇÃO DE BENS IMÓVEIS OU DIREITOS SOBRE ESSES BENS

Embora não conste expressamente do art. 40, nº 3, da Dir. nº 2004/17, nem do art. 31, da Dir. nº 2004/18, a inconveniência da submissão da aquisição e da locação de bens imóveis ao procedimento seletivo, haja vista suas características específicas, consta expressamente do Considerando 24 da Dir. nº 2004/18, razão pela qual restou consagrado no art. 22, nº 1, "e", do ACCP.

É que a escolha de um imóvel para, por exemplo, abrigar uma repartição pública requer o atendimento de tantos aspectos técnicos que acaba por se revestir de singularidade, não sendo viável a eleição de critério objetivo de comparação.

4.3.17. SERVIÇOS FINANCEIROS

Compreendem os casos de emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, especificamente operações para obtenção de fundos e capital pela entidade adjudicante e contratos de aquisição de serviços prestados pelo Banco de Portugal.

4.3.18. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO

Por motivos de política social da Comunidade, respeitante à importância social e cultural dos serviços audiovisuais de radiodifusão, afirma-se, no Considerando 25, da Dir. 2004/18, que a aquisição, o desenvolvimento, a produção ou a co-produção de programas e de outros serviços preparatórios não se submetem às regras convencionais de adjudicação, obrigando-se ao procedimento seletivo, contudo, para a aquisição do material técnico necessário. Daí porque o art. 22, nº 1, "f", do ACCP, contemplou expressamente o ajuste direto.

4.3.19. ABERTURA OU EXPLORAÇÃO DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICAÇÕES OU A PRESTAÇÃO AO PÚBLICO DE UM OU MAIS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

O ACCP prevê, no art. 19, nº 1, "d", possibilidade de ajuste direto, quando o objetivo seja permitir à entidade adjudicante a "*abertura ou exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações*."

De um lado, a Dir. nº 2004/17, com o deliberado propósito de fazer prosperar a concorrência efetiva no setor[119], voltou a incidir sobre alguns

[119] Oportuno transcrever os considerandos da Diretiva nº 2004/17: *"(5) O âmbito de aplicação da Diretiva 93/38/CEE abrange actualmente certos contratos celebrados por entidades adjudicantes do sector das telecomunicações. Para promover a abertura deste sector foi adoptado um quadro jurídico, mencionado no Quarto Relatório sobre a Aplicação do Pacote Regulamentar das Telecomunicações, de 23 de Novembro de 1998. Uma das conseqüências foi a introdução de uma concorrência efectiva, simultaneamente de direito e de facto, neste sector. A título de informação, e tendo em conta esta situação, a Comissão publicou uma lista dos serviços de telecomunicações que podem já ser excluídos do âmbito de aplicação da referida directiva ao abrigo do seu artigo 8º. No Sétimo Relatório sobre a Aplicação do Pacote Regulamentar das Telecomunicações, de 26 de Novembro de 2001, novos progressos foram confirmados, já não é, pois, necessário regulamentar as aquisições efectuadas pelas entidades que operam no referido sector (...) (7) Não obstante, é conveniente continuar a acompanhar a evolução do sector das telecomunicações e reexaminar a situação caso se constate que deixou de existir uma concorrência efectiva neste sector. (8) A Directiva 93/38/CEE exclui do seu âmbito de aplicação as aquisições de serviços de telefonia vocal, telex, radiotelefonia móvel, chamada de pessoas e telecomunicações via satélite. Tais exclusões foram introduzidas para atender ao facto de que, freqüentemente, os serviços em questão só podiam ser prestados por um único fornecedor numa zona geográfica específica,*

serviços de telecomunicações. Por outro, a Dir. nº 2004/18, em seu art. 13, deixou de ser aplicável à abertura ou exploração de redes públicas de telecomunicações, enfatizando-se, igualmente, o propósito de incentivar a concorrência.[120]

Ora, se o intuito das sobreditas alterações levadas a efeito, mormente a que excluiu da abrangência da Diretiva o referido objeto, foi promover maior concorrência no setor, não se mostra consentânea a criação de hipótese de ajuste direto.

4.3.20. AQUISIÇÃO DE ÁGUA OU ENERGIA

É uma faculdade concedida pelo art. 21, 1, "g", da ACCP, à entidade que exerça atividade de colocação à disposição, exploração ou alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável ou eletricidade, gás ou combustível para aquecimento.

Alusivamente à aquisição de água, o Considerando nº 26, da Dir. 2004/17, reporta-se à inadequação dos critérios de adjudicação próprios de fornecimento e serviço, em razão da necessidade de abastecimento em fontes situadas na proximidade do local de utilização.

4.3.21. ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

Em seu Considerando nº 26, a Dir. nº 2004/18 alude à exclusão dos serviços de arbitragem e de conciliação de sua incidência, em face de serem prestados *por pessoas ou organismos* que não estão sujeitos a regras de adjudicação. São, portanto, incomparáveis.

---

devido à ausência de concorrência efectiva e à existência de direitos especiais ou exclusivos. A introdução de uma concorrência efectiva no sector das telecomunicações priva essas exclusões de fundamento. É, pois, necessário integrar a aquisição de tais serviços de telecomunicações no âmbito de aplicação da presente directiva."

[120] Em seu Considerando 21, a Dir. nº 2004/18, aduz: *"(21) Atendendo à situação de concorrência efectiva no que respeita aos contratos no sector das telecomunicações, na sequência da aplicação da regulamentação comunitária tendente a liberalizar este sector, é conveniente excluir do âmbito de aplicação da presente directiva os contratos públicos neste domínio, desde que tenham por objecto principal permitir às entidades adjudicantes exercer certas actividades neste sector. Essas actividades são as definidas nos artigos 1º, 2º e 8º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (2), de forma que a presente directiva não é aplicável aos contratos que foram excluídos do âmbito da Directiva 93/38/CEE nos termos do seu artigo 8º."*

4.3.22. AQUISIÇÃO DE BENS EM REVENDA

O art. 21, nº 1, "f", do ACCP, contempla a possibilidade de aquisição de bens usados por parte da Administração, no que parece estar em consonância com o art. 40, nº 2, "j", da Dir. 2004/18, a qual autoriza o ajuste direto em "*aquisições de oportunidade, em que seja possível adquirir fornecimentos aproveitando uma ocasião particularmente vantajosa, que se tenha apresentado num curto período de tempo, cujo preço seja considerado inferior aos preços normalmente praticados no mercado.*"

A situação contemplada no ACCP parte do pressuposto de que a aquisição de bens em revenda ou a locação a terceiros (diretamente ou por incorporação noutros bens móveis) propiciará a obtenção de proposta mais vantajosa por parte da Administração. Todavia, somente será possível se a entidade adjudicante não desfrute de direitos especiais ou exclusivos para a revenda ou locação daqueles bens e outras entidades possam revender ou locar livremente bens do mesmo tipo daquele em condições idênticas às das que goze a entidade adjudicante.

Por último, o ACCP, em seu art. 204, cuidou de subsumir a concurso público ou limitado os chamados "*contratos de aprovisionamento",* até então firmados diretamente pela Direção-Geral do Patrimônio e pelo Ministério das Finanças, com respaldo no art. 86, "a" e "b", do Dec.-Lei nº 197/99.[121]

Tecidas essas considerações em torno dos casos propiciadores de ajustes diretos, releva perquirir se seria juridicamente possível a criação de outros não consagrados nas Diretivas.[122]

Como já declinado, tais situações excepcionam os postulados informadores das contratações públicas na ordem comunitária. Logo, qualquer medida nesse sentido equivalerá ao seu descumprimento, motivo pelo qual é de se concluir, *prima facie*, por sua impossibilidade. O mesmo igualmente se

[121] A propósito dos ajustes celebrados pela Direção Geral do Patrimônio, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA explicam: *"(...) quando se trata de serviços ou bens que hajam sido objecto de "acordos de desconto" entre a Direção Geral do Patrimônio do Estado e prestadores ou fornecedores por esta escolhidos (em concurso público, limitado ou por negociação). Nesses acordos estão fixadas as condições básicas de aquisição, de tal modo que, quando um serviço ou organismo abrangido pretende adquirir tais serviços ou bens, pode recorrer à lista de prestadores ou fornecedores existentes, escolher aquele com quem vai contratar e obter dele os descontos (e demais condições) previamente estabelecidos com a Direção Geral – ou então, dirigir-se a esta (que agrupará os vários pedidos similares de aquisição que lhe cheguem, conseguindo ainda maiores descontos)".* (in CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, p. 222).

[122] MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA esclarecem que, em matéria de contratações, já ocorreram casos, em Portugal, de transposição defeituosa da Diretiva. Disseram respeito aos arts. 18, 27 e 30 da Dir. nº 93/37/CEE, transpostos para o Dec-Lei nº 405/93. Segundo os AA. a situação se resolvia, indubitavelmente, pela eficácia direta daqueles dispositivos da Diretiva nos procedimentos, tendo assim concluído o Supremo Tribunal Administrativo (1ª Seção), no Acórdão de 14 de março de 1995. (in CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, pp. 33 a 35).

aplica aos contratos que não estão nos patamares mínimos exigidos, na medida em que devem, ainda assim, obediência àqueles vetores.

Calha obtemperar que JOSÉ Mª GIMENO FELIÚ expressa a mesma posição e não admite ressalvas, dando ciência, inclusive, de ter a Espanha sido condenada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, em 12 de janeiro de 2005, por haver incluído outros casos de procedimentos de negociação não contemplados nas Diretivas.[123]

Sem embargo, como em Direito nada é absoluto e o jurista está sempre sendo surpreendido com situações novas, raramente se pode afirmar categoricamente sim ou não. Poder-se-ia cogitar, então, de situação excepcionalíssima, cujos valores fossem tão relevantes que o sacrifício em prol de prévio procedimento seletivo não fosse razoável se aceitar, desde que devidamente evidenciado não ter havido o propósito de menoscabar o Direito Comunitário.

5. BREVES NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO

Tal como ocorre com os concursos, quando a Administração firma ajustes diretos deve, de igual modo, trilhar um procedimento, ainda que mais simplificado.[124] Em seu âmbito, cumpre-lhe, após certificar-se do atendimento dos pressupostos legais, emitir uma decisão prévia de contratar e autorizar a despesa correspondente. Ora, na medida em que os ajustes diretos mitigam a competitividade, com maior razão devem estar respaldados numa decisão expressa e fundamentada[125], sujeita a impugnação por quem se ache prejudicado ou questione sua legalidade.

O art. 30, nº 4, da Dir. nº 2004/18, expressamente sugere às entidades adjudicantes a constituição de um processo com fases sucessivas, com o fito de reduzir, paulatinamente, o número de propostas. Conquanto a norma não se reporte aos ajustes diretos, parece-nos que a idéia de um

---

[123] Cfr. *LA NUELA CONTRATATIÓN PÚBLICA EUROPEA Y SU INCIDENCIA EM LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA*, cit., p. 196.

[124] No mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES, J. PACHECO AMORIM, CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, cit. p. 836: "*Mesmo no caso de ajustes directos simples (...) para escolha da entidade a contratar, há sempre lugar a um qualquer procedimento, necessário, pelo menos, para a fixação dos termos do contrato a celebrar ou das garantias a prestar e para a justificação da dispensa do uso de procedimentos concorrenciais mais formais, previstos na lei*".

[125] Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, cit., p. 376: "(...) *fundamental é exigir que a entidade adjudicante justifique sempre a escolha do procedimento em concreto adoptado, assumindo o dever de fundamentação um papel decisivo nesta matéria. Tal escolha pode – e deve – obviamente ser escrutinada à luz dos princípios fundamentais da contratação pública que anteriormente foram analisados.*"

procedimento também se lhes aplica, já que, no mínimo, justificativa fundamentada deverá ser declinada por escrito.

Por outro lado, a dispensa do concurso não importa a inexistência de qualquer avaliação dos proponentes.[126] São-lhe igualmente aplicáveis, *mutatis mutandis*, os comandos legais pertinentes à qualificação técnica, econômica e jurídica.[127] Salta aos olhos, a exemplo, que não podem ser contratados particulares que se encontrem em situação de irregularidade com a seguridade social, nem tampouco os condenados, em sentença transitada em julgado, por delito que afete a sua honorabilidade profissional.

Vertem posição nesse sentido, inclusive como condição de participação do candidato ao procedimento, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ao afirmarem: "(...) *há que observar sempre, no processo do ajuste directo legalmente previsto e tendendo à adjudicação directa de um acto ou contrato, os requisitos e exigências, pelo menos, sobre a habilitação e aptidão (sejam elas territorial, fiscal, previdencial, profissional ou outras) dos candidatos ao ajuste directo – nos mesmos termos em que eles são exigidos para os restantes procedimentos adjudicatórios (...).*"[128]

De conseguinte, se o ajuste direto for vultoso, pode a Administração exigir a apresentação de documentos que comprovem a capacidade financeira da entidade. Do mesmo modo, se o fornecimento ou a prestação dos serviços for complexo, podem ser exigidos documentos relativos à experiência anterior na sua realização, à descrição de equipamento técnico ou à indicação de técnicos disponíveis para a realização do objeto. Enfim, é possível e, dependendo do objeto, até necessário, avaliar-se a capacidade financeira e técnica do contratante no ajuste direto.

O art. 110 do ACCP, entretanto, preconiza que não se aplica a avaliação prévia dos concorrentes em ajustes diretos, admitindo-se que esta seja feita após a adjudicação, com fixação de prazo para tanto.

Um outro aspecto que têm relevo refere-se ao valor da contratação. Não é porque se autoriza a dispensa do concurso que a Administração poderá

---

[126] Afinal, como lembra MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *"(...) esta escolha livre não equivale a uma selecção arbitrária: a Administração terá de ponderar, aqui como em qualquer decisão, as exigências do interesse público para concluir qual o contratante melhor e qual o que está disposto a acordar com ela condições vantajosas para o interesse público prosseguido pelo contrato em causa." (in* O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*, cit., p. 130)*.

[127] Cfr. JOSÉ Mª GIMENO FELIÚ, LA NUEVA CONTRATATIÓN PÚBLICA EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, cit. p. 199, "*En relación con la selección de los candidatos, las entidades adjudicadoras deberán utilizar criterios objetivos y normas objetivas que se hayan definido previamente y que estén a disposición de los suministradores, contratistas o prestadores de servicios interesados (...). Normalmente estos criterios irán dirigidos a comprobar la capacidad profesional, financiera, económica, y la capacidad técnica del provedor del servicio*."

[128] Cfr. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, cit., p. 224.

se descuidar de avaliar o preço ofertado. É seu dever apurar se este é compatível com a média de mercado, a fim de que não acabe por contratar um preço inexeqüível ou excessivo. E mais, havendo mais de uma proposta equivalente, deverá contratar a que possui o menor preço, tendo em vista o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração.[129] Cumpre-lhe, quando possível, proceder à negociação.

Como já dito, o Anteprojeto em tramitação cria o *convite*, bem diverso do anteriormente previsto no Dec.-Lei nº 197/99. Neste, *convite* é uma fase do procedimento de concurso ou de negociação (arts. 121, 128, 141 e 148) ou um procedimento próprio, denominado consulta prévia (art. 151). Na futura Lei, o *convite* é um procedimento concebido especificamente para os ajustes diretos, de observância obrigatória, salvo a opção pelo procedimento simplificado, para ajustes até 5.000 euros, casos em que o contrato não pode ultrapassar um ano, nem ser prorrogado.[130]

De acordo com o art. 97 da futura Lei, o *convite*[131] é remetido pelo órgão competente para contratar a, no máximo, três entidades, salvo as situações nas quais somente exista uma única entidade a contratar. Veda-se a remessa de convites a entidades que já tenham sido contratadas, no ano em curso e nos dois anos anteriores, em razão do módico valor, e o objeto dos contratos seja idêntico ou abranja prestações do mesmo tipo, cujo preço acumulado seja igual ou superior aos limites estabelecidos em razão de valor.

Por fim, em seu art. 208, o ACCP veda a subcontratação, nos casos de celebração de ajuste direto, quando somente exista uma entidade apta a contratar. Compreende uma regra moralizadora, pois se tal ocorrer, à evidência, não era a entidade a única.

6. CONCLUSÃO

Na seara das contratações públicas não se pode olvidar, em momento algum, que a Administração Pública negocia com recursos que não lhe pertencem, mas à coletividade. É mera curadora de interesses e recursos

[129] Esta é, igualmente, a posição de RAMÓN PARADA, DERECHO ADMINISTRATIVO, cit., p. 311, para quem: "*En el procedimiento negociado, que solo se admite en los casos taxativamente determinados por la Ley, no se establece criterio alguno, pero es fácil colegir que deberá adjudicarse el contrato a la empresa entre las concurrentes a la negociación y que ofrezca la proposición, en conjunto, por su precio y otras condiciones más ventajosa. Así lo exige el interés público que, junto con otros principios constitucionales, siempre debe sujetar el ejercicio de cualquier potestad administrativa*."

[130] Tal disciplina guarda semelhança com a que era contemplada no Dec-Lei nº 59/99, concernente às empreitadas públicas, a qual estabelecia obrigatoriedade de consulta prévia a três entidades.

[131] Na forma do art. 98, nº 1, o programa do concurso é substituído pelo convite.

alheios.[132] Assim, se de um lado, a cada dia recrudescem as exigências da uma sociedade em prol da disponibilização de serviços eficientes, por outro, para atendê-la, necessita celebrar contratos que expressem o que há de melhor em qualidade no mercado, pelo menor dispêndio de recursos financeiros, sempre escassos. Tudo, sem se descurar da sujeição às regras e aos princípios administrativos. Tarefa difícil, mas possível, se planejar bem suas atividades.

Além de disciplinar procedimentos inovadores como o diálogo concorrencial e os acordos-quadro e reunir as categorias de fornecimento de bens, prestação de serviços, empreitada de obras públicas e concessão de obras e de serviços públicos, o novo Código de Contratações Públicas Português simplifica o tratamento dado aos ajustes diretos, cujas hipóteses hoje se espraiam por diversos diplomas, sem guardar plena identidade.

Percebe-se, ainda, nítida preocupação em evitar que a Administração queira se evadir da divulgação dos anúncios no Jornal Oficial da Comunidade Européia, promovendo concurso com valor abaixo do limiar exigido para, posteriormente, realizar ajuste direto com vistas a acrescer o objeto. Poderia incorrer, assim, numa espécie de fracionamento com vistas a favorecer entidades locais, em malferimento do postulado da não-discriminação. Deste modo, os ajustes que compreendam acréscimo a contrato já firmado somente poderão ser celebrados se, estando o seu somatório no limiar exigido para publicação no JOCE, o anúncio do concurso tenha sido efetivamente publicado.

Um grande avanço compreende a formulação de um procedimento próprio, pondo fim a idéia de que ajuste direto dispensa consulta ao mercado. Evidentemente, que, em hipóteses específicas, como a de exclusividade ou a que consiste no acréscimo de contratação já efetuada, não se há de falar em consulta ao mercado, porque somente pode ser contratada uma única entidade.

Sob outro prisma, observa-se certa contradição entre o *caput* dos arts. 19, 20, 21 e 22 do ACCP e suas alíneas. Aquele emprega a expressão *independentemente do valor* e, posteriormente, utiliza o critério do valor ao exigir, nas suas alíneas, a publicação do procedimento anterior no JOCE. Na verdade, o valor do ajuste é alçado como requisito, na medida em que o ajuste direto somente está autorizado, em determinados casos, se, em razão do somatório de seu valor e do valor objeto do contrato anterior, era obrigatória a publicação do concurso no JOCE e esta tiver efetivamente ocorrido.

Noutra perspectiva, ressente-se o Anteprojeto de elencar os princípios norteadores do sistema das contratações, haja vista existirem, neste quadrante

[132] Oportuno aqui lembrar CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "(...) *Justamente porque nenhum deste bens tem cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e eqüitativo a todo o administrado.*", (in CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, cit,.p. 74).

do direito administrativo, aqueles que são especificamente talhados para o informarem - fonte de subsídio do intérprete nas inúmeras ocorrências não expressamente previstas na legislação.

De toda sorte, é visível o esforço, quer da Comunidade Européia, quer dos seus Estados-Membros, na senda do aperfeiçoamento da legislação contratual pública, instituindo mecanismos de concretização dos postulados administrativos, bem como dos consagrados no Tratado da Comunidade.

Tal como se está constatando hoje no Brasil[133], é bem provável que a implementação de sistemas informatizados e do acordo-quadro favoreçam à redução dos ajustes diretos na Comunidade, mormente os que não guardam consonância com a legislação, pois, na maioria dos casos, sua utilização equivocada prende-se à dificuldade na condução de procedimentos concursais longos e complexos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, DIOGO FREITAS DO; CAUPERS, JOÃO; CLARO, JOÃO MARTINS; RAPOSO, JOÃO; GARCIA, MARIA DA GLÓRIA DIAS, VIEIRA, PEDRO SIZA; SILVA, VASCO PEREIRA DA; "Código de Procedimento Administrativo Anotado", 5ª ed., 2006.

ASTUDILLO, J. Mª FERNÁNDEZ, LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA, Editora Bosch, 2005.

CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, O CONCURSO PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editora Almeida, Coimbra, 1997.

CAETANO, MARCELLO, PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO, 2ª Reimpressão da ed. brasileira, Editora Almedina, 1977.

_____MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Almedina: Coimbra, 10ª ed., 8ª Reimpressão, 2005.

CASTAING, BERNARD, NOGUELLOU, ROZEN, E PREBISSY-SCHNALL, CATHERINE, LES MACHÉS PUBLICS, Litec – Groupe LexisNexis, Paris, 2002.

CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO ALVES CORREIA, ANTÔNIO BARBOSA DE MELO, PEDRO GONÇALVES, RAQUEL G. MONIZ e DULCE LOPES), CONTRATAÇÃO PÚBLICA AUTÁRQUICA, Editora Almedina, Coimbra, 2006.

[133] Cfr. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, CONTRATAÇÕES DIRETAS SEM LICITAÇÃO, CIT, p. 211 e segs.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, LEGALIDADE E AUTONOMIA CONTRATUAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Coleção Teses, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, DIREITO ADMINISTRATIVO, 13ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2001.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS, UM OLHAR PORTUGUÊS, Editora Almedina, 2006.

_____A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS Nºs 2004/17/CE E 2004/18/CE, DE 31 DE MARÇO, E A ELABORAÇÃO DE UM CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS, Cadernos de Justiça Administrativa, VIII Seminário de Justiça Administrativa, nº 58, p. 10, 2006.

FERNANDES, JORGE ULISSES JACOBY, CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO, 6ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007.

_____SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E PREGÃO, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.

FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

FILHO, MARÇAL JUSTEN, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editora Dialética, São Paulo, 2005.

FREITAS, JUAREZ, O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

GASPARINI, DIÓGENES, DIRECTO ADMINISTRATIVO, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

GIMENO FELIÚ, JOSÉ Mª, LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA Y SU INCIDENCIA EM LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, editora Thompson Civitas, 2006.

GORDILLO, AGUSTÍN, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo 2, 5ª edición, Editora Del Rey, 2003, Belo Horizonte.

GONÇALVES, PEDRO, O CONTRATO ADMINISTRATIVO (UMA INSTITUIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO NOSSO TEMPO), Editora Almedina, Coimbra, 2003.

NIEBUHR, JOEL DE MENEZES, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA, editora Dialética, São Paulo, 2003.

JORDÃO, TEREZA, AS NOVAS DIRECTIVAS EUROPÉIAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, Relatório de Mestrado sob orientação da Profª Maria João Estorninho, Setembro/2005, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.

LAUBARERE, ANDRE DE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, 11ª ed., Libraire Génerale de Droit et de Jurisprudence, Paris,1990, 615.

MEDAUAR, ODETE, DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

MEIRELLES, HELY LOPES, LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, 11ª ed., Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1997.

MOLINA, JOSÉ ANTONIO MORENO, NUEVO REGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA – Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999, Editora La Ley.

MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, EFICÁCIA NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS, editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 13ª ed., editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.

NICTOLIS, ROSANNA DE, PROCEDUTA NEGOZIATA, IL NUOVO DIRITTO DEGLI APPALTI PUBBLICI, a cura di ROBERTO GAROFOLI E MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Griuffrè Editore, Milano, 2005.

PARADA, RAMÓN, DERECHO ADMINISTRATIVO, Parte General, Novena edición, Marcial Pons. Ediciones Juridicas y Sociales, S.A, Madrid.

PEREIRA, PAULA CRISTINA FRAGÃO, Tese sobre "CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS DE FORNECIMENTOS E EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS. O CASO PORTUGUÊS.", COIMBRA, 1994.

QUADROS, FAUSTO, A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Almeida, 2001.

_____ O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE E RODRIGO ESTEVES DE, CONCURSOS PÚBLICOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA, Editora Almedina, 2005.

SOUZA, MARCELO REBELO DE, O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, Edições Jurídicas, Lisboa, 1994.

_____e MATOS, ANDRÉ SALGADO, DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, Tomo III, Actividade Administrativa, 1ª ed., Editora Dom Quixote, Lisboa, 2007.

TONIATI, WALTER e GREGOGI, DARIO, IL CALCOLO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU'VANTAGGIOSA, IPSOA, 2002.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.

CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – DECRETO-LEI Nº 6, de 31 de janeiro de 1996.

DIRETIVA Nº 2004/17, de 31 de março de 2004.

DIRETIVA Nº 2004/18, de 31 de março de 2004.

DECRETO-LEI Nº 55/99, de 2 de março de 1999.

DECRETO-LEI Nº 197/99, de 8 de junho de 1999.

DECRETO-LEI Nº 223/01, de 9 de agosto de 2001.

ANTEPROJETO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, versão de 18 de setembro de 2006.

COMUNICAÇÃO INTERPRETAITVA DA COMISSÃO 2006/C 179/02, publicada no JOCE de 1º de Agosto de 2006.

ABREVIATURAS

ACCP –	**Anteprojeto das Contratações Públicas**
Art. -	**Artigo**
CRP –	**Constituição da República Portuguesa**
CPA –	**Código de Procedimento Administrativo**
Dec –	**Decreto**
Dec-Lei –	**Decreto-Lei**
Dir. -	**Diretiva**
Ed. -	**Edição**
TJCE –	**Tribunal de Justiça da Comunidade Européia**

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. OS AJUSTES DIRETOS EM PORTUGAL. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Paper apresentado à disciplina de Direito Administrativo I no Programa de Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.