



**ESTEVAN PIETRO**

**A FIGURA DO GESTOR DOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO BASTIÃO PARA O MOVIMENTO DE  
PROFISSIONALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL**

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Administrativo apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves

Julho - 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ESTEVAN PIETRO**

**A FIGURA DOS GESTOR DOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO BASTIÃO  
PARA O MOVIMENTO DE PROFISSIONALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO  
PÚBLICA EM PORTUGAL**

*The Figure of the Manager of Public Procurement as a Bastion for  
the Movement of Professionalization of Public Contracting  
in Portugal*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves.

Coimbra  
2018

## AGRADECIMENTOS

Seguindo a razão, começo pelos agradecimentos acadêmicos.

Agradeço inicialmente ao Professor Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto pelo apoio e incentivo que me deu muito antes do começo desta jornada. Se não fosse pelo Professor, eu jamais teria pensando em atravessar o Atlântico. Uma grande lástima, por estritas questões burocráticas, não ter tido a sua co-orientação. De qualquer modo, o meu agradecimento e o devido registro por toda a atenção que me deu.

Agradeço aos Professores desta Faculdade por instigarem e partilharem o conhecimento nas mais diversas matérias, em especial aos Professores Doutores J. C. Vieira de Andrade, Vital Moreira, Pedro Costa Gonçalves, Licínio Lopes Martins, José Manuel Quelhas, Luís Pedro Cunha, José Casalta Nabais, e tantos outros. Em igual medida, agradeço a esta Faculdade de Direito por me apresentar a palavra de Professores desta casa, como Afonso R. Queiró, Rogério E. Soares, e outros tantos autores portugueses que ecoam nos mais diversos cantos, como Marcello Caetano, Diogo Freitas do Amaral, Paulo Otero, Sérvulo Correia, Maria João Estorninho e Vasco Pereira da Silva. Registro ainda o meu sincero agradecimento ao Professor Doutor Luís Pedro Cunha por me ter permitido publicar um *Working Paper* nesta Faculdade.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves. A admiração que nutria pelas obras e textos a que tive acesso no Brasil, e tantos outros que aqui consultei, somente aumentou com o nosso contato pessoal. As conversas, orientações e toda a paciência em me guiar por este e outros temas. Nesta altura, não seria capaz de ser mais preciso do que foi o Doutor Licínio ao se lhe referir: um eterno fazedor de escola.

Agora me dou permissão para ser levado pela emoção e fazer constar o reconhecimento a pessoas indispensáveis para eu estar aqui. Devo agradecimento a inúmeras pessoas que contribuíram para esta jornada, mas registro de três pessoas o impacto sem precedentes que deixaram e continuam a deixar na minha vida.

Agradeço aos meus pais, o começo e fim de tudo. Mesmo por vezes não concordando ou não entendendo as minhas decisões, nunca deixaram de apoiar os meus passos. Não sou capaz nesta vida de retribuir apropriadamente tudo quanto fizeram por mim. O meu eterno agradecimento e a esperança de que um dia ainda tenham orgulho de seu filho.

Agradeço à Cybele, minha companheira. Companheira em toda a extensão que a palavra possa expressar. A distância e a saudade que você enfrentou não abalou o seu apoio e todo o carinho que sempre demonstrou por mim.

*Para os meus pais, meus maiores exemplos, por serem o meu eterno porto seguro, mesmo que por diversas vezes eu tenha ateado fogo aos meus navios.*

*Para Cybele, meu exemplo pessoal de coragem e superação. Esta dissertação é muito mais sua do que minha, meu amor.*

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades*

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,  
muda-se o ser, muda-se a confiança;  
todo o mundo é composto de mudança,  
tomando sempre novas qualidades.

Continuamente vemos novidades,  
diferentes em tudo da esperança;  
do mal ficam as mágoas na lembrança,  
e do bem – se algum houve – as saudades.

O tempo cobre o chão de verde manto,  
que já coberto foi de neve fria,  
e enfim converte em choro o doce canto.

E, afora este mudar-se cada dia,  
outra mudança faz de mor espanto:  
que não se muda já como soía.

*Luís de Camões*

## RESUMO

A presente dissertação foi elaborada no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Administrativo e versa principalmente sobre a figura do gestor dos contratos públicos introduzida pelo “novo” Código dos Contratos Públicos implementado por meio do Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, e com vigência a partir do primeiro dia de 2018. O trabalho demonstra que a criação desta figura, além de ter sido um pedido, em alguma medida, do Tribunal de Contas de Portugal, foi em grande parte fomentada pela União Europeia, influenciada por movimentos originados a partir dos fins das Grandes Guerras, com contornos mais expressivos a partir da década de sessenta e setenta do século passado, por meio dos Estados Contratante, Regulador e Garantidor. Analisando a concepção do gestor dos contratos públicos, demonstramos os movimentos da União Europeia em relação à Contratação Pública, realçando a mudança e o início de uma preocupação com a execução do contrato. Em seguida, analisamos pormenorizadamente a figura do gestor e aspectos que lhe são atinentes, como o conceito, o momento e a forma de designação, impedimentos e funções. Demonstramos que os movimentos de uma governação por resultado fomentados pela União Europeia, o gestor seria um grande fomentador do movimento de profissionalização da contratação pública em Portugal e na União Europeia, buscando uma certa padronização de habilidades, ferramentas e desempenho de suas funções por meio de uma caixa de ferramentas disponibilizada à Administração Pública e seus integrantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratação Pública – Gestor dos Contratos Públicos – Caixa de Ferramentas – Profissionalismo – Procedimentalização.

## **ABSTRACT**

This work was developed in the Master's Programme in Legal and Political Sciences with mention in Administrative Law. It deals especially with the figure of the manager of the public contracts introduced by the “new” Code of Public Procurement implemented last year by the Decree-Law n° 111-B / 2017, of August 31 and effective as of 2018. The work shows that the creation of this figure, in addition to being a request to some extent, Portugal’s Accounting Office was largely fostered by the European Union, under the influence of movements that emerged after of the two World Wars, though with more expressive contours from the sixties and seventies of the last century, through the Contracting, Regulator and Guarantor State. An analysis of the notion of public procurement manager demonstrates the efforts of the European Union to make Public Procurement more professional, emphasizing the change and the beginning of European concern with the implementation of the contract. Next, we examine in detail the figure of the public procurement manager and its aspects as the concept, the moment and the form of designation, impediments and functions. We demonstrate that the efforts of the governance by results provided by the European Union, the figure of the public procurement manager would be a major fomenter of the professionalization movement into the Public Procurement in Portugal and European Union, seeking a certain standardization of skills, tools and performance of its functions through a toolbox made available to the Public Administration and its members.

**KEYWORDS:** Public Procurement – Public Procurement Manager – Toolbox – Professionalization – Proceduralization.

## ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CAO	Contract Administration Office
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
Coord.	Coordenadores
EUA	Estados Unidos da América
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NPM	New Public Management
NPG	New Public Governance
n.r.	nota de rodapé
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
org.	organização
p.	página
pp.	páginas
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação
SIEG	Serviços de Interesse Económico Geral
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TCP	Tribunal de Contas de Portugal
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
trad.	tradução
UE	União Europeia
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
UK	United Kingdom

## LISTA DE FIGURAS E TABELAS

<b>Figura 01</b>	A possibilidade positiva e negativa de captura pela regulação	<b>39</b>
<b>Tabela 01</b>	Comparativo NPM vs NPG	<b>54</b>
<b>Figura 02</b>	Fiscalização e Gerência do Contrato	<b>73</b>
<b>Figura 03</b>	Concepção da Caixa de Ferramentas da UE	<b>91</b>
<b>Figura 04</b>	Profissionalização e Procedimentalização do Gestor	<b>99</b>
<b>Figura 05</b>	Ferramentas Operacional Interna, Produção de Indicadores e Disponibilidade	<b>107</b>
<b>Figura 06</b>	Ciclo básico da gestão de riscos: etapas fundamentais do processo decisório	<b>112</b>
<b>Figura 07</b>	Ondulações Contratuais e as Áreas Ordinárias e Extraordinárias do Risco Negocial	<b>113</b>

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2. A CRISE DE IDENTIDADE DO ESTADO NO MUNDO PÓS II GUERRA. ....</b>	<b>16</b>
<b>2.1. A Necessidade de Repensar em Virtude da Pressão dos Novos Tempos: As Mutações do Estado e a Mudança Constitucional do Século XX.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2. A Reprogramação do Direito Administrativo e a convivência com o Estado Regulador e Contratante (e Garantidor). ....</b>	<b>24</b>
a) Introspecção: Breve Esboço do nascimento do Direito Administrativo Português. ....	27
b) Expansão: a fuga para o direito privado.....	29
<b>2.2.1. O Estado Regulador.....</b>	<b>34</b>
<b>2.2.2. O Estado Contratante (e Garantidor).....</b>	<b>40</b>
<b>2.3. O Sepultamento de Bretton Woods e a Globalização do Sistema Monetário Financeiro: O Repensar da Governance para as Instituições Públicas e Privadas. ....</b>	<b>44</b>
<b>2.3.1. Corporate Governance. ....</b>	<b>46</b>
<b>2.3.2. A recorrente preocupação com a Gestão Pública e a criação dos “New” como resposta ao descontentamento e às crises globais. ....</b>	<b>48</b>
<b>3. A GESTÃO DOS CONTRATOS PUBLICOS.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1. Contratação Pública e União Europeia.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1.1. As Diretivas de 2004 e o Código dos Contratos Públicos de 2008: a execução dos contratos públicos vista como problema interno. ....</b>	<b>58</b>
<b>3.1.2. As Diretivas de 2014 e o Código dos Contratos Públicos de 2017: a problematização da execução contratual a nível europeu e o surgimento expresso da figura do Gestor (no CCP). ....</b>	<b>61</b>
<b>3.2. A Concepção do Gestor: Maternidade Europeia e Paternidade Portuguesa. ....</b>	<b>66</b>
<b>3.3. O Conceito de Gestor: uma conceituação pela negativa? ....</b>	<b>68</b>

<b>3.3.1. Designação do Gestor.</b>	<b>74</b>
a) Extensão da Designação	75
b) Momento da Designação e Implicações da sua inoportunidade.	77
c) Procedimento: Formas de Designação.	78
<b>3.3.2. Eventuais Impedimentos do Gestor Designado e Meios de Impugnação.</b>	<b>80</b>
<b>3.4. A Auferição da Performance do Contrato: A Conceituação Positiva de sua figura por meio da Profissionalização.</b>	<b>82</b>
<b>3.5. A Auferição da Performance do Contrato: Procedimentalização.</b>	<b>86</b>
<b>3.5.1. Situações de Obrigatoriedade da Procedimentalização pelo Gestor.</b>	<b>88</b>
<b>3.6. A Caixa de Ferramentas da União Europeia para Profissionalização da Contratação Pública.</b>	<b>90</b>
<b>3.6.1. Estrutura</b>	<b>92</b>
<b>3.6.2. Recursos Humanos</b>	<b>94</b>
<b>3.6.3. Sistemas</b>	<b>95</b>
<b>3.7. Adequando as Prateleiras na Caixa de Ferramentas.</b>	<b>98</b>
<b>3.7.1. Digitalização</b>	<b>100</b>
<b>3.7.2. Compliance</b>	<b>101</b>
<b>3.7.3. Accountability</b>	<b>103</b>
<b>3.7.4. A persecução do <i>Value for Money</i></b>	<b>105</b>
<b>3.8. Alertas Precoces, a Gestão do Risco e as Ondulações do Contrato: Identificação e Reação.</b>	<b>108</b>
<b>3.8.1. Gestão de Riscos</b>	<b>110</b>
<b>3.8.2. Ondulações do Contrato</b>	<b>112</b>

<b>3.9. O Futuro da Administração e da Contratação Pública: a possibilidade de um <i>Remake</i> de Pigmaleão e Galateia? .....</b>	<b>114</b>
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>119</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>121</b>
<b>DOCUMENTOS, LEIS E JURISPRUDÊNCIAS CONSULTADOS .....</b>	<b>134</b>

## 1. INTRODUÇÃO.

O tema que se buscou enfrentar, muito embora tenha um dos seus últimos produtos – tema central desta dissertação -, de ocorrência recente, devido à apresentação do “novo” Código dos Contratos Públicos apresentado ano passado – Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto -, em vigor desde 01 de janeiro do presente ano, na perspectiva internacional e europeia remonta a meados do século passado.

Um dos motivos do surgimento da preocupação de gestão e de uma governança por resultados se deu com a reprogramação do Direito Administrativo por parte dos novos Estados – Regulador, Contratante e Garantidor –, os quais, sob a égide de um Estado Constitucional e Pós-social, se manifestaram mais visivelmente a partir das décadas de 70 e 80 do século XX (especialmente nos EUA).

Essa reprogramação, além de introduzir estes novos Estados, inibiu, em alguns aspectos, a dicotomia público e privado, e por meio de movimentos iniciados no campo privado – *corporate governance* – foram trazidos para o Direito Público e introduziram a preocupação com a gestão.

Os *new movements* manifestaram-se a nível quase global, tiveram grande presença na Europa, e o seu início deu-se em Inglaterra. Tais ideias contagiaram a União Europeia e estas auxiliaram a mudança de enfoque da UE em relação à contratação pública, como se percebeu com a intensificação da preocupação das Diretivas ao longo do tempo.

Procuramos também demonstrar que grandes problemas como a má operacionalização, a corrupção e outras anomalias, estão sensivelmente presentes na execução do contrato. Todavia, sofreram algum hiato, ou ao menos uma falta de *sex appeal* que concitasse os olhares da União Europeia.

Uma alteração visível ocorreu em junho de 2008, sob a égide das Diretivas de 2004 e do CCP de 2008, por meio da Terceira Secção do TJUE (ainda TJCE) – acordo Presstext – em que se passou a entender que a má execução dos contratos públicos poderia vir a afetar a concorrência, um dos maiores núcleos protetivos da UE. Portanto, o tipo de enfoque dado pela UE à contratação pública deixou de ser suficiente, posto que em grande parte só a contemplava até a celebração dos contratos públicos.

Foi a partir desta nova preocupação que se gerou um ambiente favorável à reflexão sobre gestão dos contratos públicos, muito embora as Diretivas de 2014 não fizessem

qualquer menção da figura do gestor. Contudo, isso não sucedeu no âmbito do ordenamento interno português. Conforme veremos, o Tribunal de Contas de Portugal, por meio de seu controle concomitante no âmbito das obras públicas, recomendava a criação de um gestor denominado de gestor do empreendimento.

No início, as recomendações feitas pelo TCP, não foram tidas como relevantes pelo governo. Anos depois, em nova auditoria que dava continuidade àquela que havia sugerido o gestor do empreendimento, o governo se manifestou e afirmou que atenderia as indicações do TCP, mas ressaltou que esta deveria ser introduzida no ordenamento português por meio do CCP e que, por razão da necessidade da transposição das Diretivas de 2014, seria esta feita na altura da transposição. E assim surgiu no art. 290º-A do CCP a figura do gestor dos contratos.

Será demonstrado que, apesar de o TCP ter a paternidade desta figura, a maternidade acaba sendo europeia, por meio de inúmeros movimentos pós-Diretiva 2014 que ratificaram e fomentaram a criação de uma figura responsável pela execução dos contratos públicos.

Na temática do novo CCP, ver-se-á a respeito da figura do gestor dos contratos públicos o seu conceito (ou falta dele), as questões relacionadas com a sua designação – momento, forma, impedimentos... -, o seu nível de profissionalismo de acordo com os *standards* da UE, a sua atuação, as formas de procedimentalização. Neste aspecto, veremos que ferramentas estariam à disposição do gestor e o que se espera que estas produzam, fazendo inclusive uma análise acerca da maneira de gerir os riscos detetados na execução do contrato e o produto daquilo que foi definido como alertas precoces.

Por fim, em uma análise crítica e pontual, colocam-se algumas questões decorrentes da preocupação com uma eventual situação de sequestro em que o Estado poderia vir a ficar refém de uma contratação excessiva.

Convém registrar que se trata, não de esgotar o tema, mas de apresentar a figura trazida pelo novo Código dos Contratos Públicos, entender os movimentos que levaram ao seu surgimento e o seu processo de concepção. Logo, as questões e as respostas não serão exaustivas. Pretendemos essencialmente chamar a atenção para a figura do gestor, redimensionar a sua importância à luz das primeiras impressões já mencionadas acerca do gestor, e focar alguns pontos que poderão gerar tensões no decorrer da obrigatoriedade da implementação de sua figura.

Como disse Wittgenstein, “*é difícil começar do início sem voltar um pouco atrás*”<sup>1</sup>.  
Daí a necessidade de retroceder até às Grandes Guerras Mundiais que moldaram o mundo a partir do século XX.

---

<sup>1</sup> COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *O Direito Administrativo Sem Estado. Crise ou Fim de um Paradigma?*, Editora Coimbra, Coimbra, 2008. p. 19.

## 2. A CRISE DE IDENTIDADE DO ESTADO NO MUNDO PÓS II GUERRA.

A Segunda Guerra Mundial não causou fissuras apenas nos Países derrotados, mas no mundo inteiro. No dia 06 agosto de 1945, quando ocorreu o lançamento de uma bomba de urânio denominada *Little Boy*, na cidade de Hiroxima, e três dias depois uma de plutônio – essa chamada de *Fat Man* – na cidade de Nagasáqui, os Estados Unidos terminam a Guerra Mundial<sup>2</sup>. Se o impacto das *rosas radioativas*<sup>3</sup> de Oppenheimer foi drasticamente absorvido pelo Japão, no entanto elas causaram o estremecimento do mundo, de suas instituições e de suas concepções anciãs.

Os institutos consolidados passaram a ser questionados e os dogmas jurídicos ruíram diante do Sol dos novos tempos. Além do pensar passou a ser igualmente necessário o repensar.

Não causaria espanto afirmar que, no século XX, viveu-se efusivamente a Teoria da Relatividade Restrita de Einstein. A impressão que se tem é, porventura, a de que qualquer observador que descreva o século XX será automaticamente transportado a uma aeronave de motores capazes de alcançar – e até ultrapassar – a velocidade da luz, já que o planeta Terra, tendo em conta o número de acontecimentos, viveu tanto em tão pouco tempo: os Estados Unidos avançaram para o multilateralismo e para o esquecimento do protecionismo defendido na década de 30 do mesmo século, deflagrando uma nova estruturação financeira e monetária – a ideia do *making of a New World Order* mediante o Acordo de Bretton Woods, de 1944, inicialmente ventilada na Carta do Atlântico de 1941<sup>4</sup> –; dois anos antes, em janeiro de 1942, ocorre a Declaração das Nações Unidas – que, em 1945, passaram de 26 Países para 50 Países signatários<sup>5</sup> –; na Inglaterra, em 1946, foi formalizada a pretensão de se criar a Organização Internacional do Comércio; no ano seguinte, Genebra foi palco da

---

<sup>2</sup> SANTOS, A. M. Nunes dos. *Consciência do Cidadão, Consciência do Cientista – Impacto na Justiça in Justiça e Sociedade*. Conjunto de Textos e Desenho Organizados pela AJPS – Associação de Juizes pela Cidadania. Coordenadores Rui Rangel e José Eduardo Sapateiro, Editora Almedina: Coimbra, 2009. pp. 91-103.

<sup>3</sup> Alusão ao poema de Vinicius de Moraes, intitulado *A Rosa de Hiroxima*, Rio de Janeiro, Brasil, 1954. Disponível em <http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/rosa-de-hiroxima>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>4</sup> STEIL, Benn. *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*, Princeton University Press, 2013.

<sup>5</sup> ONU. *A História da Organização*. Disponível em . Acesso em 04 de novembro de 2017.

assinatura do – não tão – transitório Acordo sobre Tarifas e Comércio, o GATT, que contou com a assinatura de 23 Países<sup>6</sup>; em 1949, a criação da *NATO* – e, como contrapeso, em 1955, a realização do Pacto de Varsóvia –; e tudo no quadro da Guerra Fria e, no âmbito Ocidental Europeu, em favor da revitalização Europeia – a que não era alheia uma certa tentativa de controle pelos EUA – oriunda da doutrina Truman e do fortificante Plano Marshall.

Analisando especificamente a Europa Ocidental após a Segunda Guerra Mundial, teve lugar a criação do Benelux que, mais tarde, em 1951, tornou-se na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA -, a qual, em 1957, com a assinatura do Tratado de Roma, passou a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica - respectivamente, CEE e EURATOM –, sendo estes os embriões da atual União Europeia.

Com tantas alterações político-econômicas – e até geopolíticas, como por exemplo, no caso da Bielorrússia - as mudanças não incidiram apenas nestes campos. No dizer de Fernando Pessoa – nas vestes de Alberto Caeiro – “*a guerra, como tudo humano, quer alterar. Mas a guerra, mais do que tudo, quer alterar e alterar muito. E alterar depressa (...)*”<sup>7</sup>. Em consequência, o Homem e o Direito não ficaram imunes aos flagelos da guerra.

A necessidade de uma reavaliação existencial foi sendo cada vez mais questionada e mais exigida, especialmente os habitantes de Países vencidos<sup>8</sup>.

Este magma intrapessoal ocasionado pelos impactantes eventos do século XX despertou, paradoxalmente, dois movimentos distintos: de um lado, uma preservação e

---

<sup>6</sup> SATO, Eiti. *Mudanças Estruturais no Sistema Internacional a Evolução do Regime de Comércio do Fracasso da OIC à OMC*, Textos Eletrônicos, Centro Brasileiro de Documentação e Estudos da Bacia do Prata, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), 2001. Disponível em [http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos\\_Elet/pdf/DA%20OIC%20PARA%20OMC%202001.pdf](http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/DA%20OIC%20PARA%20OMC%202001.pdf). Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>7</sup> CAEIRO, Alberto (heterônimo de Fernando Pessoa). *Poemas Inconjuntos*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pe000003.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

<sup>8</sup> “*A moral retirada deste conflito, que matou talvez cerca de 70 milhões de pessoas (dois terços das quais civis), é . Para os Russos, que perderam mais, tanto no total como em percentagem da população da União Soviética, é a Grande Guerra Patriótica. Na altura, pareceu uma legitimação de Estaline (não obstante as suas hesitações no começo da guerra) e do Exército Vermelho, cuja vitória sobre o derradeiro mal, o nazismo, não envolveu muito mais. Para os Americanos, foi a guerra para salvar a democracia, que estabeleceu a hegemonia moral e física da sua nação. Para os judeus (e muitos gentílicos) foi a Shoah, ou Holocausto, o mais importante fracasso ético da civilização europeia, cuja consequência foi a moderna Israel. Para muitos árabes, foi a guerra que persuadiu os europeus a roubarem a sua terra em proveito dos judeus, fazendo com que os árabes pagassem a culpa europeia. Para os Alemães, foi a consequência do seu tempo de loucura, e para o Britânicos o seu momento de «resistirem sozinhos», que ofusca qualquer um dos episódios mais dúbios do império ou reveses militares. (...)*” MARR, Andrew. *A História do Mundo*, tradução de Manuel dos Santos Marques, Texto dos Editores, Alfragide, 2014. pp. 573-574.

afirmação no seio domiciliar<sup>9</sup>, de outra, extramuros, a necessidade da busca de irmandade entre os homens perplexos e atordoados de seu período<sup>10</sup>.

## 2.1. A Necessidade de Repensar em Virtude da Pressão dos Novos Tempos: As Mutações do Estado e a Mudança Constitucional do Século XX.

A Alemanha foi, larga medida, um dos países responsáveis pela robusta reestruturação do direito constitucional - e administrativo, como veremos - do século XX, inaugurando o Estado Social<sup>11</sup>, com a Constituição de Weimar, de 1919<sup>12</sup> <sup>13</sup>, onde a segurança jurídica e o princípio da legalidade<sup>14</sup>, apesar de não estarem menosprezados, se revelaram insuficientes.

---

<sup>9</sup> “Por outro lado, se é certo que, numa tentativa de compensar as tensões do mundo moderno o homem procura cada vez mais refugiar-se na intimidade do lar, que se manifesta numa renovação do gosto pelo arranjo e decoração, isso não tem como consequência o renascimento duma esfera de intimidade crítica, mas somente a de criar um local de satisfação em comum das necessidades de descanso e descontração. Trata-se, pois, do que poderíamos chamar uma «intimidade puramente defensiva». As pessoas não se reúnem, juntam-se. À volta do aparelho de televisão não se cria a comunidade espiritual activa, mas somente o grupo passivo e vazio. (...)” SOARES, Rogério E. *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1ª edição, Editora Atlântida, Coimbra, 1969. p. 71.

<sup>10</sup> Em grande medida, como veremos em seguida, esta *busca por irmandade* gerou a movimentação no sentido da consolidação dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

<sup>11</sup> “(...) As primeiras constituições deste tipo foram a mexicana, de 1917, e a alemã, de Weimar, de 1919. As constituições dessa natureza têm, de modo geral, um perfil muito mais ambicioso, pois não se limitam a tratar da estrutura do Estado e da definição de direitos negativos. (...) Tais constituições não excluem os direitos individuais clássicos, mas esses passam a ser vistos sob nova ótica, não mais como simples exigências de abstenção estatal. Adota-se a premissa de que a função do Estado diante destes direitos não é tão somente a de não violá-los, mas também a de protegê-los ativamente, diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, bem como de garantir as possibilidades materiais para o seu efetivo gozo. (...) SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014. pp. 84-85. Em sentido similar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, rev. e atual. até à EC84, de 2.12.2014, Malheiros Editores, São Paulo, 2014. p. 50.

<sup>12</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (a de 2006 era p. 59, n.r. 16). Em sentido similar: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional...*, p. 84-85 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 5ª edição, 6ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, Brasil, 2015. pp. 55. Em sentido contrário: SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. *Principios de Derecho Administrativo*, volume I, 1ª edição, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990. pp. 158 e ss.

<sup>13</sup> Sendo esta e a Constituição da Áustria de 1920 modelos para outras constituições surgidas nas décadas de 20 e 30 na Europa, como ocorreu na Polónia, Roménia, Checoslováquia, Grécia e Espanha. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, tradução de Inês Espada Vieira, rev. Manuel Poirier Braz, Escolar Editora, Lisboa, 2013. pp. 27-28.

<sup>14</sup> “Na sua origem, encontram-se a compulsão humana pela “segurança jurídica” nas suas relações com o outro e com o mundo. Inaugura-se então a fase do primado da lei sobre as demais funções do Estado. Só ela pode constranger. Só ela pode libertar.” ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo – uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Editora AAFDL: Lisboa, 2014. p. 181.

A partir do Estado Social – e da recuperação da economia dos Países envolvidos no período Pós-Primeira Guerra Mundial<sup>15</sup> – passou a fomentar-se a estruturação do Estado em ordem à prestação e gerenciamento de novas tarefas.

Isto não significa que foi este o momento em que o Estado passou a promover o bem-estar do cidadão – isso já ocorria no Estado de Polícia<sup>16</sup>. Foi, todavia, este o período em que a administração pública passou a utilizar de forma precípua o direito administrativo para propiciar tais serviços. O núcleo do direito administrativo, à época, sendo o serviço público – ou o interesse público que era alcançado por meio da prestação dos serviços – foi consolidado e ampliado pelo Estado Social, impondo não apenas a atuação negativa do Estado para preservação do indivíduo, mas exigindo-lhe uma atuação positiva, não apenas no plano individual, mas igualmente no coletivo<sup>17</sup>, consubstanciando os chamados direitos fundamentais de segunda geração<sup>18</sup>.

O Estado Social implicou em uma preservação e ampliação do *Rechtsstaat*<sup>19</sup>, que se distinguiu, não pelo simples tratamento igualitário, mas pela identificação das desigualdades e das suas formas de minimização. A preservação – em grande medida uma atuação negativa do Estado – e as exigências de outros direitos – atuação positiva – foram-se consagrando democraticamente – por imposição do princípio da soberania popular, eixo de condução de um Estado de Direito Democrático<sup>20</sup> – em uma lei formal fundamental, ou seja, um

---

<sup>15</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos...* pp. 54-55.

<sup>16</sup> GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*, tradução de Marco Aurélio Greco, revisão de Reilda Meira, Editora Revista dos Tribunais, 1977. pp. 73-75.

<sup>17</sup> “Em um primeiro plano, aparecem os chamados direitos sociais, ligados sobretudo à condição dos trabalhadores: garante-se o direito ao salário mínimo, restringe-se – em nome da proteção do economicamente fraco – a liberdade contratual de empregadores e empregados. De outro lado, o indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos...* pp. 55.

<sup>18</sup> Em sentido próximo: DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. *O Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Público Econômico*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. pp. 116-118.

<sup>19</sup> “A nosso ver, a noção de “Estado de Bem-Estar” veio a operar como um corretivo para a noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, porém, de modo algum suprimindo-a ou substituindo-a”. GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito...* p. 74.

<sup>20</sup> “O Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. (...)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição (18ª Reimpressão), Editora Almedina, 2017. pp. 97-98.

documento constitucional<sup>21</sup> – escrito ou consuetudinário – capaz de auxiliar o Estado a usar ferramentas eficientes para a preservação e concretização dos mesmos<sup>22</sup>.

A Constituição de Weimar não apenas acarretou de um modo geral a implementação do Estado Social, como também inovou significativamente ao exigir que, por razões ligadas ao pós-guerra, a saúde econômica do País constituísse questão essencial para o Estado, algo que se maximizou em diversos Estados, devido à crise norte-americana (e global) de 1929<sup>23</sup>.

Anos mais tarde, em virtude de mais uma guerra mundial, tornou-se necessário assegurar a intervenção do Estado na economia, mas não de forma autoritária ou na mira de se instituir uma produção de economia planificada. Pretendeu-se, pelo contrário, que esta fosse regulada em aspetos de alta discrepância, em que não bastava o mercado para se alcançar uma autocorreção do mesmo. Foram emergindo, também, os *setores públicos empresariais*<sup>24</sup>.

Além do vínculo definitivo do Estado com a economia – regulando e atuando – sobrevieram, em décadas posteriores, outras tarefas de complexidade e arduosidade significativa que passaram a ser desempenhadas pelo Estado, em especial os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Doutrinariamente, este período não permite uma delimitação temporal – e documental – mais contundente do que poderia vir a ser entendido como marco para a concretização dos direitos fundamentais de terceira geração. Para alguns, a sua dinamização se inicia após o término da Segunda Guerra Mundial<sup>25</sup>, tendo entendido que o documento

---

<sup>21</sup> SOARES, Rogério E. *O Conceito Ocidental de Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, nº 1, Macau, 1997. pp. 11-20.

<sup>22</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de Direito Administrativo*, 4ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. pp. 23-24.

<sup>23</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração autónoma (A organização institucional do vinho do Porto)*, 2 volumes, Tese de Doutoramento, Coimbra, 1996. pp. 27-28. Esta preocupação surgiu na Constituição Portuguesa de 1933, que inaugurou no ordenamento constitucional português, a presença da *constituição económica*. No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, pp. 181-183.

<sup>24</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional...*, p. 28.

<sup>25</sup> “*Deve-se destacar que, com o fim da Segunda Guerra Mundial ocorreu a constitucionalização de valores ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que acarretou um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, na crença de que eles são universais. A derrota do nazismo contribuiu para a valorização dos direitos fundamentais fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, introduzindo-se um conteúdo ético nos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana passa, portanto, a ser concebida como a base axiológica dos direitos fundamentais.*”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2012. p. 611.

instituidor foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o seu endossamento pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948<sup>26</sup>. Para outros, somente a partir da década de 60 é que realmente se definiram os contornos dos direitos de terceira geração<sup>27 28</sup>. Independentemente dessa divergência acerca do marco temporal relativo aos direitos fundamentais de terceira geração – ou melhor dizendo, dimensão<sup>29</sup> -, é pacífica a ideia de que entre estes se incluem os denominados direitos de solidariedade ou de fraternidade, partindo da tríade francesa.

Tal como ocorrera após a Primeira Guerra Mundial, com a construção de direitos que assegurassem a igualdade entre os seres humanos, os quais, formulados nas constituições sociais, implicaram uma atuação positiva do Estado que os garantisse, os direitos fundamentais emergentes em reação à Segunda Guerra Mundial, eram direitos capazes de assegurar a busca e permanência de uma sociedade global que transcendesse limites geográficos e conceitos tradicionais de soberania, abrangendo todos os indivíduos<sup>30 31</sup>. Surgiu assim a elaboração de documentos internacionais que buscaram a proteção dos direitos do homem, e também a criação de organizações internacionais capazes de garantir

---

<sup>26</sup> “A partir da Declaração Universal da ONU, constata-se a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta, por meio da positivação – na seara do Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinado Estado...” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual e ampl., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 56.

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, pp. 386-387

<sup>28</sup> Por vezes identificadas como direitos - ou dimensão - de quarta geração. *Idem*, p. 386.

<sup>29</sup> “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* p. 46.

<sup>30</sup> *Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento o direito ao património comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos. (...)* CANOTILHO, *Direito Constitucional...* p. 386.

<sup>31</sup> Esta ideia cosmopolita, não vem do Século XX. A filosofia kantiana sobre a “cidadania mundial” – *weltsbürgerlicher* – já traçava a ideia no Século XVIII. Neste sentido: ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo...* p. 177 e ss.

a permanência da paz e o cumprimento destes novos *standards* para o maior número de pessoas possível<sup>32</sup>.

A partir desse ímpeto, surgiram: a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (de 1948), a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (de 1950), os Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cíveis e Políticos (de 1966), e a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (de 1969)<sup>33</sup>, fruto da pressão de diferentes povos, pleiteada e reconhecida pelos seus governos.

Paralelamente, em 1959, Konrad Hesse realizou uma aula inaugural na universidade alemã de Freiburg que teve um impacto sensível no direito constitucional moderno. Sua tese partiu do confronto com a concepção sociológica da Constituição elaborada por Ferdinand Lassalle em seu *Über das Verfassungswesen*, de 1862, em que defendia a ideia de que as questões constitucionais têm cunho político e não jurídico, devendo expressar quais os reais fatores de poder de uma sociedade, sendo esta a real constituição. Nesse sentido, a Constituição jurídica não passaria de um pedaço de papel, caso não fosse compatível com a Constituição real, razão por que, num eventual embate, a Constituição jurídica – escrita – deveria *sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país*<sup>34</sup>.

Tal compreensão, segundo Hesse, não seria mais possível pelo fato de as normas constitucionais não serem submissas, não apenas da vontade do poder – *Wille zur Macht* -, mas igualmente da vontade da Constituição - *Wille zur Verfassung* -, devendo esta trazer o estado espiritual – *geistige Situation* – de seu espaço-tempo, além da incorporação dos dois lados da moeda – direitos e deveres fundamentais<sup>35</sup> – e os seus aplicadores serem obrigados a respeitar a sua vontade, mesmo que essa não seja a mais atrativa. Ademais, haveria ainda a necessidade de os intérpretes pautarem sua interpretação pelo princípio da otimização da

---

<sup>32</sup> Com esta mentalidade, iniciaram a atribuição de mais tarefas ao Estado e à Administração Pública, o enlace com o Direito Internacional e a aplicabilidade – direta – de direitos em face do Estado e de particulares (efeitos verticais e horizontais). Neste sentido: MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional, Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*, Volume 1, Universidade Católica Editora. Lisboa, 2016. p. 233

<sup>33</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991. p. 9.

<sup>35</sup> Para aprofundamento dos deveres fundamentais e de sua intencional omissão em alguns textos constitucionais: NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, dissertação de doutoramento, 4ª reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

norma – *Gebot optimaler Verwirklichung der Norm* – para a norma ser sempre capaz de atender às alterações do tempo<sup>36</sup>.

A Constituição apresentaria uma força normativa própria, dotada de efetividade e aplicabilidade, que deveria ser respeitada sem qualquer titubeio<sup>37</sup>. Com este pensar, ocorreu no mundo ocidental uma total mudança na concetualização das normas – constitucionais – programáticas<sup>38</sup>, deixando estas de ser inferiores quanto à sua esfera, e deixando também de ser necessário aguardar pelo legislador ordinário para que tais normas fossem aplicadas, passando antes a ser consideradas no mesmo patamar que as demais normas constitucionais, sendo por isso atuais, completas e de aplicabilidade direta<sup>39</sup>.

Em virtude deste novo ciclo global, o direito constitucional proporcionou, por meio dos respectivos poderes constituintes, novas rupturas com a implementação de constituições cada vez mais sensíveis ao novo mundo que se apresentava composto, em certa medida, não como uma constituição única, mas por *subconstituições*<sup>40</sup> dentro da própria constituição, como ocorreu com a Constituição Portuguesa de 1976, a Espanhola de 1978, e a Brasileira de 1988.

Este ciclo constitucional pujante e imperativo operou como Ursa Maior que conduziu o Estado a tentar desbravar este novo mundo e a precaver-se diante dele.

Este movimento realizou mudanças substanciais no Estado, desenvolvendo as funções tradicionais de poder e serviço público, e outras cada vez mais necessárias, como a de participação e regulação na economia. Trabalhos hercúleos de um maestro que passou a ser músico de sua própria orquestra. O Estado se viu na necessidade de desdobramentos e agrupamentos: uma junção de Liberal, Social, Democrático e Constitucional, não sendo, de forma exclusiva, nenhum deles, mas apresentando características de todos eles. Diante deste

---

<sup>36</sup> *Idem*, pp. 18-23.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1150.

<sup>38</sup> Em Espanha, García de Enterría afirmou: “*Esta jurisprudência, com cento e cinquenta anos, bem assente e nunca questionada, entendia que a Constituição era simplesmente uma “norma programática”, isto é, a formulação (solene, declaratória, enfática) de um mero programa político, que caberia ao Legislativo depois, no tocante à sua tradução em verdadeiras normas jurídicas eficazes, observar ou não, e decidir em que momento isso ser feito, com total liberdade*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. p. 114.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, pp. 1176-1180.

<sup>40</sup> “*(Sub)constituição do indivíduo = direitos e deveres fundamentais, contraposta à “(Sub)constituição da sociedade ou económica” = organização económica, à “(Sub)constituição do estado ou política” = organização do poder político, e mesmo à “(Sub)constituição da constituição” = garantias da constituição. V. estas (sub)constituições na actual Constituição Portuguesa e a sua correspondência com as partes em que a mesma se divide.*” NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental...*, p. 22, n.r. 18.

novo mundo, complexo, inovador, industrial e cada vez mais tecnológico e ansioso, o Estado viu, nas relações com os particulares, formas hábeis e interessantes de perpetuar as atividades constitucionalmente dispostas.

Por conta de tal papel, o direito administrativo tinha de ser dinâmico, capaz de ser progressivamente moldado para alcançar aquilo que estava constitucionalmente previsto, com alterações da sua finalidade caso as novas metas o justificassem, mas sem que suas atividades já em execução fossem interrompidas ou prejudicadas<sup>41</sup>. Surge a ideia de que o direito administrativo seria de fato, no sentido de Fritz Werner, uma *constituição em acção*<sup>42</sup>.

O direito administrativo, responsável pela implementação do desenho constitucional previamente estipulado em cada novo modelo de Estado, se viu maximizado e setorizado, devendo atuar em áreas que não eram de sua competência, e passando a lidar com uma nova Administração Pública, com novos institutos e novas preocupações admitidas pelo Estado. O direito administrativo passou assim por uma grande reestruturação: seus objetivos, institutos e até o seu próprio objeto – o Estado – foram alterados e repensados para um novo mundo. Todavia, isto não quer dizer que o direito administrativo tivesse de se remodelar perante cada novo modelo de Estado com que se deparava. Aliás, nunca foi assim<sup>43</sup>.

## **2.2. A Reprogramação do Direito Administrativo e a convivência com o Estado Regulador e Contratante (e Garantidor).**

Em progressão aritmética, conforme o Estado e a Administração Pública iam ampliando o seu espectro, o Direito Administrativo ia se ramificando e necessariamente

---

<sup>41</sup> A ruptura fica adstrita ao campo constitucional. A ruptura – ou descontinuidade – constitucional existente na Constituição Portugal de 1976: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* pp. 195-197.

<sup>42</sup> PEDROSA, António Lopes Guimarães, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, preleções feitas na Universidade de Coimbra pelo Dr. A. L. Guimarães Pedrosa, Introdução e Parte I (Parte geral), segunda edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1908. p. 93.

<sup>43</sup> Historicamente, a ruptura não participa do direito administrativo, mas o que se tem seria uma progressiva mudança para o novo. De modo que, o direito – e a própria administração – vista no fim e no início de um novo Estado, guardam inúmeras similitudes. O principal exemplo seria na Alemanha, em que o *Polizeistaat* foi sendo superado progressivamente pelos preceitos advindos do *Rechtstaat*. “Por isso, no seu núcleo essencial, está inteiramente correcta a tese sustentada por Otto Mayer de que “o direito constitucional passa, enquanto o direito administrativo subsiste.”. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto, STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, Vol. I, trad. António F. de Souza, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006. pp. 131-132.

obrigando a se especializar e a buscar soluções para problemas que até então não eram da sua competência.

A ramificação foi promíscua em razão das guerras. Cada vez mais se exigia do Estado aquilo que o mercado e o psicológico não eram capazes de satisfazer. Para compreender tal afirmação, cumpre revisitar a germinação do Direito Administrativo.

A grande maioria dos autores defende que a criação – ou real autonomização – do direito administrativo ocorreu no século XVIII com o Estado de Direito<sup>44</sup>, a partir das Revoluções Francesa e Norte-Americana, com maior<sup>45</sup> ou menor implementação. Desde esse momento, o direito administrativo *surge como contemporâneo da revolução industrial e da era tecnológica por aquela aberta*<sup>46</sup>. E assim, como que irmãos, o direito administrativo e o binômio indústria-tecnologia se desenvolvem e se relacionam num quadro de periodicidade, mantendo-se a correspondência entre ambos que se intensificará com o aumento da atuação do Estado.

No âmbito do direito administrativo, esta mudança deu-se particularmente em França mas irradiou por quase toda a Europa Ocidental, a partir do final do século XIX.

A escola de Toulouse, protagonizada por Maurice Hauriou, cuja ideia precípua era a de que a força motriz do direito administrativo provém da *puissance publique*<sup>47</sup>, foi contraposta – não necessariamente superada – no início do século XX pela Escola de

---

<sup>44</sup> Entre tantos: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos...*, pp. 104 e 105; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de Derecho...*, pp. 59 e ss.; PRATA ROQUE, Miguel. *A Dimensão Transnacional...*, p. 169; CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 30 ed. rev., atual. e ampl., Editora Atlas, São Paulo, Brasil, 2016. p. 7; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito...*, pp. 38-42.

<sup>45</sup> O caso Francês, com a ideia de que a Revolução Francesa foi uma *obra de destruição*, e que seria, *pelo menos na aparência, a tábua rasa, a ruptura total o passado*. RIVERO, JEAN, *Direito Administrativo*, tradução de Doutor Rogério E. Soares, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1981. p. 27.

<sup>46</sup> PRATA ROQUE, Miguel. *A Dimensão...*, p. 188. O mesmo autor continua: “*Foi então a época das primeiras redes de iluminação pública (1807), dos esgotos e canalizações públicas, dos matadouros supervisionados, da abertura dos caminhos-de-ferro (1825) e das demais vias de comunicação (1803), do telégrafo (1844), do telefone (1856) e da distribuição generalizada de correio postal*”. *Ibidem*.

<sup>47</sup> *A Escola Institucional parte de uma análise da teoria geral do Estado – para depreender que o direito administrativo corresponde a uma medida de força legítima, sem a qual seria impossível a satisfação das finalidades públicas. Esta força seria a puissance publique, elemento caracterizador e sistematizador do direito administrativo. (...)*. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação in Contratos Públicos e Direito Administrativo*, org. SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim, Editora Malheiros, São Paulo, 2015. p. 377, n.r. 68. Afirmando que Hauriou se assemelhava a um daqueles pais forçados a admitir a paternidade, já que fugia da concepção autoritarista do Direito Administrativo e que na verdade defendia apenas a *supremacia jurídica* do Direito Administrativo por ser o único regime normativo a que a administração pública, como *função de aplicação de leis*, estaria submetida: ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo...* pp.186-188.

Bordeaux capitaneada por León Duguit e posteriormente desenvolvida por Gaston Jèze<sup>48</sup>, colocando o serviço público como núcleo de atuação do Estado<sup>49</sup>.

Após a Primeira Guerra Mundial, León Duguit afirma que, devido ao progresso do conhecimento e às mudanças económicas e industriais, a atividade governamental estendeu-se para além da provisão de justiça, policia e defesa contra a guerra, sendo exigido do Estado que também desempenhe um grande e variado número de serviços, muitos dos quais de carácter industrial<sup>50</sup>.

Duguit chegou a afirmar que, em virtude dessa vasta atuação, as bases do Direito Público correspondem, não mais a comandar, mas a organizar<sup>51</sup>, e alcançando a sua finalidade sempre que preste um serviço público ao cidadão. Essa missão organizadora, por

---

<sup>48</sup> “El derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos y para el regular funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción del servicio público tal como la expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo.” JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Libro I, La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés, Editorial Depalma Buenos Aires, Argentina, 1948. p. 1; “El fin del Estado es organizar y hacer funcionar los servicios públicos: justicia, policia, instrucción pública, defensa nacional, comunicaciones, caminos, ferrocarriles... Los agentes públicos tienen por única misión hacer funcionar los servicios públicos. Las cosas del dominio público sirven unicamente - directa o indirectamente - para el funcionamiento de los servicios públicos.” JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Libro III, El Funcionamiento de los Servicios Públicos, Editorial Depalma Buenos Aires, Argentina, 1949. p. 3; García de Enterría ainda afirma que outro representante tardio desta escola seria G. Pequignot. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso...*, p. 680.

<sup>49</sup> Maurice Hauriou, em momento posterior, abandona a distinção com base naquilo que ficou amplamente difundido entre atos de autoridade e de gestão – *revestidas de “imperium”* – e encampa a ideia de que o critério de distinção do Direito Administrativo seria a prerrogativa, ou seja, “...aquela realizada por meio de mecanismos jurídicos excepcionais ou extraordinários em relação ao próprio Direito Civil”. Contudo, diante dos mesmos novos tempos que paralisaram a distinção de Duguit, o antigo e o novo critério de Hauriou também não prosperaram. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de Derecho Administrativo...*, pp. 68-70.

<sup>50</sup> DUGUIT, León, *Law in the Modern State*, Translated by Frida and Harold Laski, George Allen & Unwin Ltd., London, 1921. pp. 44 e ss. Disponível em <https://archive.org/details/cu31924032466348>. Acesso em 15 de maio de 2018.

<sup>51</sup> *Idem*, p 49.

sua vez, seria disciplinada por normas oriundas do direito administrativo, tornando-se o direito dos serviços públicos<sup>52 53</sup>.

#### **a. Introspecção: Breve Esboço do nascimento do Direito Administrativo Português.**

O Direito Administrativo Português, constitui um interessante exemplo para demonstrar que, apesar da matriz francesa, os Direitos Administrativos Italiano e Alemão foram capazes de irradiar suas estruturas por toda a Europa. Portanto, fica claro que Portugal não sofreu influência apenas de França. Todavia, como adverte Marcello Caetano, no campo legislativo, o Direito Administrativo Português foi inaugurado pelos decretos de Mouzinho da Silveira, em 16 de maio de 1832, influenciados pela obra de Charles-Jean Bonnin, disponibilizado em 1822<sup>54</sup>.

No campo acadêmico, o início do Estudo do Direito Administrativo em Portugal ocorreu na Faculdade de Coimbra com o decreto de 05 de dezembro de 1836, que reuniu a faculdade de leis e de cânones – oriundas dos estatutos pombalinos de 1772 – em uma única

---

<sup>52</sup> Nesta perspectiva, foi tentado, desde o princípio do século XX, um esforço doutrinal e jurisprudencial para reconduzir à unidade todas as regras administrativas, a partir da noção de serviço público. (...) De alguns acórdãos proferidos no princípio do século pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos pensaram alguns autores desse período – nomeadamente Duguit e Jèze – poder concluir que o direito administrativo encontrava a sua unidade na noção de serviço público. Para estes autores, a diferença essencial entre as actividades dos particulares e a actividade pública residia no facto de que esta está inteiramente consagrada à gestão de empreendimentos destinados a satisfazer o interesse geral, ou seja, os serviços públicos. RIVERO, JEAN, *Direito...* pp. 37-38. Quanto aos acórdãos mencionados, o principal seria o caso *Blanco* de 8 de fevereiro de 1873. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco>. Acesso em 23 de abril de 2018.

<sup>53</sup> A respeito da evolução do conceito de serviço público em França, especialmente posterior à Primeira Guerra Mundial: QUADROS, Fausto de. *Serviço Público e Direito Comunitário* in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2001. p. 280-282.

<sup>54</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, 10ª reimpressão, Editora Almedina, 2016. pp. 165-167; “(...) Seguros nesta opinião pareceo-nos muito conveniente publicar o Extracto do sistema administrativo de França, porque he um dos objetos públicos mais desconhecidos em Portugal, onde realmente não há um sistema regular de administração até o presente. (...) Como em França este objeto está levado a um ponto consideravel de perfeição, eu farei em primeiro lugar o Extracto do seu sistema, tal como foi publicado por Bonnin, demorando-me particularmente no Artigo das contribuições directas; em segundo lugar direi as bases do systema administrativo marcado no Codigo fundamental da Nação Portuguesa, e examinarei as principaes diferenças”. FRANCO, Francisco Soares. *Extracto dos Principios Fundamentaes do Sistema Administrativo de França por Mr. Bonnin, e sua Comparação com os de Portugal por Francisco Soares Franco, Deputado ás Cortes Ordinarias*, Typographia Rollandiana, Lisboa, 1822. pp. 3-4. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1976.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2018.

faculdade, denominada de direito, aparecendo a 6ª cadeira a ser lecionada no 3º ano do curso, denominada de *direito português pela constituição, direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com outros povos*. A cadeira autônoma do direito administrativo – *direito administrativo português e princípios da Administração* – ocorreu somente 1853, com a lei de 13 de agosto e com o disposto pela congregação de 24 de agosto, passando a ser lecionada no 3º ano do curso, tendo como primeiro professor encarregado o Doutor Justino António de Freitas<sup>55</sup>, que seguiu estritamente o *Manuel de Droit Administratif de Vauvilliers* como compêndio de suas aulas<sup>56 57</sup>.

Quando Guimarães Pedrosa assumiu a cadeira em Coimbra, ficou claro que Portugal conheceu e sofreu grande influência do Direito Administrativo Italiano<sup>58</sup>, em especial por meio de seu fundador Vittorio Emanuele Orlando<sup>59</sup>, que se afastou das influências francesas e encontrou na escola alemã de direito público idealizada por Gerber e Laband, na Escola Histórica de Savigny e na sistematização pandectística, a sua principal fonte<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> PEDROSA, Guimarães A. L., *Curso de Ciência da Administração...*, pp. 5-8.

<sup>56</sup> CAETANO, Marcello. *Manual...*, p.169.

<sup>57</sup> A influência do direito administrativo francês ainda se fez sentir em momento posterior, no início do século XX, nas obras clássicas dos Professores Magalhães Colaço e Fêzas Vital. *Idem*, pp. 171-172.

<sup>58</sup> “Uma outra linha fundamental de afirmação do Direito Administrativo europeu com forte influência na ciência nacional é a do Direito Italiano. (...) É que simultaneamente, por influência da escola jurídica alemã, verifica-se um notável florescimento da doutrina, tendo à frente os nomes prestigiosos de ORLANDO RANELLETTI e CAMMEO, que marcam o princípio deste século e constituem uma escola que atingirá o apogeu no período entre as duas guerras com SANTI-ROMANO”. SOARES, Rogério E. *Direito Administrativo I*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto, 1981. pp. 43 e ss.

<sup>59</sup> SANDULLI, Aldo. *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity* in Italian Journal of Public Law, vol. I, n. 1, Italy, 2009. p. 2. Disponível em [http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2009\\_volume\\_1/Sandulli-Santi%20Romano%20and%20the%20Perception%20of%20the%20Public%20Law%20Complexity.pdf](http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2009_volume_1/Sandulli-Santi%20Romano%20and%20the%20Perception%20of%20the%20Public%20Law%20Complexity.pdf).

Acesso em 09 de abril de 2018.

<sup>60</sup> A construção do Direito Administrativo italiano, segundo Orlando, seria em função da manutenção e preservação do Estado Liberal. A ausência de uma sistematização autônoma do Direito Público, levou Orlando a buscar no Direito Privado os seus sólidos métodos e critérios, especialmente do Direito Romano, utilizando tais ferramentas em ordem à autonomização do Direito Público. Não haveria sobreposição do Direito Privado ao Público, mas uma inspiração de métodos, deste para aquele. *Não seria por outra razão que a continuidade e intensificação do estudo do direito público italiano ocorreu por meio de três juristas que seguiram, com intensidades distintas, os passos de Orlando: Oreste Raneletti, um jurista que trouxe métodos compreendidos no Direito Romano e intensificados pela Escola Pandectística; Federido Cammeo, um estudioso do processo civil e que levou os ensinamentos do civilista Lodovico Mortara para o Direito Administrativo, e, por fim, o último que causou um impacto mais significativo no direito administrativo: Santi Romano*. MAZZARELLA, Ferdinando. *Vittorio Emanuele Orlando. Um Giurista al Servizio Dell'Italia* in *Mediterranea ricerche storiche*, anno VIII, n° 23, 2011, pp. 578 e ss.; SANDULLI, Aldo. *Santi Romano and the Perception ...*, pp. 2-5; ainda em relação ao direito administrativo Italiano: “Nos primeiros tempos pode criticar-se – era todavia a marca da época – uma preocupação legalista e positivista. E também uma deformação privatística, resultante da pressão do conceitualismo pandectístico. À medida que vai conseguindo superar essas “doenças infantis”, a doutrina italiana das décadas de 30 e 40 torna-se uma fonte indispensável de reflexão”. SOARES, Rogério E.

Anos mais tarde, como aponta Freitas do Amaral, o Direito Administrativo Português durante o Estado Novo foi dominado pelo Manual de Marcello Caetano, responsável por rechaçar a ideia de que constituía uma *disciplina esotérica*; pelos trabalhos de Afonso Queiró e, posteriormente, por Rogério Soares<sup>61</sup>, que absorveram mais sensivelmente o Direito Administrativo Alemão<sup>62</sup>.

Portugal foi capaz de absorver diferentes influências e, mais significativamente desde Magalhães Collaço, o Direito Administrativo Português passou a apresentar uma produção própria e autônoma<sup>63</sup>.

Todavia, como bem adverte Rogério Soares, independentemente do Direito Administrativo sob análise, devido ao final da Primeira Guerra Mundial, o seu arsenal ficou desatualizado<sup>64</sup>, ao passo que, após a Segunda Guerra Mundial, se pode dizer que o arsenal foi tomado pela ferrugem, sendo necessária uma remodelação em função de um novo mundo.

## **b. Expansão: a fuga para o direito privado.**

Em toda a Europa Ocidental, a progressão científica e industrial, aliada à moderna necessidade humana de dispor do Estado para satisfação de seus anseios, modifica a relação

---

*Direito Administrativo I...* p. 43; PEDROSA, Guimarães A. L., *Curso de Ciência da Administração...*, Parte I e II; em um sentido mais amplo: “Foi ainda do ensino universitário que saiu o Curso do Dr. A. L. Guimarães Pedrosa, primeiro ensaio de uma sistematização do nosso Direito Administrativo, embora muito cingido às doutrinas francesa, italiana e espanhola (1904 a 1909)” CAETANO, Marcello. *Manual...*, p. 168.

<sup>61</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Última Lição*, Editora Almedina, Coimbra, 2007. pp. 43 e ss. O referido autor também afirma que o Direito Administrativo Português apenas despertou um interesse mais latente, em termos académicos, a partir do final da década de oitenta: “Entre 1987 e 2007 – quer dizer, nos últimos 20 anos -, realizaram-se com êxito cerca de 20 doutoramentos em Direito Administrativo ou Ciência da Administração Pública, sendo de 16 o número de dissertações já publicadas. Isto é: entre 1958 e 1974, houve nestas áreas 1 doutoramento em cada 8 anos; nos últimos 20 anos houve cerca de 1 doutoramento por ano. O aumento foi, pois, de 800%”. Em relação a manuais, entre o período de 1980 a 2005, o aumento foi de 2200%. *Idem*. pp. 43 e ss.

<sup>62</sup> “Não se estranhará por isso que na década de 60 do séc. XIX surja uma reacção, encabeçada por LABAND, no sentido de se conseguir uma construção jurídica do direito público. Este movimento, que fora já anunciado por GEREER, parte da ideia da unidade do Estado. (...) Por este processo o Direito Administrativo irá a pouco e pouco sendo objecto duma teoria geral como a que a pandectística forjou para o direito privado”. SOARES, Rogério E. *Direito Administrativo I...* p. 40.

<sup>63</sup> CAETANO, Marcello. *Manual...*, p.171.

<sup>64</sup> SOARES, Rogério E. *Direito Administrativo I...* p. 44-45.

costumeira com o Estado: a relação de subordinação dá lugar a uma relação de cooperação<sup>65</sup>. A relação entre Estado e sociedade passa, assim, por uma profunda modificação<sup>66</sup>.

Como vimos, o movimento de neoconstitucionalização surgido após a Segunda Guerra Mundial afetou o Direito Administrativo nos diferentes Países<sup>67</sup> e, tal como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo *também passou*<sup>68</sup>, tendo a necessidade de ser repensado em termos constitucionais<sup>69</sup> em vista de uma harmoniosa convivência com o novo Estado que se apresentava como garantidor e *promotor* dos direitos sociais<sup>70</sup>.

A relação do direito administrativo com o direito privado foi-se intensificando ao longo dos anos, graças a certos movimentos. Um movimento de extrema importância, como adverte Otto Bachof na década de setenta do século XX, foi o impacto da Comunidade Europeia no direito nacional, em especial no Direito Administrativo, tendo em conta que aquele se inspirara profundamente nos direitos administrativos da França e da Alemanha e, posteriormente, nos da Itália e do Reino Unido<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2016. pp. 76 e seguintes.

<sup>66</sup> “Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbatem-se; a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração”. GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Editora Almedina, Coimbra, 2005. p. 141.

<sup>67</sup> “A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos.” BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo* in ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.), *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, 2ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, Brasil, 2017. p. 44.

<sup>68</sup> “Dir-se-ia que estávamos nas vésperas de proclamar com ênfase a inversão da velha fórmula de Otto Mayer... Quem “passava” não era o direito constitucional, mas sim o direito administrativo. Por outras palavras: a partir da constitucionalização do direito administrativo, seria correcto dizer-se que o “direito administrativo passa e o direito constitucional fica”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa: O Direito Administrativo passa também* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 61, Ad Honorem – 1, Editora Coimbra, Coimbra, 2001. pp. 706.

<sup>69</sup> Canotilho afirmou que na doutrina da Escola de Bordeaux do início do século XX já havia alguma insinuação de que o direito administrativo assumiria uma função constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, pp. 705-706.

<sup>70</sup> “Nos finais da década de setenta, a ambiência da dogmática administrativista tinha sofrido um giro de translação. A poderosa dogmática constitucionalista emergente da descodificação material da Grundgesetz não deixou de converter o direito administrativo numa “correia de transmissão” dos princípios e regras hierarquicamente localizados no espaço normativo das constituições democraticamente legitimadas.” *Idem*, p. 706.

<sup>71</sup> QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Editora Almedina, Coimbra, 1999. pp. 11-20.

Como já anunciado, na Alemanha, a partir da Constituição de Weimar inaugurou-se o relacionamento participativo do Estado com a economia, algo que se acentuou com o término da 2ª Guerra Mundial. Como o Direito Administrativo opera para a concretização daquilo que se preceitua no âmbito constitucional, o Direito Administrativo alemão se desenvolveu na direção dessa aplicação. E, como já referimos, constituindo o Direito Administrativo alemão uma grande inspiração para o Direito da União Europeia, os traços daquele foram permeando o Direito da União Europeia e, paulatinamente, o direito nacional dos países-membros<sup>72</sup>.

O direito nacional dos países-membros constitui também – em virtude de casos de sucesso – inspiração para o Direito da União Europeia e, como que num movimento de autoapoiese, incentivou o *aprofundamento dogmático dos Direitos Administrativos nacionais*<sup>73</sup>. Em consequência, o Direito Administrativo nacional foi-se depurando, o que por vezes comprometeu o direito administrativo local, na medida em que se revisitaram institutos ou princípios que se edificaram como verdadeiros dogmas. Paradoxalmente, ocorre um movimento de  *europeização* dos países-membros, em que o direito nacional passa a ser mais *legislado* pelo Legislador de Bruxelas do que pelo nacional<sup>74</sup>.

O Estado começa a atuar de forma não antes pensada, e a sua atuação intensifica-se de tal maneira que o *não agir* passou a ter relevância igual ou maior do que o *agir*. Em virtude disso, deu-se uma viragem na doutrina e na jurisprudência quanto à recorribilidade de atos negativos oriundos da Administração, e quanto à procedimentalização em face de omissões administrativas<sup>75</sup>. Fora isso, como fruto desta nova realidade cria-se, de forma inédita, o ato administrativo favorável<sup>76</sup>, o fruto não concebível pelo primário direito administrativo.

A tentativa de se outorgar ares divinos - pelo menos o da onipresença, uma das três características atribuídas aos deuses – desgastou a figura do Estado e a sua eficiência.

---

<sup>72</sup> “E, nesse aspecto, o Direito Comunitário foi elaborado com base no Wirtschaftsverwaltungsrecht alemão. Isso permitiu, aliás, à Comunidade Europeia trazer para o cerne do seu sistema jurídico a construção alemã do pós-guerra sobre o Estado Social de Direito em matéria de organização económica...” QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão...*, pp. 16-17.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>74</sup> Como ocorreu em França no ano de 1991. MAJONE, Giandomenico. *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*. Journal of Public Policy, Vol. 17, n. 2, Cambridge University Press, New York, 1997. p. 144.

<sup>75</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto...* p. 102.

<sup>76</sup> *Idem*, pp. 100-101; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de...*, pp. 158-159.

A Administração Pública buscou no Direito Privado formas de contextualizar a cooperação que cada vez mais assumia a tônica da relação entre os particulares e esta<sup>77</sup>, ocorrendo de forma natural uma *fuga para o direito privado*<sup>78</sup>. Assim, ocorreram diversas formas de atuação, até então atípicas, por parte da Administração Pública. O direito administrativo se viu obrigado a se relacionar com técnicas antes não difundidas, como as privatizações, as parcerias público-privadas e a contratualização com os particulares. A necessidade de recorrer aos privados e ao uso de seus institutos ocorreu na tentativa de se alcançarem as altas expectativas criadas pelo *Welfare State*<sup>79</sup>, que chegou a ser entendido como um *Estado de mal-estar*<sup>80</sup>.

O Estado passou a ter atribuições, advindas do Estado Social, que não condiziam com a sua estrutura e que, caso continuassem a aumentar, seriam incompatíveis ao aproveitamento do mesmo motor para uma carcaça muito maior e mais pesada, gerando lentidão, ineficiência e total sobrecarga do motor, exigindo dele ainda mais potência, sem contar com o *combustível* das operações do Estado: a questão orçamentária e os *famigerados* tributos. Uma verdadeira fórmula para se criar uma *sucata política*<sup>81</sup>.

Era preciso alterar a dinâmica do Estado, em especial o relacionamento com os particulares. Inicialmente, os monopólios estatais eram uma forma de atuar na relação espúria entre os benefícios alcançados pela empresa e os benefícios concedidos à sociedade. Quando o Estado passa a ser a empresa monopolizadora, ele mesmo purifica essa relação, uma vez que o interesse da empresa e o da sociedade se alinham, sendo aquela norteadas pelo

---

<sup>77</sup> “A Administração deixa de ser portadora de uma lógica de autoridade e de interesses exterior à Sociedade, na medida em que: i) intervém como operadora na vida económica através de uma gestão activa de bens e meios de produção (administração empresarial); ii) presta serviços aos cidadãos, designadamente nas áreas económicas (serviços públicos essenciais), sociais e culturais (administração de prestações); iii) autoriza ou licencia actividades privadas reguladas e condicionadas por lei, e concessionaria tarefas públicas (administração de controlo e de colaboração subordinada); iv) abre-se à participação orgânica e procedimental dos interessados (administração participada); v) inclui a auto-regulação pública de interesses profissionais e económicos (administrações autónomas corporativas).” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições...* p. 23.

<sup>78</sup> Segundo Vasco Pereira da Silva, a expressão foi utilizada pela primeira vez por Fritz Fleiner: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo...*, p. 103.

<sup>79</sup> Informando acerca da variedade de conceitos sobre o termo, mas que não seria mais que um arranjo de políticas públicas direcionadas para conferir alguns serviços básicos, como assistência financeira periódica – *income maintenance* - para pessoas necessitadas, assistência médico-hospitalar, residencial e educacional. EDGEWORTH, Brendan. *Law, Modernity, Postmodernity. Legal change in the contracting state*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, England, 2003. p. 64.

<sup>80</sup> COTARELO, Ramon, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, 2ª edição, Madrid, 1990 *apud* SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Editora Almedina, Coimbra, 2008. p. 40, n.r. 73.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 709.

interesse público. Além disso, o monopólio do Estado também poderia ocorrer em setores de pouco interesse para os privados. No entanto, diversos problemas surgiram em razão destes monopólios: a direta interferência do governo na política da empresa, a indicação de preenchimento de cargos nas empresas, não pelo currículo, mas como contraprestação de favores recebidos ou pretendidos, ou mesmo a falta de informações do governo para fiscalizar a empresa, uma palpável falta de *expertise*<sup>82</sup>. Não significava isso que a gestão do Estado feita pelos seus governos seria falaciosa em todos os casos, mas ela apresentou uma desgastante relação em que, na maioria dos casos, o monopólio passou a ser enfadonho para o Estado e para o mercado.

Nestes novos tempos em que os particulares desempenham funções públicas<sup>83</sup>, instaurou-se uma verdadeira neblina, densa e desorientadora, capaz de prejudicar a definição da zona limítrofe entre público e privado: deixaram de funcionar como duas ilhas estanques; e, caso ainda existam como tal, há a ligá-las uma larga e robusta ponte.

Intensificou-se, portanto, não tanto a estrutura do Estado, mas a sua presença, tendo que se valer da *privatização*<sup>84 85</sup> para garantir sua atuação.

---

<sup>82</sup> CONFRARIA, João. *Regulação e Concorrência, desafios do Século XXI*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011. pp. 121-128. O mesmo autor trata também sobre as questões pontuais da nacionalização das empresas privadas em Portugal, devido ao pensamento português, que se encontra plasmado, inicialmente, na Constituição Portuguesa de 1976.

<sup>83</sup> “Nestas condições, já não é possível encontrar na noção de serviço público nem o campo de aplicação do direito administrativo nem o seu princípio de explicação, uma vez que as necessidades do serviço público podem, segundo os casos, ser satisfeitas tanto pelo direito privado como pelo direito público.” RIVERO, Jean, *Direito Administrativo...*, p. 40. No mesmo sentido: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais*, Editora Almedina, Coimbra, 2012. pp. 51-52.

<sup>84</sup> Advertindo que se trata de um *fuzzy concept* e que a utilização do vocábulo privatização seria para designar o processo de “...deslocação de tarefas públicas para o sector privado não se realizar por obra de um “acto isolado”, mas, em vez disso, ocorrer no contexto de um fenómeno que se desenrola por fase ou etapas.” GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas...*, p. 152-154. Em sentido próximo: OTERO, Paulo, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 36. Afirmando a amplitude do conceito, podendo ser entendida como concessão ou até mesmo, em hipótese que será vista a seguir, entendida como sinónimo de desregulação: MONCADA, Luís Cabral. *Manual Elementar de Direito Público de Economia e da Regulação: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Almedina, Coimbra, 2012. p. 97.

<sup>85</sup> Alinhando-se a perspectiva portuguesa, existe a necessidade de realizar o termo *reprivatização*, pelo seguinte contexto: em 11 de março de 1975, ocorreu uma nacionalização de meios de produção, tendo o texto originário da Constituição Portuguesa de 1976, estabelecido a irreversibilidade de todas as nacionalizações ocorridas depois de 25 de abril de 1974 (artigo 83.º, nº 1 do texto originário de 02 de abril da Constituição). Contudo, com a segunda revisão constitucional aprovada em 1989, alterou o disposto no artigo, prevendo a possibilidade de reprivatização, desde que as mesmas fossem realizadas nos termos de uma Lei-quadro, cujos princípios foram apresentados no artigo 296.º (atual 293.º). A lei-quadro em destaque, foi aprovada no ano seguinte, em 1990, sendo a Lei n.º 11/90, de 05 de abril. SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado...*, pp. 42-43.

### 2.2.1. O Estado Regulador.

O Estado Regulador, caracterizado como uma reforma do Estado por meio da substituição de paradigmas - do *paradigma burocrático* pelo *paradigma administrativo-empresarial*<sup>86</sup> - ou como aquelas políticas mais modernas que representam um mecanismo de orientação social para crises profundas ou diante de instituições falidas<sup>87</sup>, apesar de alguns traços se manifestarem nos Estados Unidos da América desde a Segunda Guerra Mundial<sup>88</sup>, e na Alemanha logo a seguir<sup>89</sup>, foi totalmente constatado a partir das décadas de 70 e 80 do século passado<sup>90</sup>, com especial destaque para os Estados Unidos da América, no governo de Ronald Reagan<sup>91</sup>, e a Europa, onde entrou em declínio no início do governo socialista de François Mitterand, em França<sup>92</sup>.

Na verdade, a isso que sucedeu em França, e que aconteceu também em muitos outros países a partir de meados da década de 70 do século XX, foi conferido o prognóstico de que equivalia ao colapso do *Welfare State*<sup>93</sup> e ao início benquisto das políticas de liberalização e privatização<sup>94</sup>. A alta do desemprego e das taxas inflacionárias, frutos da austeridade não bem sucedida do *agir* do Estado Social, fomentaram a introdução de um novo modelo de Estado<sup>95</sup>, pautado por preocupações que, com maior evidência, já existiam na Alemanha, desde o início do Estado Social: a saúde económica do País<sup>96</sup>.

---

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 708.

<sup>87</sup> TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, New York, Berlin, 1988. p. 305.

<sup>88</sup> Administrative Procedure Act de 11 de Junho de 1946. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>89</sup> German Act against Restraints of Competition (GWB) de 01 de Janeiro de 1958. Disponível em [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/22\\_02\\_2018\\_60\\_Jahre\\_BKartA.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/22_02_2018_60_Jahre_BKartA.html). Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>90</sup> VOGEL, Steven K., *Freer Markets, More Rules, Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, edited by Peter J. Katzenstein, Cornell University Press, New York, 1996. p. 25. Entre diversos exemplos deste movimento global, cite-se o Financial Service Act de 1986 realizado pelo Parlamento Britânico e as privatizações e re-regulamentação ocorrida no setor de telecomunicações no Japão em 1985. *Idem*, p. 3.

<sup>91</sup> MAJONE, Giandomenico. *From the Positive...*, p. 151.

<sup>92</sup> MAJONE, Giandomenico. *From the Positive...*, p. 142.

<sup>93</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto...*, pp. 122 e ss.

<sup>94</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 717.

<sup>95</sup> MAJONE, Giandomenico. *From the Positive...*, p. 141.

<sup>96</sup> "(...) o final dos anos setenta e o início dos anos oitenta, primeiro pelos partidos políticos de orientação conservadora, mas a partir de meados dos anos oitenta, também pelos partidos de matriz socialista, transformou a redução do peso do Estado num objectivo programático de todos os governos." OTERO, Paulo. *Coordenadas...* p. 35.

Um dos pontos fortes do Estado Social e que foi tido como positivo foi que a implementação do Estado Regulador não teria grande peso no orçamento público, como ocorria no *Welfare State*, sem que isso significasse uma *batida em retirada* do Estado, nem tampouco uma renovação do *laissez-faireism*<sup>97</sup>. Esta mesma questão não foi olvidada pela Comunidade Europeia, porquanto o orçamento da mesma foi sempre um tema caro aos seus membros<sup>98</sup>.

O ora denominado Estado Regulador não ceifa o Estado Social, pois a *socialidade* fica preservada como núcleo duro do mesmo<sup>99</sup>, não havendo, portanto, uma ruptura com o Estado predecessor. Ou seja, este Estado Pós-Social – deflagrado pelo Estado Regulador – não rejeitou sua herança, nem abdicou da responsabilidade das buscas sociais<sup>100</sup>. Os direitos fundamentais continuam sendo temas acautelados pelo Estado, como veremos a seguir. O Estado passa a ter um maior cuidado quanto à sua eficiência, buscando minimizar a sua burocratização, sem que isto se reflita nas questões sociais alcançadas e alcançáveis.

A gestação do Estado Regulador ocorreu em pleno vigor do Estado Social, quando ainda prevalecia a interferência direta do mesmo no mercado. No entanto, o Estado passou a exercer a regulação de forma económica e social, sendo um grande atributo para o Estado, especialmente para o governo, na implementação de suas metas impositivas por meio de regulação – ou regulamentação –, cujo gasto de implementação ficava em grande parte para o regulado. Em virtude disso, a regulação económica passou a ser intensificada<sup>101</sup> e a regulação social – ligada, por exemplo, às questões do consumidor ou da segurança no trabalho – passou a ser realizada a partir dos anos 60 do século XX<sup>102</sup>, na mesma época mencionada por Gomes Canotilho como o início dos direitos fundamentais de terceira geração.

---

<sup>97</sup> GONÇALVES, Pedro. *Direito Administrativo da Regulação* in Separata dos Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. p. 537.

<sup>98</sup> Prova disso seria o fato de nunca terem alcançado a unanimidade para implementação de uma *entrada* direta para os cofres: a instituição de um imposto europeu.

<sup>99</sup> “Numa palavra: a socialidade é, ainda hoje, uma dimensão intrínseca da estatalidade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 710.

<sup>100</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto...*, pp. 124-125.

<sup>101</sup> “A mudança comporta uma dimensão funcional traduzida no facto de o Estado deixar de ser produtor de bens e serviços para se transformar em regulador do processo de mercado.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 718.

<sup>102</sup> A respeito do tema: CONFRARIA, João. *Regulação...* pp. 59-92. Não desconsiderando o carácter cada vez mais presente da regulação social, a mesma não será tema direto das considerações feitas a seguir, direcionadas para a regulação económica.

Tornou-se por vezes capcioso o facto de o Estado somente poder interferir no mercado, em termos regulatórios, quando este não exista; quando, apesar de existente, não fosse saudável – no caso, por exemplo, de grandes empresas em mercados singelos, tendo estas influência direta no preço praticado -, ou ainda, e este tornou-se o maior exemplo, para preservar aquilo que se tornou como uma das grandes jóias da coroa da União Europeia: a concorrência<sup>103 104</sup>. Ocorre que nem sempre isto era fidedigno.

O processo de regulação germinou no âmbito legislativo, produto de um processo político. A lei autorizava, e por vezes identificava, as ferramentas disponibilizadas para a salvabilidade do mercado que viria a sofrer uma intervenção. Neste aspecto, poder-se-ia dizer que a regulação estava presente por conta de uma maciça regulamentação. E isso mesmo no caso europeu, apesar de ocorrer a criação de leis por um processo democrático em Bruxelas e por legisladores que, mesmo não praticando atos para os cidadãos de seu país de origem mas sim para os cidadãos europeus, estavam vulneráveis à produção de interferências desnecessárias ou com ruídos para o mercado. Os motivos para tais acontecimentos eram diversos, mas um dos mais constatados era o ciclo eleitoral.

As políticas regulatórias, ao invés de serem projetadas para um benefício duradouro, a despeito de eventuais dispêndios económicos e sociais ocorridos a curto prazo, não eram benquistas, uma vez que os legisladores se voltavam para a criação de políticas que poderiam ser aferidas em seu mandato, ou seja, cujos frutos poderiam ser percebidos a tempo de se converterem em instrumento de propaganda para futuros mandatos próprios ou de seus coligados. Infelizmente, políticas imediatistas tendem a ser falaciosas com o tempo, demonstrando que os legisladores utilizam a regulação mais como objeto de campanha eleitoral do que como manutenção do mercado ensejador da regulação. Além disso, existiram (existem) outras falhas, como a falsa percepção de que, como a democracia se

---

<sup>103</sup> “Estas situações são designadas como falhas e imperfeições de mercado. Entre as principais podem considerar-se as seguintes: bens públicos, monopólio natural, externalidades, deficiências na informação acessível aos agentes económicos, casos específicos de risco e incerteza, problemas de concorrência imperfeita e custos de ajustamento”. CONFRARIA, João. *Regulação e Concorrência...* p. 59.

<sup>104</sup> Um exemplo normativo vigente desta afirmação seriam os artigos 101º e 102º do TFUE (ex-artigos 81 e 82 do TCE) e sua regulamentação por meio da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 – cuja entrada em vigor ocorreu em 25 de dezembro do mesmo ano –, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, que recentemente (abril de 2018) foi transposta para o Direito Português: Assembleia da República. Estabelece as regras relativas às ações de indemnização por infração ao direito da concorrência, transpondo a Diretiva 2014/104/UE <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41795>. Acesso em 27 de abril de 2018.

apresentou como uma forma bem-sucedida de governar – nos limites da célebre frase de Winston Churchill proferida na Câmara dos Comuns, em 1947 –, logo a mesma teria o mesmo efeito na elaboração das políticas regulatórias. No entanto, dá-se a falta de equidade no acesso de interesses privados ao processo político: alguns setores ou alguns *players* têm maior acesso e, conseqüentemente, exercem maior pressão do que outros. Ou seja, a intervenção surge confeccionada, não para o mercado, mas para aqueles que maior pressão exercerem. Nessa situação, poderia ocorrer a denominada *captura regulativa*<sup>105</sup>, onde o regulador passa a ser regulado.

Em virtude disso, a partir do final do século passado, a União Europeia realizou uma profunda mudança na forma de regular, que teve dois aspectos distintos.

O primeiro deles diz respeito à pseudo-desregulação europeia. Na verdade, ocorreu uma re-regulação que provocou uma sensível alteração quanto ao quadro regulatório vigente, gerando um abrandamento de regras com o intuito de liberalização e facilidade de acesso ao mercado<sup>106</sup>. Portanto, de facto ocorreu um sentimento de desregulação, mas ocasionado por uma re-regulação do quadro regulatório para difusão do mercado e preservação da concorrência<sup>107</sup>. A errônea interpretação da re-regulação como desregulação não foi um fenômeno europeu, pois ocorreu em diversas partes do mundo<sup>108</sup>. Alguns sustentam que o erro ocorreu pelo fato de novos mercados, impulsionados pelos avanços tecnológicos e industriais, exigirem dois movimentos – o primeiro, de liberalização, implementando mais competição no mercado, e o segundo uma redução ou eliminação de regulação – que poderiam levar a entender que houve uma desregulação, quando na verdade ocorreu um remanejamento da atuação estatal, adaptando ou trocando normas ultrapassadas para o novo mercado com o objetivo de proporcionar um mercado mais livre, mas com mais regras<sup>109</sup>. A

---

<sup>105</sup> CONFRARIA, João. *Regulação...* pp. 101-117. Como veremos, esta não seria a única forma de ser capturado.

<sup>106</sup> GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação 8, Editora Coimbra, Coimbra, 2013. p. 17.

<sup>107</sup> No mesmo sentido: EDGEWORTH, Brendan. *Law...* p. 134.

<sup>108</sup> MCKENZIE, Richard B.; LEE, Dwight R. Lee. *Quicksilver Capital: How the Rapid Movement of Wealth Has Changed the World*. Free Press, New York, 1991. p. 1. Os autores afirmaram que se tratava de um abrandamento das normas, oriundo de um fenômeno global e que buscava na verdade atrair novos negócios e expandir os existentes, levando a uma debilidade do governo em governar.

<sup>109</sup> VOGEL, Steven K., *Freer Markets...*, p.3; MOREIRA, Vital. *Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico* in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 60, *Colloquia – 7*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001. pp. 226-227.

indústria e a tecnologia mais uma vez se apresentam como enzimas catalisadoras de modificações na Administração Pública.

O segundo ponto foi o de que, apesar da recente pujança do Estado Regulador, o mesmo sofreu uma profunda alteração, mais visível na transição dos séculos: a criação de autoridades reguladoras independentes<sup>110 111</sup>.

Estas, em termos europeus, inicialmente instituídas na Grã-Bretanha, foram a resposta para os problemas das influências mencionadas acima. Logo, consistiram em uma “...desgovernamentalização, despolitização e despartidarização da função reguladora, fazendo prevalecer os valores de imparcialidade, da tecnicidade e da previsibilidade”<sup>112</sup>  
113.

O Estado Regulador buscou que as questões ligadas ao mercado fossem tomadas, não por políticos, mas por autoridades reguladoras e independentes, compostas por especialistas da área que tenham minimizado a influência política ou partidária nas medidas adotadas. Desse modo, o movimento de privatização ficou referendado na ideia de que haveria autoridades independentes, com atuações claras e fundamentadas, visando a melhor eficiência do serviço prestado<sup>114</sup>.

Fica claro que o *bug* da captura regulativa poderia ocorrer de duas formas distintas, mas pelo mesmo motivo: a assimetria de informações. A dupla captura poderia ser assim resumida:

---

<sup>110</sup> A afirmação persiste em uma atmosfera europeia. A presença de autoridades reguladoras independentes já era uma realidade nos Estados Unidos, desde o final do século XIX. MOREIRA, Vital. *Serviço Público...*, p. 229. CALVÃO DA SILVA acaba sendo mais preciso ao afirmar que se deu pela aprovação do *Interstate Commerce Act* de 1887 e com a criação da primeira autoridade reguladora independente do mundo: a *Interstate Commerce Commission*. SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado...*, p. 131.

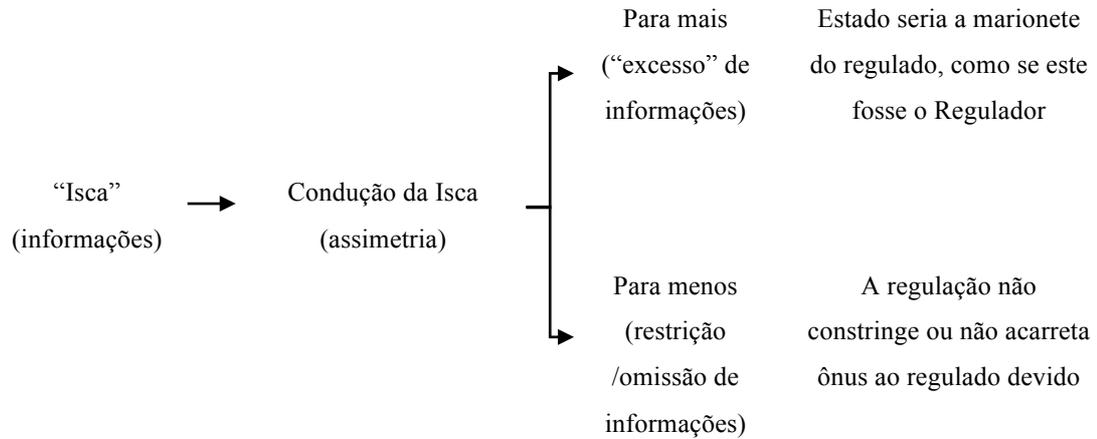
<sup>111</sup> Para aprofundamento do tema: SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado...*, pp. 130-208.

<sup>112</sup> MOREIRA, Vital. *Serviço Público...*, p. 230.

<sup>113</sup> Em Portugal, a lei-quadro das entidades reguladoras ocorreu somente na segunda década do século XXI, com a Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto.

<sup>114</sup> Isto não retira os problemas de circulação. Vital Moreira afirmou a existência de “... graves problemas de concepção e de compatibilização com os princípios democráticos (ausência de legitimidade política, falta de responsabilidade perante os órgãos políticos representativos, perigo de “captura” das autoridades reguladoras pelos interesses regulados, etc.).” MOREIRA, Vital. *Serviço Público...*, p. 231.

**Figura 01** – A possibilidade positiva e negativa de captura pela regulação



Ainda quanto à assimetria de informações, mas em um enfoque um pouco distinto, com a adoção das autoridades reguladoras independentes ocorreu a tentativa de equalizar as informações entre públicos e privados, ocorrendo assim uma melhoria na regulação e na sua própria averiguação, bem como na relação entre concorrentes ou até mesmo na relação com o particular visto como cliente<sup>115</sup>. Afinal, qualquer ruído pode ser prejudicial à concorrência<sup>116</sup>.

Ocorreu entretanto uma real pulverização do poder em razão de uma extensa delegação em diversas autoridades independentes<sup>117</sup>. A Comunidade Europeia – e a posterior União – adotou amplamente o novo paradigma do Estado Regulador e da adoção das autoridades reguladoras independentes, o que motivou a sua difusão junto dos Estados-membros, mesmo que estes ainda não dispusessem até então, a nível nacional, de políticas ligadas à re-regulação<sup>118</sup>. Todavia, a perpetuação das autoridades independentes, não

<sup>115</sup> Para Floriano de Azevedo Marques Neto, os particulares que se relacionam com o *Estado-Administração* podem se valer de diferentes papéis: de súditos, quando acatam os comandos e atos da Administração; de beneficiários (de funções públicas), sendo aqui titulares de direitos subjetivos públicos; de clientes, desde o usuário individual até aos agentes econômicos privados que têm relação com a Administração, ou por fim como parceiros do *Estado-Administração* para auxiliar que este conclua as suas finalidades. As referidas noções serão adotadas no presente trabalho. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo...*, pp. 390-396.

<sup>116</sup> CONFRARIA, João. *Regulação e Concorrência...*, pp. 70-74; SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado...*, pp. 119-122.

<sup>117</sup> Em sentido similar: MAJONE, Giandomenico. *From the Positive...*, p. 159.

<sup>118</sup> Giandomenico Majone refere que, no momento da assinatura do Tratado de Roma, em 1957, apenas a Alemanha possuía uma relevante estrutura de regulação. No final do século XX, os Países fundadores e toda a União Europeia possuíam leis e autoridades reguladoras preservando a concorrência. MAJONE, Giandomenico. *From the Positive...*, p. 145.

significa uma independência ilimitada. A preocupação quanto ao controle dos controladores constituiu sempre motivo de alerta<sup>119</sup>.

Em concomitância com o Estado Regulador, se apresentou o chamado Estado Contratante que, além da verticalização sempre existente introduziu uma nova forma de comunicação com o particular: a horizontalidade das relações entre público e privado, que passaram a ser correntes<sup>120</sup>.

### 2.2.2. O Estado Contratante (e Garantidor).

O Estado Contratante, um dos sucessores do Estado Social, foi fruto do mesmo processo híbrido de re-regulação (liberalização e aparente desregulação) e privatização<sup>121</sup> – sendo esta última mais ligada ao processo de contratualização<sup>122</sup> –, que originou o Estado Regulador. Portanto, ambos comungaram da mesma matriz genética e, como já dito a respeito do Estado Regulador, foi de fato criado um novo paradigma para se relacionar com uma economia e uma sociedade lapidadas pela contemporaneidade<sup>123</sup>.

Apesar de os Estados Unidos não serem recordados como um Estado Social pesado e de a privatização já configurar comumente uma forma de agir do governo desde o pós-Segunda Guerra Mundial, os EUA viram intensificar-se o Estado Contratante no governo Reagan – tal como ocorreu com a regulação –, passando para as mãos dos privados serviços até então exclusivos do Estado, como a administração do sistema prisional<sup>124</sup>.

Este movimento, igual ao seu *irmão*, foi-se globalizando. Jody Freeman afirmou que ,entre os demais governos, o thatcheriano foi o primeiro a privatizar indústrias estatais,

---

<sup>119</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa...*, p. 718.

<sup>120</sup> “A actividade administrativa, mais do que instrumento de definição autoritária do direito aplicável, vai tornar-se num mecanismo de composição de interesses (públicos e privados), que se manifestam no procedimento, e que os órgãos decisores devem regular, de maneira a tomar decisão mais adequada e que melhor salvaguarde os direitos subjectivos e os interesses em presença”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto...*, p. 129.

<sup>121</sup> Estas poderiam existir, mas nem sempre com a mesma intensidade. Edgeworth demonstra que no Reino Unido a tônica foi dada pela privatização, ao contrário do que ocorreu na Alemanha; em Itália, ambos os movimentos foram lentos e, nos Estados Unidos, a sensação de “desregulação” foi mais intensa. EDGEWORTH, Brendan. *Law...*, p. 135. Especificamente quanto às reformas regulatórias em França e Alemanha: VOGEL, Steven K., *Freer Markets...* pp. 241-255.

<sup>122</sup> FREEMAN, Jody. *The Contracting State*, Florida State University Law Review, volume 28, issue 1, article 5, 2000. p. 160.

<sup>123</sup> EDGEWORTH, Brendan..., p. 3.

<sup>124</sup> FREEMAN, Jody. *The Contracting* .... p. 162.

seguido por outros como os da Nova Zelândia, Austrália e Canadá<sup>125</sup>. Tais mudanças, vistas globalmente, foram ensejadoras para criação de novos mercados, estimulando particulares a criarem ou adaptarem linhas já existentes, para participarem de negociações com o Estado, entendendo que a melhor forma de se relacionarem com os seus novos parceiros comerciais seria por meio dos contratos.

Com a horizontalidade das relações entre o Estado e os particulares, surgia a necessidade de uma garantia de cumprimento daquilo que havia sido pactuado tanto com os diretamente envolvidos na relação, como com os terceiros interessados – no caso, os particulares como clientes<sup>126</sup> –, e o contrato seria a ferramenta ideal para tentar absorver as reivindicações das partes e para lhes conferir a forma possível.

Esta nova forma de relacionamento daquilo que um dia já foi uma relação entre deuses e pecadores, não deixou de gerar armadilhas. O particular que passou a realizar operações diretamente com o Estado não estava procurando qualquer *vendetta*; sem reminiscências de um temor reverencial, esse particular o passou a olhar o Estado *apenas* como um vigoroso *player* do jogo económico. O particular continuou sendo movido pelo lucro e utilizou todos os mecanismos que aprendeu durante séculos, levando toda a sua *expertise* para o campo da negociação e da modelagem contratual. Isto não quer dizer que o Contraente Público tenha ficado à mercê do particular, nem que aquele poderia agir à imagem e semelhança deste<sup>127</sup>.

Ademais, o contrato<sup>128</sup> foi a melhor ferramenta para que o Estado pudesse delegar as funções tidas antes como exclusivas. Todavia, este precisou de se adaptar<sup>129</sup> e de valer-se

---

<sup>125</sup> *Idem.*, p. 160.

<sup>126</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo...*, p. 392.

<sup>127</sup> “*A Administração tem à sua disposição somente as formas de direito privado, e não as liberdades e as possibilidades de agir que são conferidas à autonomia das pessoas privadas*”. MAURER, Hartmut. *Manuel de Droit Administratif Allemand*, traduit par Michel Fromont, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1994, p. 42.

<sup>128</sup> Em igual medida, o próprio Estado Regulador percebeu a grande possibilidade de se valer dos contratos como ferramenta de atuação para exercer a regulação, sendo assim uma ferramenta comungada entre irmãos, e tendo as particularidades de cada *grupo*. Para aprofundamento do tema, especialmente quanto às distinções da regulação administrativa *como* contrato – e sua ligação com a *hetero-regulação* – em que haveria um *compacto regulatório* tácito entre o Estado (ou autoridade) e o particular, e *por* contrato, em que de facto haveria um contrato com normas regulatórias, implementando uma *autorregulação* firme perante a empresa regulada e tendo esta uma garantia – contratual - quanto às atitudes do regulador, bem como as distinções entre regulação administrativa negociada – *diálogo regulatório* – e por meio de negócios e a *regulação pública indiretamente promovida através do contrato e regulação administrativa por contrato* : GONÇALVES, Pedro. *Reflexões...*, pp. 121; ressaltando os problemas distintos e próprios da contratação público-privada e dos contratos regulatórios: FREEMAN, Jody. *The Contracting...*, pp. 156-157.

<sup>129</sup> “*as relações de autoridade estão sendo redefinidas pelos contratos*” e “*o serviço público está começando mais ou menos integrar uma rede de organizações que estão ligadas por meio de contrato e preço do que*

de institutos inicialmente desenhados para os privados, mas que deveriam ser absorvidos pela esfera pública para que não fossem capturados por cláusulas contratuais ou por eventos passíveis de previsão.

Pode-se dizer que, a partir desta extensa contratualização que o Estado se viu na necessidade de realizar, deixando de ser o executor, o mesmo se viu cada vez mais preocupado com a gestão dos contratos em que participava. Uma das características ligadas à ideia de gestão foi a da prevenção de riscos<sup>130</sup>. Porém, infelizmente era inevitável haver contratos incapazes de aprisionar o futuro, e que impedissem mazelas para as partes e para os cidadãos – terceiros interessados – beneficiários do objeto daquele contrato. Isso era algo não admissível em um Estado que não deixou de ser Social, nem tampouco em um Estado em que se sabe que *the king CAN do wrong*<sup>131</sup> (*and he does so constantly*).

Uma relação em que o protagonismo da execução não esteja diretamente ligado ao Estado, não significa que o Estado não será responsabilizado ou que não seja obrigado a realizar aquilo que não foi corretamente delegado. Ocorre, então, uma dupla responsabilidade da parte do Estado, havendo a *responsabilidade de garantia* presente ordinariamente em qualquer Estado Regulador e Contratante, mas também uma *responsabilidade residual, supletiva ou subsidiária*, caso ocorra a entrega daquilo que foi prometido, havendo aqui também uma *responsabilidade pelo resultado*. Estas responsabilidades são relativamente novas, oriundas da mudança de papel do Estado, que passou da produção – ou execução – para a garantia resultado (*assuring results to production results*)<sup>132</sup>. A ideia de responsabilidade aqui mencionada seria comparável àquela de um renomado ator que passa a seguir a carreira de diretor. Caso em alguma de suas peças o ator principal venha a faltar, o mesmo deverá sair do *backstage* e assumir o protagonismo, sob pena de cair em desgraça perante o público<sup>133</sup>. Em virtude destas características, fala-se aqui em Estado Garantidor.

---

autoridade.”” WALSH, Kieron. *Zi Public Services and Market Mechanisms* at xi (1995) *apud* in FREEMAN, Jody. *The Contracting ...*, p. 161, n.r. 23.

<sup>130</sup> “*Sendo que ao gestor compete prever, organizar, comandar, coordenar e controlar*”. BERNARDINO, Mário. *As Compras e a Gestão de Materiais. Especificidades na Administração Pública*, Editora Almedina, Coimbra, 2012. pp. 23.

<sup>131</sup> Explicando o início do princípio oriundo do sistema administrativo britânico, SOARES, Rogério E. *Direito Administrativo I...* p. 49.

<sup>132</sup> GONÇALVES, Pedro. *Reflexões...* pp. 56-57.

<sup>133</sup> Usando o exemplo de um treinador (responsabilidade de garantia) que em alguns momentos deve colocar a chuteira e ir a jogo (responsabilidade residual): GONÇALVES, Pedro. *Reflexões...* p. 58.

Portanto, a partir deste momento, em todo contrato que o Estado faz com o particular, ele atua como sujeito e como garante. Assim, o não cumprimento poderá ocorrer por parte do particular, mas nunca por parte do Estado. Seja como parte, seja como garante, este participará na concretização do que foi pactuado. A complexidade dos tempos, da nova relação entre Estado e sociedade, são facilmente vistas pela tripla adjetivação do Estado que agora o caracteriza: um Estado Regulador, Garantidor e Contratante.

O problema maior consiste em que, quando necessariamente passa a atuar como garante, o Estado obrigatoriamente precisa de realizar mais gastos, geralmente volumosos, em razão do caráter emergencial de sua atuação, causando sensíveis depreciações ao orçamento<sup>134</sup>. Este problema não deixou de ser percebido pela União Europeia.

A atual União Europeia impulsionou a criação, difusão e preservação de institutos e movimentos ligados à perpetuação de suas intenções, os quais alteraram a legislação interna dos Estados-Membros, marmorizando no direito nacional aquilo que estava esculpido no plano europeu<sup>135</sup>.

A partir dessa consagração ocorre um estreitamento do Direito de matriz romano-germânica ao anglo-saxônicos. Foi pois em virtude dessa articulação a nível europeu – não desmerecendo o impacto e significativo serviço do Direito Comparado –, que a *corporate governance* e outros institutos<sup>136</sup> foram capazes de se disseminar com maior agilidade na Europa.

A pós-modernidade e a nebulosidade entre público e privado proporcionaram uma maior facilidade no âmbito da *contaminação* de institutos, levando a *corporate governance* a penetrar no direito público, a mutar e a criar aquilo que ficou definido como *New Public*

---

<sup>134</sup> O que levaria a cair por terra o argumento favorável utilizado no início a um Estado Pós-Social que geraria ou primoraria pela redução dos gastos públicos.

<sup>135</sup> Além do que já foi dito, um substancial exemplo seria o de que, a partir dos movimentos de privatização e liberalização, a União Europeia se viu na necessidade de repensar o conceito de serviço público, uma vez que em seu sentido subjetivo, a titularidade não seria mais necessariamente do poder público, nem tampouco os conceitos de serviço público eram semelhantes entre os Estados-membros. Portanto, o conceito de serviço público edificado pela Escola de Bordeaux, e constituindo o mesmo a principal referência para o Tratado de Roma, deveria ser revisitado, e foi pelas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Tratado de Amsterdã de 02 de outubro de 1997, o que ocasionou “(...) um novo conceito de serviço público, que se preocupa mais em ser um serviço ao público do que em ser apenas um serviço público burocrático ou administrativo”. QUADROS, Fausto de. *Serviço Público e Direito Comunitário...*, pp. 292-293. Em sentido similar: “(...) o “serviço público à francesa” vê-se substituído pelos SIEG, fórmula comunitária que acentua a missão de interesse comum e indicia a neutralidade da Comunidade Europeia relativamente à natureza pública ou privada do prestador dos serviços públicos.” SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado...*, p. 216.

<sup>136</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, pp. 152-154.

*Governance*. Convém conhecer o que é a *corporate governance* e, mais uma vez, se faz obrigatório debruçarmo-nos sobre os Estados Unidos da América.

### **2.3. O Sepultamento de Bretton Woods e a Globalização do Sistema Monetário Financeiro: O Repensar da Governance<sup>137</sup> para as Instituições Públicas e Privadas.**

A década de setenta do século XX foi para o mundo, especialmente para os norte-americanos, uma década bastante conturbada, devido especialmente ao sepultamento definitivo do sistema Bretton Woods.

Bretton Woods foi o acordo assinado em 1944 – mas idealizado em 1942, na conferência do Atlântico –, que visou a reconstrução de três sistemas internacionais: financeiro, monetário e de comércio. Foi a partir deste desenho que se criou o Fundo de Estabilização<sup>138</sup> – hoje conhecido como Fundo Monetário Internacional (FMI) –, e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). A reconstrução do sistema internacional de comércio não ocorreu exatamente em função dos EUA. Apesar de ser um dos signatários do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, e de sua ratificação no ano seguinte, pela Carta Havana, em que se estabeleceu a criação da Organização Internacional do Comércio (OIT), esta não foi recepcionada nem reapresentada ao Congresso Norte-Americano, razão pela qual a transitoriedade do GATT durou décadas.

A desproporcional dimensão americana<sup>139</sup> fazia com que os efeitos de atos internos transbordassem os seus limites territoriais, sendo sentidos quase pelo globo inteiro. Diante de tal opulência, entendeu-se que, com a modificação do sistema financeiro internacional em curso, seria prudente a instituição do padrão dólar-ouro, uma vez que os EUA seriam o

---

<sup>137</sup> Sobre a imprecisão do termo: GONÇALVES, Pedro. *Ensaio sobre a Boa Governação da Administração Pública a partir do mote da “New Public Governance”* in *O Governo da Administração Pública*, Coleção Governance Lab, Editora Almedina, Coimbra, 2013. p. 8; sobre as inúmeras definições do termo, mas sempre ligando à ideia de resolução de problemas, inclusive afirmando que o termo abrange o governo, mas não se traduz nele, e que existe sem o mesmo: LEE, Myungsuk. *Conceptualizing the New Governance: A New Institution of Social Coordination*, 2003. pp. 4-15. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/71ec/0b861a6dad2d93b56ab5f8c6b77bfa415a48.pdf>.

<sup>138</sup> SILVA, Paulo Roberto do. *Origem e Desenvolvimento do Sistema Financeiro Internacional: do Padrão-ouro à Crise de 2008*, Dissertação de Mestrado em Economia Política, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34.

<sup>139</sup> Em 1950 possuía um Produto Nacional Bruto superior ao somatório dos PNBs da União Soviética, Grã-Bretanha, França, Alemanha Ocidental, Japão e Itália. SATO, Eiiti. *Mudanças Estruturais no Sistema...* p. 9.

único País – até mesmo diante do Reino Unido – com reservas de ouro suficientes para garantir a sua estabilidade<sup>140</sup>.

O projeto edificado em Bretton Woods não foi suficiente para inibir o crescimento do déficit comercial europeu<sup>141</sup>, sendo necessária a execução, e mais que isso, de um plano de fomento para auxílio à Europa: o Plano Marshall.

O *Foreign Assistance Act* ou *Economic Cooperation Act of 1948*<sup>142</sup> foi um plano desenhado e sancionado pelo governo Truman, cujo secretário de Estado George Marshall, valendo-se das ideias e informações fornecidas por George F. Kennan, estabeleceu um projeto com ideias voltadas para a contenção da influência da URSS na Europa Ocidental e a intenção americana de fomentar rapidamente sua exportação, de modo que era necessário o fomento – financiamento – das economias europeias para que estas se convertessem em efetivos mercados de exportação dos EUA<sup>143</sup>. Com a eficácia deste plano, os EUA sedimentaram a dependência – mercantil e financeira – da Europa e a implementação de seu *way of life*, gerando a contenção da URSS perante os seus aliados do Velho Mundo.

O sucesso do Plano Marshall e da aplicação do Tratado do Atlântico do Norte fizeram com que os EUA fossem os responsáveis pela mudança no eixo econômico do globo, passando a ser a referência mundial econômica e social.

A década de cinquenta e as seguintes, em uma análise global, foram marcadas pela sombra da Guerra Fria, inúmeras vezes usada como argumento de autoridade para novas movimentações no campo financeiro-econômico: era concedido o perdão de dívidas e outras benfeitorias, em prol da reafirmação dos propósitos de contenção da Vermelha Europa

---

<sup>140</sup> LICHTENSZTEJN, Samuel; BAER, Monica. *Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial. Estratégias e Políticas do Poder Financeiro*. Tradução de Nathan Giraldi. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 29.

<sup>141</sup> De 1946 a 1947, aumentou de US\$ 5,8 bilhões para US\$ 7,5 bilhões. EICHENGREEN, Barry J. *A Globalização do Capital: Uma História do Sistema Monetário Internacional*. Trad. Sergio Blum. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 137.

<sup>142</sup> *Foreign Assistance Act 1948; Economic Cooperation Act of 1948; 80th Congress, 2D Session, Chapter 169; April 3, 1948*. Disponível em [http://marshallfoundation.org/library/wp-content/uploads/sites/16/2014/06/Foreign\\_Assistance\\_Act\\_of\\_1948.pdf](http://marshallfoundation.org/library/wp-content/uploads/sites/16/2014/06/Foreign_Assistance_Act_of_1948.pdf). Acesso em 29 de Novembro de 2017.

<sup>143</sup> (...) *As potenciais vantagens criadas por uma Europa reconstruída e revigorada justificavam o esforço norte-americano: a diminuição da ameaça de formação de regimes socialistas, através, por exemplo, do estímulo de investimentos privados e do enfraquecimento dos partidos socialistas europeus; o aumento da demanda pelos produtos exportáveis norte-americanos; o fomento de indústrias europeias que poderiam produzir mercadorias estratégicas para a economia norte-americana; a preservação da influência exercida pelos Estados Unidos e pela Europa sobre os países produtores de petróleo do Oriente Médio; e o estímulo às sociedades europeias em sentido amplo, de modo que elas pudessem apoiar os Estados Unidos politicamente e economicamente (...)*. WERNER, Alice Helga; COMBAT, Flávio Alves. *História “Viva” e História “Objetivada”: George F. Kennan e o Plano Marshall*, *História Social – Revista dos pós-Graduandos em História da Unicamp*, nº 13, Campinas, São Paulo, 2007. p. 185.

Oriental. A ideia de conter o comunismo a todo preço e o sucesso do plano Marshall fizeram com que os países parceiros comerciais dos EUA ganhassem competitividade no mercado com os incentivos injetados, e passaram a ppear e disputar o mercado, o que gerou desregulação na balança econômica americana e um cenário favorável ao aumento da inflação. A perda da pujança de outrora do dólar resultou na suspensão do padrão dólar-ouro por parte dos EUA em 1971 e, dois anos mais tarde, o sepultamento definitivo do sistema *Bretton Woods*.

### 2.3.1. *Corporate Governance*.

Além de lidar com o amargo insucesso de *Bretton Woods*, o governo de Richard Nixon enfrentou os protestos contra a perpetuação da Guerra do Vietnã, a imagem social negativa do seu governo perante os americanos, ocasionada pelos assassinatos de John F. Kennedy e Martin Luther King Jr., e por um caso que viria a abalar seu governo tão visceralmente que ocasionou a primeira – e, até então, única – renúncia de um presidente norte-americano: o caso Watergate<sup>144</sup>.

A partir deste caso, em que se constatou, entre outras coisas, o financiamento ilegal da campanha eleitoral e subornos promovidos por sociedades empresariais, veio à tona a debilidade das direções societárias e de seus controles, dando azo ao que ficou conhecido como *corporate governance movement*<sup>145</sup>: uma sistematização de condutas consubstanciadas em textos recomentatórios - como os *Principles of Corporate Governance*

---

<sup>144</sup> Este não foi o único acontecimento que consubstanciou o *corporate governance movement* ou *corporate governance Project*. Sobre a ambiência das décadas de sessenta e setenta do século XX e os choques no campo do *corporate law*: CARNEY, William J.. *Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: Restatement or Misstatement?*, Washington University Law Review, Vol. 66, Issue 2, 1988. pp. 243-245. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=law_lawreview). Acesso em 02 de maio de 2018.

<sup>145</sup> O que não necessariamente corresponde ao momento de criação desta teoria, sendo o seu nascimento atribuído aos trabalhos de Adolf Augustus Berle Junior e Gardiner Coit Means em 1932. BERLE, Adolf A., Jr and MEANS, Gardiner C. *The modern Corporation & Private Property*. Neste sentido: FORTUNATO, Adelino. *Meanings of Corporate Governance in Corporate Governance in the 21 Century*, Kellan V. Lowery Editor. Nova Science Publishers, New York, 2008, pp. 143 e ss.; em sentido contrário, afirmando que o *corporate governance* já existia desde o início das primeiras companhias no mundo – séculos XVI e XVII, mas salientando que o debate mundial do instituto foi em razão dos EUA (tendo neste País a sua aparição nos registros federais ocorrido em 1976). CHEFFINS, Brian R. *The History of Corporate Governance in The Oxford Handbook of Corporate Governance*, edited by Mike Wright, Donald S. Siegel e Igor Filatotchev, Oxford University Press, United Kingdom, 2013. pp. 46-64.

*and Structure: Restatement and Recommendations* que, apesar do primeiro *Tentative Draft* ter ocorrido em 1982<sup>146</sup>, a sua versão final somente ocorreu em 13 de Maio de 1992<sup>147</sup> – e, posteriormente, por conta de casos emblemáticos ocorridos na década de noventa como o da *Enron* e *Worldcom*, nos EUA, e o da *Ahold*, *Parmalat* e *Vivendo*, na Europa<sup>148</sup>, uma codificação de normas elaboradas pelas sociedades e dirigidas aos seus administradores<sup>149</sup> que assegurassem a boa prática de governação perante as instituições, sociedades e o relacionamento com os seus investidores.

As inúmeras definições de *corporate governance*<sup>150</sup> evidenciam um intenso interesse que a matéria despertou a partir do final do século XX<sup>151</sup>. Visando um conceito mais amplo, pode-se entender que *governo das sociedades* possui como objetivo “...ajudar a construir um ambiente de confiança, transparência e responsabilidade, necessário para fomentar o investimento a longo prazo, a estabilidade financeira e a integridade empresarial, apoiando, assim, um crescimento mais forte e sociedades mais inclusivas”<sup>152</sup>.

Este movimento foi tão intenso que atravessou o Atlântico e aportou no Reino Unido por meio do *Report of the Committee in the Financial Aspects of Corporate Governance*, elaborado em 1992 por Sir Adrian Cadbury<sup>153</sup>. Tal como os *Principles of Corporate Governance and Structure* norte-americanos, o *Report of the Committee* sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo e disfrutou, igualmente, de um caráter não

---

<sup>146</sup> CARNEY, William J.. *Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate...*, p. 239.

<sup>147</sup> Não sendo uma lei, mas uma proposta de regulamentação. Neste sentido: NUNES, Pedro Caetano. *Corporate Governance*, Editora Almedina, Coimbra, 2006. P. 25, n.r. 17. João Cunha Vaz afirma que a versão final somente ocorreu em 1994. VAZ, João Cunha. *A OPA e o Controlo Societário. A Regra de Não Frustração*, Editora Almedina, Coimbra, 2013. p. 30, n.r. 16.

<sup>148</sup> VAZ, João Cunha. *A OPA...*, p. 29, n.r. 14.

<sup>149</sup> Um dos exemplos seria o código elaborado pela *General Motors* em 1995. VAZ, João Cunha. *A OPA...*, p. 30, n.r. 16. O mesmo autor ainda traz o exemplo de investidores, no caso a *CalPERS*, que divulgaram práticas societárias que usariam como critério de preferência para investimentos em tais sociedades.

<sup>150</sup> FORTUNATO, Adelino. *Meanings of ...* pp. 143-154; VAZ, João Cunha. *A OPA...*, pp. 23-34, entre os diversos autores consultados, o conceito de *corporate governance* adotado poderia ser “...o complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”. COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Governança das Sociedades Comerciais*, Editora Almedina, Coimbra, 2010. p. 6.

<sup>151</sup> Prova disso foi a publicação em 1999 pela OCDE dos *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, cuja última advém das revisões dos anos de 2014 e 2015, sendo adotados no final desse mesmo ano. OCDE, *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259196-pt>. Acesso em 02 de maio de 2018.

<sup>152</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>153</sup> VAZ, João Cunha. *A OPA...*, p. 31, n.r. 16.

vinculativo. Anos mais tarde, este relatório foi implementado por inúmeros outros Países da Europa<sup>154</sup>.

Sem coincidências, quando o movimento do *corporate governance* atraca nos portos do governo Thatcher – alicerçado na tríade privatização, liberalização e regulamentação da economia<sup>155</sup> –, o mesmo desfruta de um ambiente favorável à expansão de sua irradiação, que iria contaminar o setor público e alterar significativamente a sistematização da organização administrativa.

Foi em terras britânicas que foi concebido o movimento denominado *Public Governance* ou *New Public Governance*.

O *New Public Governance* – sendo esta a nomenclatura adotada no presente trabalho – em apertada síntese, corresponde à modificação e criação de uma nova forma de agir da Administração Pública, em razão do contato do *corporate governance* e de seu desenho estruturado para fomentar uma nova atuação privada<sup>156</sup> e de outro instituto que apresentou concepções distintas – uma nos EUA e outra no Reino Unido -, mas que foram denominados com a mesma nomenclatura: *Public Management*. Portanto, antes de aprofundarmos o movimento do *NPG*, cumpre saber mais sobre o seu antecessor.

### **2.3.2. A recorrente preocupação com a Gestão Pública e a criação dos “New” como resposta ao descontentamento e às crises globais.**

A ideia de *Public Management* varia de acordo com o tempo e com o escopo dado, como sucedeu, por exemplo, no final do século XIX, curiosamente com as palavras administração e gestão, tratadas nos EUA como sinônimos<sup>157</sup>. Já no início do início do século

---

<sup>154</sup> “Antes de 1998 havia dez códigos nos países da UE (seis dos quais no RU); depois, até princípio de 2002, surgiram mais vinte e cinco...” COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Governança...* p. 12.

<sup>155</sup> CABRAL, Nazaré da Costa. *A “New Public Governance” e a Inovação Social: Sua Relevância no Plano da Provisão de Serviços Públicos e o seu Significado na Emergência de um Novo Paradigma de Políticas Públicas* in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida, António José Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins (Org.), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7, Coimbra Editora, 2008. p. 255. A autora refere, na verdade, desregulamentação.

<sup>156</sup> TOMÉ D’ALTE, Sofia. *Conceito de Corporate Governance e sua possível aplicação no modelo dos hospitais E.P.E.* in *O Governo da Administração...* pp. 118-120. A referida autora reproduz como exemplos pioneiros do *NPG* em Portugal a Resolução do Conselho de Ministros nº 49/2007, de 28 de março.

<sup>157</sup> VAN RIPER, Paul P. *Administrative Thought in the 1880s*, in *The Wilson Influence on Public Administration: From Theory to Practice*, American Society for Public Administration, 1990. pp. 7-16 *apud*

XX, Leonard D. White afirmou que, para se compreender a Administração Pública, seria melhor iniciar o seu estudo pelas bases da gestão, mais do que pelos fundamentos da lei.

Nas décadas de 70 e 80 do século passado a percepção da *public management* foi-se alterando<sup>158</sup>, passando a constituir um foco especial ligado a uma nova forma de administrar<sup>159</sup>, e passando a lidar com a administração pública como uma profissão e o gestor público – *public manager* – como o seu profissional<sup>160</sup>.

Alguns autores afirmam que o *NPM* ocorreu devido, em especial, ao novo foco dado ao tema pela escola de Políticas Públicas da Universidade de Harvard, iniciado nas décadas de 70 e 80<sup>161</sup> e capitaneado por Mark H. Moore<sup>162</sup>, responsável por um grupo de estudiosos na *Kennedy School* voltado para o desenvolvimento de uma nova visão do *public management* que poderia despertar o interesse das escolas em analisarem as políticas públicas adotadas e no aperfeiçoamento do governo<sup>163</sup>.

As ideias de Moore seriam sem precedentes, tendo o seu foco na gestão pública ligada a funções executivas, como o estabelecimento de metas e a identificação de componentes centrais ligadas à *performance* do gestor público, que seria o responsável pela implementação das políticas públicas idealizadas<sup>164</sup>, ou seja, uma administração de *performance*.

Com este novo entendimento inicia-se, quase que sorrateiramente, uma extirpação de políticos na gestão<sup>165</sup> - pelo menos nos níveis mais baixos da Administração - e,

---

in LYNN JR, Laurence E.. *Public Management in The SAGE Handbook of Public Administration*, Edited by B. Guy Peters and Jon Pierre, Sage Publications, London, 2012. p. 19.

<sup>158</sup> RAYNEY, Hal G.. *Public Management: Recent Developments and Current Prospects in Public Administration: The State of the Discipline*. Chatham, NJ: Chatham House, 1990. pp. 157-184 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 19.

<sup>159</sup> PERRY, James L.; KRAEMER, Kenneth L. *Public Management: Public and Private Perspectives*, Palo Alto, CA: Mayfield, 1983 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 19.

<sup>160</sup> OTT, J. Steven; HYDE, Albert C.; SHAFRITZ, Jay M.. *Public Management: The Essential Readings*. Chicago, IL: Nelson Hall, 1991. p. 1 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 19.

<sup>161</sup> Um pouco antes, em 1968, ocorreu a primeira Minnowbrook Conference, que passou a ocorrer a cada duas décadas nos EUA, e que marcou o começo da *New Public Administration*. O'LEARY, Rosemary; VAN SLYKE, David M.; KIM, Soonhee. *The Future of Public Administration around the World. The Minnowbrook Perspective*, Public Management and Change series, Georgetown University Press, 2010. Preface, p. xiii. Disponível em <https://muse.jhu.edu/chapter/13159>. Acesso em 02 de maio de 2018.

<sup>162</sup> LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 19.

<sup>163</sup> HARVARD Kennedy School. Mark Moore. Disponível em <https://www.hks.harvard.edu/faculty/mark-moore>. Acesso em 02 de maio de 2018.

<sup>164</sup> MOORE, Mark H. *A Conception of Public Management in Teaching Public Management*, Proceedings of a workshop to Assess Materials and Strategies for teaching Public Management, Seattle, 9-11, Public Policy and Management Program for Case and Course Development, Boston University, 1984. pp. 2-3 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 19.

<sup>165</sup> LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 20.

impulsionados pelos *New Public Administration* e *New Public Management*, ocorre o início da profissionalização na gestão pública<sup>166</sup>.

Esta nova forma de lidar com a gestão da Administração Pública não resultou de um simples processo de migração das ideias de gestão privada – muito bem aprofundada a partir do Pós-Segunda Guerra Mundial<sup>167</sup> –, como se de uma simples cópia dos sucessos no campo privados se tratasse<sup>168</sup>. Era necessário muito mais que isso. Os objetivos são totalmente distintos, e os gestores privados são movidos pelos ganhos, pelo *making Money*. Os gestores públicos seriam aqueles que deveriam compreender a máquina estatal, interpretar alertas no processo para ser possível realizar ações que gerem um custo justificado na perspectiva de entregar obras, bens ou serviços a cidadãos<sup>169</sup>.

Contudo, negativamente, os políticos ainda continuaram – e assim deve ser – nas cúpulas da Administração, detendo aí grande influência na gestão pública, o que nem sempre se traduz em racionalidade ou clareza. Questões ligadas ao financiamento ou a exatos dispêndios em determinadas operações públicas não eram devidamente apresentadas, e utilizavam uma burocracia enfadonha e capciosa para cansar os olhos dos cidadãos.

Paralelamente, o fenômeno do *New Public Management* foi muito aprofundado no Reino Unido e muito discutido sob a égide do governo Thatcher, o governo das transformações, demonstrando que suas razões e foco não seriam os mesmos que os do governo norte-americano, o que demonstra que não ocorreu uma importação, mas uma construção britânica genuína, ou seja, um pensamento *made in the UK*<sup>170</sup>. Hood afirmou que

---

<sup>166</sup> Tais acontecimentos fomentaram a profissionalização, mas o tema já havia sido bem tratado em 1954, v.g., na obra de John Millett. MILLETT, John D. *Management in the Public Service. Management in the Public Service*. McGraw-Hill, New York, 1954 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 12.

<sup>166</sup> LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 20.

<sup>167</sup> LANE, Jan-Erik. *State Management. An enquiry into models of public administration and management*, Routledge, New York, 2009. p. 1.

<sup>168</sup> Sobre o conceito de gestão, a teoria científica (Ford) e clássica (Fayol) e suas evoluções: BERNARDINO, Mário. *As Compras...* pp. 21-27.

<sup>169</sup> No mesmo sentido: LANE, Jan-Erik. *State Management...* p.2

<sup>170</sup> Jouke Vries afirmou que as ideias do *New Public Management* são *claramente* uma decorrência do neoliberalismo ocorrido a partir da década de 80 do século XX e, mais uma vez, o governo Thatcher volta a ser a referência. VRIES, Jouke. *Is New Public Management Really Dead?*, OECD Journal on Budgeting, Volume 2010/1, 2010. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/budgeting/48168865.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2018; Christopher Hood, apesar de assumir que não se trata de uma concepção exclusiva, afirma que as pesquisas dos demais trabalhos a respeito do tema – bem como o próprio, apesar de expandir para outros países – são a respeito de experiências britânicas. Além disso, o autor afirma que sua propagação ocorreu também em parte devido aos movimentos realizados pela OECD. HOOD, Christopher. *A Public Management for All Seasons?*, Public Administration, Vol. 69, Royal Institute of Public Administration, London, 1991. Disponível em: <http://newdoc.nccu.edu.tw/teasyllabus/110041265941/Hood%20NPM%201991.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2018.

quatro *megatendências* levaram ao crescimento desta teoria: (i) uma tendência a diminuir ou reverter o crescimento de despesas e *staffing* por parte do governo; (ii) a tendência a uma ligação maior ao movimento de privatização; (iii) a tendência ao desenvolvimento tecnológico e automatizado ligado à produção e distribuição de serviços públicos; e (iv) a tendência ao desenvolvimento de uma agenda global focada em problemas gerais de *public management* e produção de decisões, não se limitando à tradicional individualidade de cada Administração<sup>171</sup>.

O *NPM* surgiu no quadro do Estado Regulador e Contratante – e Garantidor –, sendo, portanto, a gestão direcionada em grande parte para os contratos celebrados, ou seja, aqueles contratos em que a Administração está obrigada a entregar aquilo que lhe foi constitucionalmente atribuído<sup>172</sup>.

O gestor tinha a função da supervisão e valia-se dos meios necessários para entregar o convencionado pelo Estado com o menor ônus possível para este e, (in)diretamente, para o particular parceiro ou beneficiário.

A partir deste momento, a figura do gestor dos contratos públicos no âmbito da Administração Pública não deixou de ser aprofundada e de ser cada vez mais recorrente o seu uso, bem como a inclusão de boas práticas e de transparência nos atos adotados.

Todavia, em poucas décadas este *NPM* passou a ser amplamente questionado, tendo os críticos sustentado, entre outros pontos, que a própria extensão das ideias do *NPM* ficou limitada aos EUA, Reino Unido, *Australasia* e parte da Escandinávia; que a sua natureza possuía uma grande variação, ligada à sua concepção geográfica, e que seus benefícios seriam parciais e contestados. Alguns mais catastróficos, chegaram a afirmar que seria *um desastre esperando a acontecer*<sup>173</sup>.

Sem tanto pessimismo, apesar de o *NPM* ter revelado a necessidade de dirigir a atenção para a gestão da Administração Pública, uma preocupação que continua irremediavelmente presente, a resposta apresentada provou ser insuficiente perante um

---

<sup>171</sup> HOOD, Christopher. *A Public Management for All...*, p. 3.

<sup>172</sup> O movimento da contratualização foi não apenas externo, mas também em uma perspectiva interna da Administração Pública, ou seja, ocorrendo um fomento de contratos entre as entidades públicas, denominados de contratos interadministrativos. Para aprofundamento do tema: LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*, Tese de Doutoramento, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

<sup>173</sup> Hood, C. and Jackson, M. *The New Public Management: A Recipe for Disaster*, in D. J. Parker and J. W. Handmer (eds) *Hazard Management and Emergency Planning: Perspectives on Britain*, James and James, London, 1992 apud in OSBORNE, Stephen P. *The New Public Governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, edited by Stephen P. Osborne, Routledge, London, 2010. p. 4.

Estado plural. No entanto, a atenção voltada para o gerenciamento não foi esquecida ou substituída. Alias, como veremos, ela foi ampliada.

A entrega de um serviço, por exemplo, no âmbito da Administração Pública realizada por contratação, não se realiza apenas com os sujeitos desta relação contratual, contraente e cocontratante (i.e. o particular atuando como parceiro). Existe um número indeterminado de cidadãos – particulares beneficiários – cujo sucesso ou não desta relação será impactante para os mesmos. Portanto, se trata de uma relação constituída por inúmeras intersecções, denotando uma complexidade de fatores e uma plêiade de interesses que compõem o cenário e que precisam de averiguação e até mesmo de uma antecipação de seus efeitos diretos e indiretos.

Este cenário favoreceu a formação de um novo movimento. Ficou assim demonstrado, dada a ansiedade do mundo contemporâneo, já não se vai a tempo de desenvolver o *movement* instituído, sendo preferível a criação de um *new movement*. Este, mais uma vez, encontrou terreno fértil no Reino Unido a partir da mutação do movimento público do *new public management* e com as influências do *corporate governance*, gerando o denominado *New Public Governance*<sup>174</sup>.

Todavia, o NPG não se apresenta como um *new movement*<sup>175</sup> em virtude da simples aplicação do *corporate governance* às empresas do sector público. O fato de realizar os procedimentos trazidos pelo *corporate governance* não equivale à realização do *NPG*<sup>176</sup>.

O *NPG* foi criado, à partida, para se relacionar com dois pontos sensíveis: os serviços públicos – vistos aqui como SIEG – e o Estado Pluralista<sup>177</sup>, mas cujo desenvolvimento foi retocado em ordem à implementação das políticas públicas como um todo<sup>178</sup>.

Sua atuação seria por meio de sopesamentos de um sistema dotado de inúmeras intersecções e de vetores, com intensidades e origens distintas – forças internas e externas

---

<sup>174</sup> Tendo alguma variação de nomenclatura, como *new governance* ou *government governance*. GONÇALVES, Pedro. *Ensaio...* pp. 8-9, n.r. 7 e 9.

<sup>175</sup> OSBORNE, Stephen P. *The New Public...* p. 6. Por tal razão, OSBORNE denomina apenas de *public governance* e subdivide o mesmo em cinco categorias: (i) *social-political governance*; (ii) *public policy governance*; (iii) *administrative governance*; (iv) *contract governance* e (v) *network governance*. O mesmo Autor afirma que não seria o mesmo que *good governance*, cuja definição seria o processo de interiorização normativa de modelos políticos, administrativos e sociais recomendados por entidades supranacionais, como o Banco Mundial. *Idem*, pp. 6-7.

<sup>176</sup> GONÇALVES, Pedro. *Ensaio...* p. 10.

<sup>177</sup> OSBORNE, Stephen P. *The New Public...* p. 9.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 11.

da Administração –, que se propagavam por vias horizontais e verticais, com angulações distintas, capazes de fazer ruir a estrutura piramidal e emergir o que ficou conhecido como Administração de rede, em que se prezava a fluidez da informação trafegada pela sua teia de interconexões<sup>179</sup>.

Nesta Administração, a autoridade teve que ceder ao consensualismo<sup>180</sup>, à ideia de partilhar, de negociar.

A preocupação de uma arquitetura voltada para a interconectividade e a transparência das medidas adotadas passou a ser prioridade, instruindo-se pela eficiência, e criando um novo conceito para a efetivação – otimização de resultados - das tarefas a cargo da Administração Pública.

O *NPG* foi o momento em que a Administração Pública passou a adotar critérios e ferramentas utilizadas pelo particular, e que geravam, ou tinham como intenção gerar, a produção de transparência, eficiência e averiguação constante da relação em causa.

Portanto, resumidamente, os *new* poderiam ser assim considerados<sup>181</sup>:

---

<sup>179</sup> Autores como Jan Kooiman, Peter Aucoin e Ralph Heinnzman utilizam as expressões *governance* heterárquico ou partilhado, *apud* in LEE, Myungsuk. *Conceptualizing the New Governance...* p. 8.

<sup>180</sup> LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos...* p. 105.

<sup>181</sup> A Tabela em questão foi idealizada com base nas ideias de: OSBORNE, Stephen P. *The New Public...*; LEE, Myungsuk. *Conceptualizing...* e GONÇALVES, Pedro. *Ensaio...*

**Tabela 01** – Comparativo NPM vs NPG

	<i>New Public Management</i>	<i>New Public Governance</i>
<b>Fundamentos Institucionais</b>	A preocupação com a gestão	A preocupação com a gestão, com a criação e perpetuação do relacionamento em rede
<b>Característica acentuada do Estado</b>	Regulação, Contratação e Garantia	Pluralismo
<b>Meios de Atuação</b>	Gestão e Performance	Gestão, Performance, Sopesamentos e perpetuação de relacionamentos entre os atores (coordenação social)
<b>Foco Principal</b>	Intraorganizacional	Intra e Interorganizacional
<b>Implementação na Administração Pública</b>	“ <i>copy and paste</i> ” do direito privado para o público: mesmos critérios, mesmos valores	Ferramentas quase idênticas, mas valores distintos, com alterações e adaptações necessárias para otimização da averiguação dos resultados na Administração Pública

Jody Freeman considera a figura do contrato como a melhor metáfora para entender este movimento da *public governance* e suas principais características como: trocas, diálogos e fluidez. Uma forma de *policy making* alternativa, em que não se preza a hierarquia, mas sim a dinâmica do novo mundo globalizado e conectado. Não existe limitação ao contrato formal como adverte o autor, seria uma ideia expandida, em que se estende a todos os acordos. O autor adverte ainda que não há um momento que compreenda por completo o processo decisório de produção e implementação das políticas públicas; os administrativistas, segundo o autor, recorrem a dessa ideia quando apenas analisam isoladamente alguns *snapshots* do processo. A metáfora do contrato é algo que, longe de negar tais momentos, demonstra, numa perspectiva mais abrangente, e salienta, a fluidez e dinamicidade do que viria a constituir o conjunto de relacionamentos e de interesses denominados de *new public governance*<sup>182</sup>.

<sup>182</sup> FREEMAN, Jody. *The Private Role in Public Governance*, New York University Law Review, Volume 75, number 3, New York, 2000. pp. 571-574. O autor não faz uso do termo *new* ao tratar sobre a *public governance*.

As figuras do contrato e do gestor – sintetização de todos os atos ligados à gestão – passaram estar cada vez mais presentes e usadas. Dois institutos de berços que se encontravam no Direito Privado, mas que na maturidade se libertaram desse limite e passaram a habitar autonomamente o campo do Direito Público. Como quase tudo no Direito Administrativo, foi um processo dinâmico e sem rupturas, de encaixes e modelagens que garantiram uma vida adulta forte e independente de suas origens<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> E quase sem fim, como Kirchenhein afirmava: “*Die Verwaltung...ewiges werden*” apud in LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Parte Geral e Parte Especial, Edição da Livraria do Globo, Porto Alegre, 1934. p. 12.

### 3. A GESTÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.

A Gestão passou a ser uma característica no âmbito da administração pública iniciada pelo *NPM* e repaginada pelo *NPG*. A separação entre políticos e a Administração Pública, que já se pronunciava desde a criação das autoridades – agências – reguladoras, acentuou-se no *NPM* e não é esquecida pelo *NPG*, como forma de profissionalizar a gestão e de que as tomadas de decisão fossem construídas com base na tecnicidade e na racionalidade técnica. Havia preocupação, não apenas com a gestão, mas com as ferramentas disponibilizadas e devidamente adaptadas ou confeccionadas ao acompanhamento e avaliação dessa gestão, tudo sob o prisma da otimização dos resultados.

#### 3.1. Contratação Pública e União Europeia.

A gestão foi-se tornando um tema cada vez mais sensível para a União Europeia e perante entidades internacionais. Mas para o aprofundamento das questões e reformulações em matéria de gestão, era preciso enfrentar um tema mais amplo em que esta se insere: a contratação pública.

Todos os *new movements* mencionados no capítulo anterior, foram incorporados pela União Europeia, direta ou indiretamente, e por influências destes e por outros motivos ligados à perpetuação da União Europeia, a Contratação Pública (e temas adjacentes) foram tomando cada vez mais espaço.

O documento jurídico que estabeleceu a então Comunidade Europeia, o Tratado de Roma, não trata diretamente da Contratação Pública<sup>184</sup>. Este suposto silêncio seria justificável em razão do desinteresse ou da complexidade de uma uniformização das normas dos Países-Membros. Todavia, em virtude das disposições voltadas para a criação e

---

<sup>184</sup> Afirmando que a “*gênese do direito europeu da contratação pública*” já teria previsão nos artigos 2º e 3º do Tratado de Roma: MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitadas de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Editora Almedina, Coimbra, 2014. p. 26.

perpetuação de um mercado comum, como por exemplo os artigos 3º, 23º, 56º e 59º, foi possível inciar o diálogo nessa matéria<sup>185</sup>.

Com o passar das décadas, a União Europeia percebeu a grande movimentação que a Contratação Pública produz no seu seio e no seio dos Países-Membros<sup>186</sup>.

Na década de noventa do século passado, percebeu-se que a Contratação Pública constituía fator indispensável para solidificação do mercado europeu e, muito embora já houvesse normas advindas de Diretivas esparsas das décadas de setenta e oitenta<sup>187</sup>, surgiu a necessidade de *codificar* essas normas para se dar maior transparência às relações criadas a partir da contratação e um fácil acesso às normas europeias que regiam a matéria. Por tais razões, as normas ligadas à Contratação Pública ficaram inseridas em seis Diretivas<sup>188</sup>.

Acreditou-se que a decisão de compilar e exaurir todas as normas ligadas à matéria facilitaria o seu uso e fomentaria o mercado único europeu. Foi a partir dessa codificação que a União Europeia passou a dividir as Diretivas em dois grupos: um que denominou de setores tradicionais, e outro ligado aos setores da água, energia, transportes e telecomunicações.

A preocupação com a contratação pública ultrapassou os limites europeus. A nível internacional, no ano de 1994 ocorreu um novo Acordo sobre Contratação Pública assinado no âmbito do então GATT, no Marrakesh Round, realizado em 15 de abril daquele ano, na mesma data em que foi assinada a criação da atual Organização Mundial do Comércio<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Editora Almedina, Coimbra, 2013. pp. 61-63.

<sup>186</sup> Atualmente, os contratos públicos representam aproximadamente 18% a 20% do PIB europeu. SILVA, Fernando Oliveira. *A Regulação dos Contratos Públicos: Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Editora Almedina, Coimbra, 2016. p. 147; GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários...* nota prévia.

<sup>187</sup> Diretivas 70/32/CEE, de 17 de dezembro de 1969; 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971; 77/62/CEE, de 21 de dezembro de 1976; 80/767/CEE, de 22 de julho de 1980; 88/295/CEE, de 22 de março de 1988 e 89/440/CEE, de 21 de dezembro 1989.

<sup>188</sup> As diretivas seriam: 93/36/CEE, de 14 de junho de 1993; 93/37/CEE, da mesma data; 92/50/CEE, de 18 de junho de 1992; 93/38/CEE de 14 de junho de 1993 e 92/13/CEE, de 25 de fevereiro de 1992. Convém também o destaque para as afirmações feitas pelo Comissário Raniero Vanni d' Archirafi, afirmando que a contratação pública já representava em 1990 algo em torno de oito por cento do Produto Interno da União Europeia. Informações retiradas do Prefácio elaborado pelo Comissário Raniero Vanni d' Archirafi acerca do documento *Contratos Públicos na Europa, As Directivas*, Comissão Europeia, Luxemburgo, 1994.

<sup>189</sup> Os acordos sobre a contratação pública no âmbito do Comércio Internacional, já ocorria desde a década de setenta no *Tokyo Round*. O Acordo de 1994 foi assinado em 15 de abril de 1994, tendo a sua vigência iniciada em 01 de janeiro de 1996. WTO. Agreement on Government Procurement. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm). Acesso em 15 de maio de 2018.

### 3.1.1. As Diretivas de 2004 e o Código dos Contratos Públicos de 2008: a execução dos contratos públicos vista como problema interno.

Já neste século, a União Europeia sistematiza um novo conjunto de Diretivas ligadas à Contratação Pública<sup>190</sup> - em que leva em conta o acordo internacional acima mencionado<sup>191</sup> -, condensando ainda mais o número de Diretivas, que passam de seis para apenas três: 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, que abarcou os contratos públicos de fornecimentos, empreitadas e serviços, revogando as Diretivas 93/36/CEE, 93/37/CEE e 92/50/CEE<sup>192</sup>; a Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2007, que tratou sobre contratos públicos nos setores de água, energia, transporte e serviços postais<sup>193</sup>, revogando em seu artigo 73º a Diretiva 93/38/CEE e, anos depois, a Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007, que alterou e buscou simplificar as antigas Diretivas que versavam sobre os recursos no âmbito da contratação pública, de maneira geral ou especial, tratados, respectivamente, pelas Diretivas 89/665/CEE, de 21 de dezembro de 1989 e 92/13/CEE, 25 de fevereiro de 1992<sup>194</sup>.

Em virtude das primeiras diretivas do século XXI, Portugal, País-membro da União Europeia desde 01 janeiro de 1986, devia realizar a transposição até à data limite de 30 de janeiro de 2006<sup>195</sup>, algo que não ocorreu.

A transposição das Diretivas 2004 somente ocorreu no ano de 2008, com a promulgação do Código dos Contratos Públicos feitos por meio do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. O referido Código foi um marco para a contratação pública e para o direito administrativo português<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> Esta nova fase das Diretivas deu-se em parte pela produção de efeitos advinda do Livro Verde publicado pela União Europeia no final de 1996. *Livro Verde. Os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro*. Comunicação adoptada pela Comissão em 27 de novembro de 1996 sob proposta do Comissário MONTI. Disponível em [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_pt.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf). Acesso em 15 de maio de 2018.

<sup>191</sup> Consideração nº 7 da Diretiva 2004/18/CE de 31 de março de 2004.

<sup>192</sup> Excetuando-se o artigo 41º da Diretiva 92/50/CEE nos termos do artigo 82º da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>193</sup> O setor de serviços postais substituiu o setor de telecomunicações.

<sup>194</sup> Para maior aprofundamento das Diretivas de 2004: ESTORNINHO, Maria João. *Curso...*, pp. 98-109.

<sup>195</sup> Artigo 71º, nº 1 da Diretiva 2004/17/CE e artigo 80º da Diretiva 2004/18/CE. A Diretiva 2007/66/CE possuía a data limite até 20 de dezembro de 2009 nos termos do artigo 3º, mas a mesma somente foi transposta por meio do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, ou seja, no final do ano seguinte.

<sup>196</sup> “(...)Trata-se do primeiro diploma com um tal duplo objecto no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração. Para além do objectivo de alinhamento

Assim que apresentado este novo Código alinhado com o Direito da União Europeia, grande parte dos autores concentraram seus esforços em dois momentos quase que antagônicos: primeiramente, na chamada fase adjudicatória em sentido amplo, denominação capaz de abarcar duas fases sucessivas, a fase de formação dos contratos, que englobaria as denominadas “...fase preparatória ou pré-contratual – que integra a fase de iniciativa e a fase de instrução – e uma fase decisória”<sup>197</sup>; e um segundo momento, amplamente visitado seria aquele em que se constatava a necessidade de modificações no contrato devido a uma real tensão na contratação pública, sendo esta capaz de deformar o objeto do contrato inicialmente pretendido. Este segundo momento faz parte da execução do contrato. Todavia, está ligado, em regra, a uma consequência ineficiente – ou quase inexistente – da gestão e, portanto, ao término da execução não pelas razões esperadas – decurso do tempo, entrega do bem, conclusão da obra, entre outros – e sim por razões anormais.

As atenções eram direcionadas muito mais para medidas terminais do que profiláticas. De modo que, para sua salvabilidade, havia que implementar adaptações, sob pena de adentrar no incumprimento do contrato<sup>198</sup>.

Ficou claro que havia um limbo a visitar<sup>199</sup>. No entanto, o Direito Europeu não via, inicialmente, a execução contratual como forma de inibir o brilho de suas grandes joias: a concorrência e – por decorrência – a real construção de um mercado único europeu<sup>200</sup>. O

---

*com as mais recentes directivas comunitárias, a cuja transposição aqui se procede, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora. (...)* Consideração n.º 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008.

<sup>197</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas. *Direito Administrativo*, Editora Almedina, Coimbra, 2018. pp. 256-263.

<sup>198</sup> GONÇALVES, Pedro. *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo* in *Estudos de Contratação Pública*, Pedro Gonçalves (org.), Volume I, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. pp. 569-626.

<sup>199</sup> Interessante a percepção de Pedro Gonçalves que, ainda analisando o Projeto do Código dos Contratos Públicos de 2008, já advertia que “*com efeito, apesar de, aqui e ali, se detectarem indícios de um crescente interesse do direito comunitário por aspectos atinentes à execução dos contratos, até hoje, as normas positivas vêm-se mantendo exclusivamente direccionadas para a regulamentação dos procedimentos de adjudicação*”. GONÇALVES, Pedro. *A Relação Jurídica fundado em Contrato Administrativo*, Caderno de Justiça Administrativa, n.º. 64, Editora CEJUR, Braga, 2007. p. 36.

<sup>200</sup> Em 2011 o Comité Económico e Social Europeu (CESE) elaborou um parecer informando a necessidade de revisitara a legislação dos contratos públicos que, no mês de janeiro do ano seguinte, trouxe à tona a comunicação denominada *Acto para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — «Juntos para um novo crescimento»*, em que afirma categoricamente que uma das dozes prioridades para realizar o *mercado único integrado* seria uma nova atenção a legislação dos contratos públicos. COMISSÃO EUROPEIA. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu. Um Acto para o Mercado Único — Para uma economia social de mercado altamente competitiva — 50 propostas para, juntos, melhor trabalhar, empreender e fazer comércio* [COM(2010) 608 final] e COMISSÃO EUROPEIA. *Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — «Juntos para um novo crescimento»* COM(2011) 206 final. Ambos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal->

estimulo para esta mudança proveio do Tribunal de Justiça da União Europeia, que teve grande participação no aprofundamento e refinamento da Contratação Pública em termos europeus<sup>201</sup>. Por meio de um caso que pode ser definido como paradigmático, construiu um acórdão que levou a discussão a respeito da execução do contrato para a mesa da Comissão Europeia: o acórdão *Pressetext*<sup>202</sup>. Foi a partir deste caso que o Tribunal percebeu que mudanças substanciais no contrato, ocorridas durante a sua execução, poderiam ferir sensivelmente a concorrência<sup>203</sup>.

Foi a primeira demonstração mais sensível em termos europeus da necessidade de atenção direta à execução do contrato e, mesmo que indiretamente, uma real preocupação quanto à gestão dos contratos.

Paralelamente, a Europa teve de lidar com a crise mundial ocasionada por uma sucessão de fatores ligados ao setor bancário e hipotecário norte-americano<sup>204</sup>, e sentiu os abalos desta crise. Assim, em 2010 a União Europeia aprova o Regulamento do Conselho nº 407/2010 de 11 de maio, que criou o “...*mecanismo europeu de estabilização financeira*”<sup>205</sup>. No mesmo ano, meses antes, a União Europeia, por meio de sua Comissão, realiza a comunicação de um documento denominado *Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. Este documento veio a ser o farol que guiou – e, em grande medida, continua a guiar – as construções normativas da União Europeia. A ideia

---

content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011AE1583#ntr1-C\_2012024PT.01009901-E0001. Acesso em 13 de maio de 2018.

<sup>201</sup> Sobre diversos acórdãos proferidos, desde o Acórdão Van Duyn, de 4 de dezembro de 1974: ESTORNINHO, Maria João. *Curso...*, pp. 85-90.

<sup>202</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-454/06: Acórdão (Terceira Secção) de 19 de Junho de 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62006CA0454>. Acesso em 15 de maio de 2018.

<sup>203</sup> GONÇALVES, Pedro. *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, Caderno de Justiça Administrativa, nº. 73, Editora CEJUR, Braga, 2009. p. 3-22.

<sup>204</sup> Para o aprofundamento sobre o tema: LIMA, Ícaro Ivvín de A. C. *A Governança do Sistema Financeiro Internacional: Uma Guinada de Perspectivas no Pós-Crise*, WP n.º 3; CAMPELO JUNIOR, Edvaldo de Almeida. *A União Económica e Monetária e a Crise*, WP. n.º. 5 e GULLO, Marcelly Fuzaro. *Agências de Rating e os Impactos de suas Atividades sobre o Sistema Financeiro Mundial*, WP. N.º 7. Todos disponíveis em [https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes\\_WPBCE.html](https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes_WPBCE.html). Acesso em 14 de maio de 2018.

<sup>205</sup> O artigo 5º do Regulamento estipula que “a Comissão e o Estado-Membro em causa devem celebrar um Memorando de Entendimento do qual constam, de forma pormenorizada, as condições gerais de política económica estipuladas pelo Conselho. (...)”, e os Estados-membros que requisitassem apoio financeiro, deveriam “...*apresentar à Comissão e ao Comité Económico e Financeiro um projecto de programa de ajustamento económico e financeiro*”. Foi em razão deste preceito normativo que Portugal teve que assinar em 17 de maio de 2011 o Memorando de Entendimento que ficou conhecido como *Memorandos da Troika* – dois memorandos assinados, um europeu e outro internacional perante o Fundo Monetário Internacional -, que vinculou Portugal a apresentar uma política orçamentária restrita até 2014. MEMORANDO DA TROIKA ANOTADO. Disponível em <https://acervo.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>. Acesso em 15 de maio de 2018.

não seria traçar ações que fossem suficientes para superar a crise, mas capazes de ir muito além deste objetivo<sup>206</sup>. Nesta atmosfera, no ano seguinte, se inicia um robusto processo de elaboração de documentos visando a revisão das Diretivas de 2004<sup>207</sup>, cujas propostas iniciais começam a ser apresentadas no final de 2011<sup>208 209</sup>. Em 2013, o Conselho da União Europeia aprovou o Protocolo que alterou o Acordo Internacional sobre os Contratos Públicos de 1994, cuja publicação ocorreu em 07 de março de 2014 e que teve grande impacto na última fase das Diretivas sobre contratação pública.

### **3.1.2. As Diretivas de 2014 e o Código dos Contratos Públicos de 2017: a problematização da execução contratual a nível europeu e o surgimento expresso da figura do Gestor (no CCP).**

Em 2014, foram aprovadas as três Diretivas vigentes e atuais – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – que disciplinam a Contratação Pública no âmbito da União Europeia. Foi a partir destas Diretivas que a União Europeia formalizou normativamente a sua intenção de retirar a competência exclusiva dos Estados-membros de legislarem a respeito da execução dos contratos, e passou a atuar de forma explícita<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> “A Comissão propõe cinco objectivos quantificáveis para a UE no horizonte de 2020 que irão enquadrar o processo e que deverão ser traduzidos em objectivos nacionais: emprego, investigação e inovação, alterações climáticas e energia, educação e luta contra a pobreza. Estes objectivos marcam o rumo que deveremos seguir e constituem a referência que nos permitirá avaliar os progressos alcançados.” COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, COM(2010) 2020 final. Bruxelas, 2010. Preâmbulo. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT>. Acesso em 15 de maio de 2018.

<sup>207</sup> Exemplificando tais documentos: Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, COM(2011) 15 final, Bruxelas, 2011; Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — «Juntos para um novo crescimento», COM(2011) 206 final, Bruxelas, 2011;

<sup>208</sup> Por todos: Proposta para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contratação Pública, COM(2011) 896 final, Bruxelas, 2011.

<sup>209</sup> No ano anterior, ainda sob os efeitos da *Troika*, Pedro Gonçalves já anunciava a preocupação sobre a gestão dos contratos públicos. GONÇALVES, Pedro. *Gestão de Contratos em Tempo de Crise* in *Estudos de Contratação Pública*, Volume III, Cedipre, Wolters Kluwer, Editora Coimbra, Coimbra, 2010. pp. 5-49.

<sup>210</sup> “As Diretivas de 2014 incidem não apenas sobre a fase da formação dos contratos públicos mas também sobre a fase da execução dos mesmos, ultrapassando definitivamente o <mito> da dicotomia que tradicionalmente existiria no Direito Europeu entre os regimes aplicáveis aos procedimentos de formação dos contratos públicos (regulados pelas Diretivas) e os regimes aplicáveis à execução dos mesmos contratos

Fica comprovado, a partir das Diretivas de 2014, um novo aprofundamento da Contratação Pública pela União Europeia, demonstrando que os holofotes foram sendo redirecionados em sua direção com uma progressão quase geométrica<sup>211</sup>, alçando a Contratação Pública do papel de coadjuvante para o de estrela principal do show<sup>212</sup>. O mesmo ocorreu com a execução e a gestão dos contratos, em especial por conta de um propósito europeu que ficou evidente no presente: a profissionalização da contratação pública<sup>213</sup>. Logo, passa a ficar claro que uma boa gestão não significa aquela que aplica inúmeras ou altas coimas quando o contrato está a descarrilar ou já descarrilou, mas sim a que possui profissionais e ferramentas capacitadas para garantir que isso não aconteça.

Esta nova atuação voltada para a gestão dos contratos públicos e para a profissionalização da contratação, não foi unicamente europeia. Entidades internacionais despertaram o real interesse por aquilo que passaram a denominar de boa governança – inspirados e incentivados pelos *New movements* – e passaram a imprimir relatórios e recomendações aos países com os quais mantinham relações, buscando uma real aproximação daquilo que julgavam como atitudes favoráveis para um melhor desempenho da contratação pública<sup>214</sup>.

---

(remetidos para os ordenamentos jurídicos nacionais)”. ESTORNINHO, Maria João. *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas* in *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João Estorninho (coord.), ICJP, CIDP, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 33. Disponível em [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em 12 de maio de 2018.

<sup>211</sup> A Respeito da evolução da contratação pública na União Europeia, indo até as Diretivas de 2004 devida a data da publicação da obra: MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitadas...*, pp. 25-32.

<sup>212</sup> Rogério Soares ao lecionar para os seus alunos na licenciatura, afirmou em certa medida que a contratação feita pela Administração Pública com o direito privado, era necessário se recorrer ao Direito Privado, mas era algo limitado, ou seja, “...podia a Administração adquirir como se fosse um particular aqueles bens que apenas apresentassem uma instrumentalidade mediata para a satisfação do interesse público: uma Universidade não pode funcionar sem papel e outros artigos de escritório, ...” e mais a frente afirma que “...a Administração frequentemente utiliza o direito privado. Uma boa par desta utilização não levanta problemas. É tudo aquilo que corresponde às primeiras utilizações em negócios auxiliares (compra de papel por uma repartição)”. SOARES, Rogério E. *Direito Administrativo I...* p. 10 e p. 50.

<sup>213</sup> Vide considerações nº 59, 69 e 121 da Diretiva 2014/24/UE e no mesmo sentido as considerações nº 70 e 127 da Diretiva 2014/25/UE.

<sup>214</sup> Neste sentido: Banco Mundial. *Benchmarking Public Procurement 2015. Pilot report assessing public procurement systems in 10 economies*. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/964691468338368092/pdf/948550PROP0P15000BPP020150v-60FINAL.pdf>. e OCDE. *Discussion Paper on Public Procurement Performance Measures*, 2012. Disponível em [http://www.oecd.org/gov/ethics/Discussion%20paper%20on%20public%20procurement%20performance%20measures%20GOV\\_PGC\\_ETH\\_2012\\_1.pdf](http://www.oecd.org/gov/ethics/Discussion%20paper%20on%20public%20procurement%20performance%20measures%20GOV_PGC_ETH_2012_1.pdf). Acesso em 20 de maio de 2018.

Uma das grandes inovações das Diretivas de 2014 foi a nítida preocupação com a boa governação. Foi a primeira vez que as Diretivas trataram diretamente do tema<sup>215</sup>. As Diretivas 2014/25 – especial ou setores - e 2014/24 – clássica ou geral – apresentaram um título específico – ambas o título IV e com redação idêntica -, voltado para a implementação e averiguação da governança<sup>216</sup>.

Se a contratação pública passa a ser um dos mecanismos para a concretização do mercado único europeu, a atenção e cuidado perante os contratos, especialmente aqueles que estão em tramitação, ou seja, em sua fase de execução, denotam uma especial atenção quanto ao seu progresso. Portanto, não se trata de um resumo acerca da obra finalizada, mas de uma análise constante, capítulo por capítulo.

A gestão fruto da boa governança nasce efetivamente a partir da celebração do contrato – com o início da execução do contrato –, mas a mesma já está envolvida no contrato aquando da sua fase *preparatória*<sup>217</sup>. Seria de grande valia o fácil acesso, por exemplo, ao relatório final e demais documentos pertinentes ao contrato ou até mesmo um *briefing* das motivações ligadas à outorga do contrato para este particular, presumindo que o mesmo já tenha ultrapassado as demais fases até à celebração do contrato, buscando garantir e constatar periodicamente que aquilo que foi avençado está sendo presenciado no decorrer da execução, ou seja, que o contrato está a seguir o seu fluxo programado.

Para implementação da governação, o artigo 83º da Diretiva 2014/24/UE e 99º da Diretiva 2014/25/UE prescreveu que as tarefas de acompanhamento das regras de contratação, bem como a disponibilização gratuita de seus resultados, para todos e inclusive para as autoridades adjudicantes, visando o auxílio e apoio para planificação e execução dos procedimentos de adjudicação dos contratos, deveriam ser certificadas pelos Estados-Membros e que fossem realizadas *por uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas*, sendo necessária ainda a sua respectiva indicação perante a Comissão Europeia.

---

<sup>215</sup> Fernando Oliveira Silva afirma que o mecanismo de acompanhamento estipulado no artigo 81º da Diretiva 2004/18/CE e 72º da Diretiva 2004/17/CE seria um mecanismo implícito de governação dos contratos públicos. SILVA, Fernando Oliveira. *A Governação dos contratos públicos no CCP* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Editora AAFDL, Lisboa, 2018. pp. 117. Sobre a expressa preocupação das Diretivas 2014 com a governança nos Contratos Públicos: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Primeira Análise das Novas Directivas (Parte I)* in *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2013. pp. 15-17.

<sup>216</sup> Artigos 83º a 86º da Diretiva 2014/24/UE e artigos 99º a 102º da Diretiva 2014/25/UE.

<sup>217</sup> Em sentido similar, vide o gráfico contido em: The Contract Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union. *Public Procurement Audit*, Lisboa, 2010. p. 102. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/outras/PublicProcurementAudit.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2018.

Em outras palavras, a Diretiva propõe, na perspectiva de auxiliar a compreensão global dos entraves existentes, a criação de uma entidade de supervisão dos contratos públicos, uma entidade reguladora própria<sup>218</sup>. Foi uma das propostas mais controversas e recebida com grande receio pelos Estados-Membros<sup>219</sup>. Portanto, a obrigatoriedade da gestão cabe ao contraente – público – sobre o qual recai a necessidade de garantir o melhor desfecho para o contrato e a melhor aplicação dos valores destinados, ou seja, o máxima respeito pelos princípios da eficiência<sup>220</sup> e pelo *best value for taxpayer's money*<sup>221</sup>.

Portugal, visando dar resposta ao modelo de governação dos contratos públicos tal como exigido pelas novas diretivas de contratação pública não cria uma nova entidade, mas opta por reestruturar o Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI), que passa a ser designado de Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC), instituto público dotado de autonomia administrativa e financeira, com património próprio, com as atribuições da regulação e monitorização da contratação pública em Portugal<sup>222</sup>.

Com as Diretivas 2014 apresentadas aos Países-membros, estes tinham de atender ao prazo de transposição: a grande maioria dos dispositivos possuía como termo a data de 18 de abril de 2016<sup>223</sup>, salvo algumas normas que era possível serem transpostas até ao ano seguinte<sup>224</sup>, ou 2018<sup>225</sup>.

Portugal, mais uma vez, não cumpre a transposição dentro do prazo estipulado. Mesmo diante de algumas vozes sustentando que, com este novo ciclo de europeização dos contratos públicos, seria necessária a criação de um novo Código, sob pena de se criar um

---

<sup>218</sup> Destaca-se neste ponto, como exemplo, retirando-se do limite europeu, a autoridade reguladora independente de Cabo Verde. A Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (ARAP), seria uma entidade reguladora independente, possuidoras de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Além disso, são “...independentes no desempenho das suas funções reguladoras, não estando sujeitas a superintendência nem a tutela, no que respeita ao exercício dessas funções; (...)” art. 2 e nº 1 do art. 9º da Lei nº 14/VIII/2012, de 11 de Julho. Sobre as estruturas e os poderes da regulação dos contratos públicos na Europa e no mundo: SILVA, Fernando Oliveira. *A Regulação ...* pp. 151-186.

<sup>219</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Primeira Análise...*, p. 16

<sup>220</sup> “A eficiência, porém, não depende apenas da natureza da atividade. É mister que os sujeitos da atividade tenham qualificação compatível com as funções a seu cargo. Indiscutível, pois, o rigor com que se deve haver a Administração para o recrutamento de seus servidores. Quando estes possuem qualificação, escolhidos que foram pelo sistema do mérito, as atividades da Administração são exercidas com maior eficiência”. CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual...*, p. 71.

<sup>221</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A transposição...*, p. 10.

<sup>222</sup> Decreto-Lei nº 232/2015, de 13 de outubro. A respeito da proposta de criação de uma ARI para os Contratos Públicos: SILVA, Fernando Oliveira. *A Regulação ...* pp. 122 e ss.

<sup>223</sup> Artigo 51º Diretiva 2014/23/UE; art. 90º, nº 1 Diretiva 2014/24 e 106º, nº 1 da Diretiva 2014/25/UE.

<sup>224</sup> Quanto a utilização de meios eletrônicos estritamente ligado as centrais de compra, desde que optem por outros canais de comunicação previamente estipulados, de acordo com a parte final do nº 2, do artigo 90º Diretiva 2014/24/UE e da parte final do nº 2, do artigo 106º da Diretiva 2014/25/UE.

<sup>225</sup> Artigo 90º, nº 2 Diretiva 2014/24/UE.

*emaranhado de normas*<sup>226</sup>, o legislador português optou por fazer uma profunda modificação do Código dos Contratos Públicos de 2008<sup>227</sup>. Assim, por meio do Decreto-Lei nº 111-B/2017 de 31 de agosto, concebeu-se a tão esperada transposição das Diretivas.

O atual Código dos Contratos Públicos – cuja vigência teve início em 01 de janeiro de 2018 – implementou diversas mudanças e atualizações, considerado como o “...*primeiro grande monumento normativo infraconstitucional de direito público português do Século XXI*”<sup>228</sup>. Grande parte das alterações provinham da transposição das Diretivas, mas outras foram feitas exclusivamente por vontade do legislador nacional, como as alterações ao regime do procedimento de consulta prévia – artigos 112º e seguintes – e a inclusão do regime de alienação dos bens móveis das entidades adjudicantes descritas no nº 1 do artigo 2º - artigos 266º-A, B e C – que até à vigência do atual Código era regido pelo Decreto-Lei nº 307/94, de 21 de dezembro.

A ideia de governança da contratação pública, como já dissemos, foi implementada em Portugal - mesmo que sem uma autoridade exclusiva - por meio de uma reestruturação que o IMPIC concebeu em 2015. O IMPIC exerce funções de regulação, mas não exerce a governança da contratação de forma plena. De modo que, a governança não seria una, mas sim tripartida: (i) IMPIC, (ii) ESPAP<sup>229</sup>, e pela (iii) Inspeção-Geral de Finanças e setoriais, bem como pelas auditorias do Tribunal de Contas<sup>230</sup>.

A contemplação mais direta acerca de uma profissionalização no âmbito da gestão dos contratos públicos, ainda não havia lastro em Portugal<sup>231</sup>. Por tal razão, a introdução do

---

<sup>226</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A transposição...*, p. 11.

<sup>227</sup> O que também foi visto como positivo por parte da doutrina portuguesa. Neste sentido: CEDIPRE, *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Grupo de Contratação Pública, org. Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, Cedipre, Coimbra, 2016. p.3. Disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/relatorio17set2016.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2018.

<sup>228</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos* in *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017. Disponível em <http://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a01.html>. Acesso em 25 de maio de 2018.

<sup>229</sup> Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP) sucedeu em 2012, por meio do Decreto-Lei nº 117-A/2012, de 14 junho, a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP). Além disso, como o próprio preâmbulo do decreto enuncia “...*assume a missão e atribuições do Instituto de Informática, da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E. P. E. (GeRAP), e da Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E. (ANCP), que são extintos, por fusão.*”. Sendo sua atividade precípua ligada as compras públicas, conforme estabelece o artigo 4º do referido do Decreto-Lei.

<sup>230</sup> SILVA, Fernando Oliveira. *A Regulação...* pp. 121-122.

<sup>231</sup> Exceto em casos pontuais como havia a figura do fiscal da obra ligado as empreitadas de obras públicas estipulada no Decreto-lei nº 59/99, de 02 de março – revogado - e as designações de coordenador de projeto, diretor de fiscalização de obra e diretor de obra nos termos da Lei nº 31/2009, de 3 de Julho, mas que possuem uma ligação muito mais próxima com a ideia de responsabilização do que de profissionalização.

gestor dos contratos públicos, figura prevista no artigo 290º-A do CCP, personifica a gestão profissional dos contratos públicos e a busca da boa governança. Por tal razão, foi muito bem recebida pela doutrina portuguesa<sup>232</sup>. Afinal, o clamor por sua criação havia sido protagonizado por vozes internas e externas.

### **3.2. A Concepção do Gestor: Maternidade Europeia e Paternidade Portuguesa.**

O desejo de criar a figura do gestor dos contratos foi fruto de uma vontade mútua, a duas velocidades.

O gestor dos contratos, personificação do movimento de gestão iniciado no *NPM* e incentivado para os moldes do setor público por meio do *NPG*, é uma figura que, pelo menos em tese, acompanha o movimento da boa governança e da profissionalização da gestão dos contratos públicos previstas nas Diretivas 2014<sup>233</sup>, ratifica o importante papel que contratação pública possui para contemplação dos objetivos traçados na Europa 2020, além de ser um poderoso ativo capaz de a economia como um todo<sup>234</sup>.

A concepção do gestor evidencia uma maternidade indiscutivelmente europeia. Mas a paternidade é portuguesa. Os apelos do pai, representado pelo Tribunal de Contas de Portugal, eram feitos havia certo tempo, mas não eram ouvidos.

O Tribunal de Contas, órgão de soberania constitucionalmente previsto<sup>235</sup> que, seguindo o modelo francês, se equipara aos demais Tribunais<sup>236</sup>, desempenha a função de órgão supremo de fiscalização quanto à “... *legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe*”, além de outras previsões constitucionais<sup>237</sup>. No âmbito infraconstitucional, a sua normatização foi feita pela Lei nº

---

<sup>232</sup> CEDIPRE, *Relatório...*, p. 4.

<sup>233</sup> Consideração 70 da Diretiva 2014/25/UE e 59 da Diretiva 2014/24/UE.

<sup>234</sup> “(...) *Reforçar e apoiar o profissionalismo dos profissionais da contratação pública pode ajudar a promover o impacto da contratação pública em toda a economia*”. Consideração nº 4 da Recomendação (EU) 2017/1805 da Comissão de 03 de outubro de 2017 sobre a profissionalização da contratação pública. *Criar uma estrutura para a profissionalização da contratação pública*, publicado no Jornal da União Europeia em 07 de outubro de 2017, p. 1.

<sup>235</sup> Nº 1 do artigo 110º da CRP.

<sup>236</sup> nº1 do artigo 209º da CRP.

<sup>237</sup> Artigo 214º CRP. “1. *O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: a) dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) dar parecer sobre as contas das*

98/97, de 26 de agosto, em cujo artigo 2º apresenta as entidades às quais estariam sujeitas: “...à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas...”<sup>238</sup>; e nos artigos 5º e 6º do mesmo diploma, disciplina-se a sua competência material essencial e complementar, sendo responsável por realizar um controle financeiro preventivo, concomitante e sucessivo<sup>239</sup>. Do que se trata aqui é da sua competência de auditoria de fiscalização, ou seja, não jurisdicional. Em virtude disso, o Tribunal de Contas realizou cinco auditorias<sup>240</sup> em sede de controlo concomitante<sup>241</sup> a obras públicas distintas, iniciadas em 2008.

No ano seguinte, a despeito de cada relatório individualizadamente produzido, e em virtude das derrapagens conhecidas no âmbito das obras públicas em Portugal<sup>242 243</sup>, o TCP entendeu por bem realizar um Relatório global em que apresentava vinte e sete recomendações gerais. Três destas recomendações destinavam-se à criação, nomeação e momento de atuação de uma figura denominada de gestor de empreendimento, que deveria atuar como o “representante do dono da obra que supervisiona a gestão dos contratos, garantindo-lhe a adequada orientação, organização e detalhe do projecto, execução da empreitada e a funcionalidade do empreendimento”<sup>244</sup>.

---

*Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei; d) exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei. (...)*”.

<sup>238</sup> Artigo 2º Lei nº 98/97, de 26 de agosto.

<sup>239</sup> Sobre a diferença de todos os controles mencionados: GOMES, Noel. *Tribunal de Contas*, Formação 2013. pp. 2-6. Disponível em <http://www.institutosacarneiro.pt/pdf/blitz/autarquias/Tribunal%20Contas.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2018.

<sup>240</sup> Alínea “g”, nº 1 do Artigo 5º, Lei nº 98/97, de 26 de agosto.

<sup>241</sup> “2. Controlo concomitante: É exercido mediante a realização de auditorias aos procedimentos administrativos relativos aos actos e contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia ou à actividade financeira das entidades públicas exercida antes do encerramento da respectiva gerência. Os relatórios de auditoria integram observações e recomendações e podem dar origem a processos de efectivação de responsabilidades. A fiscalização concomitante permite ainda que, quando se apurar a ilegalidade de procedimento pendente ou de acto ou contrato ainda não executado, se ordene a remessa desse acto ou contrato para fiscalização prévia”. TCP. *Tribunal de Contas de Portugal: Controlo na área da Contratação Pública*, 2005. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/rel\\_ext/outras/contratacao\\_publica\\_tcp.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/rel_ext/outras/contratacao_publica_tcp.pdf). Acesso em 10 de junho de 2018.

<sup>242</sup> “A tradição em Portugal, na realização de obras públicas, nomeadamente por gestão directa, ao nível de grandes infra-estruturas do domínio público, tem sido a de se repetirem acentuadas derrapagens de prazos e de custos, tornando esta área num domínio de grande risco e com encargos avultadíssimos para o Estado” TCP. Relatório Global. *Relatório nº 17/2009 – 2ª Secção – Auditoria e empreendimentos de obras públicas por gestão directa. Conclusões e Recomendações do Tribunal de Contas*, Lisboa, 2009. p. 7. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2009/2s/audit-dgtc-rel017-2009-2s.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/2s/audit-dgtc-rel017-2009-2s.pdf). Acesso em 17 de maio de 2018.

<sup>243</sup> Como exemplo das derrapagens, uma das cinco obras públicas auditadas foi a construção da Ponte Rainha Santa Isabel em Coimbra. Foi possível verificar que ocorreu uma derrapagem financeira e temporal. A primeira gerou um acréscimo de 128,92% do custo estimado da obra e o segundo foi um acréscimo de 134% ao tempo previsto para conclusão da obra. TCP. *Relatório...* p. 43.

<sup>244</sup> *Idem*, p. 4.

Passados alguns anos sem qualquer movimentação legislativa que atendesse às recomendações produzidas, o TCP realiza em 2015 um novo relatório, a seguir ao de 2009, qualificando o acolhimento das recomendações proferidas em uma graduação que ia de *acolhida até sem informação*<sup>245</sup>, e apresentando as fundamentações que levaram a concluir daquela maneira. No que tange às recomendações ligadas à figura do gestor de empreendimento – Recomendações 13, 14 e 15 – todas foram classificadas como não acolhidas pelo Governo. Em resposta dada em 2013, o Governo admitiu a necessidade de criar a figura do gestor do empreendimento, mas indicou que essa só deveria ser inserida no âmbito da revisão do Código dos Contratos Públicos<sup>246</sup>, o que deveria ser aguardado para um momento posterior.

Feita a profunda alteração ao CCP que apresentou ao ordenamento português a figura do gestor dos contratos, criou-se um sentimento de que o legislador havia demorado para atuar, mas por motivos justificados, como o de pretender uma figura que contemplasse a transposição das Diretivas de 2014 – e o movimento de profissionalização da Contratação Pública - e as recomendações do Tribunal de Contas. Contudo, um olhar mais minucioso revela que as justificativas não tem fundamento.

### **3.3. O Conceito de Gestor: uma conceituação pela negativa?**

A introdução da figura do gestor dos contratos foi feita por meio de um único artigo em que não se delimitou o seu conceito; ou seja, o legislador português apresenta a figura do gestor dos contratos públicos, mas sem um conceito propriamente dito. O único artigo que disciplina a figura do gestor, tenta conceituá-lo por meio de sua função, informando que o mesmo atuaria durante toda a execução do contrato, promovendo “...um *desempenho de qualidade de todos os que colaboram no exercício de tarefas de relevância pública*”.

---

<sup>245</sup> TCP. *Auditoria de seguimento às recomendações formuladas no Relatório n.º 17/2009 -2.ª Secção. Empreendimentos de obras públicas*, Lisboa, 2015. pp. 9-10. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2015/2s/audit-dgtec-rel001-2015-2s.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2015/2s/audit-dgtec-rel001-2015-2s.pdf). Acesso em 17 de maio de 2018.

<sup>246</sup> *Idem*, pp. 18-19.

O CCP não apresenta qualquer indicação acerca do conceito de gestor. O fato de conter a previsão normativa de que concede sua existência, não equivale a definir-lhe a figura, conforme o TCP já havia recomendado quanto à figura do gestor do empreendimento<sup>247</sup>.

Esta falta de definição legal pode criar situações de atritos desnecessários com figuras já existentes no ordenamento, como a figura do diretor de fiscalização de obra. Contudo, mesmo que de forma indireta, o legislador sublinhou que seriam duas figuras distintas<sup>248</sup>, além de que, em caso de confusão de conceitos, ficaria esta confusão limitada às obras públicas. Na última alteração do CCP em que foi apresentada a figura do gestor dos contratos, o legislador não supriu a figura do diretor de fiscalização da obra, e afirmou que aproveitou o momento para “... *clarificação do mecanismo de representação das partes e reforço dos poderes do diretor de fiscalização da obra...*”<sup>249</sup>. Não obstante, uma figura com uma circunscrição muito menor do que a do gestor dos contratos públicos, foi objeto de esforços substanciais no âmbito da sua definição<sup>250</sup>.

Poderia afirmar que não há necessariamente sobreposição entre as funções de gerir e de fiscalizar: o gestor dos contratos públicos, fica ligado a toda a execução do contrato, e a segunda, o diretor de fiscalização da obra, além de se apresentar em apenas uma das espécies legalmente previstas - empreitadas de obra pública - de contratos administrativos<sup>251</sup>, fica limitado ao objeto do contrato, tendo assim uma dimensão muito menor do que o gestor dos contratos. Dada a complexidade da obra e do projeto, e por impedimento de cumulação de funções não consignado no CCP, presume-se a possibilidade de acumulação de funções no caso de obras de baixa complexidade ou menos dispendiosas.

A distinção ou limitação quanto ao que seria obras de baixa complexidade ou menos dispendiosas cria uma insegurança que pode conduzir a uma indesejável acumulação de funções por se acreditar que a determinação de uma única pessoa para ambas as funções é

---

<sup>247</sup> TCP. RECOMENDAÇÃO 14. *Deverá, também, proceder à definição legal da figura de gestor de empreendimento e, bem assim, indicar as características dos empreendimentos que deverão obrigatoriamente ter um gestor, bem como precisar as funções, as responsabilidades e as qualificações profissionais que os mesmos devem possuir. Idem, p. 19.*

<sup>248</sup> MATOS, Sara Younis Augusto de. *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura in Comentários à Revisão do Código...*, p. 794.

<sup>249</sup> Consideração n.º 4 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008.

<sup>250</sup> Artigo 3.º, “f” da Lei n.º 31/2009, de 03 julho e as alterações promovidas pela Lei n.º 40/2015, de 01 de junho.

<sup>251</sup> Artigos 343.º e seguintes do CCP.

motivada por razões económicas, o que pode não ser verdade, em especial para contratos com maior grau de complexidade.

Uma outra figura que merece ser individualizada, é a do responsável pela direção do procedimento previsto no artigo 55º do CPA. Esta figura<sup>252</sup>, apresentada em 2015, e advinda do também “*novo*” CPA<sup>253</sup>, define um responsável pela direção do procedimento – estendendo ao regulamento e ao ato administrativo – cujo poder seria delegado pelo órgão competente para a decisão final do procedimento, possuidor de um grande leque de competências<sup>254</sup>. Portanto, não há qualquer relação com o gestor dos contratos públicos.

Por fim, também de menor vulto e circunscrita no âmbito dos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas, a figura do gestor do procedimento acrescentada ao RJUE<sup>255</sup> pela lei nº 60/2007, de 04 de setembro, não se confunde com o responsável pela direção do procedimento, prevista no CPA<sup>256</sup>. Assim, apesar de algumas figuras com denominações aproximadas, não há figuras que impliquem grande proximidade à do gestor dos contratos. As questões cinzentas, pelo menos aquelas ligadas à contratação pública e à figura do gestor, mantêm-se ligadas as funções de gerir e fiscalizar.

Desempenhar a fiscalização e a gestão de um contrato, como já dissemos, não são atividades idênticas<sup>257</sup>. A primeira possui um carácter predominantemente vertical, ao passo

---

<sup>252</sup> “A figura do responsável pela direção do procedimento é nova. Preside-lhe a opção de separar as competências para a de direção do procedimento e para a decisão final o que tem vantagens inúmeras do ponto de vista da boa-administração e da imparcialidade procedimentais. Cabe-lhe preparar da melhor maneira a decisão final”. CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Novo Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015. pp. 228.

<sup>253</sup> “Contudo, o projeto final revelou uma profunda transformação do Código do Procedimento Administrativo em vigor. Assim, o Governo, constatando tal transformação, e apesar de reconhecer que o projeto não efetuou um corte radical com o Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, entendeu que as soluções propostas para institutos tão importantes no direito administrativo, como sejam o regulamento e o ato administrativo, eram de tal forma inovatórias que se estava perante um novo Código”. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro.

<sup>254</sup> “O órgão responsável pelo procedimento dispõe de um conjunto enorme de competências legais. Cabe-lhe encarregar o seu inferior hierárquico de diligências específicas (nº 5 do art. 55º), propor a solicitação do auxílio administrativo ao órgão competente para a decisão final (nº1 do art. 66º), informar os interessados sobre o andamento dos procedimentos a requerimento destes (nº 1 do art. 82º), determinar a prestação de informações pelos interessados..., etc”. CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Novo Código...* pp. 227-228.

<sup>255</sup> Nº 3, do art. 8º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de dezembro. Sobre o tema: OLIVEIRA, Fernanda Paula; NEVES, Maria José Castanheira e LOPES, Dulce. *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 4ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2016. pp. 171-176.

<sup>256</sup> Este não havia até 2015, tendo apenas a existência da figura do responsável pela instrução. Demonstrando a diferença destas figuras: OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Algumas questões em torno da direção do procedimento e do dever da sua delegação no CPA* in *Questões Atuais de Direito Local*, nº 6, Associação de Estudos de Direito Regional e Local, Braga, 2015. pp. 21-40.

<sup>257</sup> Não usando o verbo gerir, mas o CCP em seu artigo 340º - fiscalização, acompanhamento e modificação de parcerias público-privadas -, faz questão de trazer alíneas distintas – demonstrando, mesmo que indiretamente, que entende que seriam atividades distintas - para afirmar que “...*compete ao membro do Governo ou ao*

que a segunda reveste-se de maior horizontalidade. A amplitude da horizontalidade da atuação do gestor seria muito maior do que a daquele que desempenha a atividade de fiscalizar, e em termos de especialização – verticalidade – a escolha de um gestor deve ter em conta não apenas se está ligado a determinado quadro de funcionários ou se possui um determinado tempo de atividade profissional, mas se este possui habilidade profissional, em termos teóricos e práticos, suficiente para que a execução do contrato contemple os *três E*<sup>258</sup>: eficiência, economia e eficácia.

Partindo de experiências estrangeiras, no caso brasileiro percebe-se que nas atividades de gestão e fiscalização, além de não haver qualquer confusão entre as suas atividades, tendem à não cumulatividade, invocando ainda os denominados *princípios de controle da segregação das funções*<sup>259</sup>, e acabam sendo realizadas por *pessoas* distintas, em razão do nível de complexidade do objeto e da forma de execução do contrato, salvo nos casos mais simples<sup>260</sup>.

Ainda quanto ao direito brasileiro como motivo de reflexão comparativa, somente a figura do fiscal dos contratos possui previsão legal, não havendo a previsão legal do gestor, o que permite concluir que este não seria figura obrigatória em todos os casos, e que tais

---

*membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou ao membro do Governo Regional da tutela setorial, consoante ao caso: a) O exercício de poderes de fiscalização; b) o acompanhamento do contrato, tendo por objetivo a avaliação dos seus custos e riscos, como a melhoria do processo de constituição de novas parcerias público-privadas.”*

<sup>258</sup> Em sentido próximo: JACKSON, Penny. *Value for Money and international development: deconstructing myths to promote a more constructive discussion*, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2018. Existe ainda no Reino Unido a ideia de quatro E's, sendo o quarto “E” de equidade, demonstrado a preocupação quanto a distribuição equilibrada dos benefícios. UK. The Independent Commission for Aid Impact (ICAI). *ICAI's Approach to Effectiveness and Value for Money*, 2011. p. 4. Disponível em <https://www.bond.org.uk/data/files/ICAIs-Approach-to-Effectiveness-and-VFM.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2018; outros ainda implementam a *efetividade*, entendo que havia uma distinção entre esta que estaria vinculada o alcance dos resultados a médio e longo prazo, com a eficácia, que seria resultados com objetivos de prazos imediatos. ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de e LAPA, Leonard Renne Guimarães. *Gestão e Governança Pública para Resultados. Um Visão Prática*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017. p. 40.

<sup>259</sup> Tribunal de Contas do Brasil. Acórdão nº 2296/2014 – Plenário, Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 03 de setembro de 2014.

<sup>260</sup> “O gestor contratual, diz o nome, é designado para, por meio de imposição legal, tomar as providências necessárias para o fiel cumprimento do contrato em termos mais gerenciais e não necessariamente operacionais, acaso conte com o auxílio do fiscal. As estratégias de execução e as atividades menos subalternas estarão sob encargo. Comumente suas atribuições são o controle geral dos prazos de vencimento ou de renovação dos contratos, questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro, à documentação, aos pagamentos, entre outras de cunho geral. Trata-se de um serviço administrativo que pode ser realizado por um representante da Administração ou por um órgão fiscalizador. De outra parte, o fiscal será nomeado para atuar pontualmente no cumprimento da obrigação contratual, ou seja, é ele quem estará incumbido da “fiscalização” da execução “física” e “documental” do contrato”. CAMARÃO, Tatiana e SANTANA, Jair Eduardo. *Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015. p. 131.

funções – gerir e fiscalizar – não possuem sinonímia<sup>261</sup>. Portanto, *mutatis mutandis*, seriam figuras distintas. No caso português, a figura do gestor, por previsão e imposição legal, torna-se uma figura presente em todos os contratos públicos; facultativamente, a figura do fiscal do contrato, mesmo sem previsão legal, seria de boa prudência nos casos de maior complexidade ou de maior vulto financeiro ou temporal.

A ausência de um conceito cria situações de toque desnecessárias e aparente sensação de menosprezo quanto à sua figura. Quando o Governo se manifestou diante das recomendações do TCP, afirmou que quando fosse criada a previsão legal do gestor do empreendimento, este ficaria limitado aos empreendimentos de grande dimensão<sup>262</sup>.

Sem razões acerca do motivo de sua banalização, quando trazida a figura do gestor dos contratos públicos, pela dicção do artigo, acabou o gestor sendo designado para todo e qualquer contrato público, passando a estar presente em qualquer empreendimento independentemente da envergadura ou do valor em causa.

Esta falta de conceituação, a ausência de critérios ou de algum escalonamento, e de especificidades necessárias para determinados contratos, podem conduzir à banalização do gestor e a uma indevida desatenção quanto à sua figura no ordenamento. Um indício para construção desta afirmação foi o pronunciamento do gabinete do ministro do Planeamento de que esta função já era exercida por um ou mais técnicos do organismo e que esta alteração estaria apenas formalizando uma figura já existente, que seria muito mais próxima da ideia de fiscal do contrato. A figura do gestor dos contratos não consente essa equiparação. Na verdade, a justificativa do gabinete se assemelha muito mais à figura do fiscal do contrato do que à do gestor. Em linhas gerais, o fiscal seria o responsável pelo objeto do contrato, razão pela qual somente um especialista no objeto teria condições para bom desempenho da função, o que seria evidenciado, por exemplo, por um técnico do próprio organismo; por seu

---

<sup>261</sup> “Como não há previsão legal da figura do “gestor” do contrato, se pode defender que sua existência, com essa designação, na estrutura administrativa não é compulsória. Procede tal conclusão. O que determina a lei é que haja a designação pela Administração Pública de um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, e não a designação de um gerente ou supervisor da relação contratual. Porém, as atribuições de gerência, direção ou supervisão transcendem em muitos as de fiscalização e de acompanhamento, o que leva a concluir que, se não houver a designação de um gestor do contrato, assumirá essa posição jurídica a autoridade responsável pela contratação, não parecendo, contudo, correto afirmar que o gestor do contrato será sempre e necessariamente essa autoridade pública”. SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos. Formação e Controle Interno da Execução*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017. pp. 178-179.

<sup>262</sup> TCP. RECOMENDAÇÃO 14..., p. 19.

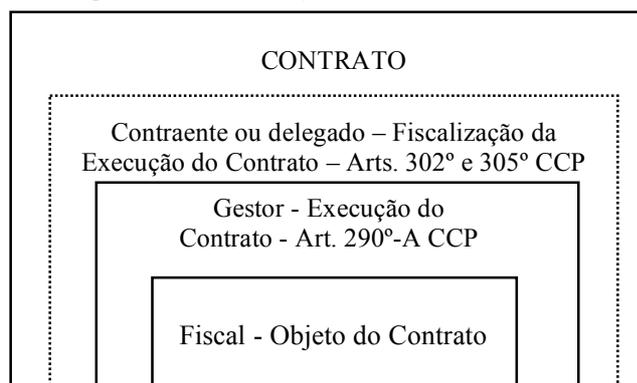
lado, o gestor seria o responsável pela execução do contrato, algo mais amplo e com profunda ligação ao mundo jurídico.

Ainda fica por delinear uma última distinção. Existe no próprio CCP, em seu artigo 305º, a possibilidade de o Estado, na figura do próprio contraente público, realizar a fiscalização da execução do contrato. Esta fiscalização, conforme o próprio artigo preceitua, pode ser feita mediante delegação, total ou parcial, para “...*comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas*”<sup>263</sup>. Portanto, o contraente público – ou a comissão ou entidade responsável – teria a possibilidade de fiscalizar a forma de execução do contrato, ou seja, se certificar de que o gestor estaria conduzindo a execução do contrato da melhor maneira possível, atuando como fiscal do próprio e de questões ligadas ao objeto do contrato, desde que essas tenham ligação com a execução do mesmo. Portanto, a fiscalização do artigo 305º também recai sobre o objeto do contrato e, caso haja, de quem for o seu responsável direto.

Contudo, a fiscalização em análise, ao contrário da gestão conduzida pelo gestor, determinada pelo artigo 290º-A, não apresenta propriamente uma fiscalização contínua e obrigatória. O CPP apenas ratifica que o Estado, representado pelo contraente público ou por quem delegue essa função, possui à sua disposição “...*poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contrato por forma a poder determinar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções*”<sup>264</sup>.

Em breve síntese, poderia propor a seguinte figura:

**Figura 02 – Fiscalização e Gerência do Contrato**



<sup>263</sup> Artigo 305º, nº 4 do CCP.

<sup>264</sup> Artigo 305, nº 1 do CCP.

Não seria desproporcional afirmar que quanto à sua dimensão, a figura do gestor assumiu um certo protagonismo na execução do contrato<sup>265</sup>. Logo, não basta realizar uma delimitação pela negativa, afirmando tudo aquilo que o gestor não é. Por ser necessário ir mais além, procederemos a um aprofundamento adiante.

### 3.3.1. Designação do Gestor.

Antes de aprofundar sobre a delimitação positiva da figura do gestor, convém explicitar que a Administração Pública, por meio do contraente público, possui o dever de designar um gestor para o contrato pactuado, conforme estabelece o artigo 290º-A. A designação constitui uma atividade vinculada, sem qualquer deliberação acerca de uma eventual não nomeação<sup>266</sup>, independentemente do valor, prazo ou complexidade do contrato. Assim sendo, o contraente público será obrigado a nomear um gestor para todos os contratos que vier a celebrar.

A obrigatoriedade da presença do gestor em todos os contratos celebrados pela Administração acaba gerando desmerecidamente a vulgarização de uma figura bastante refinada. Além disso, a presença do gestor parece bastante prejudicada em contratos de duração instantânea ou reduzida, acrescentando também a instigante possibilidade de ocorrer uma situação em que se designa um gestor para um contrato que se encontra em uma das possibilidades avançadas pelo art. 95º do CPP, ou seja, em que se exija ou até se dispense a redução do contrato a escrito.

Os casos de dispensa<sup>267</sup> apresentados no CCP demonstram uma complexidade maior, e por isso a não redução do contrato a escrito ocorre estritamente pela urgência ou motivos de segurança – interna ou externa -, ocorrendo, aparentemente, uma preocupação e atenção maiores quanto à gestão destes contratos.

---

<sup>265</sup> “*Bons gestores públicos são homens e mulheres com temperamento e habilidades para organizar, motivar e direcionar os outros no direcionamento de realizar os complexos objetivos de política pública em um ambiente político*” LYNN JR, Laurence E. *Public Management...* p. 17.

<sup>266</sup> A despeito de doutrina internacional, demonstrando que, apesar de entendimento que seria um poder vinculado em antagonismo ao poder discricionário, afirma-se que seria apenas uma restrição imposta pelo legislador. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 55.

<sup>267</sup> N° 2 do art. 95º do CCP.

Nos casos de inexigibilidade<sup>268</sup>, a dispensa ocorre, *salvo previsão expressa no programa do procedimento*, em casos pontuais cujo objeto do contrato tenha menor complexidade, comprovada esta no baixo valor do contrato ou na curta ou instantânea duração do contrato. Nestes casos, seja pelo caráter emergencial do primeiro ou efêmero do segundo, a gestão acaba sendo prejudicada pela ausência formal de um contrato.

### a) Extensão da Designação

A figura do gestor do contrato está contida no Título I – *Regime substantivo dos contratos administrativos*, do capítulo III – *execução do contrato*, da Parte III do Código dos Contratos Públicos, que possui denominação idêntica ao Título I. Portanto, seria razoável acreditar que a figura do gestor se restringe aos contratos administrativos e que ela não alcança os demais contratos da Administração Pública.

Os contratos da Administração Pública<sup>269</sup> são o gênero que inclui duas espécies: o resiliente contrato administrativo<sup>270</sup> – de berço francês, uma criação do *Conseil d'État*<sup>271</sup> e fomentado pela Escola de Bordeaux<sup>272 273</sup> que buscou características não existentes nos contratos do direito privado, criando um contrato de uma nova natureza que se espalhou rapidamente pela Europa e por outros países não europeus<sup>274</sup> – e os *contratos submetidos a um regime de direito privado*.<sup>275</sup> O preâmbulo anuncia que o título I da Parte III do CCP

---

<sup>268</sup> N° 1 do art. 95° do CCP.

<sup>269</sup> Art. 200°, n° 1, do CPA.

<sup>270</sup> Art. 200°, n° 2, do CPA

<sup>271</sup> Segundo Diogo Freitas do Amaral seriam três casos que melhor exemplificariam esta concepção: (i) *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* de 10 de janeiro de 1902; (ii) *Cie Générale française de tramways* de 21 de março de 1910 e o caso (iii) *Ciu du Gaz de Bordeaux* de 24 de março de 1917. FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2017. pp. 444-445.

<sup>272</sup> “Existe uma teoria especial do direito administrativo, que o *Conseil d'État* francês renovou completamente: é a dos contratos administrativos...”. Jèze, Gaston. *Principios Generales...*, pp. XLI e ss; SALON, Georges. *Gaston Jeze et la theorie generale des contrats administratifs*. Disponível em <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/012-1991/12-1991-p071-086.pdf>. Acesso em 14 de maio 2018.

<sup>273</sup> Léon Duguit, o patrono da Escola de Bordeaux, acreditava que a jurisdição administrativa seria em razão de vinculação a um serviço público, e não pelo contrato, já que seria o mesmo instituto jurídico para o Direito Administrativo e Civil. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de Derecho...*, p. 679.

<sup>274</sup> No Brasil: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso...*, pp. 636 e ss e CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual...*, pp. 180 e ss; Na Argentina: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, F.D.A., 2013. XI-12 e ss. Disponível em <http://www.gordillo.com/tomo1.php>. Acesso em 14 de maio de 2018.

<sup>275</sup> Art. 202°, n° 2, do CPA.

configura “...um núcleo de normas comum a todos os contratos que revestem a natureza de contrato administrativo...”. Esta explanação indica que a figura do gestor ultrapassa os limites dos contratos administrativos.

Atualmente, os contratos administrativos são aqueles que “configurem relações jurídicas contratuais administrativas”. Para existirem, é necessário – “que uma das partes seja um contraente público e que se integre em qualquer uma das seguintes categorias...” – contidas no artigo 280º, nº1 do CCP<sup>276</sup>.

Sabe-se que, nestes casos, a figura do gestor se apresenta como obrigatória, uma vez que o título I da Parte III do CCP - arts. 278º a 342º - aplica-se *em bloco* nos “...contratos públicos (de entidades adjudicantes) que “configuram relações jurídicas administrativas”, aos contratos administrativos (que cumpram os requisitos do artigo 280º, nº 1), desde que sujeitos à Parte II”<sup>277</sup>.

A delimitação da incidência da Parte III não corresponde diretamente à natureza do contrato administrativo ou público; ela indica se estes estão sujeitos à Parte II do CCP. Todos os contratos sujeitos à Parte II do CCP, ou seja, os contratos administrativos expressamente previstos e os demais públicos que, pelo estipulado no CPA, são os contratos submetidos a um regime de direito privado<sup>278</sup>, possuem a aplicação direta das disposições da Parte III com o intuito de promover “...a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações, aos contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas”<sup>279</sup>.

Logo, esta extensão disciplinada pelo CCP, acerca da incidência do regime substantivo dos contratos administrativos contido na Parte III<sup>280</sup>, mostra que não se trata de

---

<sup>276</sup> GONÇALVES, Pedro. *Direitos dos...* p. 38.

<sup>277</sup> *Idem*, p. 39

<sup>278</sup> Por serem hipótese de incidência da Parte III, Pedro Gonçalves adverte que já não seria contratos submetidos a um regime de privado propriamente, mas submetidos a um *regime substantivo misto*. *Idem*, p. 40.

<sup>279</sup> Art. 280º, nº 3 do CCP.

<sup>280</sup> “(...) Assim, por um lado, integra a parte iii do Código um núcleo de normas comum a todos os contratos que revestem a natureza de contrato administrativo (revogando-se, deste modo, os artigos 178.º a 189.º do Código do Procedimento Administrativo) - título i da parte iii - e, por outro lado, nela é especialmente regulada a disciplina jurídica aplicável a certos tipos contratuais em particular - título ii da parte iii: empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas e de serviços públicos, aquisição e locação de bens móveis e aquisição de serviços. (...)”. Nº 3 do Preâmbulo do Código dos Contratos Públicos, Decreto-Lei nº. 18/2008, de 29 de janeiro. Tais assertivas ainda são válidas, uma vez que o Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto,

um gestor dos contratos administrativos, mas sim dos contratos públicos. O legislador, ciente deste aspecto, apresentou no artigo 290º-A a figura do gestor e passou a denominá-lo como *gestor do contrato*. Tendo presente o que já referimos, a figura do gestor será uma figura rotineira na contratação pública portuguesa, já que o CCP impõe a obrigatoriedade de se nomear um gestor para todo e qualquer contrato, e não apenas para os contratos administrativos – que já não seriam poucos –, o que poderá conduzir à banalização de uma figura de grande relevância. Corroborando ainda mais, o nº 2 do artigo 280º do CCP estabelece que as demais relações contratuais administrativas, quando forem regidas por legislação especial, poderá ocorrer a aplicação subsidiária da Parte III, desde que “...os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”<sup>281</sup>.

#### **b) Momento da Designação e Implicações da sua inoportunidade.**

A nomeação do gestor deverá ser feita *desde a primeira hora*<sup>282</sup>. Na verdade, deveria ocorrer antes da primeira hora, em momento prévio à real existência do contrato, sendo a sua nomeação já integrante do mesmo. Também porque, como veremos, a sua nomeação poderá levantar suspeitas, devendo ser oportunizado um momento destinado ao questionamento e verificação das alegações. Se a nomeação do gestor somente ocorresse com o contrato já celebrado, a análise de eventuais impedimentos ou suspeições poderia levar à suspensão da eficácia do contrato ou, não ocorrendo a suspensão e em momento ulterior o gestor seja afastado de sua função, todos os atos celebrados poderiam ser considerados frutos envenenados, o que significaria dispêndio de tempo e dinheiro para a Administração Pública.

---

responsável pela transposição das Diretivas de 2014, realizou uma alteração – nona alteração – ao Código dos Contratos Público e não a apresentação de um novo Código em contrapartida ao que foi denominado como de *transposição minimalista*. ESTORNINHO, Maria João. *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum* in ESTORNINHO, Maria João (coordenadora). *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, 2016. pp. 8-9. Disponível em [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em 15 de maio de 2018.

<sup>281</sup> Art. 280º, nº 2 do CCP.

<sup>282</sup> MATOS, Sara Younis Augusto de. *Gestor do contrato...* p. 798.

Pode-se afirmar que o gestor é parte do contrato – a sua função precípua ocorre na execução –, mas a sua designação faz parte do *procedimento de formação do contrato público*<sup>283</sup>.

Caso ocorra um lapso e o procedimento de formação do contrato público seja concluído sem a designação do gestor desse contrato, a reação do legislador é a mais impactante possível: a nulidade do contrato<sup>284</sup>. Entrementes, o próprio legislador prevê uma exceção que permitiria salvar o contrato que não preveja expressamente a figura do gestor: a sua menção no caderno de encargos<sup>285</sup>.

Além disso, de acordo com a alínea a) do nº 2 do artigo 96º do CCP, acredita-se que, se o gestor não estiver previsto nem no contrato nem no caderno de encargos, há ainda a possibilidade de apresentar a sua designação por meio de suprimento de omissão. Ou seja, o legislador buscou apresentar, em momentos distintos, um número de chances destinadas a evitar que o contrato seja considerado nulo sob a hipótese de ausência da figura do gestor.

### **c) Procedimento: Formas de Designação.**

Quanto à forma de designação do gestor, não há qualquer menção no CCP, o que indica que a preocupação do legislador não é quanto à forma – ato ou contrato –, mas sim quanto à certeza da sua presença no contrato.

Esta falta de preocupação com a forma não significa que a mesma não se faça presente, nem tampouco que não será relevante a forma, como por exemplo, nos casos de *outsourcing*. Logo, não parece ser possível que esta contratação seja concretizada por meio de qualquer dos procedimentos adjudicatórios à disposição do contraente público. Neste caso, por exemplo, parece inviável que a contratação do gestor – que parece estar próximo a ideia de um contrato de prestação de serviço – se faça, por exemplo, por meio do

---

<sup>283</sup> “Na conceção que se adota, o “procedimento de formação de contratos” constitui a série ou a sucessão ordenada de atos que concorrem para a formação, a conclusão e a produção de uma eficácia jurídica de um contrato público”. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, 2ª Edição, Vol. I, Editora Almedina, Coimbra, 2018. p. 102.

<sup>284</sup> Artigo 96, nº 7 do CCP.

<sup>285</sup> Artigo 96º, nº 2 do CCP.

procedimento de ajuste direto, i.e. sem publicação prévia do anúncio, com fundamento em *urgência imperiosa*<sup>286</sup>.

O ajuste direto por motivos de urgência imperiosa está previsto no artigo 24º, nº a, c), inspirado na Diretiva de 2014<sup>287</sup>, e sua autorização depende da presença cumulativa de cinco condições: “(i) *acontecimento imprevisível; (ii) não imputável à entidade adjudicante; (iii) que seja a causa de uma situação de urgência imperiosa; (iv) impossível de cumprir nos prazos exigidos para outros procedimentos; (v) e que por isso imponha a necessidade de realizar um ajuste direto, o qual deve conter-se nos limites do estritamente necessário*”<sup>288</sup>.

O artigo 290º-A, muito embora não afirme o momento para a designação da figura do gestor, prescreve esse dever por parte do contraente público. Logo, não é possível afirmar que tal designação constitui um acontecimento imprevisível, o que por si só – havendo, como dissemos, condições cumulativas para a sua autorização – inviabiliza a escolha do ajuste direto por motivo de urgência imperiosa para designar o gestor do contrato.

Uma situação que colocaria em dúvida essa inviabilidade seria no caso em que o gestor designado fosse sujeito a uma impugnação e a mesma se demonstrasse verosímil, causando o desvinculamento do gestor ao contrato. Neste ponto, para suprir a ausência do gestor excluído, fica a dúvida se esta conjuntura já seria suficiente para autorizar o uso do ajuste direto por motivo de urgência imperiosa.

Aparentemente, dependendo da natureza do objeto do contrato e especialmente do prazo do contrato e da emergência que se visa suprir, a resposta é positiva, desde que os motivos que levaram à impugnação do gestor designado não sejam passíveis de previsão pelo contraente público e possua um espaço temporalmente limitado.

---

<sup>286</sup> TCP. Acórdão nº 45/11, de 07 de junho de 2011, 1ª Secção/SS. “*Exige-se que a urgência seja imperiosa, isto é, uma urgência categórica, imposta por uma situação a que não possa deixar de se acorrer com toda a celeridade. Trata-se, pois, de uma situação de urgência impreterível, significando-se com isto que a prestação não pode ser “adiada”, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou que a sua não realização imediata venha a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação*”.

<sup>287</sup> Diretiva 2014/24/UE. Artigo 32º. Utilização do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso. (...) 2. *O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos: (...) c) Na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, em caso algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes. (...)*

<sup>288</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos...*, pp. 464-465.

Um outro ponto que merece registro é o caso de o contraente público designar um determinado gestor e este, por sua vez, contratar uma empresa ou pessoa singular ou coletiva, que realize parte ou grande parte de sua função. Neste caso, poderia suscitar dúvidas a possibilidade de a contratação feita pelo gestor ser considerada uma subcontratação.

A resposta parece ser negativa.

Nos termos do CCP, a subcontratação não se coaduna com a ideia de *outsourcing* do gestor relatada acima – nem tampouco com a cessão de posição contratual –, nem mesmo com esta aqui mencionada, que está muito ligada à ideia de assessoria<sup>289</sup>. Esta contratação parece configurar um auxílio, uma vez que o gestor designado pelo contraente público será o responsável direto, independentemente da dimensão desse auxílio.

Se for possível a impugnação da designação do gestor proposto pelo contraente público, resta saber que casos seriam considerados passíveis de impugnação e os meios adequados para a levar a cabo.

### **3.3.2. Eventuais Impedimentos do Gestor Designado e Meios de Impugnação.**

Conforme afirmámos, a indicação do gestor responsável dá-se no procedimento de formação de contratos. Neste momento, uma eventual questão que se coloca é quanto à existência de eventuais impedimentos, incompatibilidades ou suspeições suscitadas pela designação de um gestor tido como controverso. Tal como sucede com a própria definição de gestor, também não é claro como proceder nessa eventualidade, nem mesmo compreender em que condições a designação poderá ser impugnada. Um número substancial de indagações poderá surgir.

---

<sup>289</sup> “Efectivamente, só devem ser entendidos como subcontratos *hoc sensu*, aqueles que impliquem a transferência para um terceiro de parte das prestações relacionadas com o objecto principal do contrato base. Ou seja, não se inscrevem aqui, por princípio e entre outros, os contratos de assessoria jurídica, os contratos de prestação de serviços de contabilidade, de marketing, de tecnologias de informação, de limpeza ou de segurança e vigilância. Tais contratos, que podemos designar como contratos acessórios ou auxiliares do contrato principal, não são subcontratos *stricto sensu* e não se subsumem, por isso, na aceção de subcontrato constante do CCP”. MELO, Pedro e OLIVEIRA, Miguel Neiva de. *Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à Revisão...* p. 773.

Nos casos de *outsourcing*, as questões estão mais ligadas à lisura do gestor designado: se o mesmo não possuir intenções de sabotar o contrato, em virtude, por exemplo, de o co-contrante ter sido concorrente de operador económico com o qual o gestor possuía alguma ligação à época, no procedimento que gerou o contrato ou em outro num passado próximo, ou ainda que fosse admitido algum impedimento no caso de o gestor ser uma sociedade particular, o comprometimento de estabelecer uma *Chinese Wall* entre a pessoa singular o questionada e os demais componentes da sociedade, seria suficiente para desconsiderar o impedimento? A primeira hipótese parece suscitar maiores cuidados do que a segunda.

No caso da designação feita por alguém que integra a Administração – membro ou não do contraente público, já que o CCP assim não estipulou -, parece que as dúvidas se prendem mais com o grau de profissionalização do que com questões éticas, como no caso de um gestor sem currículo profissional ou acadêmico que suscite dúvidas de que estaria apto para gerir um contrato que denotasse uma certa complexidade. Um outro caso também inquietante é se o mesmo possui em seu histórico profissional gestões que culminaram em cessação ou modificação do contrato<sup>290</sup>.

Em qualquer um dos casos mencionados, se trata de uma presunção relativa e de limites não muito claros. Um início para o enfrentamento da questão pode-se partir do próprio CCP, cujos artigos 55º e 55º-A disciplinam sobre os impedimentos – e sua relevância – ligados aos candidatos, bem como os artigos 69º e 71º do CPA, que tratam sobre eventuais impedimentos e suspeições.

Claro que nem todos os impedimentos poderão ser transpostos e impostos ao gestor, mas aparentemente alguns itens não precisariam de grandes adequações para servirem como impeditivos ou motivos de dúvidas quanto a uma determinada designação<sup>291</sup>. De qualquer modo, os artigos mencionados seriam apenas uma inspiração.

No caso de o interessado entender que está em causa uma situação geradora de impedimento<sup>292</sup>, o mesmo necessita de se valer de um mecanismo processual hábil para a

---

<sup>290</sup> Falando das possibilidades de impor o incumprimento como causa de não contratação: CALDEIRA, Marco e MIMOSO, Juliana Braz. *Da exclusão por incumprimento...* pp. 893-919.

<sup>291</sup> Como exemplo, as alíneas b), c), h), i) do artigo 55º do CCP.

<sup>292</sup> As questões dirigidas ao fiscal da obra – atual diretor de fiscalização da obra – poderiam muito bem serem indagadas quanto ao gestor designado fora da Administração: “... a preocupação de não nomear como fiscal de uma obra pública uma entidade rival do adjudicatário no mercado (sobretudo de empreitada) ou de assegurar que o técnico que fiscaliza a execução de uma obra por parte de um operador económico não integra o júri de um outro procedimento em que este operador económico se apresentou como concorrente. Como é

sua impugnação. Em um primeiro momento, apresenta-se como forma de resposta o mecanismo da impugnação administrativa contido nos artigos 267º e seguintes do CCP<sup>293</sup>. Aparentemente, deste modo os recursos ficariam limitados.

Contudo, pode haver lugar à aplicação da reclamação da minuta do contrato, prevista no artigo 102º CCP, desde que tal possibilidade esteja contida nas hipóteses taxativas do nº 1 do presente artigo<sup>294</sup>. Esta última hipótese será possível na hipótese da designação do gestor ser feita pelo caderno de encargos, o que estaria contido nas alíneas *a)* ou *c)* do nº 2 do art. 96º do CCP<sup>295</sup>.

### **3.4. A Auferição da Performance do Contrato: A Conceituação Positiva de sua figura por meio da Profissionalização.**

Em razão de sua complexidade, o gestor precisa de ser um profissional multifacetado. No entanto, a princípio, não há vedações para que a gestão seja feita por mais de uma pessoa e inclusive por um grupo privado, ou empresa, altamente especializado, mediante pacto devidamente estruturado pelo contraente público, com cláusulas específicas e claras quanto à forma de gestão direcionada para o resultado<sup>296</sup>. Afinal, como já referido, o artigo 290º-A impõe a obrigação de designar o gestor, mas não impõe que o mesmo seja

---

*evidente, situações como as aqui adiantadas prestam-se óbvios conflitos de interesse (em que o fiscal de obra tem interesse em obstaculizar e depreciar o desempenho do empreiteiro, no primeiro caso, ou em que o membro do júri não está numa posição de equidistância, no segundo caso)...” CALDEIRA, Marco e MIMOSO, Juliana Braz. Da exclusão por incumprimento de contrato(s) anterior(es) à luz das novas directivas em matéria de contratação pública in Liber Amicorum SANTOS, Manuel Simas; PITON, André Paulino e CARNEIRO, Ana Teresa (coord.), Rei dos Livros, 2016. p. 919 n.r. 86.*

<sup>293</sup> Aliás, o nº 1 do próprio artigo 267º do CCP prescreve a aplicação subsidiária do CPA.

<sup>294</sup> Art. 102º CCP. Reclamação da minuta do contrato. “1 – As reclamações da minuta do contrato a celebrar só podem ter por fundamento a previsão de obrigações que contrariem ou que não constem dos documentos que integram o contrato nos termos do disposto nos nºs 2 e 5 do artigo 96º ou ainda a recusa dos ajustamentos propostos. (...)”.

<sup>295</sup> Art. 96º CCP. Conteúdo do contrato. “(...) 2 – Fazem sempre parte integrante do contrato, independentemente da sua redução a escrito: *a)* os suprimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes, desde que esses erros e omissões tenham sido expressamente aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar; (...) *c)* O caderno de encargos (...)”.

<sup>296</sup> Além da assinatura de termos de confiabilidade por entender que o gestor advindo de *outsourcing* teria acesso a informações privilegiadas. Neste sentido: MATOS, Sara Younis Augusto de. *Gestor do contrato...* p. 803.

oriundo do seu quadro de funcionários ou mesmo que este esteja diretamente vinculado com a Administração Pública.

Todavia, em virtude do que se demonstrou nos pronunciamentos da União Europeia, o uso recorrente desta gestão contratada não é, com o tempo, o ideal.

A União Europeia deu indicações no sentido de que se espera que as Administrações dos Estados-membros estabilizem e estruturem a figura do gestor dos contratos como profissional pertencente aos quadros de funcionários da Administração.

Seguindo figuras comparativas no espectro do direito internacional, os EUA recorrem no âmbito da Federação à *Federal Acquisition Regulation* para proceder à contratação pública. No FAC atual, elaborado em 2005 - e demais alterações -, o legislador norte-americano destinou um capítulo inteiro para tratar da administração do contrato e de serviços de auditoria, demonstrando a importância dada para administração do contrato<sup>297</sup>.

No mesmo sentido, o mesmo documento estabeleceu que qualquer contrato assinado pela Administração, por qualquer entidade contraente, poderá ser direcionado para uma espécie de secretaria, denominada *Contract Administration Office*, destinada a realizar uma série de funções previamente estipuladas, nomeadamente setenta e uma funções<sup>298</sup> – podendo algumas delas ficar sob a responsabilidade da entidade contraente – ou outras onze funções que ainda poderão ser submetidas ao *CAO*, caso a entidade contraente tenha expressamente autorizado a delegação de tais funções<sup>299</sup>. Portanto, além de ser destinado um *officer* que unifica todas as contratações no âmbito da federação, a contratação norte-americana ainda deixa claro que o gestor de qualquer contrato, denominado de *contracting officer*, poderá delegar a administração do contrato ou os serviços especializados de suporte ligados ao contrato, podendo inclusive ser feita a requisição específica, desde que o requisitado esteja contido em lista mantida pelo *Federal Directory of Contract Administration Services Components*<sup>300</sup>. Esta segunda figura, conhecedora técnica, passa a impressão de possuir grandes semelhanças com o que foi dito sobre o fiscal do contrato.

Retornando à figura do gestor dos contratos públicos sob a perspectiva europeia e portuguesa, ela traduz a necessidade de uma gestão contínua, independente e profissional, permitindo assim a máxima otimização do contrato. Para tanto, somente um profissional

---

<sup>297</sup> FAR, Part 42 – Contract Administration and Audit Services.

<sup>298</sup> FAR, Subpart 42.302 Contract administration functions, (a).

<sup>299</sup> FAR, Subpart 42.302 Contract administration functions, (b).

<sup>300</sup> FAR, Subpart 42.202 Assignment of contract administration.

altamente capacitado teria a possibilidade de imprimir isso durante o curso da execução do contrato.

A Comissão Europeia, numa demonstração da sua mobilização para a profissionalização da contratação pública, apresentou no ano de 2017 uma comunicação intitulada *Construindo uma arquitetura para profissionalização dos contratos públicos*, em que apresenta três pilares para estruturar essa construção: *I. Definir uma estratégia para a profissionalização da contratação pública; II. Recursos humanos – melhorar a formação e gestão da carreira e III. Sistemas – disponibilizar ferramentas e metodologias*<sup>301</sup>.

A profissionalização do gestor dos contratos públicos passa a ser ponto central adotado pela Comissão Europeia, que incentiva os Estados-membros a desenvolverem essa profissão por meio de uma formação inicial e continuada, fomentando inclusive a criação de cursos ou matérias específicas, em estudos de 1º, 2º ciclo e pós-graduação. Portanto, a Comissão passa a impressão de que esta iniciativa visa a criação de uma categoria específica de profissionais, capacitados desde o início para assumirem com plena consciência as exigências da contratação pública, a saúde de seu contrato e de sua execução<sup>302</sup>.

A Comissão ratifica o apoio da academia materializado no aprofundamento e refinamento das instituições – algo que Portugal já realizava antes mesmo de integrar a União Europeia –, incentivando a investigação e cooperação acadêmica<sup>303</sup>. Além disso, os Estados-membros devem proporcionar um ambiente constante de reciclagem e troca de experiências entre os gestores no sentido de uma ampliação e atualização de seus conhecimentos, assim se implementando um sistema de que possa atribuir signos distintivos do grau de fiabilidade do gestor, apresentando *standards*, ou seja, presunções acerca da qualidade do profissional, como ocorre por exemplo, com os produtos e serviços que cumprem as normas da Organização Internacional de Normalização (ISO). Para isso, além de procurar a sua própria formação contínua, a própria Administração, no âmbito de suas entidades adjudicantes, deverá proporcionar um plano de carreira estruturador e compensador, para fomentar que os gestores prossigam o aprofundamento teórico e prático, em vista do reflexo nos seus ganhos

---

<sup>301</sup> Recomendação (UE) 2017/1805 da Comissão, de 3 de outubro de 2017, sobre a profissionalização.... Sua análise pormenorizada será vista em 3.4.1.

<sup>302</sup> *Idem*, Item II, nº 4, a).

<sup>303</sup> 4. “Os Estados-Membros devem desenvolver programas de formação adequados – iniciais e ao longo da vida – com base nos dados e na avaliação das necessidades, bem como em quadros de competências, quando disponíveis, nomeadamente: (...) d) colhendo benefícios da cooperação acadêmica e da investigação, a fim de construir um sólido apoio teórico para encontrar soluções em matéria de contratação pública. (...)”. *Idem*.

de forma escalonada e de acordo com a complexidade e tempo do contrato que estariam aptos a gerir<sup>304</sup>.

A própria Comissão deixa clara a necessidade de os Estados-Membros identificarem os atributos mínimos necessários – teóricos e práticos – para que quem está ligado à contratação pública desempenhe devidamente o seu papel<sup>305</sup>. Nisto se reflete a atual sociedade de risco<sup>306</sup>, uma vez que tais funcionários precisam de ter consciência da necessidade de buscarem um conhecimento multidisciplinar que lhes permita enfrentar a complexidade de uma contratação pública. Para ser bem-sucedida a execução do contrato, necessita de acompanhamento constante e conhecimentos jurídicos. Além disso, os profissionais que realizam esta tarefa necessitam de preparação cognitiva para anteverem situações de possível turbulência na execução do contrato e implementarem as melhores alternativas para a manutenção e a estabilidade do contrato.

A necessidade de o gestor ter um conhecimento multifacetado e aprofundado sobre o contrato e o seu objeto – ou o canal direto com quem domine essa especificidade do objeto, o que se liga à figura do fiscal –, auxilia na sua função, prezando a estabilidade da relação, e antevendo situações que permitam uma reação adequada. Para que isso ocorra, o gestor deveria ter uma discricionariedade bem definida, tendo o contraente público confiado a ele a execução do contrato. O mesmo ficaria em condições de identificar e interpretar o cenário atual e futuro da execução do contrato. A ideia seria que, com a profissionalização do gestor, o gestor construísse não só um perfil gerencial, mas uma espécie de consciência em que o

---

<sup>304</sup> 5. “Os Estados-Membros devem ainda incentivar e apoiar as autoridades/entidades adjudicantes a adotarem uma boa gestão dos recursos humanos e sistemas de planeamento de carreiras e motivacionais especificamente vocacionados para as funções da contratação pública com vista a atrair e manter pessoal qualificado no domínio da contratação pública com vista a atrair e manter pessoal qualificado no domínio da contratação pública e a incentivar os profissionais a assegurar uma melhor qualidade e uma abordagem mais estratégica na contratação pública, através, nomeadamente, de: a) regimes de certificação e/ou de reconhecimento que identifiquem e recompensem adequadamente funções no domínio da contratação pública; b) estruturas de carreira, incentivos institucionais e apoio político que permitam resultados estratégicos; e c) prémios de excelência para promover boas práticas em áreas como a contratação pública responsável em matéria ambiental, social e de inovação ou o combate à corrupção”. *Idem*.

<sup>305</sup> Em sentido similar: FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. *Gestão de contratos administrativos: importância do artigo 67 da Lei n.º 8.666/93*, Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 5, n.º 50, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006.

<sup>306</sup> Sabemos que o mundo idealizado pelo pensamento revolucionário se transformou radicalmente, de forma acelerada no pequeno século XX, que engendrou uma “sociedade técnica de massas” (Rogério Soares) e, na Europa, um “Estado Social de Serviço Público”, e, mais ainda, na transição para o novo milénio, nos encaminhou para uma “sociedade de risco” e para um “Estado Regulador e Garantidor” num contexto mundializado. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa* in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3980, ano 142, Coimbra Editora, Coimbra, 2013. p. 286.

mesmo tenha a perfeita percepção de que é nele que a Administração e a sociedade confiam para o sucesso do contrato.

A desburocratização e a discricionariedade ocasionada pela especialização e a fiabilidade criam como reflexo uma responsabilidade mais robusta, que necessariamente impõe ao gestor uma atuação com a mais alta consciência das suas ações.

Antes de nos adentrarmos na procedimentalização para aferição da performance dos contratos públicos geridos, registamos que o impulso à profissionalização não se restringe à figura do gestor, muito embora este acabe tomando a posição de bastião do movimento<sup>307</sup>. A profissionalização torna-se assim uma exigência para a contratação pública como um todo, sendo necessário o comprometimento técnico de todos. Com efeito, de acordo com estudos oportunos, em termos de perdas económicas, a corrupção seria responsável por algo em torno de 17%, ao passo que a baixa profissionalização representaria 83%<sup>308</sup>, o que significa que, caso se consiga resolver esse problema, a profissionalização da contratação pública gerará um ganho económico de aproximadamente 80 mil milhões de euros<sup>309</sup> perante os Estados-Membros da União Europeia.

A procedimentalização, ou seja, a forma como o contrato passa a ser averiguado, os meios disponibilizados para esse efeito e a capacidade dos profissionais para o seu manuseio e interpretação passam a ser fundamentais para Portugal e para União Europeia.

### **3.5. A Aferição da Performance do Contrato: Procedimentalização.**

A questão que se coloca seria quanto aos mecanismos disponibilizados para o gestor para que este possa averiguar a execução do contrato, primando a herança do dos 3E do *NPM*: economia, eficiência e efetividade<sup>310</sup>. Quanto a esta herança tríade, a sua observância

---

<sup>307</sup> Consideração nº 5, Recomendação (UE) 2017/1805..., p.1.

<sup>308</sup> BANDIERA, O.; PRAT, A. e VALLETTI, T. M. *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experimente*, 2008 apud in Comissão Europeia. *Commission Staff Working Document, A Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence. Accompanying the document Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business*, {COM(2015) 550 final} {SWD(2015) 203 final}, de 28 de outubro de 2015. p. 61.

<sup>309</sup> Comissão Europeia. *Commission Staff Working Document, A Single Market...* p. 61

<sup>310</sup> A Lei de Enquadramento Orçamental – Lei nº 91/2001, de 21 de agosto – em seu artigo 10-E um propósito acerca destes princípios: “1 - A assunção de compromissos e a realização de despesa pelas entidades pertencentes aos subsectores que constituem as administrações públicas estão sujeitas ao princípio da

não necessita de equanimidade, o que significa que poderá, a depender do momento político-económico ou do contrato em questão, um dos três princípios assumir um destaque maior dos que os outros, desde que os demais sejam respeitados e presentes na equação.

As formas de averiguação são as mais diversas. Segundo a OCDE, a melhor interpretação para averiguar um contrato, ou seja, a sua performance, que seria conceituada como a forma de ação ou processo de executar uma determinada tarefa ou função. Contudo, a própria adverte que quando aplicada a contratação pública, estes indicadores tornam mais complexos e multifacetados, em virtude de inúmeros fatores, como a interligação de diversas tarefas para concretizar a tarefa final, que em geral não significa um único objetivo e o desempenho efetivo seria efetuado em virtude do comportamento de inúmeros agentes. Logo, para ver a *Big Picture*, a mesma organização salienta a necessidade de levar em consideração se os objetivos da contratação estariam aliados aos objetivos dos *decision makers*, quais seriam as rotas para alcançar os objetivos da contratação e um histórico dos agentes que interagem com a contratação para entrega daquilo que foi almejado<sup>311</sup>.

O cenário tende a apresentar – ou ao menos aparentar - uma subjetividade relativamente alta ou uma variedade de possibilidades que podem levar ao descarrilamento da execução do contrato. A necessidade de algo mais efetivo seria prudente para estabilização do contrato.

No entanto, a própria OCDE e outras organizações europeias, como a *Eurostat*, acreditam que uma forma de minimizar este subjetivismo e contemplar uma maior segurança, seria por meio de indicadores mais objetivos e pelo amparo da estatística. Tais ferramentas apresentam uma possibilidade de minimizar as oscilações do tempo e da vida, bem como a possibilidade de alguma previsibilidade frente aos mais diferentes problemas. O grupo de dados dos quais permitem retirar as indicações - e posterior avaliação - denomina-se de indicadores de performance. Neste sentido, alguns sinais demonstram que o novo direito administrativo, que passou de direito administrativo dos clips para direito administrativo dos negócios, não apenas trouxe o público próximo do privado, o anglo-

---

*economia, eficiência e eficácia. 2 - A economia, a eficiência e a eficácia consistem na utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público, na promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa e na utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar”.*

<sup>311</sup> OCDE. *Discussion Paper on Public Procurement...*, p. 6.

saxônico do romano-germânico, mas também incentivou significativamente a comunicação entre o Direito e Economia<sup>312</sup>.

### 3.5.1. Situações de Obrigatoriedade da Procedimentalização pelo Gestor.

O artigo 290º-A do CCP apresenta uma série de deveres direcionados à figura do gestor. O primeiro deles, como vimos, é o dever de acompanhamento permanente durante a execução do contrato. Em seguida, no nº 2 do referido artigo, impõe-se um dever de elaboração de indicadores de performance quantitativos e qualitativos para averiguar a execução do contrato como um todo. Tais indicadores devem identificar, entre outros, “...os níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material do contrato”<sup>313</sup>. Contudo, não existe obrigação de confecção por todos os gestores. A obrigatoriedade recai sobre três hipóteses: (i) quando o contrato apresente uma complexidade técnica significativa; (ii) quando o contrato apresente uma complexidade financeira significativa, e; (iii) quando o contrato tenha um prazo de duração superior a três anos<sup>314</sup>.

A imposição de elaboração dos indicadores para os contratos acima de três anos não possui uma racionalidade aparente para a sua obrigatoriedade. Contratos de longa duração impõem, por razões normais de tempo, uma complexidade técnica ou financeira, o que já estaria sob o dever de identificação do nível do desempenho. A imposição temporal inicial nos contratos com duração superior a três anos, não parece a melhor apresentada devido à brevidade de vida do contrato. Portanto, de acordo com a disposição normativa, além da obrigatoriedade de nomeação do gestor para todo e qualquer contrato, a obrigação de elaboração de indicadores acaba sendo quase que da mesma extensão, limitando a faculdade da apresentação dos indicadores para contratos com prazo inferior a três de

---

<sup>312</sup> Sobre o tema em sentido mais amplo: SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2014; mais restrito: RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito*, 2ª edição, Editora Almedina, 2016.

<sup>313</sup> Nº 2, do art. 290º-A CCP.

<sup>314</sup> Art. 290º-A CCP. “(...) 2 - Quando se trate de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos, e sem prejuízo das funções que sejam definidas por cada contraente público, o gestor...”

duração e que não apresentem maiores complexidades técnicas ou financeiras. Mesmo não havendo a obrigatoriedade de indicadores, nos casos de menor complexidade seria prudente alguma consubstanciação documentada de sua atuação, como a ideia de um simples *box-ticking* ou questionamentos com respostas feitas em “sim” e “não” e espaço para eventuais comentários.

Nos demais casos, os indicadores seriam referências, sinais presuntivos que permitem aferir a execução do contrato, e não apenas o objeto do contrato. A entrega de um bem, serviço ou obra, acaba sendo o objeto do contrato, a sua obrigação principal. No entanto, existem na órbita do objeto contrato obrigações menores (acessórias) que podem vir a causar prejuízos materiais e temporais à execução do contrato. Logo, tais obrigações também carecem de monitoramento, porquanto o monitoramento não se destina ao objeto, mas sim à execução do contrato. Além disso, o CCP não traz nenhuma menção à quantidade de indicadores que deverão ser produzidos durante o período de existência do contrato.

A aparente ideia seria a de que, havendo uma das três características que garantem a sua confecção, obrigatoriamente haverá que existir ao menos o surgimento de indicadores em um determinado momento. Todavia, contratos de maior complexidade ou de maior duração não poderão ficar satisfeitos com a entrega de um ou apenas alguns indicadores, necessitando uma maior periodicidade de produção e entrega.

Parece ser razoável que a confecção de indicadores se realize com frequência, em razão da noção de que os indicadores, por mais fidedignos que sejam, retratam um momento capturado em determinado espaço-tempo; como numa fotografia, o que se segue não vem na foto. Assim, mesmo que a atividade de gestão seja (e deve ser) constante – uma ação contínua, um filme sem cortes – a compilação e demonstração dos dados obtidos não são.

Em suma, a elaboração dos indicadores constitui um requisito base: é o mínimo exigível pelo contraente público, e que permite determinar outras funções, desde que ligadas à averiguação da execução do contrato<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> Art. 290º-A. “(...) 2- Quando se trate de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos, e sem prejuízo das funções que sejam definidas por cada contraente público, o gestor deve (...)”.

### 3.6. A Caixa de Ferramentas da União Europeia para Profissionalização da Contratação Pública.

Uma interessante ideia, existente em países como os EUA e que terá sido recentemente adotada pela União Europeia, foi a de equiparar o direito administrativo a uma caixa de ferramentas<sup>316</sup>. Existe, com efeito, uma nova interpretação do direito administrativo – que em certa medida apresenta alguma relação com a expressão “arsenal administrativo”, utilizada por Rogério Soares<sup>317</sup> –, que inicialmente se difundiu nos EUA e que aparentemente passou a ser adotada pela União Europeia, que busca equiparar o direito administrativo a uma caixa de ferramentas.

Segundo esta teoria, o atual direito administrativo, presente num mundo cada vez mais complexo, com as mais distintas dimensões de direitos fundamentais, com cidadãos atuando em diferentes papéis e visando a melhor gestão possível de um Estado multifacetado – Regulador, Contratante e Garantidor –, tornou-se um verdadeiro conjunto de ferramentas destinadas às diversas pretensões, consoante o caso concreto. Na base está a ideia de que o Estado é proprietário de uma caixa de ferramentas altamente especializada – Direito Administrativo – que permite a sua utilização a pessoas habilitadas com o propósito de apresentarem a melhor solução com tais ferramentas. Pretende-se assim tornar o direito administrativo dinâmico e voltado para a resolução dos problemas concretos<sup>318</sup>. Quanto mais especializado o profissional e quanto mais e melhores as ferramentas disponibilizadas, maior a chance de êxito. Tal percepção orienta-se para a ideia sustentada de gestão pública, na ótica da boa governança, e de ser – ou buscar a ser – o que Fritz Werner denominou de *direito constitucional concretizado*<sup>319</sup>, no sentido de orientado para os resultados, para a eficiência

---

<sup>316</sup> ESTY, Daniel C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, New Haven, 2008. p. 1524. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=fss_papers). Acesso em 12 de junho de 2018.

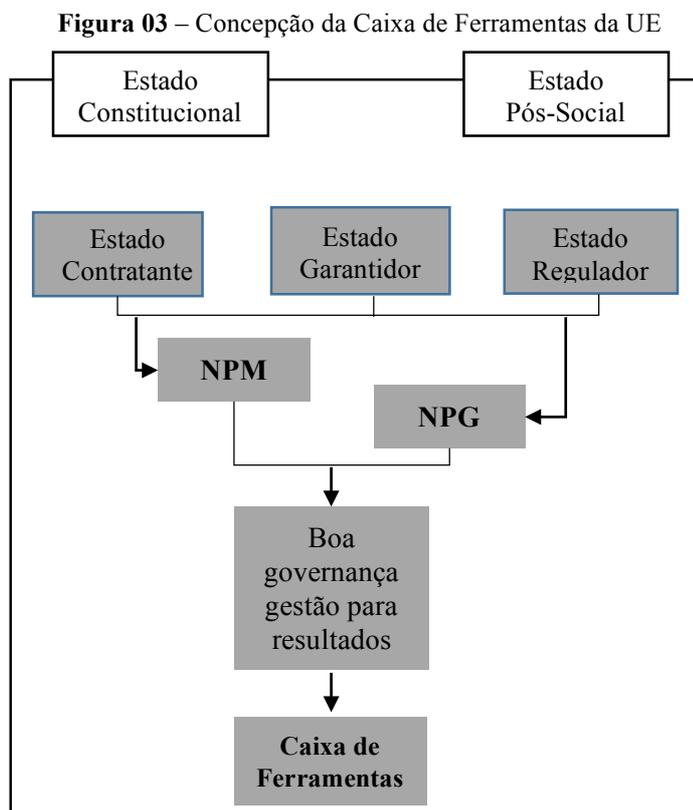
<sup>317</sup> SOARES, Rogério E. *Direito...* p. 43.

<sup>318</sup> “Podemos imaginar o governo como um conjunto de ferramentas administrativas — tais como ferramentas de marcenaria ou jardinagem, ou de qualquer outra atividade. [...] O que um governo faz para nós — seus súditos [subjects] ou cidadãos — é tentar moldar nossas vidas aplicando um conjunto de ferramentas administrativas, em várias combinações e contextos diferentes, de modo a servir a uma variedade de propósitos”. HOOD, Christopher C.; MARGETTS, Helen Z. *The tools of government in the digital age*, Palgrave MacMillan, New York, 2007. p. 2.

<sup>319</sup> “É geralmente sabido que o Direito Administrativo, de todos os ramos do direito, é aquele que mais perto reflecte e acompanha as vicissitudes da evolução política e do Direito Constitucional. Por isso, num momento inspirado, Fritz Werner chamou ao Direito Administrativo – “Direito Constitucional concretizado””. FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Última...* p. 13. Mesmo sentido: MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito*

da Administração Pública, e tendo como pano de fundo os objetivos constitucionalmente pretendidos e dos direitos fundamentais obtidos e preservados<sup>320</sup>.

De forma esquematizada, poder-se-ia afirmar que a concepção do que foi denominado como caixa de ferramentas ocorreu da seguinte maneira:



*Administrativo Alemão*, trad. Dr. Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001. p. 23 e PEDROSA, António Lopes Guimarães, *Curso...*, p. 93.

<sup>320</sup> “(...) concludo haver considerável utilidade prática em compreender e desenvolver, metaforicamente, o direito administrativo como uma caixa de ferramentas, no atual estado da arte em que se encontra. Especialmente tendo em vista que isso importa, a um só tempo: (i) perceber o direito administrativo como uma tecnologia social, que deve cumprir uma função prática e dinâmica, a fim de dar conta de impasses e objetivos concretos; (ii) caminhar na direção da construção de ideias e modelos jurídicos mais úteis e comprometidos com a realidade e seu contexto de aplicação, colaborando para a conciliação entre teoria e prática; (iii) reforçar a relação de meios e fins que deve orientar a ação administrativa, ilustrando seu compromisso com os resultados concretos de suas reflexões; (iv) não assumir categorias apriorísticas e estáticas, adotando em seu lugar uma abordagem constantemente crítica e flexível que, partindo do desenho das ferramentas, da forma como utilizadas e da experiência acumulada, possa definir estratégias de ação e medir resultados e consequências daí provenientes; (v) possibilitar o diagnóstico de como de fato funciona certa ferramenta, ou combinação de ferramentas, apurando suas vantagens e desvantagens, para, então formular, manter ou reformular o arranjo jurídico e a ação administrativa; e (vi) experimentar novas ferramentas, de preferência pontualmente, pra avaliar a sua capacidade de sucesso em seus propósitos e, se assim confirmado, expandir a sua incidência”. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como “caixa de ferramentas”*, Editora Malheiros, São Paulo, 2017. p. 66.

De forma intencional, a UE apresentou por meio de sua Comissão um documento não vinculativo que acompanhou a Recomendação 2017/1805, intitulado *Caixa de Ferramentas de Boas Práticas* no qual consubstancia práticas identificadas como positivas em workshops realizados entre os anos de 2016 e 2017, sendo estas divididas em três capítulos - com um total de nove capítulos e oitenta exemplos -, em moldes bastante semelhantes aos pilares para construir a arquitetura eficiente da contratação e das compras públicas. Esclarecendo um pouco mais a apresentação da caixa de ferramentas, a Comissão apresentou ferramentas orientadas para o aumento do desempenho da capacidade administrativa, agrupadas em três pontos: estrutura, recursos humanos e sistemas<sup>321</sup>.

Como dissemos, a caixa de ferramentas disponibilizada apresentou uma série de ferramentas orientadas para a contratação e para as compras públicas e para todos os profissionais envolvidos. Passamos a apresentar as ferramentas mais interessantes ou mais adaptadas para a profissionalização do gestor e da execução do contrato.

### **3.6.1. Estrutura.**

Prosseguindo a análise de acordo com a apresentação feita pela Comissão, a Estrutura visa a clareza nas designações de atribuições e responsabilidades no âmbito dos diferentes departamentos das instituições públicas. Portanto, orienta-se para o bom uso do dinheiro público, incluindo gerência, administração, implementação, monitoramento, gestão, além de órgãos que auxiliem essas tarefas, como a supervisão e a auditoria<sup>322</sup>.

Portanto, as ferramentas apresentadas para a Estrutura perseguem três objetivos distintos. O primeiro é assegurar uma profissionalização a longo prazo, com planos de carreira e delimitações mais diretas das figuras, destinada a todos os profissionais atuantes na contratação pública.

Conforme sucede em Itália, os maiores problemas que a contratação pública apresenta provêm da falta de profissionalização – o que acarreta, por exemplo, uma deficiência na produção e avaliação de documentos – e da falta de prática legal ou técnica

---

<sup>321</sup> Os mesmos pontos que a Comissão utiliza para avaliação. Comissão Europeia. *Toolbox of good practices*, C(2017)6654 final, de 03 de outubro de 2017, p. 6.

<sup>322</sup> *Idem*.

que proporcione aptidões e técnicas desejáveis para quem desempenhe determinadas funções<sup>323</sup>.

Em seguida, a Comissão esclarece que uma profissionalização estratégica necessita de estar relacionada com as demais políticas públicas<sup>324</sup>, com a regulação ligada à sua atuação, e de estar ciente dos desenvolvimentos e avanços dos serviços públicos, estabelecendo prioridades. Além disso, a Comissão recomenda a digitalização de todos os procedimentos e o mapeamento do *status quo* atual, com a identificação de todos os procedimentos e pessoas envolvidas. Feito isso, passam a ser analisados e identificados os motivos de ineficiência e as eventuais soluções. Se o procedimento for bem-sucedido e apresentar uma nova forma agir mais eficiente, o mesmo precisa de ser formalizado, e terão de disponibilizados treinamentos, explicações e apresentações quanto ao uso do novo modelo, ou seja, uma aliança entre teoria e prática<sup>325</sup>.

A Comissão fomenta a troca de conhecimentos e as boas práticas entre os Estados-Membros e as organizações internacionais<sup>326</sup> para que cada vez mais seja possível uma prática voltada para os resultados, que só serão alcançados com conhecimento e ferramentas corretas<sup>327</sup>. Além disso, a cooperação entre diferentes contraentes de áreas e regiões do mesmo Estado-Membro são incentivadas por permitirem que problemas locais sejam analisados sob diferentes perspectivas<sup>328</sup>.

Ainda quanto à estrutura, a Comissão disponibiliza ferramentas direcionadas ao fomento de centros de *expertise* voltados para a profissionalização e o auxílio na divulgação de artigos e newsletters voltados para estes temas. A seção seguinte da caixa de ferramentas destina-se aos recursos humanos.

---

<sup>323</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>324</sup> “(...) Um sistema de contratação pública bem concebido contribui igualmente para alcançar objetivos prementes em matéria de políticas, tais como a proteção ambiental, inovação, criação de emprego e o desenvolvimento das pequenas e médias empresas”. OCDE. *Recomendação do Conselho em Matéria de Contratos Públicos*, 2015. p. 3. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recomendação-conselho-contratos.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2018.

<sup>325</sup> Comissão Europeia. *Toolbox...*, pp. 12 e 13.

<sup>326</sup> “A contratação pública é um pilar nuclear para as administrações públicas da governação estratégica e do fornecimento de serviços. Dado o elevado volume de despesa que representa, uma contratação pública bem gerida pode e deve desempenhar um papel relevante na promoção da eficácia do setor público e no estabelecimento da confiança dos cidadãos...”. OCDE. *Recomendação do Conselho...* p. 3.

<sup>327</sup> Comissão Europeia. *Toolbox...*, p. 14.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 17.

### 3.6.2. Recursos Humanos.

Os recursos humanos são o reflexo do trabalho desempenhado e das tarefas e responsabilidades ligadas ao mesmo. São os meios que permitem estimar o número necessário de funcionários – e as respetivas qualificações – para a realização das tarefas, bem como para desenhar uma carreira estimulante com reconhecimento profissional e financeiro<sup>329</sup>. A Comissão disponibiliza ferramentas visando estabelecer uma estrutura baseada na identificação das competências mínimas que possam garantir uma maior probabilidade de sucesso na contratação. Após devidamente delimitadas<sup>330</sup>, devem ser alcançadas por meio de cursos, sejam eles de licenciatura, pós-graduação ou mesmo treinamentos para os mais diferentes níveis de profissionais que já atuam na contratação, em especial aqueles que irão desempenhar papéis de gestão, proporcionando estudos dirigidos ao setor em que atuam, viabilizando ainda atualizações legislativas e procedimentais<sup>331</sup>. Os ensinamentos e seus utilizadores ficam beneficiados se o aprendizado incluir atividades presenciais e exercícios e aulas na modalidade online, o que permite um fácil acesso e a possibilidade de educação à distância<sup>332</sup>.

O mundo académico proporciona conhecimentos que ainda não chegaram ao público ou ainda não foram aprofundados. De qualquer maneira, uma parceria com o mundo académico fomentaria, segundo a Comissão, o aprofundamento de temas importantes para a contratação, seja mediante a disponibilização de fundos, bolsas e cursos mais direcionados, como ocorre na Universidade de Nottingham, no Reino Unido<sup>333</sup>.

---

<sup>329</sup> *Idem*, p. 6

<sup>330</sup> Interessante a criação, ainda em fase de desenvolvimento, pela UE denominada de *European Competency Framework (ECF)*, em que a UE engendra esforços para delimitar uma lista mínima de atributos e competências para aqueles que atuam na Contratação Pública, por meio de análise do que já vem sendo desenvolvido nos Estados-Membros, analisar as competências já exercidas, identificar as falhas de competências e quais treinamentos seriam válidos para suprir esta falha, buscar criar uma homogeneização na profissionalização o que geraria uma potencialização da operacionalização e do processo de recursos humanos e assim, desenhar uma ECF válida e aplicável com os principais valores, as competências profissionais, operacionais e de gestão para desempenho efetivo do cargo em análise. UE. *The EU Customs Competency Framework*. Disponível em [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/eu-training/eu-customs-competency-framework\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/eu-training/eu-customs-competency-framework_en). Acesso em 28 de maio de 2018.

<sup>331</sup> Comissão Europeia. *Toolbox...*, pp.32-33.

<sup>332</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>333</sup> *Idem*, pp. 41-42. A universidade de Nottingham disponibiliza um famoso curso denominado de *Executive Programme on Public Procurement Law and Policy*, coordenado pela Professora Sue Arrowsmith. Disponível em <https://www.nottingham.ac.uk/law/study/executive-programmes/index.aspx>. Acesso em 28 de maio de 2018.

Ainda quanto aos *Recursos Humanos*, são vitais: a estruturação de carreiras, os incentivos institucionais e o reconhecimento de títulos obtidos por cursos – os quais habilitariam para níveis hierárquicos superiores em sua estrutura – e por prêmios honoríficos obtidos em virtude do grau de excelência alcançado no contrato<sup>334</sup>.

### 3.6.3. Sistemas.

O último grupo de ferramentas, denominado de *Sistemas*, liga-se ao propósito de desenvolver sistemas, manuais, métodos e demais procedimentos que assegurem uma efetividade maior, proporcionando uma minimização dos erros oriundos do mau funcionamento e a promoção da efetividade e eficiência<sup>335</sup>. No âmbito das ferramentas ligadas aos sistemas, a UE faz o maior número de recomendações, dividindo em quatro grandes subgrupos.

O primeiro subgrupo foi criado para enfatizar três ações vistas como positivas pela UE: acesso à informação por meio de um portal online único; o desenvolvimento de ferramentas de TI acompanhadas de treinamento e a padronização, disponibilização e interoperabilidade do sistema. A primeira ação seria quanto à ideia de um portal online único; trata-se da criação de uma *one-stop shop*, um sítio eletrônico dotado de todas as informações relevantes para aqueles que estão atuando na contratação pública, simplificando a busca de informações e trocas de informações, como ocorre no da Holanda com o *PIANOo*, em que o mesmo sítio eletrônico também serve para o encontro dos profissionais da contratação pública e a troca de experiências, acesso a newsletters periódicas, disponibilização de ferramentas para otimização da contratação e acesso a exemplos e casos sucesso<sup>336</sup>.

A segunda ação orient-se para o desenvolvimento das ferramentas digitais, que seriam, basicamente, concretizadas por três pilares: (i) traçar uma estratégia para identificar falhas relacionadas com as ferramentas digitais disponibilizadas e utilizadas, disponibilização de atualizações voltadas para alcançar os potenciais benefícios pelo seu uso

---

<sup>334</sup> *Idem*, pp. 43-48.

<sup>335</sup> *Idem*, p. 6

<sup>336</sup> *Idem*, p. 50.

correto; (ii) disponibilização de treinamentos voltados para os mais diferentes setores ligados ao sistema, otimizando as ferramentas para todos aqueles que as utilizam, sob os mais diferentes enfoques e (iii) o apoio político para referendar as mudanças identificadas pelos usuários como positivas e conceder maior nível de discricionariedade à exploração de diferentes possibilidades de soluções.

A terceira e última ação ligada à operacionalização e implementação do sistema, liga-se à padronização, partilha e interoperabilidade dos mesmos, ou seja, a possibilidade de inúmeras entidades acessarem e trocarem informações de seus bancos de dados de forma prática e segura, aproveitando a mesma informação para diversos bancos de dados, gerando destreza e a possibilidade de as entidades associarem entre si informações relevantes, além da possibilidade de resolução de problemas mediante uma análise sob perspectivas distintas.

Portugal serviu de exemplo para as duas últimas ações mencionadas. A primeira delas foi exemplificada pela ESPAP<sup>337</sup> e a segunda pelo sistema BASE<sup>338</sup>.

O segundo subgrupo, tal como o primeiro, se dividiu em três ações: (i) a criação de códigos de conduta com um mínimo de padronização e pactos de integridade; (ii) uso de dados sobre irregularidades em ordem à criação de guias e à organização de treinamentos; e, (iii) fomentar o desenvolvimento de guias específicos para auxiliar na previsão e detecção de fraudes e corrupção no âmbito da contratação e das compras públicas.

A ideia central deste grupo fica ligada à preservação das condutas éticas em toda a contratação, bem como o comprometimento de todos os envolvidos. Assim sendo, a Comissão Europeia faz menção de um Pacto de Integridade<sup>339</sup>, que será compartilhado a

---

<sup>337</sup> Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP) sucedeu em 2012, por meio do Decreto-Lei nº 117-A/2012, de 14 junho, a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP). Além disso, como o próprio preâmbulo do decreto enuncia “...assume a missão e atribuições do Instituto de Informática, da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E. P. E. (GeRAP), e da Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E. (ANCP), que são extintos, por fusão.” Sendo sua atividade precípua ligada as compras públicas, conforme estabelece o artigo 4º do referido do Decreto-Lei.

<sup>338</sup> Em virtude do estabelecido pelo artigo 2º - “Portal dos Contratos Públicos. “1 - O portal dos contratos públicos destina-se a divulgar informação pública sobre os contratos públicos sujeitos ao regime do Código dos Contratos Públicos. 2 - O portal dos contratos públicos constitui ainda o instrumento central de produção de informação estatística sobre a contratação pública nacional, nomeadamente para efeitos de elaboração dos relatórios estatísticos a remeter à Comissão Europeia. 3 - As regras de funcionamento e de gestão do portal dos contratos públicos são aprovadas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas” – do Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, a Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, regulamentou “...o funcionamento e gestão do portal dos contratos públicos, denominado de <<Portal BASE>>, previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP) e à aprovação dos modelos de dados a transmitir ao Portal BASE...”

<sup>339</sup> Usado pela cidade de Milão desde 1992, como reação ao escândalo conhecido como Tangentopoli e, posteriormente, referendado para toda Itália. *Idem*, p. 59. A fundamentação legal italiana veio por meio da

disseminado em toda a EU, em que o contraente público e o contratado – operador económico – celebram um contrato para afirmar perante ambos e a sociedade que não praticarão qualquer conduta ilícita e o seu relacionamento será o mais transparente possível, estabelecendo quais as condutas impraticáveis, e sanções para o caso em que as mesmas existam e devam ser analisadas através de um terceiro previamente estipulado, para garantia de total lisura entre as partes<sup>340</sup>. Além disso, fomenta a criação de mecanismos de *feedback*, como meios de monitoramento para identificação de problemas no âmbito da contratação pública e de apreciação de sugestões perante aqueles que possuem contato direto e constante com a contratação, como meio de garantir maior qualidade<sup>341</sup>. Uma outra possibilidade, seria a contratação de uma supervisão independente para casos de alto risco e grande complexidade, visando a prevenção de eventuais fraudes<sup>342</sup>.

Um último ponto ligado a este subgrupo é a ideia de fomentar o desenvolvimento de roteiros específicos para auxiliar na prevenção e nos meios de detectar eventuais fraudes ou corrupções. Sendo esta última, como a própria Comissão afirmou, capaz de afetar todos os Estados-membros e custando em torno de cento e vinte mil milhões de euros por ano aos europeus, e limitando o âmbito da contratação pública, estima-se que o impacto da corrupção no contrato, vista sob o prisma das vantagens ilícitas, é de um aumento de 10% a 20% dos custos globais<sup>343</sup>. Estes roteiros pretendem demonstrar tais práticas em vista da prevenção, incluindo a proteção dos *whistleblowers*, para fomentar a divulgação de situações incorretas testemunhadas pelos funcionários da administração<sup>344</sup>.

O penúltimo - terceiro - subgrupo se pautou por duas ações ligadas à segurança jurídica e à gestão estratégica. A primeira delas é o fomento da criação de manuais, compilações de jurisprudência e de boas práticas, disponibilizados nas mais diferentes plataformas, estimulando as formas mais céleres de pesquisa. A segunda é o

---

*Legge 6 novembre 2012 n° 190 que estabelece la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.*

<sup>340</sup> Os resultados seriam a contemplação do *value for Money*, da transparência, do *accountability*, do aumento de confiabilidade e justa competitividade. Comissão Europeia. *Toolbox...*, p. 58. A própria menciona, neste ponto, o trabalho de auxílio que a Transparency International proporciona na consultoria de temas ligados a corrupção. Disponível em <https://www.transparency.org>. Acesso em 26 de maio de 2018.

<sup>341</sup> Um exemplo apresentado pela UE foi Malta, em que há uma unidade de monitoramento de compliance, havendo inclusive a previsão e promoção do *whistleblowing*. Comissão Europeia. *Toolbox...*, p. 63.

<sup>342</sup> Como o *Mystery Shopper Services* disponibilizados no Reino Unido. *Idem*, p. 61.

<sup>343</sup> *Idem*, p. 66

<sup>344</sup> Como na Irlanda em que por obrigação estabelecida no *Protected Disclosures Act 2014* todos os setores públicos necessitam estabelecer procedimentos internos para garantir o incentivo e proteção daqueles que possuam informações relevantes em face fatos irregulares. *Idem*, p. 67.

desenvolvimento de modelos e ferramentas já disponibilizadas, para se garantir padronização e segurança nos mais diferentes procedimentos. Por exemplo, a disponibilização de ferramentas para calcular o custo do ciclo de vida, disponibilizando uma estimativa mais próxima da realidade, uma vez que leva em conta custos de investimento, operacionais e de final de vida<sup>345</sup>.

Por fim, o último subgrupo enfatizou (i) a ideia de proporcionar um serviço de apoio com suporte técnico – *helpdesk* – disponibilizado a todos os envolvidos na contratação, com especial menção para alguns objetivos da contratação recomendados pela UE, como os *green* ou alinhados com a inovação, as linhas diretas ou e-mails para contato daqueles que possam auxiliar no melhor resultado da contratação; (ii) a criação e expansão de uma *metodologia de troca de conhecimento*<sup>346</sup> e (iii) criação de fóruns online para trocas de informações, meios de submeter dúvidas e de compartilhar informações saudáveis, entre outros.

### **3.7. Adequando as Prateleiras na Caixa de Ferramentas.**

As ferramentas, apesar de segmentadas em três prateleiras distintas na caixa, conforme indica a exposição que fizemos, na verdade são partilhadas e usadas para atender a objetivos muito próximos. Se identificarmos as duplicidades e procurarmos resumir os diferentes objetivos e, mais especificamente, os dimensionarmos para o gestor e para o monitoramento da execução, encontramos dois grandes grupos: o primeiro seriam as ferramentas direcionadas para aperfeiçoar o gestor como profissional, o segundo para monitoria e prevenção da execução do contrato.

O primeiro grupo, denominado de *competência*, poderia ser disposto em dois subgrupos: acadêmico e prático. O subgrupo acadêmico seria formado – basicamente – por três pontos: cursos de formação e de formação contínua, *e-learning*, atualizações legislativas, e difusão de boas práticas. Manuais e textos introdutórios seriam aqui previstos. O subgrupo prático seria composto pela elaboração de um plano de carreira estruturado e a

---

<sup>345</sup> *Idem*, pp. 78-79.

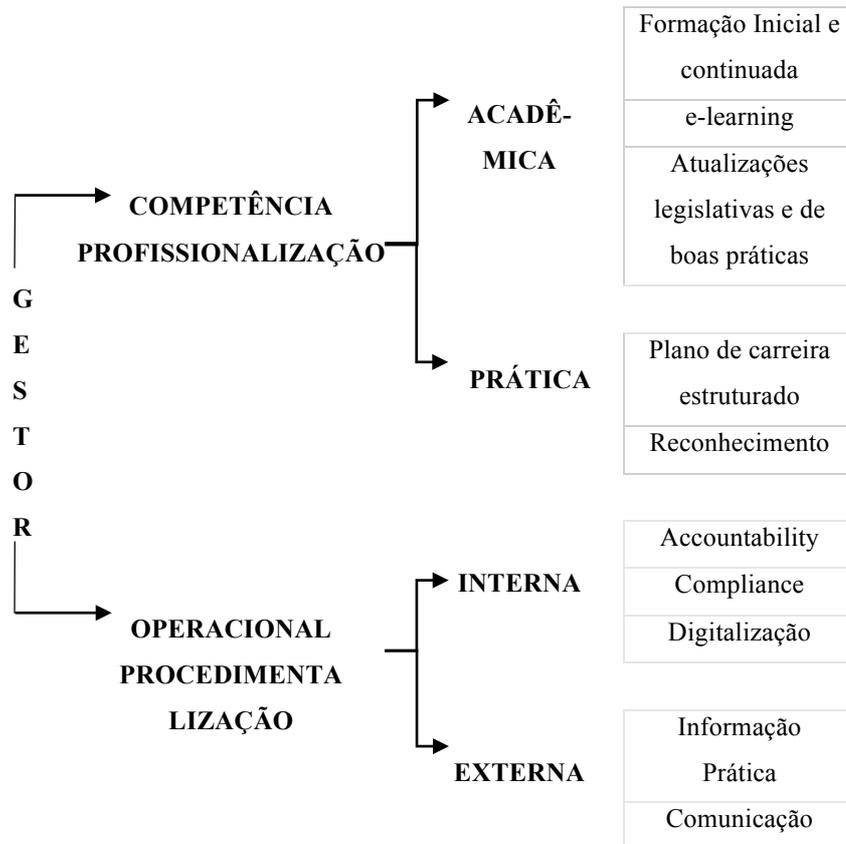
<sup>346</sup> Neste sentido, o Banco Mundial desenvolveu o *Open Knowledge Repository* em que disponibiliza milhares de livros e *working papers* compilados para fácil acesso. Banco Mundial. *Open Knowledge Repository*. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org>. Acessos em 30 de maio de 2018.

implementação de uma política reconhecimento de serviços prestados, por eficiência e tempo prestado. Portanto, fica claro que a proposta almejada pela UE quanto à sua implementação pelos Estados-Membros, não seria apenas quanto aos mecanismos de trabalho do gestor, mas em grande parte orientada para o seu aperfeiçoamento profissional.

O segundo grupo, denominado de *operacional*, também poderia ser alocado em dois subgrupos: interno e externo. O *operacional interno*, com três elementos essenciais: *accountability*, *compliance* e transparência – ligado à digitalização. O segundo subgrupo, denominado de *operacional externo*, caracterizar-se-ia pela disponibilização de informações práticas de fácil acesso – fóruns, tutoriais, alocação de arquivos e demais informações em um único sítio eletrônico – e pela agilidade e facilidade na comunicação entre os envolvidos na execução – v.g. gestor, fiscal, contraente público e particular -, disponibilização de centrais de atendimento, correios eletrônicos e garantia de livre acesso àqueles que procuram informar sobre eventuais deformidades no contrato.

Em breve síntese:

**Figura 04** – Profissionalização e Procedimentalização do Gestor



As ferramentas elencadas no âmbito *operacional interno* não são equivalentes às ferramentas que estariam à disposição do gestor. O seu propósito é o de, ao serem utilizadas pelo gestor em seu cotidiano laboral, proporcionarem-lhe a possibilidade de avaliar a execução do contrato.

Desde a inserção do *NPM*, em que se promoveu a transição dos gestores políticos para gestores profissionais, os padrões de desempenho e verificação de objetivos – gestão voltada para resultados - passaram a estar internamente mais presentes. É pois necessário que os indicadores apresentados sejam fiáveis e suficientes para monitorar a *performance*<sup>347</sup>.

### 3.7.1. Digitalização

Analisando de forma inversa o modo em que foram agrupadas as ferramentas, a digitalização seria uma peça essencial para a celeridade – proporcionando acesso ao contrato e aos documentos pertinentes, por mais de uma pessoa em simultâneo e sem qualquer deslocação –, para a promoção da eficiência e a transparência em todo o procedimento. Contudo, a mesma não necessita de maior aprofundamento, uma vez que, como reconhecidamente difundido pela UE, Portugal surge como referência perante os demais Estados-Membros na sistematização e digitalização dos processos e procedimentos ligados à Contratação Pública<sup>348</sup>. Logo, basta afirmar que as ações realizadas pelo gestor, os resultados obtidos, as solicitações e todas as demais ações – e até mesmo as omissões – além de fundamentadas, deveriam ser disponibilizadas de forma digital.

---

<sup>347</sup> Hans de Bruijn afirma que a avaliação de performance cria transparência e assim, agrega o processo de accountability. BRUIJN, Hans de. *Managing Performance in the Public Sector*, 2ª edição, Routledge editor, Nova York, 2007. p. 8.

<sup>348</sup> Lei nº 96/2015, de 17 de agosto que regula a disponibilização e utilização das plataformas eletrônicas de contratação pública; sobre o tema já na égide do novo CCP: ROCHA, Manuel Lopes. *Contratação pública eletrônica* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à Revisão...* pp. 681-690.

### 3.7.2. Compliance

A *compliance* teria lugar quando ocorresse uma total conformidade de atitudes, em razão, não apenas das normas legais, mas também de normas internas elaboradas para expressar a política interna positivada, como uma das possibilidades de controle interno utilizadas por entidades públicas e privadas<sup>349</sup>. Não está em causa a simples elaboração e adoção de um código de condutas. Seria muito mais que isso. Na atribuição da *compliance*, o uso de canais de comunicação, treinamentos e demais atitudes disponibilizadas no âmbito do que foi denominado como competência, surtiria efeitos nesta procedimentalização interna.

Isso significa a preocupação que a Administração passa a ter com condutas que decorrem em um espaço cinzento, as quais, mesmas tidas como legais, levantam dúvidas razoáveis no campo ético. As normas de conduta inibiriam comportamentos tendentes a caminhos suspeitos, e seriam usadas em muitos casos como uma espécie de antídoto para inibir as práticas de corrupção<sup>350</sup>. Seria a ideia de construir uma cultura *hard* de ética que penetrasse nas diversas relações que a Administração desempenha na contratação.

A *compliance* apresenta em sua carga genética características bastante visíveis da *corporate governance*, que não sofreu grandes mudanças ao integrar a Administração Pública, produzindo um efeito similar em ambos os casos: internamente, um ambiente mais harmônico e com regras claras que devem ser seguidas por todos e até mesmo pelos parceiros

---

<sup>349</sup> “Cabe destacar, neste ponto, que controles internos e compliance não são sinônimos, conforme afirma Miller (2014). Compliance, para ele, encontra-se sob o guarda-chuva dos controles internos, e consiste nos esforços da organização para assegurar que os seus colaboradores não violem as regras, regulações ou normas aplicáveis. Controles internos, por sua vez, vão além de conformidade com normas e regras, compreendendo a verificação para que os ativos e os recursos sejam utilizados em função dos propósitos da organização, isto é, abrangendo também a eficiência e a eficácia operacional”. MIRANDA, Rodrigo Fontenelle A. *Implementando a Gestão de Riscos no Setor Público*, editora Fórum, 2017. p. 31.

<sup>350</sup> Neste sentido, ainda na existência do INCI, mas ainda produzindo efeitos, foi elaborado em novembro de 2009, o *Código de Ética e de Conduta*, provocado por conta da Carta Anti-Corrupção “*dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, por iniciativa da Associação Portuguesa de Ética Empresarial*” assinada no mesmo ano, criando uma Comissão de Ética e Fiscalização e estabelecendo as seguintes normas éticas e de conduta: Rigor e confidencialidade; isenção; Competência; Responsabilidade; Lealdade; Não discriminação; Integridade; Assiduidade e Pontualidade; Utilização de Recursos; Relacionamento com a Comunicação Social e Relacionamento Interpessoal. INCI, IP. *Código de Ética e de Conduta*, 2009. Disponível em [http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/informacao\\_institucional/codigo\\_etica\\_conduta/CodigoEticaConduta.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/informacao_institucional/codigo_etica_conduta/CodigoEticaConduta.pdf). Acesso em 5 de junho de 2018.

externos e, no plano externo, a manifestação à sociedade de que a Administração – na figura do contraente público – se esforça pelo cumprimento legal e moral de suas atividades.

A *compliance* exercida sobre o gestor e por ele aplicada faria dele condutor e ao mesmo tempo averiguador das regras de condutas estipuladas. A observância das mesmas pelo próprio e pelos contratos sob sua gestão deverão configurar um dos critérios para progressão na carreira. Além disso, seria prudente exigir do gestor uma declaração de idoneidade garantindo a lisura em suas ações na execução do contrato - a imparcialidade não poderá ocorrer porque o gestor está obrigatoriamente incumbido de zelar pelos interesses da Administração, que por sua vez estão comprometidos com o interesse público – e que o mesmo verificasse o respeito por estas condutas perante todos os envolvidos na execução do contrato, exigindo declarações próximas daquelas a que foi submetido.

O art. 1º-A prescreve alguns princípios a observar na formação e execução dos contratos públicos. O nº 2 afirmou que as entidades adjudicantes – contraentes – deverão zelar por que os operadores económicos com os quais elas se relacionam respeitem diversas normas, entre elas, a de igualdade de gênero<sup>351</sup>. Em sentido mais amplo, o mesmo artigo em seu nº 1 afirmou que tanto na formação como na execução dos contratos públicos, “...*devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo*”<sup>352</sup>. Entretanto, o legislador não mensurou qualquer ônus pela não observância dos princípios.

A *compliance* realizada pelo gestor e a sua desatenção, total ou parcial, averiguada pelo seu parceiro poderiam ser impeditivas de novas contratações, até à averiguação do

---

<sup>351</sup> Art. 1º-A Princípios CCP. (...) 2- *As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional (...)*

<sup>352</sup> “...os princípios constantes da CRP e dos Tratados seriam sempre aplicáveis independentemente desta remissão - não obstante, concede-se que é perceptível o sentido do seu reforço e da sua enunciação nesta sede, pretendendo-se em especial, diríamos, remeter para o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia bem como, naturalmente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Já quanto à recepção em bloco dos princípios do CPA, referido na norma em questão, trata-se de uma grande novidade, ainda que esses mesmos princípios fossem já trazidos à colação no campo da contratação pública nos termos do artigo 280º, nº 3 do Código de 2008, de uma forma muito mais branda (isto é, residual)”. AZEVEDO, Pedro Santos. *Pequenas notas sobre os princípios no novo Código dos Contratos Públicos – Quais, quando e quanto* in *Revista de Direito Administrativo*, nº 1, janeiro-abril, Lisboa, 2018. p. 133. O referido autor ainda afirma que quanto ao CPA, aplicam-se 19 princípios na Contratação Pública: além de aplicar os - 17 - chamados princípios gerais da atividade administrativa (arts. 3º ao 19º) – incluindo os *princípios aplicáveis à administração eletrónica* -, o princípio da adequação procedimental (art. 56º), transparência, igualdade e da concorrência (art. 201º, nº 2 CPA). *Idem*, pp. 133-134.

cumprimento total do que se esperava na Administração Pública da figura do contraente público.

### 3.7.3. *Accountability*

Em termos de monitoramento, o uso da *accountability* constitui uma das principais ferramentas de averiguação e responsabilização, no caso de performance defeituosa e injustificada da execução do contrato. Inicialmente, o termo *accountability* se destinava aos monarcas, para contabilizar o patrimônio de seus súditos. Portanto, a ferramenta destinada ao uso de quem governava se tornou na moderna ferramenta que o cidadão utiliza para fiscalizar aqueles que governam<sup>353</sup>.

*Accountability* não permite tradução fidedigna: seria uma prestação de contas, mas não só; significa responsabilização, mas não apenas isso. A prestação de contas terá de ser responsável, seguir uma procedimentalização correta, apresentada de forma transparente e disponibilizada para fácil acesso<sup>354</sup>. Por meio desta ferramenta se pode constatar que determinada atividade apresentou um resultado positivo ou negativo<sup>355</sup>. No primeiro gera reconhecimento, no segundo responsabilização. Portanto, a *accountability* necessita ser clara, o mais precisa possível e acessível.

A transparência se apresenta na atualidade como uma característica marcante, porque além de ser vista como meio de auxílio na fiscalização por parte dos Tribunais de Contas, Auditorias Gerais, auditorias internas, que praticam a chamada *accountability* horizontal, fomenta também uma segunda forma de *accountability* – vertical – praticada pelos cidadãos e pelos *media*<sup>356</sup>. A transparência permite percorrer todo o percurso até se

---

<sup>353</sup> WRIGHT, Tony. *The politics of accountability in The Cambridge Companion to Public Law*, ELLIOTT, Mark e FELDMAN, David (ed.), Cambridge University Press, United Kingdom, 2015. p. 96. Interessante a observação do autor que adverte a universalidade que o termo tomou que corre risco de perder significado crítico que carrega em si, sendo necessário uma reflexão para uma implementação de um *core meaning* de *accountability*. *Idem*.

<sup>354</sup> Em outro sentido, seriam “*aqueles métodos, procedimentos e obrigações que determinam quais valores devam ser refletidos em uma decisão administrativa*” SIMON, Herbert A.; SMITHBURG, Donald W. e THOMPSON, Victor A., *Public Administration*, Knopf, New York, 1950, p. 513 *apud* in LYNN JR, Laurence E.. *Public...*, p. 24.

<sup>355</sup> Em sentido próximo: BRUIJN, Hans de. *Managing...* p. 4.

<sup>356</sup> A respeito das diversas modalidades de *accountability*. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas, e ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do conselho*

atingir determinado resultado, demonstrando que a preocupação não é apenas com o fim, mas também com os meios<sup>357</sup>. A idoneidade, a lisura e a noção de interesse público precisam de estar claros e presentes ao longo de toda a cadeia.

A partir da atual sociedade de risco e do Novo Direito Administrativo, a Administração Pública se tornou cada vez mais de rede e com diversas camadas, tornando a *accountability* multifacetada e complexa<sup>358</sup> e, por essa razão, mais necessária.

As informações facultadas no âmbito da execução dos contratos atuam como parâmetro interno e externo: interno, para verificação da execução do contrato e avaliação da própria gestão perante o Contraente Público; externa, como meio para apresentação dos dados obtidos à Administração Pública como um todo, em especial ao Tribunal de Contas – o qual, na prática, realiza uma averiguação mais ampla do que a verificação das contas –, e perante os cidadãos, sendo estes aqui não apenas os que utilizam o objeto do contrato, mas a sociedade como um todo, na perspectiva de *taxpayers*, de forma direta ou indireta pelo governo democraticamente estabelecido. Percebe-se que a *accountability* gerada pelo gestor do contrato se refletirá em toda a cadeia, servindo de auxílio às demais *accountabilities* horizontais e verticais. Portanto, toda a cadeia está permeada da presunção de integridade de todos os colaboradores.

Existe uma dificuldade bastante significativa para a prática. A prestação de contas de forma responsável e transparente poderá ocorrer, mas não significa que será eficiente, nem que terá atendido àquilo que pretendia. A quantidade de informações e a complexidade envolvida na execução do contrato podem conduzir a situações que não permitam uma *accountability* eficiente. Portanto, partindo do que foi dito sobre a conscientização do gestor, ele necessitaria de uma certa discricionariedade que lhe permitisse especificar ou decidir os pontos a realçar na *accountability* e ter consciência de que o uso desta na execução de um contrato de bens não será obrigatoriamente igual ao contrato de serviço ou obras, devendo respeitar alguns dados gerais, mas devendo ter alguma liberdade para averiguação de outros dados específicos.

---

*nacional de justiça (CNJ)*, Revista de Sociologia e Política, volume 21, nº 45, 2009. p. 30. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2018.

<sup>357</sup> Afirmando que a aferição da performance incentiva a transparência e o incentivo por inovações. BRUIJN, Hans de. *Managing...* p. 9.

<sup>358</sup> Por tal razão, instiga-se a realização de *accountabilities* de forma descentralizada e em vários níveis como forma de mensurar a performance de maneira mais precisa. HEINRICH, Carolyn J. *Measuring Public Sector Performance and Effectiveness in The SAGE Handbook...* p. 37.

Quanto aos casos de *contracting out* – *outsourcing* –, ou seja, qualquer contratualização de particulares na atividade de gestão, a *accountability* não poderá ser prejudicada, devendo tomar medidas adequadas, como por exemplo uma expressa previsão contratual nesse sentido, por forma a minimizar quaisquer dúvidas quanto à participação dos particulares<sup>359</sup>.

Convém destacar que, aparentemente, o que antes era solução tornou-se um problema capcioso. A falta de informações, a dificuldade de comunicação, estimativas imprecisas e muitos outros problemas eram atribuídos às avaliações e mensurações feitas, privilegiando sempre a necessidade de maior precisão e de um número maior de informações. Atualmente, a quantidade de informações chega a ser asfíxiante. Há demasiadas informações que acabam prejudicando a mensuração do contrato e a identificação de eventuais anomalias, justamente em virtude da quantidade de informações e do pouco tempo disponível à sua compilação e verificação.

A probabilidade de sucesso da gestão fica ligada não apenas ao gestor, mas a todos os que operam direta ou indiretamente com o objeto e a execução do contrato, sendo necessário que toda a relação seja constituída e preservada com um grau de confiança entre aqueles que desempenham funções perante estes. Além disso, a próprio *accountability* serve de fundamento à atribuição de prémios e recompensas de qualquer tipo àqueles que desempenharam favoravelmente o seu papel<sup>360</sup>.

Esta ferramenta revela-se um auxílio para o gestor averiguar a execução do contrato do qual ficou incumbido, e serve para que a Administração dela se sirva para averiguar o desempenho do próprio gestor.

#### **3.7.4. A persecução do *Value for Money*.**

---

<sup>359</sup> Retratando a perda deste foco nos EUA, especialmente nas questões de privatização do sistema carcerário. FREEMAN, Jody. *The Private Role in Public...* pp. 631-636.

<sup>360</sup> O mesmo autor ainda defende que o *accountability* seria uma ferramenta excelente, desde que fosse sempre garantida alguma autonomia, bem como demonstra a capciosidade dos *output targets* por meio do exemplo da União Soviética e a produção de pregos em sua economia planificada, afirmando a necessidade de averiguação por meio de múltiplos fatores com uma transparência que inibe eventuais burocracias e informações imprecisas. BRUIJN, Hans de. *Managing Performance...* pp. 4 e ss.

Conforme dissemos, as ferramentas organizadas foram colocadas na mesma estante, mas em prateleiras distintas. De modo que se percebe uma conexão ou necessidade de uso conjunto das ferramentas organizadas nas diferentes prateleiras. A utilização correta e satisfatória de uma delas auxilia a outra na concretização do seu objetivo. A *compliance* correta, e seguida por quem se sentisse levado a adequar a sua conduta, reflete-se na *accountability*, sendo todas essas ferramentas implementadas e fomentados pela transparência e celeridade ocasionadas pela digitalização, alcançando-se em sentido mais amplo o denominado *Value for Money*.

A ideia do *Value for Money* ou *The plight of taxpayers*<sup>361</sup> na tomada das decisões e no emprego de energias para perpetuação da contratação, permite que os eventuais problemas fiquem sanados no âmbito do próprio contrato e nos moldes de sua contratação inicial, não dispensando a modificação contratual ou uma nova contratação. Portanto, a referida ideia constitui, não uma ferramenta nem necessariamente um método, mas “...uma forma de como usar corretamente os recursos”<sup>362</sup>.

Torna-se aqui evidente que o Estado Social não sucumbiu por completo ao Estado Pós-Social. O *Value for Money*<sup>363</sup> corresponde à criação de uma consciência mais ampla no gestor, uma vez que todos os valores presentes no contrato deverão ser levados à risca, porquanto valores mais altos serão prejudiciais, não apenas para a Administração Pública, mas para a sociedade. O *value for Money* corrobora a *accountability* e a *compliance* e favorece a transparência fomentada pela digitalização. A prestação final de contas que caberia ao governo tem no horizonte os cidadãos enquanto contribuintes.

Analisando a produção e a distribuição das informações – dos indicadores qualitativos e quantitativos – realizadas pelo gestor dos contratos públicos, poderíamos apresentá-las do seguinte modo:

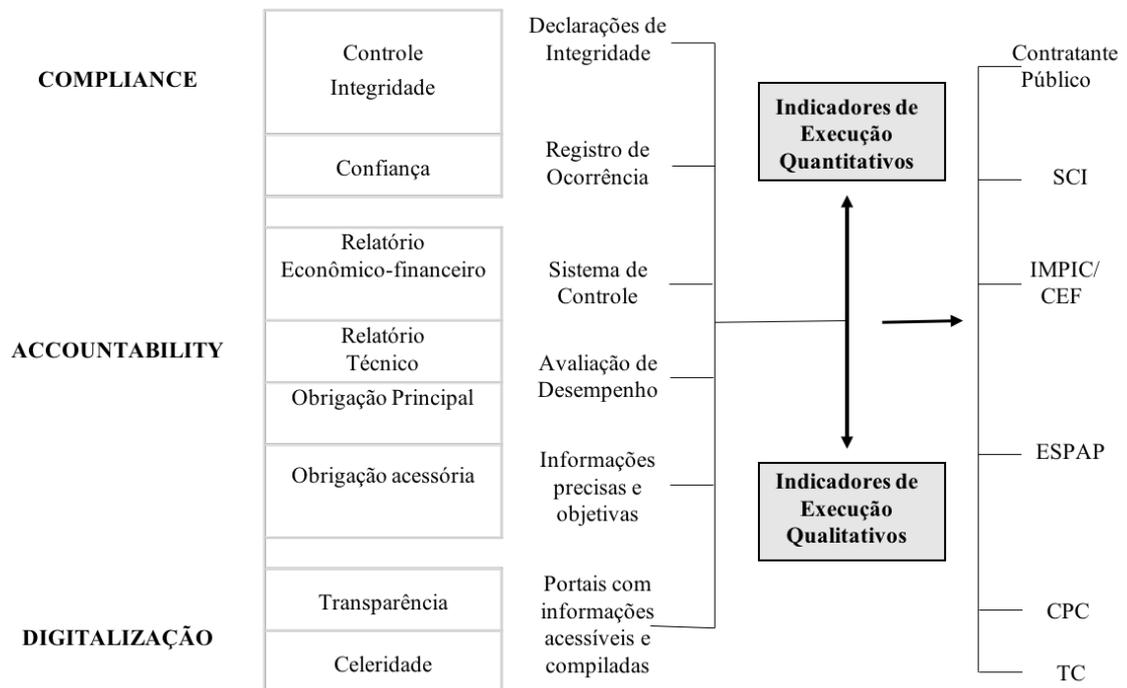
---

<sup>361</sup> Esta expressão norte-americana não deixa de ser polissêmica, sendo tratada por alguns como sinônimo da escolha feita na adjudicação baseada no critério mais economicamente vantajoso. OCDE. *Discussion Paper on Public Procurement...* p. 20. Para outros, seria o melhor alcance do balanço entre os três E's já tratados neste trabalho. JACKSON, Penny. *Value for Money...* p. 2, no mesmo sentido: ESTERMANN, Thomas e KUPRIYANOVA. *Efficiency, Effectiveness and Value for Money: Insights from the UK and other countries*, European University Association, Belgium, 2018. p. 5. Disponível em <http://www.eua.be/Libraries/publications-homepage-list/USTREAM-efficiency-effectiveness-and-value-for-money-UK-and-others>. Acesso em 07 de junho de 2018.

<sup>362</sup> JACKSON, Penny. *Value for Money...* p. 2.

<sup>363</sup> Alguns entendem que não bastaria o (*best*) *value for money*, mas também o *best social value*, integrando valores ambientais, sociais e tecnológicos. ESTORNINHO, Maria João. *Curso...* p. 418.

**Figura 05** – Ferramenta Operacional Interna, Produção de Indicadores e Disponibilidade.



**Legenda:** SCI: Sistema Nacional de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado; IMPIC: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção<sup>364</sup>; CEF: Comissão de Ética e Fiscalização; ESPAP: Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública; CPC: Conselho de Prevenção da Corrupção; TC: Tribunal de Contas.

Sendo uma figura meramente exemplificativa, poderiam ser estabelecidas outras entidades para a receção dos indicadores. Em qualquer dos casos, a Autoridade da Concorrência não estaria entre elas. De acordo com o artigo 454º-C, instaurou-se por meio de um protocolo – celebrado em 15 de novembro de 2017 - a colaboração interadministrativa entre o IMPIC e a AdC, tendo esta última, total acesso às plataformas geridas por aquele (Portal BASE e OOP)<sup>365</sup>. Assim, o acesso da AdC já seria diretamente através do IMPIC, não havendo a necessidade, pelo menos inicialmente, de as informações passarem pelos gestores.

<sup>364</sup> Havia ainda o sistema de informação – ao contrário dos demais observatórios portugueses – denominado de Observatório de Obras Públicas que auxiliava o IMPIC na apuração de um *accountability*. Todavia, o artigo 466º do CCP, que instituía a sua criação, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

<sup>365</sup> RIBEIRO, Rafael. *Protocolo IMPIC/AdC: um exemplo de colaboração interadministrativa* in *Newsletter CEDIPRE*, coord. Joana Neto Anjos e Joana Duarte Costa, nº 8, 2017. p. 8. Disponível em [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter\\_8.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_8.pdf). Acesso em 15 de junho de 2018.

Partindo da ideia de que o gestor será capaz de tirar o melhor proveito das ferramentas disponíveis para o acompanhamento da execução do contrato e que estas foram devidamente apresentadas - e norteado pela ideia de *Value for Money* na sua atuação de gestão -, se verifica de forma bastante clara que a sua atuação é essencialmente preventiva, no sentido de caber-lhe o reconhecimento de eventuais anomalias no decurso da execução e o esforço por corrigi-las.

O objetivo desta prevenção seria o de repudiar que as irregularidades no contrato sejam corrigidas por sanções, pecuniárias – coimas – ou não. A imposição de sanções atesta a inexatidão dos indicadores obtidos pelo monitoramento ou pela ineficiência das providências tomadas a partir deste, mesmo que correto. De qualquer maneira, a aplicação de sanções significa o reconhecimento tácito da ineficácia da gestão do contrato.

O trabalho do gestor seria o de evitar situações que o obriguem à aplicação de sanções, até porque a aplicação de tais medidas *a priori* não é de sua competência<sup>366</sup>.

### **3.8. Alertas Precoces, a Gestão do Risco e as Ondulações do Contrato: Identificação e Reação.**

Nas vezes em que a União Europeia precisou de se confrontar com a natureza – alterações climáticas e catástrofes naturais -, valeu-se de inúmeras ferramentas e atividades distintas. Contudo, apercebeu-se de que quase toda a atividade poderia ser identificada se houvesse uma atenção aos sinais de que algo mais grave viria à tona. Esses sinais foram denominados de alertas precoces<sup>367</sup>.

Em um parecer proferido pelo Comité Económico e Social Europeu no ano de 2012, a respeito das consequências da crise da dívida soberana em razão das crises fiscais e financeiras vividas à época, o Presidente do Comité decidiu usar a mesma expressão – *alertas mais precoces* – quando afirmou que o *Eurostat* – autoridade estatística da União Europeia – poderia ter auxiliado mais na identificação do enorme défice grego, caso tivesse

---

<sup>366</sup> Art. 290º-A, nºs 3 e 4.

<sup>367</sup> Por exemplo, A Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de novembro de 2012, sobre o papel da Política Comum de Segurança e Defesa em matéria de crises provocadas pelo clima e catástrofes naturais (2012/2095(INI)), nas considerações gerais n.º 14, 32 e 46 o Parlamento repetidamente utiliza esta expressão.

a competência de atribuir notas de acordo com a saúde das finanças públicas dos Estados-Membros<sup>368</sup>.

A ampla utilização da expressão e a sua pertinência para a execução do contrato permitiram que ela fosse dotada para afirmar a existência de alertas precoces suscetíveis de serem identificados. Caso a origem dos alertas fosse sanada, ficaria preservada a execução do contrato.

Haveria alertas que, uma vez identificados, desencadeariam ações que, quando bem-sucedidas, impediriam ou minimizariam danos. Portanto, para o sucesso desta operação, temos basicamente dois momentos temporalmente sucessivos e condicionantes: a identificação dos alertas e as medidas protetivas adotadas para salvar o contrato<sup>369</sup>.

Na perspectiva da execução e da gestão, percebe-se que o gestor atua obrigatoriamente nesses dois momentos, desempenhando as funções de identificação e reação.

As reações não são amplas nem imediatas. Em um primeiro momento, o legislador instituiu que, em regra, a reação não seria do gestor. O nº 3 do art. 290-A estabelece que o gestor, ao detectar uma anomalia, deverá apenas reportá-lo ao contraente público – *órgão competente* – por meio de um relatório que fundamenta as anomalias e as medidas de enfrentamento, sendo estas últimas realizadas pelo contraente público. Nestes casos, o gestor não passa de um averiguador, não tendo nenhuma ação direta na execução do contrato. Todavia, a exceção – que na prática, provavelmente se torna regra – vem estipulada no nº 4 do mesmo artigo, que estabelece a possibilidade de delegar as medidas sugeridas ao contraente público, ao gestor, dispensando a anuência do contraente público. Isso não significa que após a adoção das medidas, as mesmas não devam ser dadas a conhecer e justificadas.

A delegação das medidas de reação do gestor, quanto às anomalias vivenciadas na execução do contrato, possui um limite: os gestores não poderão, sob hipótese alguma, realizar atos que caiam no âmbito da modificação e cessação do contrato<sup>370</sup>. Nestes casos,

---

<sup>368</sup> UE. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre as implicações da crise da dívida soberana para a governação da UE (parecer de iniciativa), 2011/C 51/03, de 17 de fevereiro de 2011; em sentido similar: UE. Recomendação 43 do Regulamento UE 1093/2010 do Parlamento e Conselho, de 24 de novembro de 2010. Em sentido próximo as considerações 11 e 15 do Regulamento (EU) nº 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Novembro de 2010.

<sup>369</sup> Não havendo identificação dos alertas, não sendo feito corretamente ou feito sem tempo hábil de reação, a segundo momento não ocorre.

<sup>370</sup> N°4 do art. 290-A CCP.

mesmo havendo a delegação do contraente público, o gestor deverá reportar ao contraente público para que o mesmo tome as medidas ligadas às matérias impeditivas de ação do gestor.

### 3.8.1. Gestão de Riscos

O risco é uma incerteza quanto ao resultado<sup>371</sup>. O risco é algo que, não obstante o planejamento e o sentido de previsibilidade, nunca desaparece. O primeiro passo para enfrentar um problema é o da aceitação da sua existência. Se não é possível exterminar o risco, haverá sempre meios de com ele conviver.

Na década de vinte do século passado, Frank Knight apresentou uma distinção entre risco e incerteza no âmbito da teoria económica. O primeiro corresponde a uma incerteza mensurável e o segundo a uma incerteza imensurável, ou seja, uma *incerteza verdadeira*. O mesmo autor refere que o risco tem uma probabilidade objetiva e a incerteza uma probabilidade subjetiva<sup>372</sup>. Ness linha, adota-se a ideia de risco para qualquer evento que tenha probabilidade de ocorrer e que, mensurado e equalizado, não tenha efeitos nocivos na saúde do contrato.

No âmbito da contratação pública, alguns riscos serão em grande medida comuns aos contratos, mas com intensidades distintas e, dependendo do contrato e do objeto, novos riscos se apresentam à execução do contrato. Portanto, como haverá sempre riscos, será

---

<sup>371</sup> “Risco é definido como a incerteza de resultado, seja uma oportunidade positiva ou uma ameaça negativa, de ações e eventos. O risco teria que ser avaliado em respeito a uma combinação de probabilidade de algo vir a acontecer, e o impacto que isso ocasiona se realmente acontecer. (...)”. HM TREASURY. *The Orange Book, Managment of Risk – Principles and Concepts*, London, 2004. p. 9. Segundo o Conselho do Tesouro Canadense, risco seria a “*incerteza em torno de eventos e resultados futuros. Trata-se da expressão da probabilidade e do impacto de um evento que pode influenciar a consecução dos objetivos de uma organização*”. HILL, Stephen. *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*, ENAP Cadernos, nº 30, Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2006. p. 37 Disponível em <http://antigo.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>. Acesso em 15 de junho de 2018; “*Pode definir-se risco como o evento, situação ou circunstância futura com probabilidade de ocorrência e potencial consequência positiva ou negativa na consecução dos objectivos de uma unidade organizacional.*” TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. *Plano de Prevenção de Riscos de Gestão da Direcção-Geral do Tribunal de Contas*, 2009. p. 12. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/plano\\_risco/plano\\_prevencao.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/plano_risco/plano_prevencao.pdf). Acesso em 10 de junho de 2018.

<sup>372</sup> QUELHAS, José Manuel Gonçalves Santos. *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Editora Almedina, Coimbra, 2012. p. 147.

necessário encontrar um relacionamento eficaz com os seus efeitos. Para isso, a Administração Pública, no âmbito de sua contratação, terá de realizar por meio dos gestores a denominada gestão de riscos, sendo esta imprescindível para uma Contratação Pública detentora dos E's<sup>373</sup>.

A gestão seria de fato estabelecida pelo mapeamento de riscos para garantir a eficácia – e demais E's –, criando um histórico desse mapeamento para criação e disponibilização de ferramentas aptas a serem usadas. Este mapeamento seria realizado por meio das ferramentas de *procedimentalização*: *accountability*, *compliance* e digitalização.

Pretende-se que os gestores, quais bóias ondógrafo, tenham basicamente duas funções: adquirir e armazenar as informações. No entanto, os gestores não-de de ir mais além, ou seja, de *2A para 4A*: a par de *adquirirem e armazenarem* as informações, também devem *analisar e aplicar* as medidas necessárias.

Nesta análise, o gestor passa a adquirir as informações sobre a execução do contrato. Em seguida, conserva as informações captadas para averiguar as eventuais modificações, bem como o envio dessas informações para um centro único de armazenamento, que no caso de Portugal deveria estar ligado ao IMPIC.

Neste centro de armazenamento, as informações devem ser analisadas pelo próprio centro e pelos gestores, devendo estes aplicar as medidas necessárias para se evitarem eventuais distorções na condução da execução do contrato.

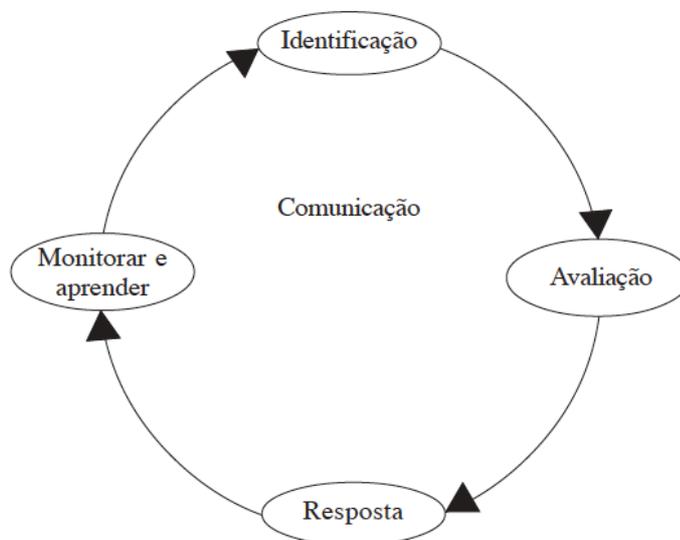
A partir de uma gestão em que se cumpram todos os E's, os A's podem brotar quase como uma consequência lógica.

Com todos os A's, cria-se um mapeamento correto, desenvolvendo-se um círculo completo do processo decisório que envolve a gestão de risco.

---

<sup>373</sup> “A Administração Pública vem passando por mudanças nas últimas décadas, em vários países do mundo, e a qualidade da gestão dos gestores públicos tornou-se fundamental para a melhoria dos resultados alcançados pelo setor público. (...) Nesse sentido, uma preocupação central da gestão de riscos deve ser o cuidado com o bem público, sendo a decisão acerca do equacionamento de benefícios e perdas potenciais o principal aspecto da gestão de riscos”. MIRANDA, Rodrigo Fontenelle A. *Implementando...*, p. 37.

**Figura 06** – Ciclo básico da gestão de riscos: etapas fundamentais do processo decisório<sup>374</sup>



Para tudo isso se concretizar, alguns autores consideram necessários no mínimo três a cinco anos para a consolidação de uma *cultura proativa de gestão de riscos*<sup>375</sup>.

### 3.8.2. Ondulações do Contrato

Diante da ideia de gestão de riscos, um evento mesmo que incerto mas previsível – efetivamente denominado de *risco* no sentido anteriormente referido –, na medida em que implique uma eventual oscilação na relação contratual, esta deve estar contida – valendo-nos da analogia com as propriedades das ondas –, dentro da crista e do ventre de uma onda que compõe o fluxo ordinário da relação contratual.

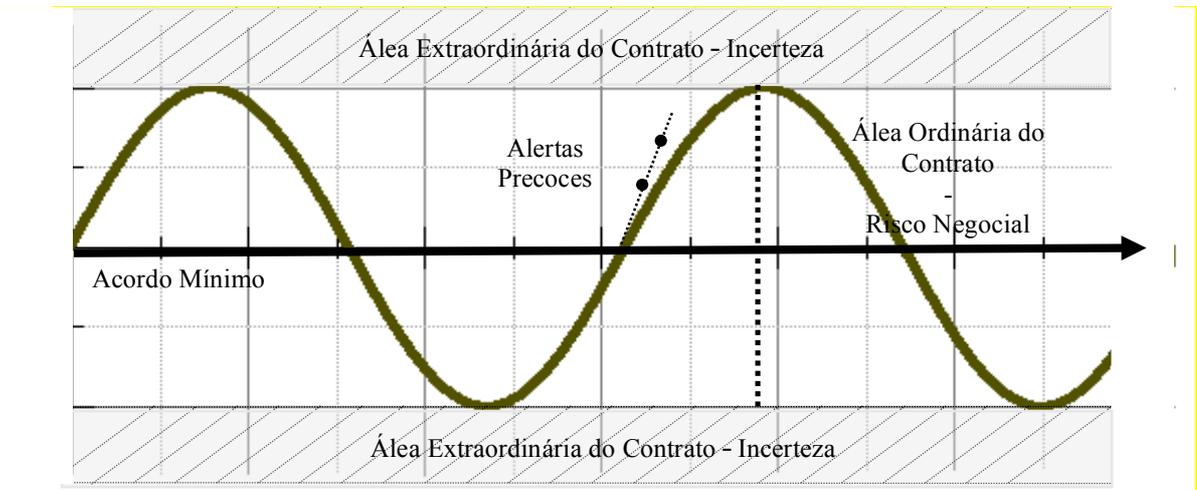
Tudo aquilo que percorresse a crista e o vale da onda seria denominado de *álea ordinária* do contrato, ou seja, são oscilações previsíveis que podem distanciar do acordo mínimo, mas não são suficientes para que gerem deformações no contrato.

Em uma análise gráfica poderia ser assim proposta:

<sup>374</sup> Imagem desenvolvida por Stephen Hill por análise de diferentes instituto e associações canadenses. HILL, Stephen. *Guia sobre a gestão...* p. 39.

<sup>375</sup> “Repare que estamos falando apenas dos alicerces. Não quer dizer que uma organização estará madura o suficiente nesse tempo. A implementação de um programa de gestão de riscos exige um esforço interdisciplinar, com a participação conjunta de pessoas de diferentes setores para que seja desenvolvida uma perspectiva holística e sistemática de fatores de risco existentes em cada caso”. *Idem*, p. 38.

**Figura 07** – Ondulações Contratuais e Áreas Ordinárias e Extraordinárias do Risco Negocial



De acordo com o gráfico, a amplitude estabelecida entre a crista e o ventre da onda, denomina-se de risco negocial. Qualquer alteração entre a crista e o vale da onda deverá ser absorvida pelo risco inerente ao negócio; ou seja, estará contida na *álea ordinária* do negócio. Sendo assim um evento mensurável, este risco deveria ficar previsto e absorvido pela relação contratual, mesmo que o mesmo sobrevenha em momento muito posterior à sua pactuação. Logo, poderão ocorrer distanciamentos relativamente significativos em relação ao Acordo Mínimo, que no gráfico acima seria a reta horizontal central. Todavia, estes não serão suficientes para a mudança de frequência da onda, ou seja, para extrapolar o risco negocial.

Graficamente, o acordo mínimo seria o pactuado e tido como a linha central, e as ondulações – que sempre existirão e se farão mais presentes com o tempo e o distanciamento do momento da formação do contrato – terão os limites previamente estabelecidos, e ficarão contidas no âmbito do denominado risco negocial, que a crista e a onda da oscilação não poderão ultrapassar, sob pena de modificação ou cessação do contrato.

De acordo com a relação empregue entre a figura do gestor e a das bóias ondógrafo, esta fica ainda mais evidente com o uso desta segunda analogia das oscilações contratuais refletindo as propriedades da onda. Os gestores deverão estar atentos para perceberem, armazenarem, reportarem os alertas precoces identificados<sup>376</sup> e, quando já assim delegado o

<sup>376</sup> Neste sentido, a função do gestor se aproxima ao Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB). Uma vez que analisando os riscos sistémicos passíveis de criarem a instabilidade financeira, a União Europeia ao criar o ESRB salientou a importância da criação deste órgão que seria “...capaz de identificar os riscos para a

poder de reação – o que deveria ser a regra para haver discricionariedade na adoção de medidas, e em virtude também da necessidade de resposta célere – os mesmos providenciem as melhores medidas disponíveis.

O maior cuidado e dificuldade está em prever e identificar eventos que extrapolem as amplitudes entre a crista e a onda. Estes eventos, tidos como anormais e imprevisíveis, somente ocorrerão em uma área não coberta pelo risco ordinário, passando necessariamente do risco empresarial para o imprevisível, ou melhor, para a incerteza.

Ainda de acordo com a imagem, tais eventos ocorrerão, necessariamente, na área rasurada. Esta área não possui relação com as regiões de oscilação previsíveis, de maneira que, caso venha a ser constatado um risco que se apresente nesta área, ou seja, que alcance a área de linhas tracejadas, necessariamente será um risco extraordinário e um acontecimento propulsor da modificação do contrato. Quanto às *incertezas verdadeiras*, não há nada a dizer, mas tendo em conta todo o histórico, bem como os institutos e organismos à disposição, tais incertezas seriam mínimas. O problema põe-se quando os riscos são motivo para modificações contratuais. É esse o exato momento em que o gestor deve atuar.

O gestor do contrato, que necessariamente acaba sendo também um gestor dos riscos, deverá saber identificar os riscos e emitir os alertas precoces e profiláticos que permitam indicar uma oscilação anormal do contrato e reagir – ou propor reações ao órgão competente mediante relatório fundamentado – para que sejam travadas eventuais anomalias.

### **3.9. O Futuro da Administração e da Contratação Pública: a possibilidade de um *Remake* de Pigmaleão e Galateia?**

Com a evolução dos movimentos ocasionados pelas tensões políticas e arquiteturas financeiras, se percebe que as linhas geográficas vão ficando cada vez mais singelas e

---

*estabilidade financeira e, se necessário, emitir alertas de risco e formular recomendações para a esses riscos*”. Além disso, “...definir um código de cores que permita às partes interessadas avaliar melhor a natureza do risco” e “a fim de aumentar a sua influência e legitimidade, tais alertas e recomendações deverão ser igualmente transmitidos, de acordo com regras de confidencialidade rigorosas...”. Considerações 15, 18 e 19 do Regulamento (EU) n° 1092/2010.

transponíveis, sendo demasiadamente fomentadas pela internet e pela chamada indústria 4.0 ou quarta revolução industrial.

A 4ª Revolução Industrial<sup>377</sup> se dá por meio de nanotecnologias, tecnologias ciberfísicas e por uma tendência à digitalização da economia e da sociedade, gerando assim, mudanças disruptivas<sup>378</sup> cada vez mais presentes e ensejadoras de alguma instabilidade. E assim, gera-se a tendência de uma sociedade que busca cada vez mais algo novo, melhor e ágil. Tais anseios acabam, indubitavelmente, alcançando a Administração Pública, o Estado e sua relação com a sociedade.

O atual estado de coisas não surgiu pela calada da noite, como há muito é sabido, embora limitadamente e condicionados pelo espaço-tempo que habitavam. O próprio Duguit após a Primeira Guerra Mundial já percebia que a modificação que o direito público estava enfrentando era em virtude da revolução industrial. O professor de Bordeaux afirmou que com interesses económicos parecidos, o aumento das relações comerciais, bem como a circulação globalizada das novas ideias e das descobertas científicas, impuseram ao Estado a obrigação de assegurar serviços públicos que permitissem a comunicação não mais nacional, mas também a internacional, demonstrando que os serviços postais e de telégrafo se tornaram serviços públicos de primeira importância<sup>379</sup>.

Limitando-me à ação política do Estado – embora haja correlação -, recordamos do período entre guerras a constatação de Carnelutti – muito embora sua intervenção fosse oriunda de uma análise doméstica – em que já assinalava um fenómeno global e que se acentuou<sup>380</sup>. O Professor da Universidade de Pádua dizia que, na década de 30 do século XX, se vivia em Itália uma crise da lei em virtude da quantidade de leis que estavam sendo criadas, e equiparou o crescimento das leis ao aumento – e refinamento – das máquinas<sup>381</sup>. Uma interessante e viável metáfora para o nosso contexto atual.

---

<sup>377</sup> O Ministério da Economia Português possui grande engajamento neste sector. Neste sentido: <http://www.industria4-0.cotec.pt/#comite>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

<sup>378</sup> Podendo citar como exemplo a plataforma UBER que alega o uso da *sharing economy* para aprimorar o acesso passageiros e motoristas; os denominados serviços *over-the-top*, como o caso do aplicativo Whatsapp e os serviços de *streaming*, exemplificados, entre outros, pelo Netflix e o Spotify.

<sup>379</sup> DUGUIT, Léon, *Law in...* p 46.

<sup>380</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La crisi della legge*, Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia. – 22 (1930), pt. 1, pp. 424-431 Disponível em <http://storia.camera.it/bpr/faccette/all?aut=Carnelutti%20Francesco>. Acesso em 30 de maio de 2018. Em igual sentido: SOARES, Rogério E.. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, dissertação de doutoramento, Coimbra – MCMLV (1955), pp. 76-83.

<sup>381</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La crisi della...* p. 425.

Rogério Soares afirmou que a partir do final da Primeira Guerra Mundial “*o Estado começa a conceber como natural que lhe seja entregue a cura da constituição da sociedade; o cidadão habitua-se a que sujeitos públicos lhe forneçam a água, a energia elétrica, os transportes, a instrução e as possibilidades de recreio, e gradualmente vai descansando nesta dependência*”. E o Professor de Coimbra advertia ainda que “*quando o Estado quiser vir tocar mais profundamente os particulares, acostumados a contarem com as prestações públicas, forem reclamando mais, encontram o Estado conformado ao seu novo destino*”<sup>382</sup>.

Mais à frente, como já visto, a caminho do final do século XX, se presenciou outra mudança: um Estado Pós-Social - visto como Garantidor, Contratante e Regulador - que teve que lidar com uma *sociedade de informação e de comunicação, do conhecimento e de risco*<sup>383</sup>. As inúmeras adjetivações enunciam a complexa relação que se instaurou.

A Administração de outrora foi edificada sobre imponentes pilares e grossas paredes de mármore. A nova administração passou a ser feita por cabos e sinais de rede e, quando existam, por finas paredes de vidro e ambientes compartilhados.

Neste novo contexto, uma das características constantes é a ideia de uma Administração por contrato, em que este configura um dos instrumentos mais recorrentes para a instauração de efeitos jurídicos, sendo, em termos ocidentais, dono de *posição central ou, pelo menos, fundamental*<sup>384</sup>. A questão atual seria questionar se o uso desenfreado deste instrumento se transmuta de solução para problema.

A mitologia grega relatou a história do Rei de Chipre, Pigmaleão, um exímio escultor que, motivado por desilusões decorrentes de frustradas relações amorosas, decide criar sua mulher ideal. Em meio de tantas lapidações, o artista cria Galateia, a escultura que

---

<sup>382</sup> SOARES, Rogério E. *Direito Público...*, p. 87. O mesmo autor continua e afirmou na década de 70 que “*se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria deixar de correr os cem anos para descobri atônito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos (1950-1970) e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos*”. *Idem*, p. 23.

<sup>383</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de Direito...* pp. 24-25.

<sup>384</sup> “*...indiscutível a centralidade do contrato na ação da Administração Pública do nosso tempo: compras públicas (empreitadas, aquisições de serviços e produtos), gestão e exploração de obras públicas e de serviços públicos económicos e não económicos, relações de emprego público e afins...são áreas de ação administrativa em que o contrato encontra uma larga e, aliás, crescente utilização*”. GONÇALVES, Pedro. *Direito dos Contratos...* pp. 16-17.

absorve os olhares e desejos de Pigmaleão, e que o leva a trata-la como uma adorável e idealizada companheira<sup>385</sup>.

A questão que se coloca é se a Administração Pública não estará capturada pela idealização da contratação. Acreditando que seria ela o melhor e mais eficaz instrumento existente em sua caixa de ferramentas, ela acaba fazendo um uso desenfreado da contratação, ficando inclusive a própria Administração dependente ou refém do(s) próprio(s) contrato(s). Estará o criador dominado pela criatura? De um lado, a experiência já demonstrou inúmeras vezes que a Administração não foi muito bem-sucedida com a contratação. De outro, a recorrente utilização por diversos Estados e inúmeros estudos sobre esta temática, tendem sempre a evidenciar as armadilhas e imperfeições<sup>386</sup>, mas em grande parte dos casos não há um rechaço ou escárnio da figura da contratação.

Um dos cuidados a ter é evitar o simples uso do contrato, isto é, a ideia de que tudo há-de correr bem, a despeito do tempo ou dos infortúnios da vida contratual no âmbito da Administração Pública, e concedendo aos particulares toda a gestão da execução e uma lógica de gestão distinta da Administração Pública.

O uso desenfreado e desatento pode gerar situações altamente vulneráveis e de grande complexidade, como nos EUA, em que se constatou um Estado Contratante que, visando potencializar o movimento de privatização, utilizou um *outsourcing* de funções públicas e fez uso, entre muitos contratos possíveis, da contratação<sup>387</sup> para gerir as administrações de prisões, o sistema de saúde – a qual acabou criando problemas de *accountability* no programa Medicaid<sup>388</sup> - e as situações de guerra<sup>389</sup>. Todavia, apesar dos

---

<sup>385</sup> O conto possui o desfecho mais romântico que Afrodite se compadece do pedido do rei e ao constatar que não havia mulheres na ilha próximas da idealizada, a mesma concebe a vida a estatua.

<sup>386</sup> No período de 2000-2005 o TCP fez algumas observações ligadas a contratação pública em virtude do uso de seus controles e entre diversas, menciona-se: (i) *erros e omissões dos projectos, originando alterações na fase de execução das obras, necessidade de trabalhos complementares, prorrogação de prazos de execução e acréscimos de custos*; (ii) *“falta de acompanhamento e controlo da execução física e financeira das empreitadas”*; (iii) *“deficiências de registo da informação”*; (iv) *“fiscalização não atempada, originando necessidades de correcção que poderiam ter sido prevenidas”*; (v) *“não verificação da permanência efectiva em obra dos meios materiais e humanos adequados à sua execução, de acordo com a proposta e o contrato”*; (vi) *“incumprimento dos prazos de execução das empreitadas”* e (vii) *“não aplicação das multas contratualmente fixadas pelo atraso na realização das obras”*. TCP. *Controlo na área da Contratação Pública*. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/rel\\_ext/outras/contratacao\\_publica\\_tcp.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/rel_ext/outras/contratacao_publica_tcp.pdf). Acesso em 01 de junho de 2018.

<sup>387</sup> GONÇALVES, Pedro. *Direito dos Contratos...* pp. 13-14.

<sup>388</sup> FREEMAN, Jody. *The Contracting ....* pp. 180-188.

<sup>389</sup> STANGER, Allison. *One nation under contract: the outsourcing of American power and the future of foreign policy*, Yale University Press, New Haven, 2009.

percalços, não se pode dizer que o Estado está efetivamente à mercê dos cocontratantes. E neste caso, convém um destaque para a figura do gestor.

A presença do gestor não garante o resgate certo da Administração Pública perante contratos viciados, mas é um contraponto para inibir eventuais execuções contratuais perniciosas, se demonstrando assim uma importante e relevante peça no *puzzle* da Contratação Pública eficiente.

#### 4. CONCLUSÃO.

A Contratação Pública configura um quase sinónimo da Administração Pública atual. Todavia, qualquer simplificação é sempre capciosa. É que, a Administração não é apenas isso. Como vimos, o Estado Contratante e os demais Estados presentes estão contidos no Estado Constitucional – hoje talvez principalmente Estado Europeu, uma vez que cerca de oitenta por cento das leis internas dos Estados-Membros provêm da União Europeia<sup>390</sup> - e assim servem, não apenas para alcançar bens e serviços, mas também enquanto poderoso condutor para se alcançarem os objetivos constitucionalmente previstos. Alguns, com base na ideia de uso da contratação pública para a prossecução de políticas públicas, consideram-na uma verdadeira *refuncionalização* da contratação pública<sup>391</sup>.

O Decreto-Lei nº 111-B/2017 de 31 de agosto, apresenta uma figura muito bem-vinda, complexa e não apenas destinada à formalização do que já era exercido por alguns funcionários públicos, como algumas vezes chegaram a proclamar. O refinamento da figura provém de uma necessidade – mesmo que limitada – proclamada pelo Tribunal de Contas e por um ostensivo programa de profissionalização da Contratação Pública na União Europeia.

O gestor do contrato é uma figura que necessita de lapidação constante, académica e profissional. Ele é um aplicador e verificador da *compliance* e da *accountability* na execução dos contratos públicos, além de um usuário das ferramentas proporcionadas pela nova pangeia jurídica que ocorreu no direito, tendo o mundo da contratação pública a possibilidade de se valer de ideias diversas, como a coleção de bons exemplos proporcionados pela União Europeia assim demonstrou.

---

<sup>390</sup> Afirmção proferida pelo Professor Doutor Vital durante o Curso Breve de Direito Constitucional da União Europeia realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no dia 21 de abril de 2018.

<sup>391</sup> “A prossecução de políticas públicas voltadas tanto à satisfação de valores morais consagrados pela sociedade quanto a direitos fundamentais na qualidade de objetos mediatos da contratação administrativa abre espaço para uma resignificação do próprio contrato público, pois ele deixa de ser visto somente como instrumento técnico-administrativo para se tornar também uma atividade administrativa material finalística. Assim sendo, é possível se falar na refuncionalização da contratação pública, a partir da qual, para além do atendimento imediato das necessidades de custeio e de utilidades para a gestão pública e da delegação do exercício de atividades públicas para os particulares, o contrato público – dada a sal proeminência socioeconómica contemporânea – passa a funcionar (isto é, a ser e a estar funcionalizado) como fórmula de atendimento de deveres estatais que, até então, ou ainda não eram realizados ou eram objeto de atendimento por outras vias, como os serviços públicos”. BREUS, Thiago Lima. *A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais)* in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 13, nº 51, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015. p.238.

Claro que não será o gestor a salvar o Estado refém. Mas, será essa a figura capaz de buscar meios para atuar, de forma preventiva, na busca da manutenção do contrato, de acordo com os moldes em que foi celebrado. De modo que, no curto prazo, ele não onera mais a relação Estado-Contrato e, no longo prazo, ele será um apaziguador dessa mesma relação, o que aliás constitui uma das características da boa governação da Administração Pública. Por isso mesmo, a sua atuação seria importante em todos os contratos para que fosse designado, mesmo para aqueles que, por exemplo, não apresentem características que obriguem à elaboração de indicadores. Dado o âmbito da figura do gestor, não seria prudente não se realizar nenhuma materialização formal da avaliação da sua execução do contrato. Mesmo que efêmeras, as constatações acerca dessa execução poderão servir de parâmetro para problemas comuns a outros contratos. Portanto, seria interessante pelo menos a simples adoção de algum indicador, até mesmo um simples *box ticking* para partilhar experiências e informações.

O gestor dos contratos públicos atuará diretamente na manutenção do avençado antes e durante a execução, e fará tudo o que estiver ao seu alcance para proporcionar todos os E's na execução; indiretamente, deverá ter a percepção de que o mesmo atua sob a ótica de um direito administrativo que se define como um *direito que se ocupa da defesa do interesse público e dos direitos dos cidadãos*<sup>392</sup>. Para tanto, o gestor deverá ter características inter e intrapessoais para a efetivação de sua gestão. No aspecto interpessoal, por meio do aperfeiçoamento constante de sua mão-de-obra e do uso do Direito Administrativo como caixa de ferramentas, buscará uma maior eficiência e efetividade da – e para a – Administração, assegurando maior segurança na sua aplicação. Além do enfoque profissional, o gestor deverá buscar no aspecto intrapessoal a figura de “Rowan” de Elbert Hubbard, que afirma que, além de tudo, precisamos de “...um endurecimento dos nervos que os leve a serem leais a uma responsabilidade, a agirem prontamente, concentrando as suas energias, a fazerem o que tem que ser feito – “levar uma carta a Garcia”<sup>393</sup>”. Isso não implica que o gestor seja a panaceia para todos os vícios contidos na execução dos contratos públicos. Mas não deixa de ser uma figura que merece destaque e que necessita de lapidação por parte da academia e da própria administração pública, de modo que o seu real brilho possa resplandecer.

---

<sup>392</sup> GONÇALVES, Pedro Costas. *Entidades Privadas com...* p. 1097.

<sup>393</sup> HUBBARD, Elbert. *Uma carta para Garcia*, seguido de *Sobre livros e anúncios*, Textos Extraordinários, nº 1, Padrões Culturais Editora, Lisboa, 2010.

## BIBLIOGRAFIA

- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de e LAPA, Leonard Renne Guimarães. *Gestão e Governança Pública para Resultados. Um Visão Prática*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais*, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- AZEVEDO, Pedro Santos. *Pequenas notas sobre os princípios no novo Código dos Contratos Públicos – Quais, quando e quanto* in *Revista de Direito Administrativo*, nº 1, janeiro-abril, Lisboa, 2018. pp. 132-138.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, rev. e atual. até a EC84, de 2.12.2014, Malheiros Editores, São Paulo, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo* in ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.), *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, 2ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, Brasil, 2017.
- BERNARDINO, Mário. *As Compras e a Gestão de Materiais. Especificidades na Administração Pública*, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- BREUS, Thiago Lima. *A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais)* in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 13, nº 51, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015. pp. 219-239.
- BRUIJN, Hans de. *Managing Performance in the Public Sector*, 2ª edição, Routledge editor, Nova York, 2007.
- CABRAL, Nazaré da Costa. *A “New Public Governance” e a Inovação Social: Sua Relevância no Plano da Provisão de Serviços Públicos e o seu Significado na Emergência de um Novo Paradigma de Políticas Públicas* in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida*, António José Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins (Org.), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7, Coimbra Editora, 2008.

- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Novo Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, 10ª reimpressão, Editora Almedina, 2016.
- CALDEIRA, Marco e MIMOSO, Juliana Braz. *Da exclusão por incumprimento de contrato(s) anterior(es) à luz das novas directivas em matéria de contratação pública* in *Liber Amicorum* SANTOS, Manuel Simas, PITON, André Paulino e CARNEIRO, Ana Teresa (coord.), Rei dos Livros, 2016.
- CAMARÃO, Tatiana e SANTANA, Jair Eduardo. *Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015.
- CAMPELO JUNIOR, Edvaldo de Almeida. *A União Econômica e Monetária e a Crise*, Working Paper. nº. 5. Disponível em [https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes\\_WP BCE.html](https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes_WP BCE.html). Acesso em 14 de maio de 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional passa: O Direito Administrativo passa também* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 61, Ad Honorem – 1, Editora Coimbra, Coimbra, 2001.
- 
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição (18ª Reimpressão), Editora Almedina, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. *La crisi della legge*, Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia. – 22 (1930), pt. 1, pp. 424-431. Disponível em <http://storia.camera.it/bpr/faccette/all?aut=Carnelutti%20Francesco>. Acesso em 30 de maio de 2018.
- CARNEY, William J.. *Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: Restatement or Misstatement?*, Washington University Law Review, Vol. 66, Issue 2, 1988. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=law_lawreview). Acesso em 02 de maio de 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 30 ed. rev., atual. e ampl., Editora Atlas, São Paulo, Brasil, 2016.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2012.
- CHEFFINS, Brian R. *The History of Corporate Governance in The Oxford Handbook of Corporate Governance*, edited by Mike Wright, Donald S. Siegel e Igor Filatotchev, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.
- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *O Direito Administrativo Sem Estado. Crise ou Fim de um Paradigma?*, Editora Coimbra, Coimbra, 2008.
- CONFRARIA, João. *Regulação e Concorrência, desafios do Século XXI*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos in Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017. Disponível em <http://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a01.html>. Acesso em 25 de maio de 2018.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Governança das Sociedades Comerciais*, Editora Almedina, Coimbra, 2010.
- DUGUIT, Léon, *Law in the Modern State*, Translated by Frida and Harold Laski, George Allen & Unwin Ltd., London, 192. Disponível em <https://archive.org/details/cu31924032466348>. Acesso em 15 de maio de 2018.
- DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. *O Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Público Econômico*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- EDGEWORTH, Brendan. *Law, Modernity, Postmodernity. Legal change in the contracting state*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, England, 2003.
- EICHENGREEN, Barry J. *A Globalização do Capital: Uma História do Sistema Monetário Internacional*. Trad. Sergio Blum, Editora 34, São Paulo, 2002.
- ESTERMANN, Thomas e KUPRIYANOVA. *Efficiency, Effectiveness and Value for Money: Insights from the UK and other countries*, European University Association, Beilgium, 2018. Disponível em <http://www.eua.be/Libraries/publications-homepage-list/USTREAM-efficiency-effectiveness-and-value-for-money-UK-and-others>. Acesso em 07 de junho de 2018.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Editora Almedina, Coimbra, 2013.

---

. *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas* in *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João Estorninho (coord.), ICJP, CIDP, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em 12 de maio de 2018.

---

. *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum* in ESTORNINHO, Maria João (coordenadora). *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, 2016. pp. 8-9. Disponível em [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em 15 de maio de 2018.

ESTY, Daniel C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, New Haven, 2008. pp. 1490-1563. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=fs\\_s\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=fs_s_papers). Acesso em 12 de junho de 2018.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas. *Direito Administrativo*, Editora Almedina, Coimbra, 2018.

FORTUNATO, Adelino. *Meanings of Corporate Governance in Corporate Governance in the 21 Century*, Kellan V. Lowery Editor. Nova Science Publishers, New York, 2008.

FRANCO, Francisco Soares. *Extracto dos Principios Fundamentaes do Sistema Administrativo de França por Mr. Bonnin, e sua Comparação com os de Portugal por Francisco Soares Franco, Deputado ás Cortes Ordinarias*, Typographia Rollandiana, Lisboa, 1822. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1976.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2018.

- FREEMAN, Jody. *The Contracting State*, Florida State University Law Review, volume 28, issue 1, article 5, Florida, 2000.
- \_\_\_\_\_. *The Private Role in Public Governance*, New York University Law Review, Volume 75, number 3, New York, 2000.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Última Lição*, Editora Almedina, Coimbra, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2017.
- FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. *Gestão de contratos administrativos: importância do artigo 67 da Lei nº 8.666/93*, Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 5, nº 50, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de Derecho Administrativo (revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- GOMES, Noel. *Tribunal de Contas*, Formação 2013. pp. 2-6. Disponível em <http://www.institutosacarneiro.pt/pdf/blitz/autarquias/Tribunal%20Contas.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2018.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Editora Almedina, Coimbra, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo da Regulação* in *Separata de Estudo de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Edição da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A Relação Jurídica fundado em Contrato Administrativo*, Caderno de Justiça Administrativa, nº. 64, Editora CEJUR, Braga, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo* in *Estudos de Contratação Pública*, Pedro Gonçalves (org.), Volume I, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. pp. 569-626.
- \_\_\_\_\_. *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, Caderno de Justiça Administrativa, nº. 73, Editora CEJUR, Braga, 2009.

- \_\_\_\_\_. *Gestão de Contratos em Tempo de Crise* in *Estudos de Contratação Pública*, Volume III, Cedipre, Wolters Kluwer, Editora Coimbra, Coimbra, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a Boa Governação da Administração Pública a partir do mote da “New Public Governance”* in *O Governo da Administração Pública*, Coleção Governance Lab, Editora Almedina, Coimbra, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação 8, Editora Coimbra, Coimbra, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Código dos Contratos Públicos*, 2ª edição, Volume 1, Editora Almedina, Coimbra, 2018.
- GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*, tradução de Marco Aurélio Greco, revisão de Reilda Meira, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, F.D.A., 2013.  
Disponível em <http://www.gordillo.com/tomo1.php>.
- GULLO, Marcelly Fuzaro. *Agências de Rating e os Impactos de suas Atividades sobre o Sistema Financeiro Mundial, Working Paper. N° 7*. Disponível em [https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes\\_WP BCE.html](https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes_WP BCE.html). Acesso em 14 de maio de 2018.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1991.
- HEINRICH, Carolyn J. *Measuring Public Sector Performance and Effectiveness in The SAGE Handbook of Public Administration*, Edited by B. Guy Peters and Jon Pierre, Sage Publications, London, 2012.
- HILL, Stephen. *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*, ENAP Cadernos, nº 30, Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2006. Disponível em <http://antigo.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>. Acesso em 15 de junho de 2018
- HOOD, Christopher. *A Public Management for All Seasons?*, Public Administration, Vol. 69, Royal Institute of Public Administration, London, 1991. Disponível em: <http://newdoc.nccu.edu.tw/teasyllabus/110041265941/Hood%20NPM%201991.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2018.
- \_\_\_\_\_; MARGETTS, Helen Z. *The tools of government in the digital age*, Palgrave MacMillan, New York, 2007.

- HUBBARD, Elbert. *Uma carta para Garcia*, seguido de *Sobre livros e anúncios*, Textos Extraordinários, nº 1, Padrões Culturais Editora, Lisboa, 2010.
- JACKSON, Penny. *Value for Money and international development: deconstructing myths to promote a more constructive discussion*, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2018.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Libro I, La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés, Editorial Depalma Buenos Aires, Argentina, 1948.
- \_\_\_\_\_. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Libro III, El Funcionamiento de los Servicios Públicos, Editorial Depalma Buenos Aires, Argentina, 1949.
- LANE, Jan-Erik. *State Management. Na enquiry into models of public administration and management*, Routledge, New York, 2009.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, tradução de Inês Espada Vieira, rev. Manuel Poirier Braz, Escolar Editora, Lisboa, 2013.
- LEE, Myungsuk. *Conceptualizing the New Governance: A New Institution of Social Coordination*, 2003. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/71ec/0b861a6dad2d93b56ab5f8c6b77bfa415a48.pdf>.
- LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*, Tese de Doutoramento, Editora Almedina, Coimbra, 2015.
- LICHTENSZTEJN, Samuel; BAER, Monica. *Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial. Estratégias e Políticas do Poder Financeiro*. Tradução de Nathan Giraldi. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- LIMA, Ícaro Ivvín de A. C. *A Governança do Sistema Financeiro Internacional: Uma Guinada de Perspectivas no Pós-Crise*, Working Paper n.º 3; Disponível em [https://www.ij.fed.ue.pt/publicacoes\\_WP/BCE.html](https://www.ij.fed.ue.pt/publicacoes_WP/BCE.html). Acesso em 14 de maio de 2018.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Parte Geral e Parte Especial, Edição da Livraria do Globo, Porto Alegre, 1934.

- LYNN JR, Laurence E.. *Public Management in The SAGE Handbook of Public Administration*, Edited by B. Guy Peters and Jon Pierre, Sage Publications, London, 2012.
- MAJONE, Giandomenico. *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*. Journal of Public Policy, Vol. 17, n. 2, Cambridge University Press, New York, 1997.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação in Contratos Públicos e Direito Administrativo*, org. SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.
- MARR, Andrew. *A História do Mundo*, tradução de Manuel dos Santos Marques, Texto dos Editores, Alfragide, 2014.
- MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitadas de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Editora Almedina, Coimbra, 2014.
- \_\_\_\_\_ ; GONÇALVES, Pedro Costa (org.), *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Grupo de Contratação Pública, CEDIPRE Coimbra, 2016. Disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/relatorio17set2016.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2018.
- MATOS, Sara Younis Augusto de. *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Editora AAFDL, Lisboa, 2018.
- MAURER, Hartmut. *Manuel de Droit Administratif Allemand*, traduit par Michel Fromont, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, trad. Dr. Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.
- MAZZARELLA, Ferdinando. *Vittorio Emanuele Orlando. Um Giurista al Servizio Dell'Italia* in *Mediterranea ricerche storiche*, anno VIII, nº 23, 2011.
- MCKENZIE, Richard B.; LEE, Dwight R. Lee. *Quicksilver Capital: How the Rapid Movement of Wealth Has Changed the World*. Free Press, New York, 1991.
- MELO, Pedro e OLIVEIRA, Miguel Neiva de. *Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco

- (coord.). in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Editora AAFDL, Lisboa, 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*, Volume 1, Universidade Católica Editora. Lisboa, 2016.
- MONCADA, Luís Cabral. *Manual Elementar de Direito Público de Economia e da Regulação: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Auto-regulação profissional e administração autónoma (A organização institucional do vinho do Porto)*, 2 volumes, Tese de Doutoramento, Coimbra, 1996.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração autónoma (A organização institucional do vinho do Porto)*, 2 volumes, Tese de Doutoramento, Coimbra, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico in Os caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Ivridica* 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MIRANDA, Rodrigo Fontenelle A. *Implementando a Gestão de Riscos no Setor Público*, Editora Fórum, 2017.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, dissertação de doutoramento, 4ª reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2015.
- NUNES, Pedro Caetano. *Corporate Governance*, Editora Almedina, Coimbra, 2006.
- O'LEARY, Rosemary; VAN SLYKE, David M.; KIM, Soonhee. *The Future of Public Administration around the World. The Minnowbrook Perspective*, Public Management and Change series, Georgetown University Press, 2010. Preface, p. xiii. Disponível em <https://muse.jhu.edu/chapter/13159>. Acesso em 02 de maio de 2018.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Algumas questões em torno da direção do procedimento e do dever da sua delegação no CPA in Questões Atuais de Direito Local*, nº 6, Associação de Estudos de Direito Regional e Local, Braga, 2015.

- \_\_\_\_\_ ; NEVES, Maria José Castanheira e LOPES, Dulce. *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 4ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2016.
- OSBORNE, Stephen P. *The New Public Governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, edited by Stephen P. Osborne, Routledge, London, 2010.
- OTERO, Paulo, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública* in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- PEDROSA, António Lopes Guimarães, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, prelecções feitas na Universidade de Coimbra pelo Dr. A. L. Guimarães Pedrosa, Introdução e Parte I (Parte jeral), segunda edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1908.
- QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Editora Almedina, Coimbra, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Serviço Público e Direito Comunitário* in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- QUELHAS, José Manuel Gonçalves Santos. *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. *Primeira Análise das Novas Directivas (Parte I)* in *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2013.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como “caixa de ferramentas”*, Editora Malheiros, São Paulo, 2017.
- RIBEIRO, Rafael. *Protocolo IMPIC/AdC: um exemplo de colaboração interadministrativa* in *Newsletter CEDIPRE*, coord. Joana Neto Anjos e Joana Duarte Costa, nº 8, 2017. p. 8. Disponível em [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter\\_8.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_8.pdf). Acesso em 15 de junho de 2018.
- RIVERO, JEAN, *Direito Administrativo*, tradução de Doutor Rogério E. Soares, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1981.

- ROCHA, Manuel Lopes. *Contratação pública eletrônica* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Editora AAFDL, Lisboa, 2018.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito*, 2ª edição, Editora Almedina, 2016.
- ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo – uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Editora AAFDL, Lisboa, 2014.
- SALON, Georges. *Gaston Jeze et la theorie generale des contrats administratifs*. Disponível em <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/012-1991/12-1991-p071-086.pdf>.
- SANDULLI, Aldo. *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity* in Italian Journal of Public Law, vol. I, n. 1, Italy, 2009. Disponível em [http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2009\\_volume\\_1/Sandulli-Santi%20Romano%20and%20the%20Perception%20of%20the%20Public%20Law%20Complexity.pdf](http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2009_volume_1/Sandulli-Santi%20Romano%20and%20the%20Perception%20of%20the%20Public%20Law%20Complexity.pdf). Acesso em 09 de abril de 2018.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. *Principios de Derecho Administrativo*, volume I, 1ª edição, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2014.
- SANTOS, A. M. Nunes dos. *Consciência do Cidadão, Consciência do Cientista – Impacto na Justiça in Justiça e Sociedade*. Conjunto de Textos e Desenho Organizados pela AJPS – Associação de Juízes pela Cidadania. Coordenadores Rui Rangel e José Eduardo Sapateiro, Editora Almedina, Coimbra, 2009.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos. Formação e Controle Interno da Execução*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual e ampl., Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.
- SATO, Eiiti. *Mudanças Estruturais no Sistema Internacional a Evolução do Regime de Comércio do Fracasso da OIC à OMC*, Textos Eletrônicos, Centro Brasileiro de Documentação e Estudos da Bacia do Prata, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), Rio Grande do Sul 2001. Disponível em

[http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos\\_Elet/pdf/DA%20OIC%20PARA%20OMC%202001.pdf](http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/DA%20OIC%20PARA%20OMC%202001.pdf). Acesso em 03 de novembro de 2017.

- SILVA, Fernando Oliveira. *A Regulação dos Contratos Públicos: Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Editora Almedina, Coimbra, 2016.
- \_\_\_\_\_. *A Governação dos contratos públicos no CCP* in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo e CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Editora AAFDL, Lisboa, 2018.
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Editora Almedina, Coimbra, 2008.
- SILVA, Paulo Roberto da. *Origem e Desenvolvimento do Sistema Financeiro Internacional: do Padrão-ouro à Crise de 2008*, Dissertação de Mestrado em Economia Política, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2016.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, dissertação de doutoramento, Coimbra – MCMLV (1955).
- \_\_\_\_\_. *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1ª edição, Editora Atlântida, Coimbra, 1969.
- \_\_\_\_\_. *O Conceito Ocidental de Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, nº 1, Macau. 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo I*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto, Porto, 1981.
- STANGER, Allison. *One nation under contract: the outsourcing of American power and the future of foreign policy*, Yale University Press, New Haven, 2009.
- STEIL, Benn. *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 5ª edição, 6ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, Brasil, 2015.
- TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, New York, Berlin, 1988.

- TOMÉ D'ALTE, Sofia. *Conceito de Corporate Governance e sua possível aplicação no modelo dos hospitais E.P.E.* in *O Governo da Administração Pública*, Coleção Governance Lab, Editora Almedina, Coimbra, 2013.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas, e ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do conselho nacional de justiça (CNJ)*, Revista de Sociologia e Política, volume 21, nº 45, 2009. p. 30. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2018.
- VAZ, João Cunha. *A OPA e o Controlo Societário. A Regra de Não Frustração*, Editora Almedina, Coimbra, 2013.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Direito Administrativo*, 4ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.
- \_\_\_\_\_. *A Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa* in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3980, ano 142º, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- VOGEL, Steven K., *Freer Markets, More Rules, Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, edited by Peter J. Katzenstein, Cornell University Press, New York, 1996.
- VRIES, Jouke. *Is New Public Management Really Dead?*, OECD Journal on Budgeting, Volume 2010/1, 2010. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/budgeting/48168865.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2018.
- WERNER, Alice Helga; COMBAT, Flávio Alves. *História “Viva” e História “Objetivada”: George F. Kennan e o Plano Marshall*, História Social – Revista dos pós-Graduandos em História da Unicamp, nº 13, Campinas, 2007.
- WRIGHT, Tony. *The politics of accountability in The Cbaridge Companion to Public Law*, ELLIOTT, Mark e FELDMAN, David (ed.), Cambridge University Press, United Kingdom, 2015.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto, STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*, Vol. I, trad. António F. de Souza, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006.

## DOCUMENTOS, LEIS E JURISPRUDÊNCIAS CONSULTADOS

ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT, *Na ACT To improve the administration of justice by prescribing fair administrative procedure*, de 11 de Junho de 1946. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2018.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Estabelece as regras relativas às ações de indemnização por infração ao direito da concorrência, transpondo a Diretiva 2014/104/UE  
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41795>. Acesso em 27 de abril de 2018.

BANCO MUNDIAL. *Benchmarking Public Procurement 2015. Pilot report assessing public procurement systems in 10 economies*. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/964691468338368092/pdf/948550PR0P0P15000BPP020150v-60FINAL.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2018.

BANCO MUNDIAL. *Open Knowledge Repository*. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org>. Acesos em 30 de maio de 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Contratos Públicos na Europa, As Directivas*, Comissão Europeia, Luxemburgo, 1994.

COMISSÃO EUROPEIA. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu. Um Acto para o Mercado Único – Para uma economia social de mercado altamente competitiva — 50 propostas para, juntos, melhor trabalhar, empreender e fazer comércio» [COM(2010) 608 final]*

COMISSÃO EUROPEIA. Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — «Juntos para um novo crescimento» COM(2011) 206 final. Ambos disponíveis em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011AE1583#ntr1-C\\_2012024PT.01009901-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011AE1583#ntr1-C_2012024PT.01009901-E0001). Acesso em 13 de maio de 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, COM(2010) 2020 final. Bruxelas, 2010. Preâmbulo. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT. Acesso em 15 de maio de 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação (EU) 2017/1805 da Comissão de 03 de outubro de 2017 sobre a profissionalização da contratação pública. *Criar uma estrutura para a profissionalização da contratação pública*, publicado no Jornal da União Europeia em 07 de outubro de 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document, A Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence. Accompanying the document Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business, {COM(2015) 550 final} {SWD(2015) 203 final}*, de 28 de outubro de 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. *Toolbox of good practices*, C(2017)6654 final, de 03 de outubro de 2017.

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro; Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto; Decreto-Lei n.º 117-A/2012, de 14 junho; Decreto-lei n.º 59/99, de 02 de março (revogado); Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

Diretiva 70/32/CEE, de 17 de dezembro de 1969; Diretiva 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971; Diretiva 77/62/CEE, de 21 de dezembro de 1976; Diretiva 80/767/CEE, de 22 de julho de 1980; Diretiva 88/295/CEE, de 22 de março de 1988 e Diretiva 89/440/CEE, de 21 de dezembro 1989. Diretiva 93/36/CEE, de 14 de junho de 1993; Diretiva 93/37/CEE, da mesma data; Diretiva 92/50/CEE, de 18 de junho de 1992; Diretiva 93/38/CEE de 14 de junho de 1993; Diretiva 92/13/CEE, de 25 de fevereiro de 1992; Diretiva 2004/18/CE de 31 de março de 2004. Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2004; Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007; Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014; Diretiva 2014/24/UE, 26 de fevereiro de 2014 e Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014.

FEDERAL ACQUISITION REGULATION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, General Services Administration, Department of Defense and National Aeronautics and Space Administration, Subchapter G – Contract Management, 2005. Disponível em

<https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf>.

*FOREIGN ASSISTANCE ACT 1948; Economic Cooperation Act of 1948; 80th Congress, 2D Session, Chapter 169; April 3, 1948.* Disponível em

- [http://marshallfoundation.org/library/wp-content/uploads/sites/16/2014/06/Foreign\\_Assistance\\_Act\\_of\\_1948.pdf](http://marshallfoundation.org/library/wp-content/uploads/sites/16/2014/06/Foreign_Assistance_Act_of_1948.pdf).
- GERMAN ACT AGAINST RESTRAINTS OF COMPETITION (GWB) de 01 de Janeiro de 1958. Disponível em [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/22\\_02\\_2018\\_60\\_Jahre\\_BKartA.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/22_02_2018_60_Jahre_BKartA.html).
- HARVARD KENNEDY SCHOOL. Mark Moore. Disponível em <https://www.hks.harvard.edu/faculty/mark-moore>.
- HM TREASURY. *The Orange Book, Management of Risk – Principles and Concepts*, London, 2004.
- INCI, IP. *Código de Ética e de Conduta*, 2009. Disponível em [http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/informacao\\_institucional/codigo\\_etica\\_conduta/CodigoEticaConduta.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/informacao_institucional/codigo_etica_conduta/CodigoEticaConduta.pdf).
- MEMORANDO DA TROIKA ANOTADO. Disponível em <https://acervo.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>.
- Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto; Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho; Lei n.º 91/2001, de 21 de agosto.
- OCDE, *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259196-pt>. Acesso em 02 de maio de 2018.
- OCDE. *Discussion Paper on Public Procurement Performance Measures*, 2012. Disponível em [http://www.oecd.org/gov/ethics/Discussion%20paper%20on%20public%20procurement%20performance%20measures%20GOV\\_PGC\\_ETH\\_2012\\_1.pdf](http://www.oecd.org/gov/ethics/Discussion%20paper%20on%20public%20procurement%20performance%20measures%20GOV_PGC_ETH_2012_1.pdf). Acesso em 20 de maio de 2018.
- OCDE. *Recomendação do Conselho em Matéria de Contratos Públicos*, 2015. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recomendação-conselho-contratos.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2018.
- ONU. A História da Organização. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em 04 de novembro de 2017.
- PARLAMENTO EUROPEU. A Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de novembro de 2012.

PARLAMENTO EUROPEU. Proposta para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contração Pública, COM(2011) 896 final, Bruxelas, 2011.

Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro.

THE CONTRACT COMMITTEE OF THE SUPREME AUDIT INSTITUTIONS OF THE EUROPEAN UNION. *Public Procurement Audit*, Lisboa, 2010. p. 102. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/outras/PublicProcurementAudit.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-454/06: Acórdão (Terceira Secção) de 19 de Junho de 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62006CA0454>. Acesso em 15 de maio de 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO BRASIL. Acórdão n.º 2296/2014 – Plenário, Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 03 de setembro de 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. *Tribunal de Contas de Portugal: Controlo na área da Contratação Pública*, 2005. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/rel\\_ext/outras/contratacao\\_publica\\_tcp.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/rel_ext/outras/contratacao_publica_tcp.pdf).

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. Relatório Global. *Relatório n.º 17/2009 – 2.ª Secção – Auditoria e empreendimentos de obras públicas por gestão directa. Conclusões e Recomendações do Tribunal de Contas*, Lisboa, 2009. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2009/2s/audit-dgtrc-rel017-2009-2s.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/2s/audit-dgtrc-rel017-2009-2s.pdf). Acesso em 17 de maio de 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. *Auditoria de seguimento às recomendações formuladas no Relatório n.º 17/2009 -2.ª Secção*. Empreendimentos de obras públicas, Lisboa, 2015. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2015/2s/audit-dgtrc-rel001-2015-2s.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2015/2s/audit-dgtrc-rel001-2015-2s.pdf). Acesso em 17 de maio de 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. Acórdão n.º 45/11, de 07 de junho de 2011, 1.ª Secção/SS.

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. *Plano de Prevenção de Riscos de Gestão da Direcção-Geral do Tribunal de Contas*, 2009. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/plano\\_risco/plano\\_prevencao.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/plano_risco/plano_prevencao.pdf). Acesso em 10 de junho de 2018.

- TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL. *Controlo na área da Contratação Pública*. Disponível em [https://www.tcontas.pt/pt/rel\\_ext/outras/contratacao\\_publica\\_tcp.pdf](https://www.tcontas.pt/pt/rel_ext/outras/contratacao_publica_tcp.pdf). Acesso em 01 de junho de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Livro Verde. *Os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro*. Comunicação adotada pela Comissão em 27 de novembro de 1996 sob proposta do Comissário MONTI. Disponível em [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_pt.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf). Acesso em 15 de maio de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, COM(2011) 15 final, Bruxelas, 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre as implicações da crise da dívida soberana para a governação da UE (parecer de iniciativa), 2011/C 51/03, de 17 de fevereiro de 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — «Juntos para um novo crescimento», COM(2011) 206 final, Bruxelas, 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento UE nº 1093/2010 do Parlamento e Conselho, de 24 de novembro de 2010.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento UE nº 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de novembro de 2010.
- UNIÃO EUROPEIA. *The EU Customs Competency Framework*. Disponível em [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/eu-training/eu-customs-competency-framework\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/eu-training/eu-customs-competency-framework_en). Acesso em 28 de maio de 2018.
- UNITED KINGDOM. The Independent Commission for Aid Impact (ICAI). *ICAI's Approach to Effectiveness and Value for Money*, 2011. Disponível em <https://www.bond.org.uk/data/files/ICAIs-Approach-to-Effectiveness-and-VFM.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Government Procurement. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm). Acesso em 15 de maio de 2018.