

NOVAS DIRETIVAS E TÓPICOS DE DESPESA PÚBLICA¹

Hugo Flores da Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

No presente artigo, dedicamos o nosso estudo à dimensão do controlo da despesa pública, assumindo como objeto de análise o disposto na Nova Diretiva dos Contratos Públicos, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (doravante, abreviadamente designada por Diretiva) no que respeita aos critérios que devem pautar a realização de despesa pública pela via contratual.

A prossecução do interesse público, concretizada numa atividade por via da qual é promovida a satisfação das necessidades coletivas², pressupõe que o Estado reúna um complexo de recursos financeiros e que efetivamente os afete a esse propósito³. Neste contexto, articulam-se duas dimensões fundamentais, uma que respeita à arrecadação de recursos financeiros (receita pública) e outra que respeita à afetação dos recursos arrecadados (despesa pública). Sem prejuízo da interpenetração e necessária complementaridade das dimensões referidas, bem como da necessidade de perspetivar a atividade financeira pública na sua globalidade, considerando quer as receitas quer as despesas públicas⁴, a dimensão da despesa pública tende a ver o seu tratamento doutrinal negligenciado, quando comparado com o trabalho de investigação dedicado à componente da receita pública⁵.

¹ Artigo publicado em na Revista de Contratos Públicos, Lisboa, n.º 11 (Jul. 2016), p. 69-88.

² Entendidas como as necessidades que são sentidas por todos os elementos da comunidade pelo preciso facto de estarem integrados nessa comunidade.

³ Para uma exposição atualista sobre a relação entre receitas e despesas públicas, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, e GOMES, Noel, *Da responsabilidade financeira*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, 329, 2012.

⁴ Cfr. SORROSAL, Sofía Borgia, *Los principios constitucionales de eficiencia y economía en la programación y ejecución de los gastos públicos*, *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 34, 2004, página 42.

⁵ Cfr. CHEVAUCHEZ, Benoît, *La dépense publique, au coeur de nos systèmes de finances publiques*, *REvue Française de Finances Publiques* n.º 77, Mars, 2002, páginas 27 e seguintes; e SORROSAL, Sofía Borgia, *Los principios constitucionales...*, cit., página 46.

Num contexto de escassez de recursos financeiros, a disciplina jurídica da despesa pública assume uma relevância tão ou mais preponderante que a disciplina da sua arrecadação. É certo que a componente da receita, comportando um complexo de atos destinados a produzir ablações patrimoniais na economia com vista a dela extrair recursos que serão destinados à satisfação das necessidades coletivas, se reveste de caráter eminentemente restritivo, o que pressuporá um especial reforço do tratamento jurídico oferecido a estas matérias. Poderíamos, em contraposição, ser tentados a considerar que a realização da despesa pública, por se associar a uma atividade eminentemente prestadora, estaria dissociada desse caráter restritivo, pelo que estariam dispensadas especiais preocupações de teorização jurídica neste domínio. Ficaria, por esta via, justificado o desequilíbrio que se verifica entre a atenção dada na doutrina a uma e outra matéria. No entanto, só aparentemente é possível afastar o caráter restritivo da realização da despesa pública. A despesa pública realizada repercute-se de forma direta e irremediável em termos quantitativos no nível das necessidades financeiras, pelo que condiciona, ainda que indiretamente, o nível das referidas ablações patrimoniais produzidas na economia com vista a dela extrair recursos financeiros⁶.

A atividade contratual desenvolvida pelo Estado com o propósito de ver prosseguidas as suas atribuições – isto é, a prossecução do Interesse Público – traduz-se em inevitáveis onerações da esfera jurídica fundamental dos privados, na medida em que é junto destes que são arrecadados os recursos financeiros que constituem pressuposto de tal atividade. Por esse exato motivo, a despesa pública associada a tal atividade deverá pautar-se por critérios de eficiência e racionalidade, de acordo com os quais os recursos financeiros utilizados deverão corresponder aos indispensáveis a garantir o nível de resultados pretendidos, evitando-se desperdícios injustificados. Por esta ordem de razões, deverá sujeitar-se – e encontra-se sujeita – a um conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a sindicar e controlar a sua conformidade (formal e material) com a ordem jurídica.

⁶ Num contexto de Estado fiscal, no âmbito do qual a obtenção de receitas é, essencialmente, levada a cabo por via da arrecadação de impostos, facilmente se concebe que o aumento da despesa pública – pelo menos em termos tendenciais – tem por consequência imediata o aumento, em termos quantitativos, do nível de impostos arrecadados. Cfr. NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1988, páginas 210 e seguintes; SILVA, Hugo Flores da, *A Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, páginas 244 e 245.

No presente artigo, promovemos o estudo de alguns dos critérios jurídicos enformadores da realização da despesa pública contratual, e promovemos a sua articulação com as diretrizes que nos são fornecidas pelo texto normativo da Nova Diretiva, no que respeita à adjudicação dos contratos públicos.

2. Critérios jurídicos enformadores da realização da despesa pública

Tendo por referência o propósito de promover um estudo articulado entre os critérios enformadores da realização da despesa pública e os critérios jurídicos previstos na Nova Diretiva para a adjudicação de contratos públicos, importa, num primeiro momento, atentar naqueles primeiros critérios, para que, posteriormente, nos debruçemos sobre os segundos, e respetiva articulação.

Tradicionalmente, a disciplina da realização da despesa pública pautava-se por critérios de legalidade e regularidade formais, importando que os atos de gestão financeira fossem produzidos em estrita conformidade com as normas jurídicas em vigor, em termos tais que um bom ato de despesa seria aquele que, em termos eminentemente formais, obedecesse à disciplina normativa aplicável, mormente ao procedimento preestabelecido para esse efeito⁷. Em consequência, o controlo exercido sobre os referidos atos poderia limitar-se a aferir se os mesmos obedeciam às normas jurídicas em vigor, assumindo-se irrelevantes os resultados financeiros a que os mesmos conduzissem.

A perceção de que a simples conformidade com a lei e com o procedimento de realização da despesa seria insuficiente para garantir uma otimização da afetação dos recursos financeiros públicos deu lugar a uma reconfiguração do modelo de gestão financeira pública. Assim, para além da sua vinculação a critérios de legalidade formal e de regularidade, exige-se que aquela atividade se conforme com uma lógica de boa gestão,

⁷ Cfr. TAVARES, José F. F., *Administração, Controlo, Avaliação e Responsabilidade*, in Estudos de Administração e Finanças Públicas, 2.ª Edição Atualizada, Almedina, Coimbra, 2014, página 171; CORREIA, Lia Olema F. V. J., *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, página 798; e COSTA, Paulo Nogueira da, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança, Contributo para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, páginas 165 e 166; MORENO, Carlos, *Finanças Públicas, Gestão e Controlo dos Dinheiros Públicos*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2000, página 82 e 265.

garantindo-se a racionalidade económica da despesa pública mediante a sujeição da sua realização a critérios de economia, eficiência e eficácia⁸. A boa gestão, que corresponde à transposição para o domínio económico do princípio constitucional da proporcionalidade, incorpora uma ideia de prudência nos gastos e apela à mais racional utilização possível dos recursos financeiros⁹, o qual, sem prejuízo da respetiva substância económica, corporiza uma verdadeira imposição jurídica, procurando disciplinar no plano jurídico o mérito económico de um comportamento de gestão, mediante a imposição de deveres jurídicos de conduta no sentido de programar e desenvolver a gestão das atividades segundo critérios de racionalidade, maximizando a utilidade dos recursos disponíveis¹⁰.

⁸ Os critérios de realização de despesa que se enunciam encontram expressa consagração no nosso ordenamento jurídico. Nos termos do artigo 22.º do Regime de Administração Financeira do Estado (doravante, RAF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho prevê que “a autorização de despesas *“fica sujeita à verificação dos seguintes requisitos: a) Conformidade legal; b) Regularidade financeira; c) Economia, eficiência e eficácia”*, entendendo-se por conformidade legal *“a prévia existência de lei que autorize a despesa”* e por regularidade financeira *“a inscrição orçamental, correspondente cabimento e adequada classificação da despesa”*. Mais se refere que *“na autorização de despesas ter-se-á em vista a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente”*. No mesmo sentido, a Lei de Enquadramento Orçamental (doravante, LOE), Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, prevê no n.º 6 do seu artigo 39.º que *“nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente: a) O facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis; b) A despesa em causa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação, esteja adequadamente classificada e obedeça ao princípio da execução do orçamento por duodécimos, salvas, nesta última matéria, as exceções previstas na lei; c) A despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia”*.

⁹ Desde logo, em atenção à necessidade de garantir a sustentabilidade das finanças públicas, e, por maioria de razão, o cumprimento do princípio da equidade intergeracional. Sobre a temática, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Sustentabilidade e Finanças Públicas Responsáveis, Urgência de Um Direito Financeiro Equigeracional*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume I, *Stvdia Ivridica* – 102, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, páginas 612 e seguintes.

¹⁰ Cfr. MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., páginas 75 e seguintes; CORREIA, Lia Olema F. V. J., *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*, cit., páginas 791 e seguintes; e ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)*, 2.ª Edição, CEJUR, Coimbra Editora, páginas 126 e seguintes.

Em termos gerais, a boa gestão da atividade financeira pública é aferida em atenção a três critérios essenciais: economia, eficiência e eficácia dos atos de gestão¹¹. No presente artigo, em atenção ao seu objeto, centralizamos a nossa análise nos critérios de eficiência e eficácia, relegando para segundo plano o critério da economia, o qual, em termos simples se traduz na exigência de que os recursos financeiros, humanos e materiais, tanto sob o ponto de vista da qualidade como da quantidade, sejam adquiridos no momento oportuno e pelo menor custo¹².

O conceito de eficiência assume natureza polissêmica e pode ser concebido em diversos sentidos. Na economia, quando assumido como eficiência na aplicação de recursos, ou eficiência em sentido técnico, o conceito é reconduzido a uma utilização dos recursos disponíveis de forma a obter a minimização do desperdício e o nível máximo de resultados possíveis, em termos qualitativos e quantitativos¹³. É, precisamente, neste sentido que o assumimos enquanto imperativo enformador da atividade financeira pública.

O conceito de eficiência é, portanto, um conceito composto e relativo. É composto por pressupor a análise da componente dos recursos utilizados, por um lado, e da componente resultados, por outro. E é relativo, numa perspetiva interna, na medida em que assenta numa comparação entre aquelas duas componentes, isto é, dos recursos afetos a determinada atividade e dos resultados com que com ela são obtidos. A utilidade do conceito procederá da sua adequação, numa perspetiva externa, enquanto critério comparativo entre as várias soluções alternativas possíveis. O conceito será sobremaneira

¹¹ Sobre as consequências da inobservância destes critérios, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, GOMES, Noel, e SILVA, Hugo Flores da, *Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, páginas 11 e 12.

¹² Cfr. MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., página 78; ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local...*, cit., , página 127.

¹³ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local...*, cit., página 129; e SILVA, Hugo Flores da, *A Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, cit., páginas 232 e seguintes. Analisando várias concepções do conceito de eficiência, cfr. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas considerações)*, in *Svdia Iuridica* n.º 13, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995, páginas 131-132. Sobre o conceito de eficiência na economia, cfr. SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D., *Economia*, 18.ª Edição, Tradução e Revisão Técnica Elsa Fontinha e Jorge Pires, McGraw-Hill, Madrid, 2006, páginas 4 e 738; e MORCILLO, Francisco Mochón, TROSTER, Roberto Luís, *Introdução à Economia*, tradução e revisão técnica de Roberto Luís Troster, Makron Books, São Paulo, 1994, página 86.

útil para efeitos do apuramento entre várias da solução mais eficiente, ou seja, aquela que maximize os resultados obtidos com o mínimo de afetação de recursos possível.

O conceito de eficiência não se confunde com o conceito de eficácia. Embora esteja diretamente relacionada com a componente dos resultados que integra o conceito de eficiência, uma solução mais eficiente não será necessariamente uma solução mais eficaz, assim como, uma solução mais eficaz não será necessariamente mais eficiente. A eficácia exprime a relação entre os objetivos pré-definidos e os efeitos ou resultados obtidos¹⁴. A eficiência distingue-se da eficácia pelo facto desta última contender exclusivamente com a realização dos resultados previamente definidos, quando na primeira releva a maximização dos resultados com a minimização dos recursos afetos para a obtenção dos mesmos.

A convocação da racionalidade económica com princípio disciplinador da atividade financeira pública procura garantir uma ótima afetação dos recursos públicos, mediante a obtenção dos resultados de gestão pretendidos com o menor nível de desperdício possível¹⁵. No entanto, a inegável preponderância da aplicação dos critérios de racionalidade económica à atividade financeira pública não pode ser assumida em termos absolutos e de modo a resultar no sacrifício dos demais valores juridicamente relevantes. Importa buscar um compromisso entre as exigências de boa gestão e de racionalidade económica – que se associam a uma eficiente e eficaz afetação dos recursos financeiros – e as demais exigências que, no contexto de um Estado de Direito democrático, não poderão resultar sacrificadas, tais como os valores fundamentais da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da proteção do ambiente¹⁶. Deverá ser assumida uma visão axiológica da atividade financeira pública, que permita conciliar os interesses da racionalidade económica com o respeito pelos valores constitucionais

¹⁴ Cfr. MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., página 77; LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência...*, cit., página 128; ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local...*, cit.; SILVA, Hugo Flores da, *A Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, cit., páginas 232 e seguintes.

¹⁵ Cfr. QUERALT, Juan Martín, SERRANO, Carmelo Lozano, LÓPEZ, José M. Tejerizo, OLLERO, Gabriel Casado, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, cit., página 116.

¹⁶ Cfr. DENHARDT, Janet, DENHARDT, Robert, *The New Public Service: serving, not steering*, Expanded Edition, New York, 2007, páginas 25 e seguintes; MORENO, Carlos, *Finanças Públicas*, cit., páginas 77 e seguintes; COSTA, Paulo Nogueira da, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*, cit., , páginas 194 e seguintes; ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local...*, cit., página 129.

fundamentais. O conceito de boa gestão não deverá pautar-se, de forma exclusiva, por uma lógica de eficiência económica, devendo, a par daquela, orientar-se de acordo com critérios de eficiência social e ambiental. A consideração dos aspetos sociais e ambientais como relevantes aquando da fixação dos resultados que se pretende atingir com determinado ato de despesa, permite que os mesmos sejam relevados aquando do apuramento da respetiva eficácia.

3. Controlo financeiro da despesa pública

Tendo em consideração o exposto, o controlo financeiro exercido sobre a realização de despesa pública pela via contratual, amplamente concebido como a atividade por via da qual se visa aferir da conformidade da gestão dos recursos financeiros públicos com as normas jurídicas que a disciplinam, deverá orientar-se no sentido da verificação do cumprimento dos referidos critérios disciplinadores da realização da despesa pública aquando da formação de determinado contrato público.

Tradicionalmente, a doutrina estabelecia uma distinção entre controlo de legalidade e da regularidade e o controlo do mérito da despesa pública. O controlo da regularidade e da legalidade financeira corresponderia à aferição da conformidade do ato controlado com o complexo de normas financeiras e contabilísticas aplicáveis. Por sua vez, o controlo do mérito corresponderia à verificação da conformidade do ato controlado com os critérios da economia, eficiência e eficácia, pelo ato controlado. A doutrina vem recusando a distinção estabelecida, com fundamento na sua falta de rigor, uma vez que, na medida em que se encontram positivados em normas jurídicas os critérios da economia, eficiência e eficácia, também decorrendo de princípios e valores constitucionalmente consagrados, deixa de ser possível conceber tal controlo com um controlo de mérito, mas sempre, e necessariamente, de legalidade¹⁷.

Assumimos como válida a crítica assumida contra a referida categorização. No entanto, e sem prejuízo da necessidade de promovermos algumas precisões terminológicas, consideramos que poderá ser estabelecida uma distinção fundamental entre o controlo de legalidade e o controlo de mérito da decisão. Vejamos.

O controlo da legalidade deverá ser concebido como a verificação da conformidade do ato de despesa controlado com o ordenamento jurídico amplamente

¹⁷ Cfr. [...].

considerado¹⁸. Este exercício pressuporá o controlo da legalidade e da regularidade da despesa pública, portanto, da sua conformidade com as normas jurídicas financeiras e contabilísticas aplicáveis – o que, por facilidade expositiva, podemos designar de controlo da legalidade formal –, como também pressupõe o controlo do cumprimento dos critérios de boa gestão (economia, eficiência e eficácia), - o que, por facilidade expositiva, podemos designar de controlo da legalidade material. Trata-se, neste segundo caso, de controlar o mérito económico do ato de despesa sindicado, concebido como uma exigência legal – expressamente consagrada em lei ordinária, mas que, sem prejuízo dessa previsão, decorre de princípios jurídicos constitucionalmente consagrados –, o que significa que não estamos perante um controlo da conveniência ou oportunidade do ato, mas, em sentido diametralmente oposto, perante um controlo de legalidade¹⁹. Significa isto que uma decisão que não respeite os referidos critérios de economia, eficiência, e eficácia será uma decisão ilegal. Entre uma solução que cumpra superiormente aqueles critérios, e uma outra que não os cumpra de forma tão satisfatória, o decisor público não se encontrará legitimado a optar, alternativamente, por uma ou por outra. Se o decisor público se encontra vinculado a decidir em termos económicos, eficientes e eficazes, uma decisão que não cumpra tais exigências, atenta a sua desconformidade com as normas jurídicas que as estabelecem, será uma decisão ilegal²⁰.

¹⁸ Nomeadamente, a conformidade dos atos de gestão financeira pública com os princípios e valores que enquadram tal atividade do ponto de vista jurídico-constitucional, como sejam os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos, da justiça, da igualdade, da proporcionalidade, da boa-fé e da boa-gestão. Cfr. TAVARES, *A Ponderação de Interesses na Gestão Pública Vs. Gestão Privada*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, página 668.

¹⁹ “A nossa ordem jurídica impõe à Administração, não apenas o dever de atuar, mas também o modo de atuação, o qual deve corresponder à melhor forma de satisfazer eficaz e eficientemente o interesse público tutelado. A legalidade substantiva da gestão de bens públicos só é apreciável mediante o recurso a critérios técnicos de avaliação do mérito financeiro”. Cfr. CORREIA, Lia Olema F. V. J., *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*, cit., página 795.

²⁰ O exercício deste controlo de legalidade recebe previsão expressa na da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante, LOPTC), concretamente no seu artigo 1.º, quando se prevê que “o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira”, mas também nas al. f) do n.º 1 do artigo 5.º, als. f) e h) do n.º 3 do artigo 54.º e no n.º 1 do artigo 50.º. Também o ordenamento jurídico europeu assumiu expressamente os referidos critérios, ao prever no n.º 2 do artigo 287.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE)

Coloca-se, portanto, a questão de saber se, permanece válida de conteúdo a distinção entre controlo de legalidade e controlo de mérito. Consideramos que sim. Quando o decisor público se encontre perante duas, ou mais, soluções que cumpram de igual forma os critérios da economia, eficiência e eficácia, estará legitimado a optar alternativamente entre as mesmas, sem que, porém, essa decisão possa ser objeto de um juízo de censura do ponto de vista legal. Entramos aqui no domínio da oportunidade e conveniência da decisão de realização da despesa pública, pelo que, por maioria de razão, o controlo exercido estará limitado a um controlo de mérito²¹. A apreciação do mérito permitirá a distinção entre boas e más decisões, mas umas e outras serão decisões legais, o que fundamentará a insindicabilidade do ponto de vista jurisdicional.

Este juízo, que em termos teórico-abstratos se apresenta bastante linear, em concreto poderá assumir contornos extremamente complexos. Assim, porque uma decisão mais eficiente poderá não corresponder a uma decisão mais eficaz, como o inverso também é verdadeiro. A eficiência reconduzir-se-á a uma lógica de redução ou minimização da utilização dos recursos necessários para produzir um determinado nível de resultados; ou, em sentido diverso, ao aumento do volume de resultados obtidos para um determinado nível de recursos. Neste sentido, o incremento dos níveis de eficiência poderá ocorrer: por via de um decréscimo do nível de recursos utilizados, caso em que deverá ser acompanhado pelo incremento, manutenção, ou redução menos que proporcional, dos níveis de resultados obtidos; como poderá ocorrer por via de um incremento do nível de recursos utilizados, desde que o mesmo seja acompanhado por um incremento mais do que proporcional dos níveis de resultados obtidos. Desta forma, o decisor público pode ser colocado perante a necessidade de escolher entre soluções igualmente eficientes – porque compreendem uma distinta distribuição entre as componentes dos custos e dos resultados –, mas que apresentam níveis de eficácia distintos. Por outro lado, poderá suceder que a obtenção de determinado nível de resultados (portanto, de eficácia) pressuponha a adoção de uma solução menos eficiente que outras que se colocam em alternativa. Tais situações deverão, quanto a nós, ser

que “o Tribunal de Contas examina a legalidade e a regularidade das receitas e despesas e garante a boa gestão financeira”.

²¹ Face ao já mencionado quadro jurídico-constitucional enformador da atividade de gestão dos recursos financeiros públicos, a margem de discricionariedade conferida aos gestores públicos é, no nosso ordenamento jurídico, relativamente reduzida. Neste sentido, cfr. CORREIA, Lia Olema F. V. J., *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*, cit., página 795.

resolvidas com recurso a uma ponderação dos interesses públicos em presença: o específico interesse público que se pretende prosseguir com o concreto ato de despesa em causa; e o interesse público associado à eficiente afetação dos recursos financeiros públicos. Esta ponderação deverá passar pela definição do nível mínimo de resultados que ainda se possa considerar compatível com o interesse público prosseguido com o ato de despesa a realizar, de modo a que a busca da solução mais eficiente não possa determinar o sacrifício intolerável desse interesse, solução, aliás, conforme com a lógica de proporcionalidade que referimos ser inerente consagração dos critérios de boa gestão²². Neste domínio, serão (naturalmente) acrescidas as exigências de fundamentação dos atos²³. Poderá, inclusivamente, suceder que, em virtude da natureza do específico interesse público subjacente à realização do ato de despesa em causa, a componente da eficácia não possa ser assumida em termos variáveis. Nestes casos, deverá ser adotada a solução mais eficiente, portanto, a que, garantindo os resultados pretendidos, pressupõe uma menor afetação de recursos.

Para além das formas de controlo que vimos de expor, a doutrina tem avançando a importância da avaliação da gestão financeira, entendida como uma atividade técnico-científica que, podendo incidir sobre a pode incidir sobre a respetiva pertinência e oportunidade, não se limita à análise e apreciação dos objetivos fixados com os recursos financeiros aplicados para o efeito, mas que tem, ainda, em consideração os respetivos efeitos (diretos e indiretos), o que permite a relevação neste domínio dos efeitos sociais e

²² De acordo com CARLOS MORENO podemos distinguir uma gestão pelos recursos, assente numa lógica de obtenção dos resultados com o menor custo possível, e uma gestão pelos resultados, assente numa lógica de garantia da qualidade dos resultados obtidos, com uma desvalorização dos respetivos custos. Cfr. MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., página 77. Consideramos, porém, que a gestão financeira pública deverá resultar da articulação das dimensões dos custos e dos resultados, sem que uma possa, em termos teórico-abstratos, significar o sacrifício da outra, ainda que em concreto uma deva prevalecer, em virtude dos específicos interesses em presença.

²³ O dever de fundamentação tem consagração constitucional expressa no artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), e no domínio da atividade financeira pública traduz-se num especial dever de prestação de contas. Sobre o dever de prestação de contas, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, e SILVA, Hugo Flores da, *Os deveres de prestação de contas por parte dos entes locais*, in Anuário, Vol III., EDUM, Braga, 2015, em fase de edição.

ambientais que se lhe associam²⁴. Trata-se de uma forma de controlo que, socorrendo-se dos métodos de investigação e técnicas das ciências sociais, tais como inquéritos estatísticos, estudos económicos, sociológicos, ambientais, etc., assume como propósito essencial o de apreender a utilidade social dos gastos públicos, apurando os impactos da despesa pública na qualidade de vida das pessoas²⁵.

4. Critérios de adjudicação na Diretiva 2014/24/EU

Uma vez analisados os critérios a que se encontra adstrita a realização da despesa pública, e sendo nosso o propósito de promover um estudo articulado entre tais e os que, nos termos da Nova Diretiva, disciplinam a adjudicação de contratos públicos, importará, neste momento, atentar, ainda que sumariamente, em tanto quanto é previsto na mesma relativamente à adjudicação dos contratos públicos.

A Nova Diretiva estabelece no seu artigo 67.º que a adjudicação dos contratos públicos deverá obedecer ao critério da proposta economicamente mais vantajosa²⁶. Trata-se de um critério complexo, cuja formação pressupõe a consideração de uma multiplicidade de fatores que contribuem para a definição do que seja a proposta

²⁴ Sobre o conceito, métodos e objetivos da avaliação, cfr. TAVARES, José F. F., *Administração, Controlo, Avaliação e Responsabilidade*, cit., páginas 172 e 173; e MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., página 78.

²⁵ Por motivos expositivos, optamos por não focar a nossa análise no controlo político da atividade de gestão financeira pública. Trata-se de uma forma de controlo da gestão financeira pública levada a efeito por órgãos com funções políticas no exercício dessas mesmas funções, com base em juízos de mérito formados segundo critérios políticos de apreciação. Sobre esta forma de controlo, cfr. MORENO, Carlos, *Finanças Públicas...*, cit., páginas 71 e seguintes; e CORREIA, Lia Olema F. V. J., *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*, cit., página 797. Não ignoramos, porém, a influência que a decisão política poderá representar ao nível dos níveis de racionalidade economia associada aos atos de gestão financeira pública. A referida racionalidade poderá, desde logo, resultar prejudicada em virtude da decisão política que possa estar subjacente ao ato de despesa pública em causa.

²⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 67.º da Diretiva. De acordo com o ponto 89 do Preâmbulo da Diretiva, as entidades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos à proposta que se apresente mais vantajosa do ponto de vista económico, erigindo como conceito primordial nesse domínio o da “proposta economicamente mais vantajosa”. Neste sentido, o contrato deverá ser adjudicado à proposta que apresente uma melhor “qualidade/preço”. Por sua vez, no ponto 90 do Preâmbulo da Diretiva prevê-se que na determinação da proposta que apresente uma melhor relação qualidade/preço devem ser utilizados critérios objetivos que assegurem o respeito pelos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento.

economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante. O preço/custo deixa, portanto, de relevar como um critério de adjudicação em si mesmo considerado²⁷ e passa a constituir uma das componentes relevantes para a formação da proposta economicamente mais vantajosa²⁸. Com efeito, a subalternização do critério do preço ou do custo não significa, nem poderia significar, a sua irrelevância no procedimento de formação contratual. Na verdade, o conceito de proposta economicamente mais vantajosa comporta uma lógica relacional, significando, em termos simples, uma comparação entre os custos associados a determinada proposta quando comparados com os respetivos resultados obtidos em termos de qualidade. O preço/custo continua, por isso, a desempenhar um papel fundamental na lógica relacional inerente à determinação da proposta economicamente mais vantajosa.

A seleção da proposta economicamente mais vantajosa deverá resultar da consideração do preço ou do custo, mediante a utilização de uma abordagem de custo-eficácia, como será o caso dos custos do ciclo de vida, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, a qual será avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados, sem perder de vista o objeto do contrato público em causa. Os referidos critérios podem, nomeadamente, ter em consideração i) a qualidade – *“designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições”*; ii) a organização – *“qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do*

²⁷ Nos termos da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, a adjudicação de um contrato deveria realizar-se com base em dois critérios de adjudicação: i) o preço mais baixo e ii) a proposta economicamente mais vantajosa. Cfr. Ponto 46 do Preâmbulo e o artigo 53.º.

²⁸ Cfr. Ponto 89 do Preâmbulo da Diretiva. O fator custo poderá assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade, admitindo-se que os Estados-Membros possam afastar a utilização do preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou restringir a sua admissibilidade como critério exclusivo a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos. Cfr. n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva.

contrato”; ou iii) *“serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução”*²⁹.

A relevação do cálculo dos custos do ciclo de vida como método de densificação da abordagem de custo-eficácia é disciplinada pelo artigo 68.º da Diretiva. Este cálculo dos custos deverá abranger partes ou a totalidade dos custos relevantes ao longo do ciclo de vida de um produto, serviço ou obra, relevando, para esse efeito i) os custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores³⁰, bem como os ii) custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida³¹. Convoca-se uma visão mais alargada dos custos associados ao contrato a celebrar, que não se limite à consideração daqueles que imediata e diretamente se associam à contratação do bem ou serviço pretendido, mas releve a importância dos custos suportados durante o benefício do bem ou serviço contratado, bem como dos custos suportados com a respetiva conclusão³². Assume-se, portanto, uma visão mais abrangente dos custos que se associam a determinada opção financeira, não apenas do ponto de vista temporal mas também material³³.

Sinteticamente exposto o regime previsto na Diretiva para a adjudicação de contratos públicos, e sem prejuízo da sua eventual imprecisão, para efeitos do presente estudo, importa extrair os seguintes tópicos operativos:

- a) Deverá ser adjudicada a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante;

²⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva.

³⁰ *“Nomeadamente i) custos relacionados com a aquisição, ii) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos, iii) custos de manutenção, iv) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem”*.

³¹ *“Desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; estes custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas”*.

³² Pense-se, por exemplo, nos custos despendidos pela entidade adjudicante para se ver livre de determinado bem.

³³ Nos termos do Ponto 20 do n.º 1 do artigo 2.º da Nova Diretiva, entende-se por ciclo de vida *“todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição de matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização”*.

- b) O conceito operativo de proposta economicamente mais vantajosa assume natureza complexa e relacional, pressupondo a consideração de um elemento respeitante aos custos e um elemento respeitante aos resultados, decorrendo a seleção da proposta economicamente mais vantajosa da consideração articulada daqueles elementos numa lógica de custo/benefício;
- c) A componente relacionada com os custos poderá ter em consideração os ciclos de vida, convocando uma visão temporalmente mais alargada dos custos associados ao contrato a celebrar, podendo relevar neste âmbito os custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores, bem como os custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida;
- d) A componente da qualidade deverá ter por referência o objeto do contrato público em causa, e ter em consideração aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais.

5. Articulação entre critérios de realização da despesa e critérios de adjudicação na Nova Diretiva

A disciplina da forma como o Estado – amplamente concebido – se relaciona contratualmente com terceiros não pode resultar alheada das normas que disciplinam a realização da despesa pública. Na exata medida que a celebração de contratos públicos pressupõe a vinculação das entidades públicas à realização de prestações de natureza financeira, o procedimento de formação desses contratos não se encontrará dispensado da observância das disposições normativas que disciplinam a realização de despesa pública. A despesa pública contratual encontra-se, portanto, adstrita ao cumprimento dos pressupostos de legalidade e regularidade financeira, bem como ao cumprimento dos critérios de boa gestão (economia, eficiência e eficácia).

Tendencialmente, a disciplina dos procedimentos de formação contratual pública e da realização da despesa pública obedecem a critérios que resultam disciplinados em corpos normativos distintos (Direito da Contratação Pública e Direito Financeiro Público, respetivamente). No entanto, a Nova Diretiva, vem estabelecer que as entidades adjudicantes, aquando da determinação do critério de adjudicação a aplicar nos respetivos procedimentos de contratação, tenham em consideração regras que consideramos reconduzíveis a algumas das soluções adotadas no complexo normativo que disciplina a

realização da despesa pública³⁴. Passa, quanto a nós, a ser possível identificar uma certa correspondência entre os critérios de adjudicação de contratos públicos e os critérios de realização da despesa pública, o que consideramos ser de salutar, atenta a supramencionada indissociabilidade destes dois domínios³⁵. Vejamos.

Como tivemos oportunidade de analisar, a Nova Diretiva estatui que a adjudicação dos contratos públicos deverá obedecer ao critério da proposta economicamente mais vantajosa. Este critério, unitário, mas complexo, promove uma racionalização do procedimento de adjudicação de contratos públicos, à semelhança da racionalidade que é exigida no procedimento de realização de despesa. A seleção da proposta a adjudicar pressupõe que seja equacionado um conjunto de fatores que são tidos por relevantes aquando da determinação da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante.

Desde logo, a Nova Diretiva ao erigir a proposta economicamente mais vantajosa como critério de adjudicação dos contratos públicos, mediante a consideração do nível de custos e de resultados associados a determinada proposta, promove uma aproximação aos critérios de eficiência e de eficácia que disciplinam a realização da despesa pública. Com efeito, a adjudicação dos contratos públicos passa a pautar-se por um critério que obedece a uma lógica relacional, no âmbito do qual se promove uma articulação entre uma componente de custos, respeitante ao nível de recursos financeiros públicos que serão afetos ao contrato em virtude da adjudicação de determinada proposta, e uma componente de qualidade, respeitante ao nível de concretização dos objetivos que se pretende ver realizados mediante a celebração de determinado contrato público. Por outras palavras,

³⁴ Assim, independentemente das específicas motivações que possam ter influído na sua definição, as quais se pautarão pelos princípios estruturais do Direito da Contratação Pública. Neste sentido, é referido no Ponto 90 do Preâmbulo da Diretiva que “*a adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento*”.

³⁵ Não queremos, com isto, significar que as motivações que determinaram a adoção de critérios similares num e noutro domínio tenham sido exatamente as mesmas. Desde logo, porque são distintos os princípios enformadores de um e outro ramo do Direito. Assim, por exemplo, a relevância da eficiência como critério de adjudicação poderá ser reclamada no domínio da contratação pública ao abrigo dos princípios da igualdade e da concorrência, uma vez que a seleção de propostas ineficientes, poderá, desde logo, ser concebida com um auxílio de estado encapotado – na exata medida em que pressuponha o pagamento de um preço pela entidade adjudicante que não encontra reflexo ao nível das prestações que recebe.

são acolhidos no domínio da adjudicação de contratos públicos pressupostos de racionalidade económica, tal como sucede com a realização da despesa pública.

A relevação da componente dos custos e dos resultados associados às propostas em análise, e respetiva articulação, como forma de aferir qual, de entre várias, se assume mais vantajosa do ponto de vista económico para a entidade adjudicante, corresponde, no essencial, à absorção pelo Direito da Contratação Pública dos critérios da eficiência e da eficácia – os quais, como tivemos oportunidade de analisar, têm plena vigência no âmbito do Direito Financeiro Público.

O que se diz resulta, desde logo, manifesto pelo recurso a expressões como “*abordagem custo-eficácia*” e “*melhor relação qualidade/preço*”, as quais invocam uma lógica de eficiência, mas também pela afirmação de uma avaliação pautada por “*critérios qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa*”, portanto, pautada por uma lógica de eficácia. Note-se, aliás, que o texto normativo da Nova Diretiva, não se basta com uma minimização dos custos, e tem em vista a produção de determinado nível de resultados, convocando, inclusivamente, como importantes, não apenas os específicos propósitos/interesses subjacentes ao contrato público que se pretende celebrar, mas também, os impactos sociais e ambientais que se lhe associam – preocupação que, como tivemos oportunidade de assinalar *supra*, tem sido identificada na doutrina relativamente à disciplina da realização da despesa pública.

A adjudicação de um contrato público no âmbito de um procedimento de contratação passa a pressupor, portanto, uma avaliação da eficácia das propostas em presença, a qual será aferida em função da sua capacidade para alcançar os fins visados com o contrato a celebrar – podendo neste domínio relevar os respetivos impactos sociais e ambientais – isto, independentemente dos níveis de recursos que lhe sejam afetos para o efeito. A par desta, impõe-se a realização de um juízo de eficiência das propostas, mediante uma análise dos custos – podendo ser tidos em consideração os custos do ciclo de vida – e dos resultados que, respetivamente, se lhe associam. O critério de adjudicação fixado nas peças do procedimento deverá ser elaborado em termos adequados a que a avaliação das propostas respeite estes pressupostos lógicos, sendo certo que, a adjudicação do contrato público em causa deverá obedecer à específica ponderação estabelecida pela entidade adjudicante para cada uma destas, aquando da formação do referido critério.

A aproximação entre os critérios que determinam a seleção de uma proposta no âmbito de um procedimento contratação pública aos critérios que devem ser respeitados

na formação da despesa que lhe está subjacente contribui para a coerência interna do nosso ordenamento jurídico. É certo que as entidades adjudicantes, quando levam a efeito procedimentos de formação de contratos públicos, encontram-se adstritas ao cumprimento das normas vigentes em matéria de realização da despesa pública. No entanto, a confluência das soluções adotadas num e noutro domínio, não só será suscetível de evitar soluções contraditórias no que respeita à disciplina de uma mesma realidade (a realização da despesa pública pela via contratual), quando analisada em perspetivas diferentes, Direito da Contratação Pública por um lado, e Direito Financeiro Público por outro, como poderá contribuir para um melhor cumprimento das normas jurídicas, na exata medida em que o cumprimento de umas, comporta o cumprimento de outras. Na verdade, a consideração dos específicos interesses subjacentes a um e outro ramo do Direito, face à sua sobreposição na disciplina da mesma realidade, deverá contribuir para a adoção de soluções que os garantam superiormente.

No entanto, e para terminar, não podemos deixar de assinalar que algumas dificuldades se poderão levantar aquando da aplicação das soluções previstas na Nova Diretiva, relativamente formação do critério determinante na adjudicação de contratos públicos.

Como tivemos oportunidade de verificar, a Nova Diretiva não se limita a estabelecer a relevância da relação entre a componente de custos e a componente da qualidade da proposta, como procura disciplinar a composição daquelas duas componentes. Esta densificação não é, quanto a nós, isenta de críticas.

No que respeita à componente dos custos, socorre-se do conceito de “*ciclo de vida*”, com o propósito de garantir que a análise dos custos associados a determinada proposta é tão completa quanto possível, quer quanto à tipologia de custos a considerar, quer quanto ao respetivo momento da sua produção. Sendo, de facto, meritória a intenção de promover uma análise exaustiva dos custos associados às propostas em análise, podem, contudo, levantar-se problemas de operacionalidade prática quando se procura concretizar essa análise. Assim, podem levantar-se problemas relacionados com a consideração de custos incertos quanto à sua verificação e/ou montante, colocando-se a questão de saber se devem os mesmos ser relevados. Em caso afirmativo, a sua relevância apenas poderá ocorrer por via de estimativa, o que, por si só, não só é suscetível de introduzir dificuldades ao nível da avaliação das propostas – face à necessidade de apreciação da adequabilidade dos valores estimados –, como acarretará o risco da sua não concretização. O apuramento de uma diferença entre os valores dos custos estimados e

dos valores concretizados poderá determinar que a proposta adjudicada revele uma relação “*custo-eficácia*” inferior à de uma outra proposta não adjudicada, de onde decorrerá uma deturpação (em concreto) dos pressupostos que determinaram a adjudicação e, portanto, das diretrizes consagradas na Nova Diretiva para a adjudicação de contratos públicos. Pode também verificar-se que, durante a execução do contrato, surjam custos que, não tendo sido tidos em consideração no critério de adjudicação, caso o tivessem sido seriam suscetíveis de determinar a adjudicação de uma proposta diferente. Para além dos casos assinalados, poderá ocorrer uma deturpação dos pressupostos que ditaram a determinação da proposta adjudicada, sempre que os concorrentes declarem características relevantes da sua proposta e a entidade adjudicante não tenha como as controlar, situações que podem ser propiciadas como resultado da ampliação de aspetos considerados como relevantes ao nível da avaliação da componente da qualidade ou da componente dos custos das propostas. Na medida em que das deturpações referidas decorra a adjudicação de uma proposta distinta daquela que sem elas seria selecionada, resultará prejudicados interesses e valores fundamentais em matéria de contratação pública, como será o caso do princípio da concorrência.

Para além do exposto, podem levantar-se dificuldades associadas ao controlo de algumas das variáveis previstas como relevantes aquando da determinação do critério de adjudicação. Tanto na componente da qualidade como na componente dos custos poderão ser relevados aspetos sociais e ambientais, o que representa uma maior amplitude das características das propostas que poderão contribuir para a seleção da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante. De facto, tais características poderão relevar quer na componente dos custos, quer na componente da qualidade da proposta. Admite-se, por um lado, que a avaliação da qualidade da proposta tenha em conta aspetos ambientais e sociais ligados ao objeto do contrato público; e por outro, que a avaliação dos custos tenha em consideração os que possam ser imputados a externalidades ambientais. Desde logo, coloca-se a dificuldade de perceber se o critério de adjudicação poderá, simultaneamente, considerar aspetos ambientais na componente da qualidade e dos custos, uma vez que daí poderá decorrer uma dupla penalização/dupla valorização das propostas. Acresce que a mensuração/quantificação de aspetos sociais e ambientais poderá revelar-se impraticável ou, pelo menos, muito difícil, na perspetiva da entidade adjudicante – o que, naturalmente, se refletirá ao nível do controlo do cumprimento contratual. É certo que os custos imputados a externalidades ambientais apenas poderão ser relevados quando seja possível determinar e confirmar o seu valor

monetário, no entanto, tal pressuposto não é replicado relativamente à sua consideração na componente da qualidade da proposta. A solução, neste domínio, poderá passar por exigências de certificação ambiental ou social, o que pressupõe que sobre esses aspetos da proposta apenas seja exercido um controlo formal, de verificação da validade dos respetivos certificados.

Por via da aproximação dos critérios de adjudicação dos contratos públicos aos critérios de realização da despesa pública a Nova Diretiva não só facilita o controlo da despesa pública realizada pela via contratual, como cumpre uma função pedagógica relativamente ao decisor público, na exata medida em que, aquando da própria determinação dos critérios de adjudicação, exige que aquele atue em obediência a critérios de racionalidade económica – e também, social e ambiental. No entanto, não podemos ignorar que a forma de operacionalização daqueles critérios como instrumentos aptos a disciplinar, em concreto, a afetação de recursos financeiros, ou como instrumentos de controlo financeiro dessa mesma decisão, não poderá coincidir com modo como os mesmos são operacionalizados quando convocados como componentes relevantes na formação de um critério de adjudicação que seja apto a, de entre um conjunto de propostas, identificar aquela que se apresenta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante. Neste último caso, para além dos valores e interesses que se levantam no domínio da gestão dos recursos financeiros públicos, importa acautelar os específicos valores e interesses relevantes no domínio do Direito da Contratação Pública, nomeadamente, o princípio da concorrência.