



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

PAULO ROBERTO SILVA JÚNIOR

**CONTRATOS PÚBLICOS: hipóteses brasileiras simplificadas de procedimento
concorrencial sob a ótica comparativa da Legislação Portuguesa**

**CAMPINA GRANDE
2018**

PAULO ROBERTO SILVA JÚNIOR

**CONTRATOS PÚBLICOS: hipóteses brasileiras simplificadas de procedimento
concorrencial sob a ótica comparativa da Legislação Portuguesa**

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lucira Freire Monteiro

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586c Silva Junior, Paulo Roberto.
Contratos públicos [manuscrito] : hipóteses brasileiras simplificadas de procedimento concorrential sob a ótica comparativa da Legislação Portuguesa / Paulo Roberto Silva Junior. - 2018.
57 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Profa. Dra. Lucira Freire Monteiro, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Direito Administrativo. 2. Concorrência Pública. 3. Comparação. 4. Legislação Brasileira e Portuguesa.

21. ed. CDD 342

PAULO ROBERTO SILVA JÚNIOR

CONTRATOS PÚBLICOS: hipóteses brasileiras simplificadas de procedimento concorrential sob a ótica comparativa da Legislação Portuguesa

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lucira Freire Monteiro

Aprovada em: 30/05/2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Dr.ª. Lucira Freire Monteiro (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Francisco Evangelista Porto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Geraldo Medeiros Júnior
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A Deus, vento perfeito e farol resplandecente para meu navegar seguro,
A meus pais e avó (*in memoriam*), timoneiros audazes nos mares de minhas procelas,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, por ter permitido este momento.

A meus pais, instrutores de curso intensivo e diuturno de como fazer alguém ser amado incondicionalmente.

À Prof^a Dr^a. Lucira Freire, orientadora e amiga, por seu apoio cordial, carinho fraternal, dedicação valorosa e por ter aceito embarcar comigo numa saudosa viagem de regresso aos assuntos portugueses.

Aos membros da banca examinadora, Prof. Geraldo e Prof. Porto, amigos prestigiosos que há muito angariei e cuja relação e gosto musical transcendem o limitado espaço acadêmico, por assentirem ao convite e me honrarem, pela segunda vez, com suas insignes avaliações.

Ao Prof. Dr. Pedro Costa Gonçalves, catedrático no curso de Direito da Universidade de Coimbra, mesmo além-mar, fonte fundamental de leitura, por haver provocado a confecção seminal de artigo com esta temática.

Aos demais professores e funcionários do Curso de Direito da UEPB, partícipes na concretização desta etapa da vida.

Aos familiares e colegas de classe, pelos momentos de compreensão, amizade e apoio.

“As minhas primeiras relações com a justiça foram dolorosas e deixaram-me funda impressão”
(RAMOS, 2008)

RESUMO

Este estudo objetiva apresentar uma breve evolução histórica do Direito Administrativo moderno, estabelecendo os procedimentos de concorrência pública como ponto focal da Administração estatal. Neste diapasão, servirá como uma descrição dos principais tipos de procedimentos concorrenciais. Finalmente, estabelecerá pontos de conexão comparativos entre os regimes jurídicos públicos de dispensa e inexigibilidade concorrenciais mais relevantes sob a dupla perspectiva das legislações Portuguesa e Brasileira.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Concorrência Pública. Comparação. Legislação Brasileira e Portuguesa.

ABSTRACT

This study aims to present a brief historical evolution of the modern Administrative Law, scoring the issue of public bidding as the focal point of the current state administration. In order to achieve it, it is a description of the main types of competitive procedures. Finally, this work establishes comparative connection points between the most relevant exemption arrangements or unenforceability of competitive procedure under the dual perspective of Portuguese and Brazilian legislations.

Keywords: Administrative Law, Public Bidding. Comparison. Brazilian and Portuguese Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONTRATOS PÚBLICOS.....	15
2.1	Principiologia.....	15
2.2	Análise Intermodal: Brasil e Portugal.....	18
2.3	Hipóteses legais congêneres.....	31
3	CONCLUSÃO.....	50
4	REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito” (CANOTILHO, 2000).

Com o vagar dos tempos, este Estado evoluiu, hiperbolicamente, fazendo-se necessário reparti-lo em funções especializadas, com vistas a salvaguardar a tutela protetiva que lhe caracteriza.

A partir da Revolução Francesa e a incidente particularização das atividades estatais, mormente pela independência tripartite dos poderes, surge o impulso decisivo de regulamentar especificamente o ramo do Direito Administrativo como recurso de empoderamento do indivíduo ante o Estado (MEIRELLES, 2004).

Desde a publicação da obra *Principes d'Administration Publique*, em 1808, por Charles Jean Bonin, o Direito Administrativo surgiu como um ramo independente do Direito Constitucional. Neste lamiré, a doutrina, predominantemente francesa, alastrou-se por toda Europa continental e, igualmente, para a América, instituindo aspectos da chamada Justiça Administrativa, especialmente, no que tange aos critérios objetivos de supremacia¹ do interesse público e da submissão do Poder Público ao império da lei² (ARAÚJO, 2000). Interesse público fundamentado na ideia de bem comum. É dizer: “o todo vem antes das partes. Trata-se de ideia aristotélica e mais tarde hegeliana (de um Hegel que nesta circunstância cita expressamente Aristóteles); segunda ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade uma vez alcançado, transforma-se no bem das partes (BOBBIO, 1992)”.

¹ Haverá sempre limites à tal supremacia; o Poder Público não está desobrigado de respeitar os direitos individuais – muito ao contrário, tampouco pode, como visto, deixar de atender ao comando da lei (princípio da legalidade). É da supremacia do interesse público que decorre o deferimento de prerrogativas para o Poder Público ou para as entidades que integram a Administração Pública a fim de que exerçam suas funções. Os poderes administrativos são expressões decorrentes desses princípios e por eles o Estado-Administração impõe ao particular sua vontade, que há de ser adstrita à lei e aos demais princípios e regras jurídicas (ROSA, 2012).

² A Administração Pública não pode se compadecer com o *pacta sunt servanda*, devendo manter um *jus variandi* suficiente, conferindo-lhe poderes extravagantes de conformação da relação contratual.

Para efeitos meramente ilustrativos, no Brasil, o Direito Administrativo surge em 1851, a partir da institucionalização desta cátedra nas Universidades, consolidando-se como disciplina a partir da edição da obra “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”, por Vicente Pereira do Rego, mestre da egrégia Faculdade de Direito do Recife (MEIRELLES, 2004).

Neste período circunjacente à consolidação do Direito Administrativo como matéria ínsita, a ação pública administrativa recorria ao amparo do contrato de Direito Civil para corporificar a relação entre Estado e particulares (GONÇALVES, 2015).

Embora, doutrinária e pedagogicamente, apartado, o Direito Administrativo, como perspectiva integrativa do Direito Público, acosta-se numa ordem jurídica estatal, cujo regramento e funcionamento têm arquitetura e índole, eminentemente, constitucionais. Destarte, trata-se do estudo de uma modalidade de organização juspolítica polifuncional que tutela interesses metaindividuais, majoritariamente, contenciosos e instrumentalizados pelo Estado, com o fito último de salvaguardar uma técnica social pautada pelo *jus imperium* e pelo interesse público, limitando e controlando o poder estatal.

O regime político liberal supõe uma oposição absoluta entre o indivíduo e o Estado. Nega a existência de organismos intermédios e desconfia da autoridade pública, o que provoca uma necessária posição abstencionista e neutra do Estado, constituindo em um mero instrumento de segurança e garantia de direitos individuais (BARROS, 1995).

No dizer do jusfilósofo Hely Lopes Meirelles (2004), concertado dialeticamente entre doutrina e jurisprudência, é o Direito Administrativo um “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Nesta quadra, surge, pois, como característica residual, a necessidade de impingir ao Estado a função administrativa, vinculada, desde logo, ao regramento normativo, mas sem o condão de produzir de *per se* uma decisão jurisdicional. Consagra-se tal atividade administrativa como elemento típico de gestão (planejar, decidir, executar e controlar), cuja serventia destina-se a satisfazer as necessidades públicas, *secundum legem*, sem a presunção de definitividade ou certeza jurídica.

À função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo, englobando, outrossim, a função orgânica e política como elemento de concepção do *Rechtsstaat*³, designa-se Administração Pública (DI PIETRO, 2002).

Sic A vontade da Administração Pública pode ser expressa através do acto administrativo ou, ainda, através do contrato administrativo.

O conjunto de regras que regulam e ordenam a sucessão encadeada de actos e factos praticados para, e na, elaboração dos actos e contratos administrativos, é designado por procedimento administrativo.

[...] A atividade administrativa tem recebido gradualmente, e de forma cada vez mais intensa, a influência de uma tensão dialéctica, entre a própria eficiência e, as garantias dos administrados, ou, na recente e elucidativa expressão, clientes da Administração. A Administração vê-se confrontada com a necessidade de ser, a um tempo, capaz de ser eficiente e respeitadora dos interesses e direitos dos administrados. Estes dois elementos, e o seu enlace, ora privilegiando mais um, ora privilegiando mais o outro, vão resvalar na construção e conformação das regras do procedimento administrativo.

[...] Procedimento administrativo é um conjunto de formalidades arbitradas as mais das vezes em garantia de particular, sem afastar, contudo, o objetivo de ser conseguido um maior acerto e eficácia nas decocções administrativas.

[...] Ao procedimento administrativo, exige-se celeridade, economia e eficiência das suas decisões, um tratamento justo e imparcial, a quem, com ela (Administração Pública) se relacione e deve assegurar a colaboração dos seus clientes, designadamente, prestando informações, estimulando sugestões, ouvindo os interessados e assegurando a participação dos clientes nas decisões que a eles respeita. Este é o moderno procedimento administrativo (CARDINAL, 1990).

Arbitrariamente e pautada numa latente controvérsia doutrinária, à função administrativa típica, alia-se a discricionariedade política, cuja estrutura também constitucional, faculta, deonticamente, ao agente público uma competência residual negativa concernente ao conteúdo decisório, tolhendo-lhe a amplitude indeterminada de atuação ao enquadrá-la em escolhas integrativas, estritamente, vinculadas à ordem jurídica e, por consequência, à própria reserva legal.

Discricionariedade a ser compreendida como o “modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico” (JUSTEN FILHO, 2014).

Logo, há espaço para uma atuação integrativa do poder administrativo relativamente vinculada, *law-centred*, ou seja, permite-se a discricionariedade; porém a conveniência procedimental, a verve política e a prática burocrática se sujeitam,

³ Estado de Direito – surge como conceito de Robert Von Mohl, a partir dos anos 30 do século XX, como um ordenamento político em que se exclui a arbitrariedade política, assegura-se a liberdade individual e promove o desenvolvimento social.

indispensavelmente, à compulsória previsão legal, à *opinio juris vel necessitatis* e não ao talante do agente público interessado ou à potestade ilimitada do Estado. Dessarte, aquilo que lograr grassar ao arrepio da lei será arbitrário, inexistindo antinomia entre legalidade e discricionariedade.

“A discricionariedade é uma solução normativa para o problema da inadequação do processo legislativo. O legislador não dispõe de condições para prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros” (JUSTEN FILHO, 2014).

Por isso, as normas administrativas têm de ser compreendidas sob o jugo da outorga do poder legítimo à Administração, amoldando-se às finalidades que condicionam sua existência e utilização (ROMANO, 2008).

Patente, por aceção cognitiva, a relevância jurídico-normativa dispensada à regulamentação substantiva do vetusto contrato administrativo. Para isto, emerge uma teoria integrada, fincada pela complementação legal mais rígida do arcabouço atinente à contratação pública - sem resvalar, no entanto, para uma administratização⁴ do regime dos contratos da Administração.

Como importante dado histórico, tem-se que “a Espanha foi o primeiro país a codificar o procedimento administrativo, através de um regulamento de 1889, entretanto substituído pelo Código de Procedimento Administrativo datado de 17 de julho de 1958” (CARDINAL, 1990).

Neste viés, “a atividade contratante da Administração Pública foi modelada por um crescente recurso a figuras de direito privado; por outro lado, o Direito Civil, e os contratos civis em particular, sofreram influências publicizantes” (FONSECA, 2009).

Sic Merece referência especial, a «Lei do Procedimento Administrativo» alemã, publicada em 1976, e, não apenas pela riquíssima elaboração doutrinal a que deu lugar, mas, sobretudo, por representar o marco de viragem no procedimento administrativo e na codificação do mesmo.

Como afirma Georges Langrod, este Código abre verdadeiramente uma nova era na evolução histórica do direito administrativo; com efeito, consagrou-se em lei princípios como os da aproximação da Administração aos particulares, reforçou-se a posição dos particulares, designadamente, consagrando-se o direito de informação e a possibilidade de os administrados se pronunciarem sobre decisões que irão ser tomadas, e, atribui ao procedimento uma

⁴ Percebe-se a “universalização tendencial da figura do contrato administrativo e o carácter marginal do contrato de direito privado da Administração” (PEREIRA, 2009).

importância e uma amplitude, até então nunca vistas, constituindo uma obra criativa.

O código, de cento e três artigos, está dividido em oito partes; domínio de aplicação; princípios procedimentais; acto administrativo; contrato de direito público; tipos particulares de procedimentos; meios legais contra os actos administrativos; disposições diversas e; disposições finais. A simples enumeração das matérias contidas neste código indicia a extensão, do procedimento e sua codificação, a aéreas capitais, até então consideradas como já externas ao procedimento, como os actos e contratos administrativos (CARDINAL, 1990).

Modernamente, tem-se por inelutável que o contrato de Direito Público foi, *a priori*, consagrado pela *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Lei Alemã do Procedimento Administrativo). A partir dela, o contrato passa a funcionar como instrumento jurídico alternativo ao ato administrativo. Esta previsão jurídica logrou inscrever-se, precisamente, no art. 54 da aludida norma. Nos artigos subsequentes concernentes ao tema, prevê-se contraprestação proporcional ao fim desejado pela autoridade, aproximando-se, portanto, da atual acepção civilista do contrato, a saber:

“§ 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags.

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde(ALEMANHA, 1976).

Em tradução livre do dispositivo retro, tem-se:

§54 Quanto à admissibilidade de um contrato de direito público.

A relação jurídica em matéria de direito público pode ser alterada ou revogada por acordo (contrato de direito público) na medida em que não seja contrário à disposição legal. Neste particular, a autoridade pode, ao invés de adotar um ato administrativo, celebrar um contrato de direito público com a pessoa a quem, de outra forma, seria dirigido o ato administrativo.

No artigo 56 do mesmo código, fazendo menção direta ao excerto legislativo supratranscrito, determina-se que a celebração do contrato de direito público pressupõe uma sinalagmaticidade do particular e a obrigatória submissão da autoridade contraente às atribuições públicas que lhe são cabíveis.

Daí, alcança-se, em larga medida, pontuar o contrato como um instrumento central no arcabouço jurídico, sendo mecanismo apto e idôneo a constituir ou disciplinar as relações jurídicas. Cronologicamente, é, neste ponto histórico, que se

transcende a fronteira do Direito Privado como marca genética e definitiva do contrato. Conquanto pressuponha consenso e a natural produção de efeitos jurídicos, inclusive perante terceiros, o contrato consagrou-se como forma típica de exercício da autoridade pública e, paulatinamente, fundou o *Contracting State* (Estado Contratante); hoje, quase transfigurado em um mero recurso estratégico de privatização orgânica e funcional das próprias tarefas públicas.

À gestão de contratos, o *management* das alianças com os parceiros privados, impõe-se naturalmente como uma dimensão caracterizadora da Administração Pública contemporânea e como um aspecto crescentemente relevante da gestão pública (GONÇALVES, 2010).

2. CONTRATOS PÚBLICOS

Atinge-se, então, a área mais nobre do Direito Administrativo e dos poderes da Administração Pública. Por isso, indubitavelmente, a contratação pública se ratifica como tema que mais suscita interesse e, por conseguinte, maior porfia acadêmico-doutrinária.

Sic Esta utilização do contrato com entidades particulares nos mais variados domínios da intervenção administrativa, que tem crescido exponencialmente e que coloca o contrato como primeiro mecanismo da acção administrativa, associa-se e envolve a transformação profunda dos mecanismos de funcionamento e até das competências da Administração Pública (GONÇALVES, 2010).

O assunto abarca uma construção dogmática, jurisprudencial e científica sem par. Comporta uma pletora legislativa com elucidações *numerus clausus* e, outras tantas vezes, *numerus apertus* que findam por converter-se num trabalho teleológico de sistematização e perscrutação dos princípios científicos do Direito Administrativo regentes, bem como de exegese constante da *mens legislatoris*.

2.1 Principiologia

Adicionalmente, aqui ou alhures, à construção infraconstitucional, somam-se os princípios fulcrais (explícitos ou consequenciais) da moralidade, motivação,

transparência, publicidade, economicidade, razoabilidade, segurança jurídica, equidade concorrencial, impessoalidade e, mais modernamente, como fruto da *ratio* do Estado Democrático de Direito, o princípio da sindicabilidade, coligado à participação do cidadão no controle da Administração Pública.

Por conseguinte, no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), a estrita vinculação do poder administrativo ao Direito e seus princípios norteadores impõe:

- O reconhecimento de direitos subjetivos públicos dos administrados;
- O reconhecimento da força vinculante dos pactos de toda ordem, contratuais ou não, celebrados com o Estado e com os seus desdobramentos personalizados, bem como das garantias processuais administrativas, enquanto sejam partes os administrados, em relações contenciosas extrajudiciais;
- O reconhecimento da necessidade de ponderação de interesses protegidos pela ordem jurídica, sempre que conflitantes com interesses públicos disponíveis, como são os patrimoniais e os instrumentais; e
- O reconhecimento da presunção de boa-fé dos administrados e de seu direito à confiança legítima nas relações com a Administração.

Logo, todo este contexto principiológico converge na edificação de uma hiperinflação normativa do processo jurídico-legal da contratação pública. Neste aspecto superlativo, o Brasil irmana-se, perfeitamente, a Portugal e sua auxese legal, vista, claramente, desde as compilatórias e sistematizadas Ordenações Reais Afonsinas⁵.

A contratação pública se consubstancia, portanto, como uma relação jurídica bilateral com prestações comutativas, caracterizada pela conjugação harmônica de consensos, surgida da vontade/necessidade pública original e autônoma para satisfação de interesses públicos determinados, envolvendo, num dos polos relacionais, a personificação constitucional da Administração Pública, direta ou indireta, autarquias, entidades paraestatais ou figuras assemelhadas que ajam como entes delegados. O negócio se vale, subsidiariamente, de institutos próprios do Direito Privado, designadamente Civil e Comercial (ROSA, 2012)⁶, porém a “autonomia contratual pública se distingue da autonomia contratual privada, pois tem, por virtude do princípio da legalidade, uma natureza heterodeterminada” (PEREIRA, 2011). Assim, a presença da

⁵ Em 1500, vigiam, em Portugal, as ordenações Afonsinas. Substituídas, em 1514, pelas ordenações Manuelinas e, em 1603, pelas ordenações Filipinas. Entrementes, no sistema colonial, seguia-se a diretriz normativa estabelecida na Metrópole. No caso brasileiro, coube seguir a partir da última sistematização real havida, sendo antecedido pelas cartas régias. Consoante a lição de Pontes de Miranda (1981), “o nosso direito não vem da semente; mas de um galho que se plantou”.

⁶ Código dos Contratos Públicos, art. 280º, nº 3, *in fine*.

satisfação do interesse público específico e definido por lei funciona como elemento primaz na classificação tipológica do contrato, com vistas a regê-lo sob o manto do Direito Administrativo ou arregimentá-lo à guisa do Direito Privado, ou seja, dotando ou não o Poder Público de prerrogativas especiais e/ou unilaterais⁷.

Em linhas gerais, esta modalidade de contrato goza de executoriedade (manifesta em hipóteses de execução anormal), eficácia (exequibilidade), validade (pressupõe legalidade, legitimidade e licitude), imperatividade (não atua no processo de formação contratual, senão na possível redefinição do interesse público), onerosidade (reciprocidade de prestações de valor econômico), bilateralidade (contrato sinalagmático), consensualidade, comutatividade (equilíbrio econômico-financeiro), instabilidade das cláusulas relativas ao interesse público e concentração pessoal ou pessoalidade (vinculação subjetiva exclusiva ou excludente).

Depreende-se, por conseguinte, que a opção do legislador pela solução contratual, conquanto não seja a panaceia para o atendimento justo e eficaz de todos os dispêndios a serem feitos pela Administração Pública, evidencia-se como um instrumento burocrático eficiente, pois fomenta o desenvolvimento econômico, privilegia a livre-iniciativa, enaltece a natural competição de mercado e, simultânea e paralelamente, beneficia o Estado com a auferição de vantagens econômicas, orçamentárias e fiscais provenientes destes instrumentos supracitados.

Trata-se, pois, do emprego estratégico da contratação pública, ou seja, “de encarar o potencial regulatório dos contratos públicos e perceber a adjudicação de contratos públicos como uma ferramenta para a realização dos objetivos públicos que ultrapassam a realização da compra; a ideia é de que a realização de contas públicas se traduz numa participação no mercado, *but regulating it at the same time*” (GONÇALVES, 2015).

Destarte, consubstancia-se, na esfera da Administração Pública, aquilo que a literatura acadêmica global convencionou designar *Contracting State*, cujo *modus operandi* é *government by contract*.

⁷ Trata-se do que a doutrina convencionou de cláusulas exorbitantes, ou seja, “são prerrogativas conferidas à Administração, garantindo-lhe posição de supremacia no ajuste. São exorbitantes porque reconhecíveis em todo o contrato administrativo, indisponíveis e incomuns nos ajustes de Direito Privado. Delas decorrem, por exemplo, a possibilidade de a Administração alterar os contratos, aplicar penalidades, retomar o objeto ou invalidar (anulando) o contrato firmado” (ROSA, 2011).

2.2 Análise Intermodal: Brasil e Portugal

No Brasil, este tipo administrativo de contratação pública retira sua disciplina teórica da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Em Portugal, conduz-se, majoritariamente, pelo Código dos Contratos Públicos, recentemente, alterado pelo Decreto-Lei nº 111/B/2017, de 31 de agosto. Ambos impõem à Administração os instrumentos hábeis a garantir moralidade administrativa, eficiência, transparência e equidade concorrencial capazes de mitigar a ocorrência de abusos e ilícitos em detrimento do Erário.

Sob a ótica brasileira, a Lei Federal “estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993). *Mutatis mutandis*, o Código de Contratos Públicos Português (CCP) versa sobre a “disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo” (PORTUGAL, Decreto-Lei nº 18/2008)⁸.

Cumprе acrescentar, no entanto, que o aludido édito lusitano disciplina tanto o procedimento de formação contratual, como a própria execução/relação contratual emergente do nominado Contrato Público. Tal abrangência implica naquilo que se convencionou chamar de “geometria variável”, isto é, um dualismo objetivo que pode enredar em uma sujeição de determinado contrato à apenas parte do código, redundando numa incidência diferenciada. Ademais, é forçoso pontuar que contratos públicos empregatícios, relativos a bens móveis, nos domínios da defesa e segurança ou de delegação de competência, entre outros, são albergados por legislação avulsa, portanto díspar do CCP (GONÇALVES, 2015).

Guardadas as naturais diferenças de política legiferante, institucionais, circunstanciais, fundamentadoras e, por vezes, linguísticas, Portugal e Brasil estabeleceram, material e objetivamente, critérios republicanos de pôr em concorrência pública, ou seja, licitar, os contratos a serem celebrados, limitando a liberdade do agente público em contratar aquele que deseja por simples aquisição direta, ressalvadas

⁸ Por tratarem de assunto dinâmico e em evolução diuturna, ambos os diplomas legais mereceram, desde sua edição inaugural, sucessivas revisões, com vistas a modernizá-los, atualizar a sistemática de atuação e abarcar novéis modalidades de instrumentalização contratual, nomeadamente, o processo eletrônico.

situações excepcionalíssimas previstas em lei, sempre que o procedimento competitivo se mostra inadequado ou impossível. Disto, cuida-se, em grande parte, este trabalho.

As hipóteses de contratação direta podem ser agrupadas, basicamente, em duas categorias: inexigibilidade e os casos de dispensa de licitação. A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa.

Em tempos de amoral cronicidade da corrupção, a contratação pública é, sabidamente, a atividade mais vulnerável, tal qual consignou a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em seu relatório *Integrity in Public Procurement – Good Practice from A to Z*.

Segundo o documento alienígena,

[...]corruption thrives on secrecy. Transparency and accountability have been recognised as key conditions for promoting integrity and preventing corruption in public procurement. However, they must be balanced with other good governance imperatives, such as ensuring an efficient management of public resources – “administrative efficiency” – or providing guarantees for fair competition. In order to ensure overall value for money, the challenge for decision makers is to define an appropriate degree of transparency and accountability to reduce risks to integrity in public procurement while pursuing other aims of public procurement.

[...]The findings of the survey among procurement practitioners in central governments confirmed that transparency and accountability are key for enhancing integrity throughout the whole procurement cycle, including in needs assessment and contract management. It also revealed that public procurement is regarded increasingly as a strategic profession that plays a central role in preventing mismanagement and minimising the potential of corruption in the use of public funds.

[...]Public procurement is increasingly recognised as a profession that plays a significant role in the successful management of public resources.

[...]If public procurement is used for supporting national goals (e.g. local industry, employment of targeted groups, etc.) without the necessary transparency in the procurement process, this may also possibly lead to corruption.

Mesmo a despeito das suscetibilidades às práticas, é portanto, um poder-dever da Administração de obter, licitamente, uma proposta mais vantajosa para o atendimento do interesse público⁹, através da melhor contratação possível e de facultar que qualquer interessado possa, validamente, participar da disputa.

Sic Com efeito, em muitos sistemas jurídicos, para a tarefa de gestão dos contratos públicos (por vezes apenas uma parte deles), a lei entrega a contraente público um conjunto, mais ou menos extenso, de *poderes ou de*

⁹ A proteção ao interesse público é tão vasta e assoma tamanha relevância na temática da contratação pública que comporta, inclusive, a implementação de remédios de auxílio ao contraente privado, tudo com vista à salvaguarda do contrato para manter-se incólume à boa governança pública.

prerrogativas de autoridade: assim sucede no direito português, quanto aos contratos administrativos, no âmbito dos designados poderes de conformação da relação contratual. [...] Em geral, a atribuição desses poderes ao contraente público, constituindo uma marca distintiva do regime substantivo dos contratos administrativos, representa a resposta da lei a uma exigência de tutela de dois recortes ou dimensões do interesse público: por um lado, o *interesse de actualização do contrato*; [...] por outro lado, o *interesse em assegurar o cumprimento do contrato* [...]. A realização dessa dupla dimensão do interesse público determinou a construção de um regime da relação contratual administrativa marcado pela *desigualdade* entre as partes, pressupondo encontrar-se uma delas em posição de, *autoritariamente*, impor certos tipo de modificação do contrato, ou até determinar a resolução do mesmo; além disso, o contraente público dispõe de poderes de direção, de fiscalização e de aplicação de sanções contratuais (GONÇALVES, 2010).

A licitação, instrumento administrativo típico do ideário liberal, expressão vulgarmente utilizada no Brasil, ou, simplesmente, certame, processo concorrencial ou adjudicatório constitui “uma série de atos administrativos coordenados destinados a selecionar a proposta de contrato mais vantajosa para a Administração Pública” (MOREIRA NETO, 2014), de modo a primar pela “igualdade jurídica dos administrados e o interesse público na obtenção das melhores condições contratuais” (MOREIRA NETO, 2014).

Noutro dizer, é o procedimento empregado pela Administração Pública para contratar obras e serviços ou adquirir bens e mercadorias, tornando pública a contratação, de modo a permitir que todos os interessados concorram, com o fito de assegurar a obtenção do melhor preço e qualidade.

Com efeito, na esteira do art. 3º da lei concorrencial brasileira,

a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Isto faz da Administração Pública figura “gozadora de uma presunção de veracidade e legitimidade de seus atos, dispondo de poderes para unilateralmente constituir particulares em obrigações para com ela e pode, ainda, modificar também, unilateralmente, obrigações constituídas por acordo de vontades, sendo tais medidas tomadas em estrito cumprimento à lei” (DALLARIS, 2003).

Trata-se, por conseguinte, de um “antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação” (MEIRELLES, 2004).

Além-mar, acerca do processo concorrencial, pugna o Tribunal de Contas da República Portuguesa em seu Acórdão nº 23/2011 – 14/07 – 1ª Secção/PL pela “escrupulosa observância dos princípios gerais da contratação pública, aí destacando o princípio da transparência, da concorrência, da igualdade e não favorecimento ilegítimo e, por fim, os princípios da imparcialidade e da publicidade”. Da mesma forma, este órgão a quem compete fiscalizar a legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas e apreciar a gestão financeira da Administração Pública portuguesa em sua generalidade¹⁰ prelecionou no Acórdão nº 16/11 – 12/07 – 1ª S/PL que

só através de procedimentos concorrenciais abertos, e respeitando princípios como os da igualdade e da concorrência, é que se garante, a todos os potenciais interessados em contratar, quer o mais vasto acesso aos procedimentos, quer a mais ampla observância de outros princípios que estão intimamente relacionados com aqueles: o da transparência e o da publicidade.

Ainda, no mesmo documento, o aludido órgão colegiado arremata que

a realização de procedimentos concorrenciais e não discriminatórios tem em vista proteger o interesse financeiro que está na base da escolha da proposta que melhor se ajusta, *Sic* económica e eficientemente, aos interesses da entidade pública adjudicante, pelo que a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

Como visto, tanto na República Portuguesa, como nesta nação, há princípios norteadores comuns, implícitos ou explícitos, primários ou secundários, que balizam o processo concorrencial, a saber:

- a) Legalidade – a desobediência estrita aos ditames licitatórios eiva de vícios o certame, implicando em sua nulidade. Refere-se ao cumprimento da ritualística formal prevista em lei. Para Meirelles (2004), é despiciendo apegar-se a “exigências inúteis e desnecessárias, sendo por tal motivo que não se anulam procedimentos diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas

¹⁰ Consoante a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) – Lei nº 98/97, de 26 de agosto e alterações supervenientes.

propostas deste, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes”. Entrementes, “não elimina uma relativa liberdade de conformação das regras do processo de adjudicação, de que a entidade adjudicante dispõe. Trata-se, contudo, de uma discricionariedade regulamentar” (GONÇALVES, 2015);

- b) Isonomia – pedra angular referencial aos demais princípios licitatórios. Deste, extrai-se o subprincípio da impessoalidade. “A lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, todavia deve servir de instrumento regulador da vida social, de modo a conceder tratamento equitativo aos indivíduos regidos por tais normas” (MELLO, 2009). Tratamento paritário aos destinatários procedimentais, veda-se a estipulação, no instrumento convocatório, de cláusulas de natureza discriminatória, que promovam exigências absurdas, de modo a selecionar fornecedores específicos, ou dirigir as licitações, desigualando os proponentes por critérios subjetivos de predileção (COELHO, 2012);
- c) Proporcionalidade – “determina que as entidades adjudicantes adotem os comportamentos adequados e proporcionados aos fins prosseguidos. [...] O princípio inclui uma tripla exigência: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito (relação entre custos e benefícios)” (GONÇALVES, 2015);
- d) Competitividade/Concorrência – participação de quaisquer interessados, sendo vedada a existência de regras ou providências intermediárias que mitiguem, eliminem ou frustrem a disputa. Assim, “se num procedimento licitatório, por obra de conluio, falta a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto” (MUKAI, 2004). É um “cânone ou critério normativo que, em respeito pelo princípio da igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos, que confirmam a todos os operadores interessados iguais condições de acesso e, quando participantes, iguais condições de tratamento” (GONÇALVES, 2015);

- e) Publicidade/Transparência – proibição ao sigilo imotivado em todas as etapas e atos do procedimento concorrencial, facultando, quando aplicável, aos cidadãos e/ou interessados o acesso à documentação do certame e participação em audiências públicas. Preleciona Hely Lopes Meirelles (2004) que “não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em ato público, este poderá se realizar em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranquilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do resultado do julgamento, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis”;
- f) Economicidade – obrigação de obter *the best value*, zelando pelo Erário, através de uma gestão eficiente dos recursos orçamentários e financeiros, de modo razoável e segundo regras éticas e irrestrita submissão à probidade administrativa. Por este princípio, não há que se falar em superposição de interesses privados egoísticos ao interesse público ou coletividade, tampouco a obtenção de vantagens pessoais ao administrador ou seu séquito. Esta “indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer seja, no sentido de que incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*” (MELLO, 1992);
- g) Probidade – derivação do princípio constitucional da moralidade, que impõe a honestidade no proceder. “A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteadada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria administração” (JUSTEN FILHO, 2000);
- h) Vinculação ao objeto da licitação – para a adjudicação, o escolhido deve atender, da melhor forma possível, todos os requisitos figurantes do

instrumento convocatório do certame. “A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público” (DI PIETRO, 2002). Nesta senda, não se admitiria, por exemplo, “que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado” (MEIRELLES, 2004); e

- i) Julgamento objetivo – impede a decisão sob o influxo do subjetivismo. É uma limitação à discricionariedade do adjudicante. Não se relaciona com o dever de adjudicar ou a potestade de revogar o contrato, senão da fiel consecução daquilo previsto como requisitos para adjudicação, de modo a “impedir que a licitação seja decidida sob ação de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora” (MELLO, 1992) ou gestor do contrato (no caso português), ou seja, impõe-se absoluta fidedignidade nos critérios e procedimentos de adjudicação previamente publicitados e fixados, evitando subjetivar a análise material do processo.

Destarte, ante a pormenorização conceitual exposta, é possível sedimentar a construção hermenêutica do procedimento concorrencial, resumindo-o como “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas” (MELLO, 2009). Ou seja, “é o procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica” (JUSTEN FILHO, 2014).

Ao particularizar-se, na República Federativa do Brasil, há as seguintes modalidades previstas de licitação¹¹: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão¹². Suas congêneres portuguesas resumem-se a: ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação e diálogo concorrencial. Por seu turno, a escolha do procedimento mais adequado, nos dois Estados, tem como foco central a averiguação do montante a ser contratado, comportando, entretanto, relevantes exceções, taxativamente, arroladas na lei ou a conjunção de características, igualmente, previstas nos diplomas legais.

Precisamente nesta quadra, diante da análise material e objetiva da conjuntura do conceito/processo de Contratação Pública, avulta-se a imprescindibilidade do pleno conhecimento legislativo, mormente no que tange aos principais critérios materiais que permitem a simplificação procedimental ou, no dizer brasileiro, a inexigibilidade ou dispensa do certame concorrencial. Em terras lusitanas, tais exceções jungem-se, basicamente, entre os artigos 23º e 30º do Código dos Contratos Públicos. No caso brasileiro, a dispensa e a inexigibilidade de licitação estão ínsitas, respectivamente, aos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Ao se focar a situação brasílica, a hipótese figurante do dito artigo 24 da lei supramencionada ocorre quando, conquanto plenamente viável a competição, a realização do processo concorrencial se mostra contraproducente ao interesse público. Já naquela prevista no artigo 25, aduz-se que o procedimento licitatório é impossível de ser realizado em função de fatores que impedem a competitividade. Portanto, existem situações em que a Administração é, legalmente, autorizada a deixar de licitar, se melhor lhe aprouver; há outras hipóteses, no entanto, em que a Administração defronta-se com uma inviabilização fático-normativa tal que a lei veda o procedimento concorrencial. Isto posto, tem-se que

a diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só

¹¹ Outras Leis como MP nº 2026-3, de 28/7/2000, Lei nº 10.520, de 17/7/2002, e Lei nº 12.462, de 5/8/2011, também, tratam sobre Licitação. Embora a Lei federal nº 8.666/93 contenha as regras gerais para o procedimento licitatório.

¹² Às modalidades licitatórias, acrescentou-se o pregão, hodiernamente regido pela Lei nº 10.520/02. Consoante este diploma, presta-se o pregão à aquisição pela Administração, de bens e serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (DI PIETRO, 2002).

Isto é, “a dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame” (MELLO, 2009).

Ademais, cumpre ainda observar que da inexigibilidade se distingue a hipótese da dispensa de licitação. Na dispensa, a lei autoriza a Administração a, excepcionalmente, contratar sem licitação. Atua, aí, a conveniência administrativa, em nome da qual dá-se a dispensa do dever de licitar. O dever de licitar incide, mas é afastado pelo preceito legal. A enunciação legal das hipóteses de dispensa é exaustiva. Não está a Administração autorizada a dispensar a licitação senão, e exclusivamente, nas hipóteses expressamente indicadas pela lei. Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre, não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição (GRAU, 1995).

Tem-se, por conseguinte, no caso da nação sul-americana, a permissão de a Administração Pública realizar uma licitação dispensável, ou seja, adotar uma hipótese de contratação direta, devendo ser acompanhada de justificativa bastante e pormenorizada para validar a discricionariedade empregada. Urge-se, então, demonstrar de forma inelutável os motivos que ensejaram o juízo de oportunidade e conveniência. A ausência do procedimento concorrencial não exime a Administração Pública da plena consecução das formalidades legais. Ademais, ainda que prenehe de certeza quando à dispensa, em se havendo interesse público, remanesce a faculdade de proceder-se à licitação normalmente.

Portanto, resta patente que

os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. Ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação (JUSTEN FILHO, 2014).

Neste viés, é curial perceber que, objetivamente,

a Constituição Federal acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública. Existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

Não é absurda a afirmação de que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação.

Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de dispensa de certame licitatório ou os que terão de ser considerados como de inexigibilidade dele.

Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei nº 8.666/93 tanto prevê casos de dispensa de licitação quanto de sua inexigibilidade (DOTTI, 2007).

Doravante, no intuito de paralelizar as legislações brasileira e portuguesa, desígnio final deste tratado acadêmico, nomeadamente sob a ótica da concorrência pública, abordar-se-ão traços comuns proeminentes que, aqui ou alhures, têm pressupostos jurídicos e condutas fático-normativas semelhantes, pormenorizando-os.

Acerca, especificamente, da matéria da inexigibilidade¹³, concernente ao art. 25, é patente que se tratam de hipóteses extremamente restritivas. Na primeira, tem-se a aquisição de bens com fornecimento exclusivo, minando, de todo, a concorrência. É forçoso acrescentar que a exclusividade aludida não é apenas subjetiva; incide, outrossim, sobre o próprio objeto, cingindo-se aos critérios de ordem territorial, consoante a espécie concorrencial eleita, porém com vedação taxativa de qualquer expressão de preferência de marca. Ainda, conforme Orientação Normativa nº 16 da Advocacia Geral da União, “a contratação direta com fundamento na inexigibilidade

¹³ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

prevista no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”.

Nesta ótica, Hely Lopes Meireles (1999) pontuou que

para a Administração a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e a do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no país, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preço, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país.

Outra possibilidade resultante da inexigibilidade legal repousa na contratação de serviços não passíveis de uma avaliação objetiva concernente à vantajosidade, tal como de conferencistas por notória especialização para ministrar cursos, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, desde que caracterizada a singularidade do objeto, atrelando-o, outrossim, à essencialidade e indiscutibilidade do trabalho ou de um resultado de trabalho prodigioso executado por pessoa especialmente capacitada para a solução de problemas complexos, concretos e excepcionais. Também, mister asseverar tratar-se de inegável especialista, cujo conceito no campo de sua atuação, decorre de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, de modo que se permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Os serviços, pois, são gravados de relevância, indispensabilidade e complexidade, afastando-se, portanto, a contratação de serviços de publicidade por esta via.

Consoante o douto Professor Diógenes Gasparini (2001),

por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação [...]. Assim, não basta que seja serviço constante da lista; deverá constar da lista e ter natureza singular. Fora disso, a licitação é necessária, ainda que o profissional seja de notória especialização.

No mesmo sentido, sumulou o Tribunal de Contas da União ao estabelecer que esta inviabilidade concorrencial em apreço “decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei,

natureza singular do serviço e notória especialização do contratado” (BRASIL, SÚMULA Nº 252, 2010).

Para a fundamentação teórica do acórdão trazido à colação, destacou-se que

a singularidade de um serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade, especificidade, ou seja, a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (BRASIL, SÚMULA Nº 252, 2010).

Logo,

a contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa a obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteadada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real (JUSTEN FILHO, 2000).

O último critério previsto de inexigibilidade refere-se a profissionais do setor artístico. Na circunstância de a Administração Pública realizar tal contratação *intuitu personae*, quer diretamente ou por empresário exclusivo, resta provar que o profissional tem aceitação pela crítica e opinião pública, circunscrita à praça do negócio jurídico.

Evidentemente, a contratação pretendida não pode ser inquinada por arbitrariedade, desarrazoamento, nepotismo ou interesse particular. Nesta hipótese, não há que se falar em melhor, senão em opinião/necessidade/crítica pública, segundo critérios, meramente, subjetivos acerca das performances artísticas, já que não há um supedâneo fático para viabilizar o procedimento concorrencial.

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei nº 8.666/93. Assim, por

exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra.

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição (JUSTEN FILHO, 2000).

Por fim, requisito indeclinável é o registro do profissional artístico no órgão oficial do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo o agenciador ter igual conduta. Ademais, é imperioso demonstrar a fama notória do artista contratado diretamente.

Com redação e técnica legislativa pontualmente mais precisa e convergente, a lei portuguesa dirime a dúvida sobre o caráter da exclusividade consignada na congênere brasileira. Naquela, também emergente de forte condicionalismo e apertado requisito, suscita-se, diretamente, a proteção de direitos exclusivos, remetendo-os ao rol do Código de Direito do Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) de modo que “os serviços a prestar são de tal maneira exigentes do ponto de vista técnico ou artístico que só aquela entidade concreta, e mais nenhuma outra, detêm capacidade técnica ou artística para os prestar¹⁴”. Dito de outra forma, a derrogação do excesso de formalismo só é plausível quando, no mercado, subsista apenas uma entidade, tecnicamente, apta para garantir a prestação requerida, sem descurar da complexidade do objeto. A exclusividade mencionada abrange direitos de caráter patrimonial e pessoal, designadamente, direitos morais. Tais condicionantes abarcam contratações de profissionais técnico-especializados e de artistas, subjugando-os a estes ditames.

Nesta quadra do texto, para o estudioso no assunto, já se notam traços claros de semelhança aos critérios portugueses. Da mesma forma, percebe-se que a legislação estrangeira, conquanto mais sucinta neste tópico, comporta iguais hipóteses, protegendo o Estado Nacional do arbítrio do administrador de plantão com muito mais clareza, objetividade e menos suscetível às interpretações integrativas.

¹⁴ Acórdão do Tribunal de Contas Português n°20/07, de 20 de novembro, tomado no Plenário da 1ª Secção no Recurso Ordinário n°23/2007.

Na sequência, no que toca à já denominada licitação dispensável, Maria Sylvia Di Pietro (2002) afirma que “as hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias: a) em razão do pequeno valor; b) em razão de situações excepcionais; c) em razão do objeto; e d) em razão da pessoa”.

Trata-se, na verdade, de uma síntese edificante e, intencionalmente, delimitada do outrora aludido art. 24 da decantada Lei n.º 8.666/93, posto que, em sua inteireza, possui 23 incisos situacionais, além de outras hipóteses de licitação dispensável previstas na Lei n.º 11.783/2008 e na MP n.º 495, de 19 de julho de 2010.

2.3 Hipóteses legais congêneres

Entrementes, do conjunto arrolado, há três que se destacam por provocar furor acadêmico e uma superabundância jurisprudencial, além de guardarem relativa similitude às hipóteses lusitanas – objetivo primaz deste escrito.

A primeira reside na

*Lei nº 8.666/93 – art. 24, I: para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior¹⁵, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente ;
II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (BRASIL, 1993);*

A execução de obras de pequena monta ou a prestação de serviços de ínfima relevância não se coadunam à solenidade, formalidade e burocracia típicas dos procedimentos concorrenciais, servindo apenas para atravancar a já embaraçada função

¹⁵ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

administrativa. Assim, o legislador optou por dispensar a licitação e simplificar a satisfação do interesse público.

Particularmente sobre este inciso II, Gasparini (2001) observa que

dentro do exercício financeiro a entidade obrigada a licitar não pode, sob pena de fraudar a exigência da licitação, dividir o objeto da licitação (obra ou serviço de engenharia), cujo valor exige certa modalidade licitatória, em duas ou mais partes para que os respectivos valores se enquadrem nas citadas condições e limites de dispensabilidade. O mesmo expediente é condenado se com a sua adoção pretende-se alcançar modalidade licitatória mais simples. Assim, não se pode dividir o objeto para fugir da concorrência e cair, por exemplo, na tomada de preços. Acrescenta-se, ainda, que quando ocorrer obras e serviços de mesma natureza executados no mesmo local, desde que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, também está proibida a dispensa da licitação.

Em aprofundamento à análise dos dois incisos supracitados, verifica-se que a entidade adjudicante pode dispensar a licitação sem desprezar os princípios da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade.

Interpretando a lei nº 8.666/93 de forma sistêmica, conclui-se que as contratações de serviços e as compras no valor de até R\$8.000,00 merecem ser fundamentadas nos incisos I e II do art. 24 da lei n. 8.666/93, ainda que se enquadrem na hipótese de inexigibilidade de licitação, pois para gastos de tais valores não se justifica a adoção de procedimentos administrativos mais complexos. Não é por acaso que as modalidades de licitação tornam-se mais minuciosas à medida que os valores contratados se elevam, pois para aquisições de grande vulto faz-se necessária a observância de rigorosos mecanismos de controle do dinheiro público (ANDRADE, 2010).

Nos casos elencados, a dispensa licitatória está prevista, pois o valor a ser contratado não compensa os custos para a Administração com todo o trâmite burocrático previsto na legislação concorrencial, pondo em confronto o próprio espírito da licitação e o princípio da economicidade.

Sob este aspecto, é prudente atentar para os sucessivos acórdãos mandamentais do Tribunal de Contas da União¹⁶ acerca destes incisos, *in verbis*:

- a) Realize planejamento de compras a fim de que possam ser feitas aquisições de produtos de mesma natureza de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, abstendo-se

¹⁶ Acórdãos condensados em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010

de utilizar, nesses casos, o art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por se caracterizar fracionamento de despesa (Acórdão 367/2010 -Segunda Câmara (Relação));

- b) Promova licitação para aquisição de bens ou prestação de serviços, evitando o uso indiscriminado da dispensa de licitação com base no art. 24, II, da Lei nº 8.666/1993, o que caracteriza fuga ao procedimento licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal c/c art. 2º da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 2387/2007- Plenário); e
- c) Abstenha-se de contratar serviços por dispensa de licitação quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 1705/2003- Plenário).

É importante destacar que, na doutrina, há uma divergência sobre a temporariedade do limite para a dispensa licitatória. Entretanto, a compreensão majoritária pugna pelo fornecimento ou execução durante um exercício financeiro.

A segunda hipótese aventada, no mesmo dispositivo jurígeno pátrio, acha-se no

art. 24, IV: nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (BRASIL, 1993).

O estado de calamidade pública está definido, taxativamente, no Decreto Federal nº 7.257/2010, como sendo o reconhecimento pelo poder público de “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”. Ou seja, sob a égide dos princípios da razoabilidade e finalidade, é um condição de perigo ou anormalidade social advindos de fatos, essencialmente, naturais

que aflijam a segurança pública, os bens pessoais em geral, a saúde pública, o trabalho ou as habitações, isto é, o trato social habitual.

Por seu turno, emergência e urgência são construções doutrinárias, historicamente, sedimentadas. Sob seu jugo, mister declarar a dispensa da licitação, com o fito de evitar mal maior e de difícil reparação. Por consequência óbvia, há de se fazer prova concreta do dano, pontuando a dispensa concorrencial como mecanismo assaz eficiente para eliminar ou mitigar o risco alegado.

Tem-se, no entanto, que a situação de emergência, na prática, é decorrência da falta de planejamento administrativo-gerencial – fato, reiteradamente, identificado pelos órgãos de controle. Neste caso, desvirtua-se a prescrição legal, posto que provada a procrastinação deliberada do agente público para solução das demandas sociais.

Internamente, no que tange ao mencionado art. 24 da Lei nº 8.666/93, destaca-se sobremaneira, no ambiente acadêmico e na esfera jurisprudencial, a possibilidade excepcional de dispensar-se o procedimento concorrencial na hipótese de o interesse público ser violado em razão da extrema urgência, estando a Administração Pública forçada a uma decisão vinculada de proceder à contratação direta. Também em Portugal, a urgência avulta entre as demais hipóteses de simplificação no processo adjudicatório, merecendo das bancas acadêmicas mais insignes conspícuos escritos.

Nos dois países, a emergência, como figura meramente epilodal da necessidade ou da inércia desidiosa da Administração, não se sujeitaria à extravagância legal de desagrar o procedimento concorrencial, posto que sua interpretação é restrigente. Mister uma conjugação de fatores, tal como, por exemplo, a imprevisibilidade do fato, entre outros. Outrossim, a solução de continuidade na prestação de serviços, *per se*, não enseja a submissão ao dispositivo desobrigatório. Também, há de comprovar íntima relação entre objeto da contratação e a incidência do risco iminente de ameaça a bens juridicamente tutelados.

Nesta senda, após subsunção do caso concreto à normal licitatória, o Tribunal de Contas da União deslindou que

- a) Observem as condições estabelecidas no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, e dispensem a licitação, nas hipóteses de emergência ou de calamidade pública, apenas quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa

ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada qualquer prorrogação dos respectivos contratos (Acórdão 2254/2008); e

- b) Efetue planejamento adequado das contratações, de modo a realizar tempestivamente os respectivos procedimentos licitatórios e evitar que a prestação dos serviços ou o fornecimento de bens ocorram sem amparo contratual, contrariando o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, ou que seja firmado ajuste emergencial, em desacordo com as hipóteses contempladas no art. 24, inciso IV, da citada lei (Acórdão 890/2007- Plenário).

Para D'Ávila (2000),

o enfoque delimitador da definição de emergência e urgência parece convergir ao aspecto tempo, ou seja, à verificação de que a via normal de decurso de um procedimento licitatório, sem que medidas efetivas sejam imediatamente adotadas pelo administrador, pode transformar-se em resultado danoso às coisas e pessoas, comprometendo a segurança das mesmas. [...] Importa reafirmar que a situação emergencial citada na regra sob comento é absolutamente incompatível com a morosidade na consecução do interesse público. Portanto, ou se está diante de uma situação fática ordinária e corriqueira, que poderá ser solucionada dentro das formalidades exigidas pelo procedimento licitatório, ou se está diante de fatos que reclamam do administrador a imediata adoção de providências que visem afastar ou minorar o prejuízo que decorreria da falta de ação da Administração. Daí dizer-se que os conceitos de emergência e urgência convergem para o mesmo sentido: a exiguidade de tempo na solução de um determinado problema podendo ocasionar irreparável prejuízo às pessoas ou bens materiais, sob a responsabilidade do Poder Público.

Por derradeiro, a terceira hipótese, aqui delimitada, cuida-se da alcunhada licitação deserta (ou fracassada). Para tanto, deve haver, cumulativamente, um processo licitatório anterior, ausência de interessados, risco de prejuízos ao Erário e necessidade de manutenção das condições elencadas no ato convocatório prévio.

Assim, a licitação pode não despertar interesse de terceiros ou aqueles

que, por ventura, demonstrem o propósito não agreguem as condições mínimas de habilitação ou, *ab initio*, são desclassificados. Naquela, ter-se-ia a licitação deserta. Nesta, respectivamente, a modalidade conhecida como fracassada.

Vê-se, por conseguinte, que a licitação deserta ou fracassada não se confundem. A inteligência doutrinária e jurisprudencial mais abalizada tratou de diferenciá-las eximindo a modalidade fracassada da subsunção à previsão legal de dispensa do procedimento concorrencial. Em se tratando de interessados inabilitados, a Comissão ou gestor responsável pelo procedimento deverá antes conceder à totalidade dos concorrentes a possibilidade de corrigirem a documentação ou apresentarem novas propostas, de forma a sanar a causa determinante da inabilitação ou desclassificação.

Sobre este assunto, Diógenes Gasparini (2001) assenta que

estabelece o inciso V do art. 24 do Estatuto federal Licitatório que licitação é dispensável a um dado negócio se ao processo licitatório correspondente, antes realizado, não acudirem interessados. Essa situação é chamada pela doutrina de licitação deserta, que, de modo algum, confunde-se, como logo será visto, com a licitação fracassada. A contratação desejada, nos termos e condições do ato de abertura, por certo, não foi motivo de interesse para ninguém. Caracteriza-se esse desinteresse pela não participação de qualquer licitante no procedimento licitatório quando ninguém apresenta os envelopes contendo, separadamente, os documentos de habilitação e a proposta. Ainda será assim se houver compra ou retirada do instrumento convocatório e seus anexos. Em sendo assim, deve-se renovar a licitação.

[...] Observe-se, por um lado, que a participação de um proponente já é o bastante para demonstrar que há, por parte dos particulares, interesse na licitação e que ela não pode ser caracterizada como deserta, ainda que no evoluir do procedimento ele venha a ser eliminado.

[...]Essa hipótese de dispensa de licitação não serve para justificar a contratação direta quando já há interessados no certame, mas todos por uma ou outra razão são dele alijados, situação que configura a denominada licitação fracassada. Em assim ocorrendo, a repetição da licitação é, ao menos em tese, obrigatória.

Para tanto, serve a profícua lição da Corte de Contas nos seguintes acórdãos:

- a) O manifesto desinteresse dos convidados não pode ser caracterizado somente pelo não comparecimento dos convidados, sendo necessário que os convidados manifestem os seus desinteresses por escrito. [...] “A melhor exegese, *in casu*, leva ao entendimento de que o manifesto desinteresse se caracteriza quando presente algo mais que o simples silêncio. Aliás, é regra elementar de hermenêutica que a Lei não contém palavras inúteis, ou melhor, na dicção de Ferrara: presume-se que a Lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como

escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”. [...] “A licitação deserta pode ser resultante de exigências descabidas, cláusulas discriminatórias ou publicidade ‘mascarada’. Estes vícios, infelizmente comuns, afugentam os participantes e, ao serem constatados, impedem absolutamente a contratação direta. Nesses casos a ausência de licitantes terá ocorrido por culpa da própria entidade licitadora, não se admitindo o recurso da dispensa”. Portanto, a dispensa com fulcro no art. 24, inciso V, c/c o art. 22, §7º, ambos da Lei nº 8.666/1993 somente deve ser utilizada caso a licitação não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração (Acórdão 237/1999 - Plenário - Relatório do Ministro Relator);

- b) Observa a Unidade Técnica que, de fato, o autor citado entende como desinteresse pela licitação os casos de não acudirem licitantes, ou todos serem desqualificados ou nenhuma proposta classificada como se lê na sua obra Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 26ª ed., p.264. No entanto, [...] em face da divergência doutrinária procurar arrimo na jurisprudência prevalente desta Corte de Contas onde se busca o fundamento jurídico último, a *ratio juris* do inciso V do art. 24 da Lei na 8.666/1993, que é obstar a ocorrência de algum prejuízo à Administração por conta da injustificada repetição de um procedimento licitatório, autorizando-se a contratação direta quando a licitação anteriormente realizada, por razões alheias à ação do Poder Público, não logra êxito. Mesmo assim, defende que essa alegada possibilidade de ocorrência de prejuízo à Administração por conta da repetição do certame, assim como a presumível eliminação daquele prejuízo com a imediata contratação direta, ou mesmo por que não se iniciou o procedimento licitatório anteriormente, deverá estar convincentemente demonstrada por parte do órgão desejoso de contratar, visto ser isso o que inequivocamente deflui do preceito legal em comento ao aludir à licitação que, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração (Acórdão 551/2002 - Segunda Câmara - Relatório do Ministro Relator)

Para arrematar o tema, Hely Lopes Meirelles (1999) registra

que não poderá é contratar diretamente com quem não apresente os requisitos exigidos para a habilitação ou em condições mais favoráveis ao contratado ou menos vantajosas para o serviço público do que estabelecidas no instrumento convocatório inicial.

Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração não pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que hão de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração.

Finda a síntese focada, majoritariamente na legislação brasileira, acompanhando a esteira deste tema e com um espírito idiossincrático em muito similar, o recorte epistemológico feito sobre o novel Código dos Contratos Públicos (CCP) Português faz, igualmente, perceber hipóteses de facilitação do procedimento concorrencial para contratação pública. Tal diploma descreve hipóteses dogmáticas com enorme parecença àquelas nacionais supramencionadas.

Evidentemente, as comparações aqui pretendidas são de cunho generalista, afastando de todo a complexidade específica que o tema comporta, senão esboçando um paralelo didático sobre assuntos cujo âmago são, naturalmente, díspares e amplos.

Sob o arrimo do contorno metodológico pretendido e mercê de um tirocínio técnico determinado, as hipóteses brasileiras de dispensa ou inexigibilidade de procedimento concorrencial assumem, claramente, o mesmo espírito legislativo que moldou a feitura dos arts. 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 128º e 129º do CCP. Estes, em apertada e superficial síntese, abordam a escolha do denominado ‘ajuste direto’ para a formação de contratos públicos portugueses e seu modal simplificado, descartando, outrossim, neste trabalho, a forma de empreitadas.

Este Código de Contratos Públicos busca unificar a legislação aplicável à contratação pública, regulamentando vácuos jurisdicionais, de forma a encetar uma otimização procedimental e imprimir celeridade processual e maior controle social e institucional da despesa pública.

Destarte, para o legislador português, os artigos retro se banham em “razões materiais de interesse geral que justificam a restrição da concorrência mesmo quando o valor do benefício *sic* económico resultante do contrato a celebrar seja mais vultoso” (ALMEIDA; SÁNCHEZ, 2010).

Similarmente, estes autores pontuaram que

Sic sempre que o benefício económico resultante do contrato a celebrar não ultrapasse aqueles limites quantitativos, a lei presume de modo absoluto ou inilidível, que o interesse ou a necessidade de submeter as prestações contratuais à concorrência de mercado é reduzido, pelo que o sacrifício que a adopção do ajuste directo representa para os princípios da igualdade, da imparcialidade e da concorrência é minimizado.

Consoante o Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos, *sic* “o ajuste directo é o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar”.

Para aclarar, ajuste direto é, em escólio mais patente,

Sic adjudicação directa ou negociação directa do contrato, muito embora a expressão possa induzir em erro, uma vez que este procedimento permite o convite a várias entidades que disputarão, posteriormente, as suas propostas. Mas a grande singularidade deste procedimento consiste no facto de este poder assumir tanto uma vertente individual, de fonte única, em virtude de a adjudicação ser efectivamente “directa”, com convite a uma única entidade (FERNANDES, 2012).

Sob o viés jurisprudencial,

Sic o ajuste directo é, nos termos do CCP, uma modalidade excepcional de procedimento concursal assente em requisitos legais taxativos que limitam, perante qualquer entidade adjudicante, a escolha daquele procedimento. Trata-se de um procedimento fechado, que se compreende “como desvio em relação a um modelo padrão de referência aberto,” claramente prevalente ou dotado de primazia no âmbito da configuração legislativa da contratação pública, conhecidos os princípios da legalidade, igualdade e transparência a ela subjacentes. O que decorre do regime normativo do ajuste directo é exactamente a necessidade de sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento (Tribunal de Contas Português – Acórdão nº11/2013 – 23.out.2013 – 1ªS/PL – Recurso Ordinário nº13/2013 – Processo nº548/2013).

No caso do ajuste direto, que representa, aproximadamente, 90% da contratualização pública portuguesa, conquanto sucintamente, é de capital relevância consignar seu trâmite legal, de modo a facilitar a inteligência do leitor nacional acerca deste instituto europeu. Tal como no Brasil, a decisão de contratar marca o início do procedimento pré-contratual público, cabendo ao órgão competente autorizar, ainda

que implicitamente, a despesa. Ademais, é permitido, ainda, efetuar consulta preliminar informal da entidade adjudicante ao mercado, desde que não importe perda de transparência ou prejuízo à concorrência.

Na sequência, por critérios formais ou materiais, elege-se o ajuste direto, devendo, nesta decisão fundamentada, conter o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos (art. 40, CCP), bem assim o número e a identificação das entidades a convidar e a indicação da opção por uma fase de negociações. De igual sorte, tem-se, neste modal simplificado, a consulta prévia oficial a três fornecedores.

Sic Por outro lado, o CCP revê em alta os limites relativos ao valor do contrato em função do procedimento pré-contratual adoptado. Considera-se estratégico pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (designadamente o concurso público e o concurso limitado). Para efeitos da determinação do valor do contrato, consagra-se um sistema que impeça as actuais disfunções relacionadas com o método assente nas estimativas. Assim sendo, afirma-se a regra de que a escolha do procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar – entendido este último como valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objeto contratual (CCP, 2008).

Relativamente à escolha das contratadas em si, o compêndio português, em seu art. 113º, impõe uma restrição ao dispor que não podem ser convidadas a apresentar propostas aquelas às quais a mesma entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, somando a outros mecanismos referente a numerário.

O órgão adjudicante aprova o convite à apresentação de propostas e o caderno de encargos - no dizer do art. 42º do CCP, como a “peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar”. Exceto se apenas uma única proposta houver sido apresentada, o órgão competente para a decisão de contratar designará, de imediato, um júri para conduzir o procedimento (art. 67º, I, CCP).

Este júri, em número ímpar, só pode funcionar quando o número de membros presentes na reunião corresponda ao número de membros efetivos. As deliberações do júri, que devem ser sempre fundamentadas ou mesmo apoiadas por peritos ou consultores, são tomadas por maioria de votos, não sendo admitida a abstenção e os votos vencidos, caso haja, devem constar da ata com as razões da sua discordância (art. 68º, CCP). Compete, nomeadamente, ao júri (art. 69º, CCP):

- a) Apreciação das candidaturas e propostas;
- b) Elaboração dos relatórios de análise das candidaturas e propostas;
- c) Condução da fase de negociação, quando existir; e
- d) Exercício da competência que lhe seja delegada pelo órgão competente para a decisão de contratar.

O convite deve ser:

- a) Acompanhado do caderno de encargos; e
- b) Entregue diretamente, enviado por correio ou por qualquer meio de transmissão escrita e eletrônica de dados.

Nos termos e no prazo previstos para a prestação de esclarecimentos, o órgão competente, mesmo que provocado pelas entidades convidadas, pode proceder à retificação de erros ou omissões das peças do procedimento, disponibilizando-os na plataforma eletrônica própria para ciência imediata das possíveis concorrentes.

O trâmite documental deve ser apresentado na plataforma eletrônica ou, se o convite assim o prever, através de outro meio de transmissão escrita e eletrônica de dados.

Quando houver sido, tempestivamente, apresentada mais do que uma proposta e do convite constar a indicação da opção da entidade adjudicante por uma fase de negociação, o ajuste direto comportará uma fase negocial.

Ainda, neste quartel do processo, cabe ao júri analisar (para efeitos de exclusão) e avaliar (para efeitos de ordenação, através da aplicação do critério de adjudicação constante do caderno de encargos) as propostas - podendo, inclusive, requerer esclarecimentos sobre elas. Estas elucidações não podem contrariar os documentos que as constituem, alterar ou completá-los, tampouco suprir omissões ou incorreções.

No seguimento, após a análise e a avaliação das propostas, o júri elabora, fundamentadamente, um relatório preliminar, com o intuito maior de ordenar as propostas. Este documento, enviado a todos os concorrentes, fixa um prazo não inferior a cinco dias para pronúncia de quaisquer dos interessados. Conclusa esta etapa, passa-se à elaboração de relatório final, igualmente arrazoado, cujo conteúdo versa sobre as

observações dos concorrentes efetuadas ao abrigo do direito de audiência prévia. Neste, pode-se manter ou modificar o relatório preliminar, merecendo nova audiência, restrita aos interessados, se houver modificação na ordenação, inicialmente, proposta.

Assim, o relatório final e os documentos angariados durante o procedimento são enviados ao órgão competente para a decisão de contratar, que poderá aprová-lo ou não. Em sendo positivo, assentar-se-á prazo razoável para o adjudicatário apresentar os documentos de habilitação devidos (art. 81º, CCP).

Segue-se, então, a ulterior prestação de caução, se necessária, consoante art. 88º do decantado édito português, e celebração do contrato reduzido a escrito, flexibilizado nos termos do art. 95º¹⁷ deste mesmo dispositivo, podendo sofrer ajustamentos que não violem a parametrização do caderno de encargos, tampouco inclua soluções providas em propostas concorrentes.

Ao cabo, compulsoriamente, publicita-se o contrato celebrado pela entidade adjudicante, com o conteúdo previsto no art. 96º do CCP, no portal dedicado aos contratos públicos portugueses, de forma a conferir-lhe eficácia, designadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.

Ainda mais reduzida é a consecução procedimental do regime simplificado de ajuste direto, a ser apreciado supervenientemente.

¹⁷ Artigo 95.º: Inexigibilidade e dispensa de redução do contrato a escrito

1 - Salvo previsão expressa no programa do procedimento, não é exigível a redução do contrato a escrito:

a) Quando se trate de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual não exceda (euro) 10 000;

b) Quando se trate de locar ou de adquirir bens móveis ou de adquirir serviços ao abrigo de um contrato público de aprovisionamento;

c) Quando se trate de locar ou de adquirir bens móveis ou de adquirir serviços nos seguintes termos: i) O fornecimento dos bens ou a prestação dos serviços deva ocorrer integralmente no prazo máximo de 20 dias a contar da data em que o adjudicatário comprove a prestação da caução ou, se esta não for exigida, da data da notificação da adjudicação; ii) A relação contratual se extinga com o fornecimento dos bens ou com a prestação dos serviços, sem prejuízo da manutenção de obrigações acessórias que tenham sido estabelecidas inequivocamente em favor da entidade adjudicante, tais como as de sigilo ou de garantia dos bens ou serviços adquiridos; e iii) O contrato não esteja sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas; ou

d) Quando se trate de contrato de empreitada de obras públicas de complexidade técnica muito reduzida e cujo preço contratual não exceda (euro) 15 000.

2 - A redução do contrato a escrito pode ser dispensada pelo órgão competente para a decisão de contratar, mediante decisão fundamentada, quando:

a) A segurança pública interna ou externa o justifique;

b) Seja adoptado um concurso público urgente; ou

c) Por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, seja necessário dar imediata execução ao contrato.

[...]

Em contraposição ao rito processual transnacional narrado, cotejando-o à modalidade brasileira de convite, realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, são escolhidos e convidados um número mínimo de três entidades.

Em sendo esta a mais simples entre a tipologia nacional concorrencial, permite-se à Administração escolher, discricionariamente, mas *law-centred*, entre os possíveis interessados quem quer convidar, previamente cadastrados ou não. A divulgação ocorrerá por meio da expedição de carta-convite aos interessados. Também, deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, podendo, inclusive, ser utilizado o sítio oficial da entidade adjudicante, desde que conferindo ampla divulgação, ao talante da Lei de Licitações.

Para as duas Repúblicas sob lume, o instrumento convocatório é, por aceção natural, o ato convocatório da licitação e tem por objetivo estabelecer regras que deverão seguir critérios destinados a avaliar as condições dos licitantes e a vantagem das propostas que serão apresentadas.

No Brasil, a carta-convite é, pois, o instrumento simplificado de ato convocatório, destinada, nomeadamente, ao disciplinamento da licitação na modalidade de convite. Permite-se a participação de possíveis licitantes que não tenham sido formalmente convidados, mas que sejam do ramo do objeto licitado, desde que cadastrados no órgão ou entidade que licita ou no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores.

No convite, para que a contratação seja possível, são necessárias pelo menos três propostas que atendam, inteiramente, as exigências do ato convocatório, ou seja, válidas *in totum*. Se não forem, a Administração deve convidar mais um interessado, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou patente desinteresse dos convidados - fatos que merecerão fundamentação no memorial descritivo do processo concorrencial.

O recibo de entrega de convite deve conter dados que possam identificar a empresa licitante e a assinatura do recebedor do convite deve estar identificada em letra de forma ou mediante carimbo.

Após a confecção e envio dos convites, as concorrentes enviarão seus envelopes lacrados contendo as ofertas, constando preço praticado e técnica a ser utilizada. Tais envelopes só poderão ser deslacrados em atas públicas, contando com o maior número possível de participantes para mitigar quaisquer dúvidas ou pedidos de

esclarecimentos acerca de sua lisura. Recursos serão cabíveis em até dois dias úteis contados da intimação do ato que declarou vencedora a proposta.

Ante o exposto, alcança-se, cristalinamente, a proximidade do ajuste direto alienígena com a modalidade licitatória brasileira de convite, posto que é axiomática a semelhança com sua moldura esquemático-normativa.

Outrossim, as hipóteses materiais ou formais que se lhe comportam amoldam-se aos pressupostos fático-jurídicos de dispensa ou inexigibilidade concorrenciais, sendo, por conseguinte, inegável a similitude entre os dois procedimentos adjudicatórios.

Precisamente, percebe-se que as razões justificantes de recurso ao procedimento de ajuste direto obedecem a pressupostos e requisitos específicos, cuja submissão integral requer uma análise circunstancial e pormenorizada do caso concreto, tendo, por conseguinte, as especificidades encontradas como causa para celebração de um dado contrato que apascentem o afastamento do princípio maior da concorrência.

Sic Os elementos essenciais do ajuste directo são, pois, os seguintes:

- a) Convite directo – ou seja, sem apelo generalizado a concorrência, através da publicitação de um anúncio;
- b) Dirigido a uma ou várias entidades – por um lado, a opção por convidar uma ou mais do que uma entidade fica na discricionariedade da entidade adjudicante, que não é obrigada, em qualquer caso, a convidar um número mínimo ou um número fixo de entidades; por outro lado, o CCP não impõe um número máximo de entidades que possam ser convidadas a participar num ajuste directo;
- c) Possibilidade de negociação – por um lado, o CCP só prevê a possibilidade de negociação quando seja apresentada mais do que uma proposta; por outro lado, cabe à entidade adjudicante indicar no convite se pretende incluir no procedimento uma fase de negociações (Portugal, Manual de Procedimento – Contratação de Bens e Serviços – Ministério das Finanças e Administração Geral, [s.d.]).

Como visto, no ajuste direto, a preferência por procedimentos de natureza concorrencial pode ser ilidida na hipótese de se verificar uma necessidade de interesse público suficientemente robusta e juridicamente relevante para arregimentar a escolha de um procedimento mais brando na perspectiva da concorrência e igualdade – característica comum às hipóteses brasileiras.

Entretanto, em sua utilização cotidiana, o ajuste direto tem maior aproveitamento quando o *quantum* contratual não alcança uma cifra economicamente

relevante ou quando se observam circunstâncias materiais que tornam inexigível um apelo geral à concorrência, demonstrando a sua necessidade urgente e insubstituível. Funcionaria, sob a verve da comparação análitica aqui engendrada, colimando-o ademais à matéria licitatória nacional, como um regramento heterogêneo, posto que aflui para a simplificação processual próxima da modalidade convite e partilha das arestas excepcionais de dispensa ou inexigibilidade concorrenciais.

Por conseguinte,

Sic trata-se de um procedimento desencadeado por um acto de iniciativa da Administração, na medida em que a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha, com vista à apresentação de propostas, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar. Por outro lado, o ajuste directo distingue-se ainda dos restantes procedimentos pré-contratuais e concorrenciais, plasmados no CCP, por estar sujeito a uma regulamentação legal mais reduzida, quando comparado com os restantes procedimentos, muito embora seja o procedimento com mais normas escritas, o que confere à entidade adjudicante uma maior amplitude na conformação específica de cada procedimento em concreto. Ou seja, apesar de o ajuste directo se encontrar exaustivamente regulamentado, pode assumir diversas configurações, atendendo à situação específica. [...] Nesta medida, o fundamento para a escolha do ajuste directo ultrapassa qualquer consideração de natureza quantitativa e alheia-se mesmo do valor do benefício económico a auferir pelo adjudicatário: presume-se, de forma absoluta, que os princípios e valores materiais subjacentes à adopção do procedimento de ajuste directo compensam e ultrapassam as desvantagens que podem decorrer da restrição à concorrência. (FERNANDES, 2012)

Com o intuito da comparação, a alínea “e)” do nº 1 do art 24^o¹⁸ do CCP estabelece que razões de natureza artística, técnica, económica, jurídica, operacional,

¹⁸ *Sic* Artigo 24.º do CCP

Escolha do ajuste directo para a formação de quaisquer contratos

1 - Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste directo quando:

- a) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso;
- b) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento;
- c) Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;
- d) As prestações que constituem o seu objecto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações;
- e) Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada;
- f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respectiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir.

logística ou financeira permitam o recurso ao ajuste direto, baseando-se em motivos reputacionais, de expertise, *know how* ou protecção de direitos exclusivos, de modo que, no mercado, inexista qualquer outra espécie de bem que agregue as qualidades fundamentalmente exigidas pela entidade adjudicante e que, desta forma, o fornecimento ou prestação encontrar-se-ia prejudicado por haver um direito de exclusivo, mesmo que seja um exclusivo legal, outorgado por lei, por ato ou contrato administrativo, mas que imponha a titularidade de um direito de propriedade industrial ou intelectual.

Sic Ou seja, para que se possam ter por preenchidos os pressupostos necessários para a escolha do procedimento por ajuste directo, exige-se a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- a) que o recurso ao ajuste directo se justifique por motivos de aptidão técnica ou artística ou relacionados com a protecção dos direitos exclusivos;
- b) que, por tais motivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade específica (PORTUGAL, Relatório nº8/2001 – 1ª S – Processo nº5/2010 – Audit. 1ª S, Tribunal de Contas, 2011).

Neste sentido, mister ressaltar que a doutrina considera o direito de exclusividade como fundamento aceitável ao ajuste direto se a entidade adjudicante considerar que as diferenças entre os diversos bens disponíveis concorrencialmente sirvam a propósitos díspares, não satisfazendo, portanto, as necessidades publicitadas (RAIMUNDO, 2010). Notadamente, acerca-se tal dispositivo ao critério brasileiro de inexigibilidade/dispensa de procedimento concorrencial fundamentado nas ditas prestações personalíssimas ou excepcionais, já consignadas neste texto.

De igual sorte goza o rol brasileiro supraelencado de dispensa licitatória, pois compartilha o mesmo traço capital que concebeu, *mutatis mutandis*, os artigos 24º e ss do CCP ou o regime simplificado presente nos artigos 128º e 129º do mesmo diploma legal.

Até mesmo no que tange a quantias monetárias, mais especificamente, os outrora consignados incisos I e II, art. 24, da Lei brasileira nº 8.666/93, guardam estreita relação com as regras de valor referentes ao regime simplificado de ajuste direto. Em se observando os critérios práticos desta modalidade simplificada, deduz-se que o ajuste direto simplificado é um procedimento para aquisição de bens/serviços, por duração improrrogável máxima de um ano, cujo preço contratual não seja superior a cinco mil euros, tampouco o valor pode estar sujeito a revisões, nos termos do art. 129º do CCP.

Com características semelhantes às aquelas do rito procedimental da modalidade geral, *law-centred*, a entidade adjudicante convida, através de *e-mail* ou fax, no mínimo, três concorrentes para apresentação do orçamento, que deverá ser perscrutado com vistas a obter-se a proposta mais vantajosa, adjudicando-a. Na sequência, tem-se o habitual ordenamento e autorização pública do dispêndio e superveniente contratação propriamente dita.

Por este estilo atalhado, figurante dos artigos 128º e 129º do CCP, a adjudicação pode ser realizada, diretamente, sobre uma fatura ou documento equivalente apresentado pela entidade convidada. Importa em prescindir das formalidades inerentes ao próprio ajuste direto, nomeadamente, aquelas atinentes à publicitação dos atos e à celebração dos contratos. É, da mesma forma que o procedimento vislumbrado para o Brasil, um mecanismo de agilização das contratações de pequena monta, bem mais flexível e que se compõe de uma geometria variável diante dos procedimentos clássicos, sem, no entanto, descuidar-se dos princípios balizadores do próprio Código dos Contratos Públicos.

Nesta mesma vertente, a alínea “c)”, do nº 1 do art. 24º do CCP possibilita que, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, use-se o ajuste direto. Ao se esgrimir tal figura, não se admite a alegação do estado de necessidade, sendo imperioso haver a conjugação quádrupla cumulativa dos requisitos individualmente presentes, é dizer: estritamente necessário; motivo de urgência imperiosa; resultante de acontecimentos imprevisíveis; e circunstância não imputável à própria entidade adjudicante. Aclarando-se tais pressupostos, afigura-se como indeclinável aquilo intrinsecamente contido no objeto do contrato a ser celebrado. Ademais, tem-se que urgência imperiosa não se coaduna com as fases e prazos típicos, sendo aquela imposta por uma situação tal que não se acorrer celeremente à aquisição direta, torná-la-ia inútil posteriormente, sacrificando o próprio interesse público.

Sinteticamente, é bem-vindo o ajuste direto se, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante. Depreende-se que se trata de uma urgência

impreterível¹⁹ por imposição do interesse público, sob pena de a demora provocar danos irreparáveis ou de difícil reparação. Seguindo esta linha, o fato urgente não poderia ser, razoavelmente, antecipável, tampouco consequência da negligência, inação ou desídia da entidade adjudicante – situação afim à nacional.

Em óbvia semelhança à Corte de Contas Brasileira, sua análoga Portuguesa assim se pronunciou:

- a) *Sic* Devem ser adotados procedimentos concorrenciais sempre que se trate de satisfazer necessidades de caráter permanente claramente previsíveis, devendo os concursos públicos ser lançados com a necessária antecedência, uma vez que a exceção de urgência pressupõe a total impossibilidade de agir de outra forma e a ausência de responsabilidade nos atrasos verificados no procedimento;
- b) Dever de fundamentação, assegurando nos atos de lançamento dos procedimentos uma adequada fundamentação de facto e de direito do tipo de procedimento adotado – “urgência imperiosa” (PORTUGAL, Tribunal de Contas Português – Acórdão n.º 45/11 – 07.jun.2011/1ªS/SS – Proc. N.º 348/2011)

Portanto, infere-se que a urgência advém da existência de um perigo real e iminente, imposta por uma situação a que não se pode deixar de proceder com diligência, que ameaça um bem ou interesse juridicamente tutelado, sendo impossível afastá-lo através do cumprimento integral das normas legais.

Reconhece-se que as circunstâncias do caso concreto exigem, impreterivelmente, aquela contratação num determinado momento, sob pena de o interesse público ser sacrificado. São casos de absoluta necessidade e de intervenção imediata cuja delonga, nessa intervenção, não é admissível. Aliás, é por ser assim que os prazos associados às fases de tramitação dos diversos procedimentos pré-contratuais, consagrados no CCP, não são adequados a reagir contra situações em que se verifique a urgência imperiosa da prestação. Esta não se coaduna com a morosidade típica dos demais procedimentos pré-contratuais, que, a serem lançados, não estariam certamente concluídos no período considerado necessário para fazer face à urgência imperiosa. Existem motivos de urgência imperiosa quando, por imposição do interesse público, se deve proceder à aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez sem se realizar, quando a lei o prevê, concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação (FERNANDES, 2012).

¹⁹ 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. (Tribunal de Contas Português – Acórdão n.º 45/11 – 07.jun.2011/1ªS/SS – Proc. N.º 348/2011)

Noutro claro exemplo de paralelismo jurídico, as alíneas “a)” e “b)”, do nº 1 do art. 24º do CCP apresentam a hipótese material de adjudicação por ajuste direto independente do valor, desde que não seja superior aos padrões monetários comunitários da União Europeia, quando o concurso prévio foi deserto quer originária, quer supervenientemente.

Na alínea “a)”, o ajuste direto nela albergado “*Sic* só pode ser adoptado no seguimento de um procedimento concursal (não podendo, pois, ser adoptado na sequência de um ajuste directo, de uma negociação ou de um diálogo concorrencial, ainda que fiquem desertos)”²⁰. Já na alínea seguinte, restringir-se-á ao “seguimento de um procedimento concursal público ou limitado ou de um diálogo concorrencial (não podendo, pois, ser adoptado na sequência de um ajuste direto ou de uma negociação, ainda que todas as propostas apresentadas sejam excluídas por razões formais)”²¹.

O Tribunal de Contas da República Portuguesa, em seu Acórdão nº 16/2010 – 08/06 – 1ªS/PL, aduziu que “ocorrendo um concurso deserto, a prossecução dos interesses públicos justifica que, num horizonte temporal de curto prazo, se faça recurso a procedimentos não concorreciais”. E continua: “a decisão de uma entidade adjudicante que verifica a situação de deserção de um concurso público não determina a revogação da decisão de contratar, mas apenas declara a caducidade do concurso público”. Por isso, para o Tribunal, esta hipótese de mitigação da concorrência presume-se como um “ato geneticamente ligado ao concurso público orginal, porque esta decisão não pode introduzir alterações substanciais” que findem por modificar a própria constituição medular do caderno de encargos, de modo que, se assim o fosse durante o vagar legítimo do concurso, não se lhe restaria deserto.

Sic A solução constante das alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 24º do CCP constitui uma das situações em que o legislador, por razões materiais, admite a formação de um contrato por ajuste direto, afastando procedimentos concorreciais mais exigentes. Tal solução – e as demais constantes dos artigos 24º a 27º e 31º nº 3 do CCP – assume, pois, um carácter excepcional, face às regras gerais de escolha do procedimento de formação.

Os fundamentos que subjazem a tal solução respeitam à provável inutilidade de lançamento de um novo procedimento concorrencial, porque o anteriormente lançado ficou “deserto” (neste caso, em sentido amplo, por exclusão de todas as

²⁰ (Portugal, Manual de Procedimento – Contratação de Bens e Serviços – Ministério das Finanças e Administração Geral, [s.d.]

²¹ (Portugal, Manual de Procedimento – Contratação de Bens e Serviços – Ministério das Finanças e Administração Geral, [s.d.]

propostas apresentadas): feito o apelo à concorrência e respeitados os princípios e regras aplicáveis da contratação pública em anterior procedimento, configura-se uma situação de inutilidade de novo apelo, justificando-se um esforço de aproveitamento de matéria do procedimento anterior. O que está sobretudo em causa é o respeito pelo princípio da concorrência. Respeitado este no procedimento inicial e frustrado o apelo que foi feito à concorrência, admite-se a formação do contrato por solução concorrencialmente mais restrita (PORTUGAL, Acórdão nº12/3.jul.2012 – 1ª S/PL – Recurso Ordinário nº 3/2012 – Processo nº195/2011 – SRMTC).

Dito isto, renova-se a clara aproximação entre as legislações postas sob escrutínio neste trabalho. Arrematar-se-á, pois, a explanação sobre o procedimento adjudicatório deserto português, aclarando seu trâmite consoante o aresto supramencionado:

Sic No novo procedimento por ajuste directo, devem ser considerados os seguintes pressupostos concorrenciais: o caderno de encargos não pode ser substancialmente alterado (alínea b) do nº1 e no nº 8 do artigo 24º) o procedimento concorrencial anterior deve ter tido a publicitação adequada, em função dos valores envolvidos (nºs 2 e 3 do artigo 24º), devem ser convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no nº 2 do artigo 70º (nº 3 do artigo 24º) e devem ser respeitados os prazos fixados nos nºs 6 e 7 do mesmo artigo 24º (PORTUGAL, Acórdão nº12/3.jul.2012 – 1ª S/PL – Recurso Ordinário nº 3/2012 – Processo nº195/2011 – SRMTC).

CONCLUSÃO

Cumprido o modelo comparativo que se pretendia, sucintamente, discorrer e delinear, no ocaso deste trabalho, houve-se por bem mais do que celebrar as exigências formais e solenes exigidas para celebração de contratos públicos nos dois países ou saudar a pletora legislativa sobre o tema, senão destacar a intervenção do carácter humano ou sua propensão à corrupção, tamanha a necessidade de pormenorizar aquilo que deveria ter-se como imanente ao gestor público: zelar pelo Erário.

Sic Impõe-se, por isso, reforçar a prestação de contas, a legitimidade de exercício e a criação de instrumentos eficazes de prevenção.

[...]Esta iniciativa presta especial atenção a zonas tidas como problemáticas nesta área, nomeadamente a contratação pública e a atribuição de subsídios e outros benefícios.

[...]Temos consciência de que não existem soluções fáceis e imediatas para resolver o problema da corrupção, que é vasto e muito complexo. Mas acreditamos que se pode e deve fazer muito mais. Para isso, pretendemos mobilizar não só as entidades e instituições, públicas ou privadas, mas também

os cidadãos em geral, no sentido de se abrirem as consciências para a verificação de que a corrupção não é algo que apenas diz respeito aos outros, que não nos afecta directamente. A corrupção tem custos pesadíssimos e afecta toda a sociedade de uma forma transversal. Mina a confiança dos cidadãos para com as suas instituições e os respectivos titulares de responsabilidades (MARTINS, 2011).

Enquanto Portugal admite a modalidade mais simplificada de ajuste direto como procedimento concorrencial majoritariamente utilizado para fins de contratação pública, o Brasil enrijece e recrudescer sobremaneira os instrumentos legais de imposição burocrática do estado licitatório à proporção que novos escândalos de corrupção sobejam.

No ano pretérito, o Conselho Português de Ministros introduziu medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização na formação contratual pública, refreando prazos e alteando a transparência para aumentar a eficiência dos gastos e investimentos públicos, bem como recrudescer a acessibilidade dos operadores económicos. Incluiu-se, na última reforma havida em 2017, procedimento voltado à aquisição de produtos ou serviços sob o signo da inovação tecnológica. Estima-se, por exemplo, que, doravante, a execução do ajuste direto decaia de vinte para oito dias.

Todavia, *a contrario sensu*, lá, ainda que haja casos rumorosos de desmedida corrupção nas entranhas do Estado Português, os mecanismos de fiscalização, controle e *accountability*, em larga medida impulsionados pelas diretivas do direito comunitário, têm produzido o efeito, minimamente, desejado, livrando, paulatinamente, da impunidade o país.

Aqui, mesmo sob o olho de Hórus e mergulhado numa miríade de impudente rapinagem dos mais preclaros mandatários da nação, num sistema panóptico de controle e vigilância (produto típico de leis de oportunidade), em que, mesmo assim, busca-se aperfeiçoamento contínuo para eliminar fragilidades ou brechas, a impunidade pulula por todas as esferas de poder e escaninhos da gestão e transforma o expediente da contratação pública no Santo Graal para corruptos e corruptores saquearem o Erário impunemente.

A corrupção não se reduz tão só à transgressão da legislação ou dos regulamentos formais. [...] Se a intervenção pessoal de um ocupante de um cargo público pode agilizar processos, liberar recursos, definir o resultado de concorrências, o valor de indenizações ou transformar interesses individuais em compromissos institucionais, ela, todavia, não é capaz, geralmente, de eliminar a necessidade dos procedimentos formais que regulamentam, por

exemplo, a alocação das verbas ou uma concorrência pública. Como procuramos indicar em diferentes passagens, a corrupção tem se sustentado e realizado através dos procedimentos formais, o que, inclusive, tem lhe garantido menor visibilidade (BEZERRA, 1995).

Logo, negligenciar os conhecimentos sob comento é permitir que grassem a corrupção e sua consequência mais nefasta: o desinteresse da população pela democracia.

Por isso, a leitura de excertos adaptados do poema “Ultimatum”, de Álvaro de Campos, heterônimo de Fernando Pessoa, conquanto datado de 1917, nunca soou tão atual e moderno...

Sic Mandado de despejo aos mandarins da Europa! Fora.
 Fora tu, reles snob plebeu!
 Fora tu, imperialista das sucatas!
 Fora tu, charlatão da sinceridade!
 Quem és tu, tu da juba socialista?
 E tu, qualquer outro.
 Todos! Todos! Todos! Lixo, cisco, choldra provinciana, safardanagem intelectual!
 E todos os chefes de estado, incompetentes ao léu, barris de lixo virados pra baixo à porta da Insuficiência da Época!
 Ultimatum a todos eles
 e a todos que sejam como eles, todos.
 Falência geral de tudo por causa de todos!
 Falência geral de todos por causa de tudo!
 Falência dos povos e dos destinos — falência total!
 E tu, Portugal-centavos, resto de Monarquia a apodrecer República, extrema-
 unção-enxovalho da Desgraça, colaboração artificial na guerra com vergonhas
 naturais em África!
 E tu, Brasil «república irmã», blague de Pedro Álvares Cabral, que nem te queria
 descobrir!
 Ponham-me um pano por cima de tudo isso!
 Fechem-me isso à chave e deem a chave fora!
 Onde estão os antigos, as forças, os homens, os guias, os guardas?
 Vão aos cemitérios, que hoje são só nomes nas lápides!
 Agora a política é a degeneração gordurosa da organização da incompetência!
 Agora é a guerra, jogo do empurra do lado de cá e jogo de porta do lado de lá!
 Sufoco de ter só isto à minha volta!
 Deixem-me respirar!
 Abram todas as janelas!
 Abram mais janelas do que todas as janelas que há no mundo!
 Nenhuma ideia grande, ou noção completa ou ambição imperial de imperador-
 nato!
 Nenhuma ideia de uma estrutura, nenhum senso do Edifício, nenhuma ânsia do
 Orgânico-Criado!
 Nem um impulso militar que tenha sequer o vago cheiro de um Austerlitz!
 Nem uma corrente política que soe a uma ideia-grão, chocalhando-a, ó Caios
 Grachos de tamborilar na vidraça!
 Época vil dos secundários, dos aproximados, dos lacaios com aspirações de
 lacaios a reis-lacaios!
 Lacaios que não sabeis ter a Aspiração, burgueses do Desejo, transviados do

balcão instintivo! Sim, todos vós que representais a Europa, todos vós que sois políticos em evidência em todo o mundo, que sois literatos *meneurs* de correntes europeias, que sois qualquer coisa a qualquer coisa neste *maelström* de chá-morno!

Passai, frouxos que tendes a necessidade de serdes os istas de qualquer ismo!

Passai, radicais do Pouco, incultos do Avanço, que tendes a ignorância por coluna da audácia, que tendes a impotência por esteio das neo-teorias!

Passai, gigantes de formigueiro, ébrios da vossa personalidade de filhos de burguês, com a mania da grande-vida roubada na dispensa paterna e a hereditariedade indesentranhada dos nervos!

Passai, mistos; passai, débeis que só cantais a debilidade; passai, ultra-débeis que cantais só a força, burgueses pasmados ante o atleta de feira que quereis criar na vossa indecisão febril!

Passai, esterco epileptóide sem grandezas, histeria, lixo dos espectáculos, senilidade social do conceito individual de juventude!

Passai, bolor do Novo, mercadoria em mau estado desde o cérebro de origem!

Inútil luxo, passai, vã grandeza ao alcance de todos, megalomania triunfante do aldeão de Europa-aldeia!

Vós que confundis o humano com o popular, e o aristocrático com o fidalgo! Vós que confundis tudo, que, quando não pensais nada, dizeis sempre outra coisa! Chocalhos, incompletos, maravalhas, passai!

Passai, pretendentes a reis parciais, lordes de serradura, senhores feudais do Castelo de Papelão!

A Europa quer a Grande Ideia que esteja por dentro destes Homens Fortes — a ideia que seja o Nome da sua riqueza anónima!

A Europa quer a Inteligência Nova que seja a Forma da sua Mateira caótica!

A Europa quer passar de designação geográfica à pessoa civilizada!

O que aí está a apodrecer a Vida, quando muito é estrume para o Futuro!

O que aí está não pode durar, porque não é nada!

Eu, da Raça dos Navegadores, afirmo que não pode durar!

Eu, da Raça dos Descobridores, desprezo o que seja menos que descobrir um Novo Mundo!

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Amaral; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A contratação pública de serviços de assessoria jurídica* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. II, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010;

ALEMANHA. *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Lei do Procedimento Administrativo). Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/n-lex/legis_de/juris_result_pt.htm. 1976;

ANDRADE, Adriene. *Possibilidade de utilização do procedimento de dispensa de licitação quando esta for inexigível e seu valor se enquadrar nas hipóteses do artigo 24, I e II, da Lei n.º 8.666/93*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Julho/Agosto/Setembro – 2010. V. 76. Nº 3. Ano XXVIII. Minas Gerais, 2010. Disponível na Internet: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1028.pdf>;

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O Direito Administrativo e sua História*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 95. São Paulo: USP, 2000;

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e Contrato. A crise da Licitação*. São Paulo: UNIMEO, 1995;

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995;

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da Política*. São Paulo: Paz e Terra, 1992;

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamente o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível na Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm;

_____. Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010. *Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências*. Disponível na Internet:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm#art17;

_____. *Súmula nº252*. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2010;

BRITO, Miguel Nogueira de. *Ajuste Directo in Estudos da Contratação Pública*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

CAMPOS. Álvaro de. *Obra Completa de Álvaro de Campos*. Lisboa: Tinta da China, 2014;

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000;

CARDINAL, Paulo. *O Procedimento administrativo e a codificação in O Direito*. Disponível em: <http://www.odireito.com.mo/doutrina/179-o-procedimento-administrativo-e-a-codifica%C3%A7%C3%A3o.html>. 1990;

COELHO, Luana Regina. *O princípio da isonomia na contratação pública*. Disponível em: www.oab-sc.org.br/artigos/principio_isonomia_nos_contratos_publicos/604. Florianópolis: OAB, 2012;

D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000;

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002;

DIAS, Lícínia Rossia Correia. *Direito Administrativo I*. São Paulo: Saraiva, 2012;

DOTTI. Marinês Restelatto. *Contratação emergencial e desídia administrativa*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/86666. Porto Alegre, 2007;

FERNANDES, Paula Batista. *O ajuste directo*. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito Administrativo Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito, 2012;

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 1995;

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito da Contratação Pública: uma introdução em dez aulas*. Coimbra: Almedina, 2009;

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001;

GONÇALVES, Pedro Costa. *Gestão de Contratos públicos em tempo de crise in Estudos de Contratação Pública III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

_____, Pedro Costa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2015;

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudo sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995;

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei de Licitações e contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 2007;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª Ed. São Paulo: Dialética, 2000;

_____, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *Conferência "Estado, Administração Pública e Prevenção da Corrupção"*. Sessão de Abertura . Discurso Proferido pelo Presidente do Conselho de Corrupção. Lisboa, Salão Nobre da Reitoria da Universidade de Lisboa, 18 de Outubro;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

_____, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1992;

MIRANDA, Pontes de. *Fonte e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória – Parte Geral – Parte Especial*. 16ª ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

MUKAY, Toshio. *O Direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2 ed. rev e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Integrity in public procurement: good practice from A to Z*. Paris: OECD Publications, 2007;

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011;

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro. Aprova o Código dos Contratos Públicos com alterações*. Disponível na Internet: [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70328394/201701182146/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage? LegislacaoConsolidada WAR drefrontofficeportlet rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70328394/201701182146/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada%20WAR%20drefrontofficeportlet%20rp=indice)

_____, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Aprovado pelo Decreto Lei nº 63/85 de 15 de março com alterações*. Disponível em: www.pdglisboa.pt;

_____, *Manual de Procedimentos - Contratação Pública de Bens e Serviços: do início do procedimento à alteração do contrato*. Ministério das Finanças e Administração Geral. Elaborado por Sérvulo & Associados/Sociedade de Advogados, RL. Disponível em: [http://www.ideram.pt/files/MANUAL%20DE%20PROCEDIMENTOS%20 CCP%20come ntado-%20Versão%20Final%20com%20Minutas.pdf](http://www.ideram.pt/files/MANUAL%20DE%20PROCEDIMENTOS%20CCP%20come ntado-%20Versão%20Final%20com%20Minutas.pdf);

RAIMUNDO, Miguel Assis. *Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. II*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010;

RAMOS, Graciliano. *O cinturão in Infância*. Rio de Janeiro: Record, 2008;

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008; e

ROSA, Márcio Fernandes Elias. *Direito Administrativo*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.