



Bruno Melanda Mendes

Estudo Comparado dos Regimes Português e Brasileiro de Formação dos Contratos Públicos

Dissertação de Mestrado em Administração Pública

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruno Melanda Mendes

**ESTUDO COMPARADO DOS REGIMES PORTUGUÊS E BRASILEIRO DE
FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

**Comparative Study of the Portuguese and Brazilian Regimes for the formation of
Public Contracts**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudo em Administração Pública na área de
Contratação Pública.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Licínio Lopes Martins

Coimbra
2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais pela dedicação durante minha formação e a minha irmã e irmãos pelo irrestrito apoio nesta caminhada.

Agradeço ao Prof. Sr. Dr. Fernando Licínio Lopes Martins, pela gentileza em orientar-me, por dividir seu precioso tempo e pelos imensuráveis ensinamentos.

Agradeço ao Município de Londrina/Estado do Paraná/Brasil, e, em especial, ao Sr. Denilson Vieira Novaes, à Srta. Zilá Rosseto Avanço, ao Sr. Marcos José de Lima Urbaneja e ao Sr. Jacélio Dionísio de Oliveira por viabilizarem esta oportunidade. Ao Sr. Gustavo de Oliveira Maier, pelo apoio administrativo.

Agradeço à renomada Universidade de Coimbra por conceder-me valiosa oportunidade.

Por fim, agradeço aos amigos que sempre torceram pelo meu sucesso.

RESUMO

O presente estudo analisará as principais dimensões dos regimes de formação dos contratos públicos em Portugal e no Brasil, que, por serem *res publica* e Estados democráticos de direito, exibem quando comparados aspectos conciliáveis e inconciliáveis, excluindo, portanto, o exame do regime substantivo dos contratos públicos. Quando se expande a perspectiva e examina-se a legislação de contratação pública de outros Estados, conclui-se que esta atividade é muito mais complexa do que se presumia inicialmente. Embora apresentem muitíssimas semelhanças, mostram-se nos pequenos detalhes o quão divergentes podem ser. A abordagem será feita através do exame das linhas gerais de cada regime de contratação pública, não se adentrando ao prisma operacional, posto que os aspectos tangíveis já não serão tão frequentes, razão pela qual inviável será proceder a qualquer comparação. Num primeiro momento, o estudo detalhará temas principais e comuns aos dois países relacionados à contratação pública, dando enfoque a 06 aspectos: disciplina normativa; inaplicabilidade do regime de formação dos contratos públicos; âmbito subjetivo; âmbito objetivo; princípios; procedimentos de adjudicação. Ao final, proceder-se-á a uma análise segmentada de cada tópico trabalhado, confrontando-os e extraindo-se as respectivas conclusões no que dizem respeito às convergências e divergências dos sistemas examinados. Certamente serão encontradas valorosas conciliações nos ordenamentos jurídicos. Entretanto, são nos aspectos inconciliáveis que repousarão as preciosas e futuras reflexões, a estimular, sobremaneira, o aprofundamento das investigações e, sobretudo, desenvolver leis mais aptas a satisfazer as necessidades dos entes adjudicantes. Por fim, a presente dissertação também se faz útil aos operadores econômicos que pretendam celebrar contratos em Portugal ou no Brasil, pois poderão utilizar-se desta para compreenderem a estrutura e a lógica de contratação pública de um país em relação ao outro.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Direito Administrativo; Contratação Pública; Regime de Formação dos Contratos Públicos; Brasil e Portugal / Portugal e Brasil.

ABSTRACT

This study will analyze the main dimensions of the regimes for the formation of public contracts in Portugal and Brazil, which - because they are republicans and democratic states of law - exhibit reconcilable and irreconcilable aspects when they are compared, excluded the examination of the substantive public procurement. When the perspective is broadened and examined the public contracting legislation of other states, it is concluded that this activity is much more complex than was presumed initially. Although they present many similarities, it is in small details how divergent they may be. The approach will be done by examining the general lines of each public procurement regime, not going into the operational prism, that the tangible aspects will no longer be so frequent, so no comparison will be feasible. Firstly, the study will detail main common themes to the two States about public procurement, focusing on 06 aspects: normative discipline; inapplicability of the regimes for the formation of public contracts; subjective scope; objective scope; principles; award procedures. At the end, a segmented analysis of each topic will be carried out, comparing them and extracting the respective conclusions regarding the convergences and divergences of the systems examined. Valuable conciliations will certainly be found in legal systems. However, it is in the irreconcilable aspects that the future precious reflections will rest, stimulating the investigations and, above all, to develop laws better suited to satisfy the needs of the public entities. Finally, this dissertation is also useful for economic operators wishing to conclude contracts in Portugal or Brazil, that may use it to understand the structure and logic of public contracting of one country in relation to the other.

KEY WORDS: Public Administration; Administrative Law; Public Procurement; Regime for the Formation of Public Contracts; Brazil and Portugal / Portugal and Brazil.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART	–	Artigo
BCE	–	Banco Central Europeu
CE	–	Comunidade Europeia
CPA	–	Código Português de Procedimento Administrativo
CPCP	–	Código Português dos Contratos Públicos
CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
DC	–	Diretiva Comunitária
EP	–	Empresa Pública
EPP	–	Empresa de Pequeno Porte
FMI	–	Fundo Monetário Internacional
INC	–	Inciso
ME	–	Microempresas
N.º	–	Número
OS	–	Organização Social
OSCIP	–	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PIB	–	Produto Interno Bruto
RFB	–	República Federativa do Brasil
RJEOP	–	Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas
RP	–	República Portuguesa
SEM	–	Sociedade de Economia Mista
SSA	–	Serviços Sociais Autônomos
STF	–	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TC	–	Tribunal de Contas
TCU	–	Tribunal de Contas da União
TFUE	–	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	–	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	–	Tratado da União Europeia
UE	–	União Europeia

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	08
2. DISCIPLINA NORMATIVA	09
2.1. União Europeia	09
2.2. Portugal.....	11
2.3. Brasil.....	16
3. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	20
3.1. Portugal.....	20
3.1.1. Contratação excluída.....	20
3.1.1.1. Geral	20
3.1.1.2. Setor especial	23
3.1.2. Contratos excluídos.....	24
3.2. Brasil.....	25
3.2.1. Lei n.º 8.666/1993.....	26
3.2.2. Lei n.º 11.107/2005.....	28
3.2.3. Lei n.º 13.303/2016.....	28
4. ÂMBITO SUBJETIVO.....	29
4.1. Portugal.....	29
4.1.1. Entidades adjudicantes.....	33
4.1.1.1. Pessoas Coletivas de Direito Público	34
4.1.1.2. Organismos de Direito Público.....	35
4.1.1.3. Setores especiais	36
4.1.1.4. Extensão do âmbito subjetivo.....	38
4.2. Brasil.....	39
4.2.1. Entidades adjudicantes.....	43
4.2.1.1. Setor público clássico	44
4.2.1.2. Entidades de direito privado	45
4.2.1.3. Extensão do âmbito subjetivo.....	47
5. ÂMBITO OBJETIVO	48
5.1. Portugal.....	48
5.1.1. Pessoas Coletivas de Direito Público.....	48

5.1.2.	Organismos de Direito Público e Banco de Portugal	50
5.1.3.	Setor especial	50
5.1.4.	Atos administrativos substitutivos de contratos públicos	52
5.2.	Brasil.....	52
6.	PRINCÍPIOS	53
6.1.	Portugal.....	54
6.2.	Brasil.....	57
7.	PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO	61
7.1.	Portugal.....	61
7.1.1.	Concurso Público.....	63
7.1.1.1.	Concurso Público urgente.....	63
7.1.2.	Concurso Limitado por Prévia Qualificação	64
7.1.3.	Procedimento de Negociação.....	64
7.1.4.	Diálogo Concorrencial	65
7.1.5.	Ajuste Direto.....	67
7.1.6.	Concurso de Concepção.....	67
7.2.	Brasil.....	68
7.2.1.	Concorrência.....	69
7.2.2.	Tomada de Preços	71
7.2.3.	Convite.....	71
7.2.4.	Pregão	72
7.2.5.	Leilão	73
7.2.6.	Concurso	74
7.2.7.	Dispensa de licitação	75
7.2.8.	Inexigibilidade de licitação	76
8.	CONCLUSÃO	77
8.1.	Disciplina Normativa.....	77
8.2.	Inaplicabilidade do Regime de Formação dos Contratos	80
8.2.1.	Portugal.....	81
8.2.1.1.	Contratação excluída	81
8.2.1.2.	Contratos excluídos	82
8.2.2.	Brasil.....	84

8.3. Âmbito Subjetivo.....	84
8.4. Âmbito Objetivo	88
8.5. Princípios	90
8.6. Procedimentos de Adjudicação	92
8.7. Conclusão Final	96
9. BIBLIOGRAFIA	98

1. INTRODUÇÃO

O Estado Autoritário simplesmente se apropriava dos bens privados ou constringia a população a prestar-lhe serviços. Contudo, nem sempre esse comportamento imperioso resultava na satisfação de suas necessidades.

A impossibilidade do Estado Autoritário, por si só, de prover certos bens, serviços ou obras, ou de obtê-los mediante requisição compulsória aos governados, foi o principal ponto de partida da contratação de particulares. Quando presente tal possibilidade, buscavam-se preços mais vantajosos junto aos empreiteiros e fornecedores.

Com o passar do tempo, o Estado cada vez mais se mostrou inapto a atender as demandas impostas, e, em razão disso, associou-se aos particulares para em colaboração assegurarem o atendimento de várias tarefas, como construção de pontes e de aquedutos ou serviços de cobrança e recolha de impostos.

O incremento da contratação estatal deu-se substancialmente a partir do século XIX, numa época de grandes progressos científicos e tecnológicos – embora as raízes dessa cooperação com os particulares sejam mais antigas.

Deu-se especialmente nas outorgas de privilégios e direitos especiais das mais diversas ordens, como exemplo, na distribuição de água e energia e nos sistemas de iluminação pública a gás e – posteriormente – elétrica, nos transportes públicos urbanos e nas comunicações.

Da transição do Estado Liberal para o Estado Social, a gama de ação pública cresceu e os serviços públicos tornaram-se mais numerosos, variados, complexos e dispendiosos, resultando inevitavelmente na evolução dos contratos, os quais gradualmente transmudaram seu objeto e conteúdo para o atendimento dos fins institucionais ou sociais.

Atualmente, não somente na passiva perspectiva da procura da Administração, da privatização dos serviços públicos e da salvaguarda do orçamento público que as contratações públicas tornam-se importantes e encorpam-se, mas também sob a visão ativa de que o Estado engendra um poderoso mercado concorrencial e é encarado como um robusto operador econômico.

Nos tempos modernos, inconcebível imaginar a concretização de muitas políticas, missões e tarefas públicas sem a colaboração privada, mormente pelo fato das pretensões da Administração Pública e/ou dos cidadãos/utentes/clientes alterarem-se com tamanha rapidez

para as quais aquela diretamente não tem capacidade de fornecer respostas com prontidão, adequadas e consentâneas com a nova realidade.

Anualmente cerca de 20% do PIB da RFB e da UE são gastos em contratações públicas, os quais representam um grande e estratégico mercado de aquisição de serviços, produtos e obras, com a participação de milhares de entidades públicas e privadas, assumindo o Estado o papel de principal agente econômico e maior comprador, e, sobretudo, pivô essencial para um crescimento sustentável e integrado.

Segundo art. 1.º, n.º 2, da DC n.º 2014/24/UE, entende-se por contratação pública “a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores econômicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público”.

Portanto, considerando a importância do tema, o presente estudo analisará as principais dimensões dos regimes de formação dos contratos públicos em Portugal e no Brasil, que, por serem *res publica* e Estados democráticos de direito, exibem, quando comparados, aspectos conciliáveis e inconciliáveis, excluindo-se do exame o regime substantivo dos contratos públicos.

2. DISCIPLINA NORMATIVA

2.1. União Europeia

Não obstante o presente estudo concentrar-se na comparação entre os Estados Brasileiro e Português, imprescindível a análise da disciplina normativa na esfera da UE, porquanto Portugal – desta integrante desde 1º de janeiro de 1986 – encontra-se sob o abrigo do seu Tratado e legislação comunitária.

O embrião da disciplina de contratação pública a nível comunitário surgiu com fulcro, sobretudo, no art. 3.º do Tratado, o qual versa sobre o dever de facilitar a realização do mercado interior, mediante a supressão dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.

Com a instituição de um mercado único – inicialmente através do Tratado de Roma em 1957, a emergência de um “constitucionalismo” europeu e com o essencial e progressivo apoio da jurisprudência comunitária e dos Estados membros, houve uma paulatina

europização dos contratos públicos e aproximação (face ao pluralismo político existente) dos diversos regimes jurídicos através de uma tendência regulatória.

Para garantir os princípios entalhados no TUE, são criadas normas com o intuito de assegurar a harmonização do sistema de contratação pública na UE. Desde os anos 60 até o advento em 2004 das DC¹⁻²⁻³ dos setores clássicos e setores especiais, podem-se reconhecer fases deste processo de indução da normatização de contratação pública, apontando-se para uma progressiva consolidação de um genuíno Direito Europeu dos Contratos Públicos e rendição dos modelos nacionais às sucessivas gerações de DC nesta matéria.

Não se pretendia, inicialmente, substituir as normas nacionais, mas salvaguardar as liberdades e princípios constantes do Tratado com a edição de regras mínimas a serem respeitadas pelos Estados Membros.

As diferenças entre as legislações nacionais de contratação pública não permitiram de plano abraçar um modelo único e comunitário de contrato público, preferindo-se, a nível europeu, oportunizar normas de cunho procedimental em detrimento a um regime jurídico substantivo dos contratos que ficou, à época, sob alçada dos Estados Membros⁴.

É verdade que os primeiros tempos, correspondentes às décadas de 50 e 60 do Séc. XX, foram de regulação algo tímida, mas cedo se percebeu que só uma intervenção mais intensa e extensa da regulamentação comunitária do sector de contratação pública, sobretudo com o alargamento das Comunidades a novos países, permitiria consolidar as liberdades comunitárias e alcançar o objetivo da existência e regular funcionamento de um mercado comum. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 50)

¹ CRP:
Art. 8.º [...] 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

² TUE:
Art. 288.º Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres. [...] A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

³ CRP:
Art. 112.º [...] 8. A transposição de atos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional.

⁴ A DC n.º 2014/24/UE inaugurou, a nível comunitário, a regulamentação dos aspectos substantivos dos contratos públicos, cuja aplicação deverá ser observada pelos Estados Membros.

Até a aprovação das DC n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31/03/2004, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, o processo de revisão da legislação comunitária passou pelo crivo de vários debates, DC, regulamentações e comunicações interpretativas.

Em 11 de dezembro de 2007, o Parlamento Europeu e o Conselho editaram a DC n.º 2007/66/CE⁵, alterando a chamada *Diretiva Recursos*, que busca, entre outros, assegurar a aplicação das DC de 2004, com duas medidas para resolver os seguintes problemas existentes: os casos de adjudicação ilegal de contratos por Ajuste Direto e o fenômeno da corrida à assinatura dos contratos.

Com a DC n.º 2009/81/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, regulou-se a contratação pública no domínio da segurança e defesa, não acolhidas no âmbito das anteriores diretivas.

Em fevereiro de 2014 foram adotadas mais 03 novas diretivas⁶ do Parlamento Europeu e do Conselho, relativas: à adjudicação de contratos de concessão – 2014/23/UE; ao regime de formação dos contratos públicos – 2014/24/UE; aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais – 2014/25/UE.

Tanto as DC de 2004 como as de 2014 só tem aplicação quando superados os limiares nelas fixados, pressupondo-se interesse concorrencial de dimensão transfronteiriça aos Estados membros. Abaixo dos limiares, cabem aos Estados normatizar, respeitados os princípios do TUE e a jurisprudência do TJUE.

2.2. Portugal

Com advento em Portugal do Decreto-Lei n.º 18/2008, em 18 de janeiro, alterou-se profundamente os regimes de contratações públicas até então vigentes, os quais eram regidos por diversos regulamentos e pelo CPA, cuja articulação mostrava-se fatigante e defasada com a realidade.

A situação existente era insustentável, encontrando-se o sistema tradicional do contencioso da contratação pública profundamente desajustado em relação à realidade e recheado de paradoxos e dificuldades, estando o seu regime jurídico transformado num

⁵ Transposta no ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

⁶ Ainda não transpostas para o ordenamento jurídico português.

verdadeiro labirinto, onde não era fácil encontrar o caminho.

(ESTORNINHO, 2012, p. 281)

Foram revogados com a respectiva codificação:

- a) Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de março (empreitadas de obras públicas);
- b) Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de junho (aquisições de bens e serviços);
- c) Decreto-Lei n.º 223/2001, de 09 de agosto (empreitadas e aquisições no âmbito dos sectores especiais);
- d) Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de abril (regime de aquisição de bens por via eletrônica por parte dos organismos públicos);
- e) Regime de parceria público-privada⁷.

Entretanto, a tarefa outrora extenuante permaneceu, vez que, segundo Oliveira, M. e R. (2016, p. 18 a 20), o CPCP em diversos aspectos vitais, revela-se um diploma complicado, denso e impenetrável, num emaranhado labiríntico de remissões, a exigir do intérprete não apenas muita experiência e dedicação, mas também uma paciência sem fim, tornando a leitura agravada pelo fato da expressão legislativa muitas vezes pecar de clareza.

Com a edição de tal Decreto-Lei, compilaram-se normas dispersas num único diploma legal, denominado Código dos Contratos Públicos⁸, que entrou em vigor após 06 meses de *vacatio legis*, assim como revogou toda a legislação relativa às matérias nele consagradas, compatíveis ou não.

Pese embora a suposta revogação, e sendo o CPCP a principal fonte do direito da contratação pública, há contratos que a este não se subordinam, quer pela exclusão de algumas categorias (art. 4.º), quer pela inaplicabilidade do seu regime de formação (art. 5.º), sendo, desta forma, regidos por leis esparsas.

⁷ Contratos atualmente regulados pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

⁸ Alterações introduzidas:

- Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02 de outubro;
- Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, com início de vigência em 1º de setembro de 2010;
- Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, com entrada em vigor 30 dias após a sua publicação;
- Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, com início de vigência em 1º de janeiro de 2012;
- Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, com início de vigência em 11 de agosto de 2012;
- Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro de 2015.

Outras leis visam complementar as normas do CPCP, como acontece com as Centrais de Compras⁹ (art. 260.º, n.º 3), e com a apresentação e receção eletrónica¹⁰ das propostas (art. 62.º, n.º 4) e das candidaturas (art. 170.º, n.º 3).

O CPCP juntou a reconfiguração do sistema jurídico e operacional de contratação pública com as DC n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, que tratam, respectivamente, dos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento e de serviços, e dos contratos nos setores de água, energia, transportes e serviços postais.

Ao invés de unicamente transpor as Diretivas Comunitárias, optou o legislador por ir além, sistematizando também as normas de contratação pública num corpo homogêneo, integrando o nível substantivo/material com o adjetivo/procedimental.

Consubstancia-se o CPCP em 05 pilares:

- a) Parte I – âmbito de aplicação;
- b) Parte II – procedimentos pré-contratuais;
- c) Parte III – contratos administrativos;
- d) Parte IV – contra-ordenações;
- e) Disposições finais.

O CPCP aplica-se aos setores clássicos e aos setores especiais; aos contratos que as DC relacionam e a outros que as DC não abrangem; às entidades qualificadas ou não como adjudicantes (artigos 275.º a 277.º).

Por força do *Memorando de Entendimento com a Troika*, em 2012 diversas alterações foram promovidas no CPCP, mediante o acordo firmado entre a UE, o FMI e o BCE, levadas a cabo através do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho. Igualmente, concretizando compromissos assumidos com a Troika, o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, introduziu modificações no regime jurídico das parcerias público-privadas.

Ancorado no *princípio de regulamentações separadas*, o CPCP arquiteta dois regimes jurídicos que não se confundem:

- a) De *formação* dos contratos (Parte II);
- b) *Substantivo*¹¹ dos contratos (Parte III).

⁹ Decreto-Lei n.º 200/2008, de 09 de outubro.

¹⁰ Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho.

¹¹ *A aplicação do regime substantivo dos contratos públicos estabelecido no CCP tem por objeto necessário apenas os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes no desenvolvimento da respetiva gestão pública e não os que essas entidades celebrem no âmbito de sua gestão privada. [...] considera contraentes públicos quaisquer entidades, públicas ou privadas, que celebrem*

Em volta do contrato ou, em rigor, antes (como um prius) e depois da sua celebração (como um posterius) agregam-se e sucedem-se, respectivamente, atos preparatórios e atos complementares, marcados pelo seu carácter acessório, posto que todos contribuem para que o contrato se firme e, além disso, produza os efeitos jurídicos programados pelas partes. (GONÇALVES, 2015, p. 77)

A Parte II é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes definidas como Pessoas Coletivas de Direito Público, de quaisquer vantagens ou benefícios através de ato administrativo ou equiparado em substituição da celebração de um contrato público.

O regime jurídico de *formação* dos contratos públicos deve ser entendido como o regime da contratação pública, o qual reconduz aos contratos com interesse concorrencial, celebrados pelas entidades adjudicantes frente a uma necessidade específica, independentemente de se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público, enquanto o regime *substantivo* impõe-se aos contratos de natureza administrativa.

Consoante n.º 2 do art. 1.º do CPCP, entende-se como *contratos públicos todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.*

Com efeito, todos os contratos firmados pelas *entidades adjudicantes* são *públicos*, quer sejam administrativos, quer estejam sob a égide do direito privado, extraíndo-se deste adjetivo a ideia de entidade orgânica ou funcionalmente associada à Administração Pública, e não propriamente “da” Administração Pública, podendo tais entes possuir natureza de direito público ou de direito privado.

Do ponto de vista dos meios, os contratos públicos implicam, em regra, a utilização de dinheiros públicos ou de outros meios públicos. [...]
Em termos do regime jurídico aplicável, serão contratos públicos aqueles que se submetem a uma disciplina de direito público; melhor, porque são públicos, tais contratos ficam sujeitos, em maior ou menor medida, mas sempre em alguma medida, a um regime jurídico-público,

contratos no exercício de funções materialmente administrativas, isto é, no exercício de atividade própria de funções públicas, com os respetivos poderes de autoridade; daí decorrendo, também, que assim é, quer essas funções sejam exercidas por pessoas coletivas de direito público, quer o sejam por pessoas de direito privado. (SILVA, 2013, p. 37 e 38)

especialmente relevante no que diz respeito ao procedimento pré-contratual e à sujeição ao contencioso administrativo. [...]

Do ponto de vista do controlo, os contratos públicos encontram-se submetidos a controlos públicos especiais e o respectivo contencioso é atribuído à jurisdição dos tribunais administrativos. [...]
(ESTORNINHO, 2012, p. 328 a 331)

Ao revés, nem todos os contratos *administrativos* pactuados caracterizam-se como “públicos”, porquanto alguns são celebrados por entidades não qualificadas como adjudicantes, embora toquem, de alguma forma, à Administração Pública¹² (art. 3.º, n.º 2, do CPCP).

Poderá existir um contrato orientado pelo primeiro regime (*formação*) sem a presença do segundo (*substantivo*), e vice-versa. Em outros termos, contrato público sem que o seja administrativo¹³; administrativo sem que tenha observado um procedimento público de formação.

O conceito de contrato público apresenta-se delimitado em função de uma nota orgânica ou subjetiva: contrato de uma entidade adjudicante; diferentemente, o contrato administrativo delimita-se a partir da verificação de determinados fatores de administratividade.
(GONÇALVES, 2015, p. 18)

Já a noção de *contrato administrativo*¹⁴ está gizada no n.º 6 de art. 1.º, pautada nos seguintes critérios: subjetivo (*caput*), da qualificação legal (alínea ‘a’), da vontade das partes (alínea ‘a’), materiais (alínea ‘b’ e ‘c’) e do regime jurídico (alínea ‘d’).

Os *contratos administrativos* serão informados pelo princípio do interesse público e regidos, em algum ponto, pelo direito público, o qual disciplina, como exemplo, as imprescindíveis formalidades intrínsecas e extrínsecas, meios e formas de publicidade,

¹² [...] por isso que há sujeitos da Administração Pública (em sentido jurídico-administrativo) que não surgem no elenco de entidades adjudicantes: assim sucede, por exemplo, com as empresas concessionárias de obras públicas e de serviços públicos, que exercem funções administrativas, mas que não são entidades adjudicantes. (GONÇALVES, 2015, p. 21)

¹³ Importa recordar que os contratos da Administração Pública não são todos submetidos a um regime substantivo de direito público; com efeito, há contratos da Administração (contratos públicos) “submetidos a um regime de direito privado” – cf. artigos 200º, n.º 1, e 202º, n.º 2, do CPA. (GONÇALVES, 2015, p. 27 e 30)

¹⁴ O n.º 6, não dando uma definição de contrato administrativo, estabelece os fatores ou índices de administratividade dos contratos da Administração, isto é, abandonando a noção do CPA que assentava no conceito de relação jurídica administrativa, enuncia e descreve os critérios que conferem natureza administrativa aos contratos celebrados por entidades públicas [...]. (SILVA, 2013, p. 46)

prerrogativas exorbitantes da Administração (e.g. fiscalização, aplicação de sanções administrativas, alteração e resolução unilateral dos ajustes, ocupação do bem, inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido), enfim, um vasto regramento de formação, execução e extinção do instrumento contratual.

Numa palavra, podemos falar de contrato de Direito Administrativo, desde que a lei se ocupe da regulamentação de um certo contrato pelo facto de ser subscrito ou celebrado por um sujeito da Administração Pública. [...] Em síntese, a regulação jurídico-administrativa de contratos da Administração Pública pode atingir a formação, execução e o contencioso; pode atingir, mas essa regulação não atinge sempre, nas suas três dimensões, todos e cada um dos contratos da Administração Pública. (GONÇALVES, 2015, p. 19 e 20)

2.3. Brasil

A RFB não possui um Código de Contratos Públicos, nomeadamente um corpo normativo homogêneo afeto aos procedimentos anteriores e posteriores à formação dos contratos.

A disciplina normativa provém inicialmente da CRFB e do conjugado de leis nacionais esparsas. O constituinte originário julgou pertinente alçar a contratação pública à Carta Maior, dando relevo constitucional a tal assunto. Na sequência, trabalhou tal matéria na legislação infraconstitucional.

Nos termos do inc. XXVII do art. 22 da CRFB, compete privativamente à União:

Legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O inc. XXI do art. 37 da Carta Maior prescreve:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Logo, salvo as exceções legalmente confessadas, a contratação para satisfação das pretensões públicas somente se dará por meio de processo licitatório, sob pena de nulidade.

Já o inc. III do § 1º do art. 173 da Constituição preconiza que a lei disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações de EP, SEM, e respectivas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Passados quase 28 anos da promulgação da Carta Magna, referida lei foi publicada em 30 de junho de 2016, sob o n.º 13.303.

Por conseguinte, existem dois diplomas:

- a) Um aplicável aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- b) Um incidente às EP, SEM, respectivas subsidiárias e controladas.

O art. 175 da Carta Republicana reforça a necessidade de licitação para as concessões e permissões de serviços públicos:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em síntese, a nível constitucional há quatro dispositivos que fazem alusão à contratação pública:

- a) Art. 22: competência da União para legislar sobre tal matéria;
- b) Art. 37, inc. XXI: obrigatoriedade da licitação;
- c) Art. 173, § 1º, inc. III: contratação por EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas;
- d) Art. 175: licitação para concessão e permissão de serviços públicos.

Meirelles (1995, p. 246) leciona que “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação”.

A nível infraconstitucional, todas as leis que serão mencionadas a seguir cuidam de normas que são aplicáveis nacionalmente, isto é, às esferas Federal, Estadual e Municipal. Têm aplicação uniforme a todos os entes da Federação e a todos os Poderes.

A Lei Nacional n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição, e institui normas gerais para licitações e contratos do Poder Público, conhecida como Lei Geral de Licitações, doravante assim denominada.

A Lei Nacional n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e, em seu Capítulo V, prescreve alguns aspectos específicos às licitações, restando os demais sob a Lei Geral de Licitações.

A Lei Nacional n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações. Em seu art. 54, reza que salvo as contratações de obras e serviços de engenharia civil, para os demais casos a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão. Por seu lado, os arts. 88 e 89 reportam que as concessões serão outorgadas mediante licitação disciplinada¹⁵ pela Agência.

A Lei Nacional n.º 9.478, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e dá outras providências. Em seu art. 36¹⁶ assenta que a licitação para outorga dos contratos de concessão obedecerá ao disposto nesta Lei, na regulamentação a ser expedida pela Agência Nacional do Petróleo e no respectivo edital.

A Lei Nacional n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, classificada como *concessão especial*.

A Lei Nacional n.º 11.107, de 06 de abril de 2005, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, e traça alguns aspectos de contratação pública.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da ME e da EPP, versa sobre algumas regras à participação destas em procedimentos licitatórios.

A Lei Nacional n.º 12.232, de 29 de abril de 2010, dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

A Lei Nacional n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

¹⁵ *As licitações relativas a telecomunicações foram inconstitucionalmente [...] colocadas sob um regime próprio pela lei que criou a Agência [...].* (MELLO, 2014, p. 539)

¹⁶ *[...] faz praça desta volúpia de subtrair-se aos cuidados moralizadores próprios da Lei de Licitação e incorre nas mesmas inconstitucionalidades acima apontadas.* (MELLO, 2014, p. 541)

A Lei Nacional n.º 12.598, de 21 de março de 2012, estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa.

A Lei Nacional n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da EP, da SEM, e respectivas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e em seu Título II cuida das Licitações e Contratos.

Afora isso, os demais entes da Federação poderão criar normas específicas sobre licitações, desde que não colidam com as normas gerais, visto que compete privativamente – e não exclusivamente – à União regulamentar as contratações públicas. “Em outros termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 14).

Por sua vez, os órgãos da Administração de todos os entes federativos poderão, embasados no art. 115 da Lei n. 8.666/1993, expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições contidas nas normas gerais.

Assim, às leis suso mencionadas somam-se as oriundas dos 26 Estados da Federação, do Distrito Federal, e dos 5.570 municípios, as quais contribuem para ampliar o universo normativo.

Nem todas as avenças precedidas de licitação – e mesmo aquelas que desta prescindam – serão contratos administrativos, ou seja, regidas por normas de direito público sob a tutela do direito administrativo, admitindo-se a celebração de um contrato exclusivamente sob o direito privado, *e.g.* alienações de imóveis.

Por outro lado, há contratos administrativos típicos, totalmente pactuados sob a batuta do direito administrativo, e contratos administrativos atípicos, a cujo conteúdo serão impostas normas predominantemente de direito privado.

Nos atípicos, segundo Meirelles (1995, p. 196), o ajuste será de natureza semipública: o conteúdo acomoda-se no direito privado, mas a feição administrativa, ainda conservada, versará acerca dos demais aspectos, *e.g.* seguro, financiamento e locação de imóveis¹⁷.

Na verdade, tais ajustes semipúblicos não serão na integralidade regidos pelo direito privado, porquanto normas de direito público incidirão, antes, durante e após sua celebração;

¹⁷ V. art. 62, § 3.º, da Lei n. 8.666/1993.

ao mesmo passo, não haverá total subsunção ao direito público, vez que impostas normas predominantemente de direito privado ao conteúdo pactuado.

Por fim, a parte substantiva dos contratos encontra-se primacialmente regulamentada pela Lei Geral de Licitações, e, para as EP, SEM, respectivas subsidiárias e controladas, pela Lei n.º 13.303/2016.

3. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1. Portugal

Segundo o art. 1.º do CPCP, o regime da contratação pública é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se como tais todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes.

Com efeito, tendo o conceito de ‘contrato público’ uma grande extensão, o CPCP limita-o na sequência, retirando do seu âmbito de incidência situações que o legislador sopesou inadequadas abrigar sob um regime pré-contratual, seja por motivos subjetivos ou objetivos, seja pela conjugação dos dois.

Esta subtração ao regime de formação concretiza-se em duas vertentes: “Contratação Excluída” e “Contratos Excluídos”. Os contratos relacionados aos primeiros, não obstante desligados do regime de formação, encontram-se sob o jugo do regime substantivo. Os acordos relacionados aos segundos, por sua vez, são totalmente extirpados da aplicabilidade do CPCP, isto é, não incidem a Parte II nem a Parte III deste diploma.

3.1.1. Contratação excluída

3.1.1.1. Geral

A delimitação do âmbito de aplicação do CPCP deve observar a regra básica de que o objeto do contrato submete-se a efetiva ou é suscetível de se submeter à concorrência de mercado.

Nessa direção, o n.º 1 do art. 5.º, exclui do regime de contratação pública (Parte II), objetos cujas prestações – em razão da sua natureza ou das suas características, ou da qualidade das partes ou do contexto da sua própria formação – não estão ou nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

Entretanto, apesar de removidos da incidência do regime de formação, alguns contratos podem subordinar-se ao regime substantivo (Parte III) do CPCP.

O n.º 2 do art. 5.º afasta do regime de formação dos contratos públicos os denominados contratos *in house*, que, independentemente do seu objeto, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes com outra entidade.

[...] contratos in house, meramente internos ou quase-internos, por serem celebrados entre uma entidade pública e outra que é seu prolongamento, seu instrumento, e cuja atividade, por isso mesmo, a primeira controla, existindo entre aquela e esta uma relação de dependência jurídica, por tal forma que se não possa falar, relativamente à entidade dependente, da existência de uma vontade própria; ocorre uma espécie de “contrato consigo mesmo”, envolvendo uma “auto-prestação”, porquanto é celebrado com uma entidade que constitui uma extensão da entidade adjudicante. [...] Neste gênero de contratos se devem incluir, entre outros, os celebrados entre o Estado e as entidades que se integrem na chamada administração indireta ou mediata. (SILVA, 2013, p. 65)

Para tanto, há necessidade de preenchimento¹⁸ cumulativo das duas alíneas do n.º 2 (requisitos revelados pela jurisprudência do TJUE):

- a) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e
- b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade¹⁹ em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

A alínea ‘a’ do n.º 2 retrata uma influência determinante da primeira sobre os objetivos estratégicos ou decisões relevantes de organização da adjudicatária, não sendo suficiente, para carimbá-la como tal, um mero poder de tutela. A alínea ‘b’, segundo Silva (2013, p. 66), traduz-se na percepção de que a entidade adjudicante age como se fosse mandatária da entidade adjudicatária ou exerce uma atividade por aquela delegada, sendo esta a sua principal ou quase exclusiva finalidade.

¹⁸ V. art. 12.º, n.º 1, alínea ‘c’, da DC n.º 2014/24/UE.

¹⁹ Segundo entendimento consolidado pelo TJUE e na alínea ‘b’ do n.º 1 do art. 12.º da DC n.º 2014/24/UE, deve corresponder a mais de 80% das atividades da pessoa coletiva controlada.

Também se subtraem à Parte II do CPCP os seguintes contratos, nos termos do n.º 4 do art. 5.º:

- a) Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude desta se beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis;²⁰⁻²¹
- b) Contratos mediante os quais qualquer pessoa coletiva de direito público adjudicante se obrigue a alienar ou a locar bens móveis ou a prestar serviços, exceto quando o adquirente ou o locatário também seja uma entidade adjudicante;
- c) Contratos cujo objeto principal consista na atribuição, por qualquer pessoa coletiva de direito público adjudicante, de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza;
- d) Contratos de sociedade cujo capital social se destine a ser exclusivamente detido pelas pessoas coletivas de direito público adjudicantes;²²
- e) Contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, nomeadamente os contratos relativos a operações de obtenção de fundos ou de capital pela entidade adjudicante, bem como os contratos a celebrar em execução das políticas monetária, cambial ou de gestão de reservas e os de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;²³
- f) Contratos de aquisição de serviços que tenham por objeto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no anexo II-B da Diretiva n.º 2004/18/CE²⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como os contratos

²⁰ Por exemplo, contratação por uma entidade adjudicante de serviços postais junto a “Correios de Portugal S.A.” (CTT).

²¹ Segundo Oliveira, M. e R. (2016, p. 154) o conceito de serviços não foi utilizado no seu sentido rigoroso, mas compreende também contratos de locação e aquisição de bens.

²² Salienta-se que não se aplicam as regras do CPCP para os contratos de sociedade celebrados pelos organismos de direito público e as entidades adjudicantes dos setores especiais, por força, respectivamente, dos artigos 6.º, n.º 2, e art. 11.º, n.º 1, do CPCP.

²³ Exceções (setor especial): alínea ‘g’ do n.º 1 do art. 9.º, nas condições do item ‘v’ da alínea ‘b’ do n.º 1 do art. 11.º do CPCP; alínea ‘a’ do n.º 2 do art. 11.º do CPCP.

²⁴ V. art. 74.º a 76.º da DC n.º 2014/24/UE.

de aquisição de serviços que tenham por objeto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confirmem certificação escolar ou certificação profissional;²⁵

- g) Contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante cujos serviços se encontrem instalados em território de Estado não signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que celebrados com uma entidade também nele sediada;
- h) Contratos a celebrar, ao abrigo de um acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num dos Estados dele signatários e em benefício desse mesmo Estado, desde que este não seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;
- i) Os contratos que envolvam fornecer informações cuja divulgação considere contrária aos interesses essenciais a sua própria segurança – art. 346.º do TFUE.

Entretanto, tais contratos, conquanto não se sujeitem ao regime de pré-contratual do CPCP, devem honrar os princípios gerais da Administração Pública e do CPA, e quando em causa contratos com objeto passível de ato administrativo ou sobre o exercício de poderes públicos, as normas deste diploma com as necessárias adaptações.

Por derradeiro, caso a entidade adjudicante seja pessoa coletiva de direito público, com as devidas adaptações, aplicam-se as disposições de habilitação previstas nos art. 81.º a 87.º do CPCP.

3.1.1.2. Setor especial

A Parte II do CPCP não é aplicável à formação dos seguintes contratos referidos nos artigos 11.º e 12.º:

- a) A executar num país terceiro, desde que tal execução não implique a exploração física de uma rede pública ou de uma área geográfica no interior do território da União Europeia;

²⁵ Entretanto, a DC n.º 2014/24/UE – ainda não transposta para o ordenamento jurídico português – adotou outro panorama. Para maiores esclarecimentos, consultar Licínio Lopes Martins, artigo “Regimes Especiais de Contratação Pública”, Revista de Contratos Públicos, n.º 13, p. 211-246, 2016.

- b) A celebrar por uma entidade adjudicante cuja atividade esteja diretamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no art. 30.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março;²⁶
- c) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas ‘a’ ou ‘b’ do n.º 2 do art. 2.º e uma empresa sua associada ou uma entidade, abrangida pela alínea ‘d’ do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte;
- d) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea ‘d’ do n.º 2 do art. 2.º e uma entidade abrangida pelas alíneas ‘a’ ou ‘b’ do mesmo número ou uma empresa associada a esta última;
- e) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas ‘a’ ou ‘b’ do n.º 1 do art. 7.º e uma empresa sua associada ou uma entidade, abrangida pela alínea ‘c’ do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte;
- f) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea ‘c’ do n.º 1 do art. 7.º e uma entidade abrangida pelas alíneas ‘a’ ou ‘b’ do mesmo número ou uma empresa associada a esta última.

3.1.2. Contratos excluídos

O CPCP afasta de sua sujeição, tanto do regime de formação, quanto do substantivo, todos os contratos relacionados em seu art. 4.º. Em síntese:

- a) Contratos internacionais²⁷ adjudicados sob regras internacionais:
 - Que tenham como objeto comum entre os signatários:
 - ✓ Execução ou a exploração de uma obra pública;
 - ✓ Aquisição de bens móveis ou de serviços;
 - Ao estacionamento de tropas;

²⁶ [...] isto é, contratos ligados a qualquer actividade (ainda que não seja a sua actividade única) que uma entidade adjudicante leva a cabo em posição igual à de entes privados que a ela (actividade) podem aceder livremente e que a exercitem concorrencialmente. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 142 e 143)

²⁷ [...] são os contratos internacionais da Administração Pública: trata-se, agora, de contratos celebrados pelo Estado-Administração (não pelo Estado na sua qualidade de sujeito de direito internacional) ou por outras entidades da Administração (v.g. autarquias locais) [...]. (GONÇALVES, 2016, p. 115)

- Procedimento específico de uma organização internacional, destinados à realização ou à exploração em comum de um projeto.
- b) Contratos de trabalho em funções públicas²⁸ e contratos individuais de trabalho²⁹;
- c) Contratos de doação³⁰ de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante³¹;
- d) Contratos de compra e venda, de doação³², de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares³³;
- e) Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 11.º.

3.2. Brasil

O art. 2.º da Lei Geral de Licitações dispõe que as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas.

No parágrafo único deste artigo, considera ‘contrato’ como todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

²⁸ Lei n.º 35/2014.

²⁹ Código Português do Trabalho.

³⁰ *A distinção fundamental a fazer processa-se entre contratos cuja celebração produz [...] e [...] não produz qualquer benefício económico para o contraente.* (GONÇALVES, 2016, p. 116)

³¹ V. art. 113º, n.º 5, do CPCP.

³² V. nota 30.

³³ *[...] contratos de concessão de uso privativo de domínio público, contrato de cedência de utilização de bens imóveis do domínio privado, constituição do direito de superfície sobre bens imóveis de domínio privado, contrato de venda de bens imóveis do domínio privado, contrato de permuta de bens imóveis do domínio privado, contrato de aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, contrato de locação financeira de bens imóveis, contratos de transacção, contratos sob contratos.* (SILVA, 2013, p. 62)

Entretanto, a não aplicabilidade do regime de formação é pinçada da leitura dos dispositivos espalhados pelas diversas leis brasileiras, justamente pelo fato da RFB não contar com um Código afeto à contratação pública.

3.2.1. Lei n.º 8.666/1993

O art. 17 da Lei n.º 8.666/1993, nos casos de alienação, prevê excepcionalmente hipóteses de exclusão do regime de contratação pública, vejamos:

I. Quando imóveis:

- a) Doação em pagamento;
- b) Doação:
 - b.1) Permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas 'f', 'h' e 'i';
 - b.2) Com encargo, no caso de interesse público devidamente justificado;
- c) Permuta, por outro imóvel;
- d) Investidura³⁴;
- e) Venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) Alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) Procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n.º 6.383³⁵, de 7 de dezembro de 1976;
- h) Alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

³⁴ V. art. 17, § 3.º, da Lei n.º 8.666/1993.

³⁵ Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União.

- i) Alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 módulos fiscais ou 1.500 hectares, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;
- j) Alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de quinze módulos fiscais e não superiores a 1.500 hectares, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;
- k) Concessão de título de propriedade ou de direito real de uso, quando o uso destinar-se:
 - k.1) A outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;
 - k.2) A pessoa natural que, nos termos da lei, de regulamento ou de ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural limitada a quinze módulos fiscais, desde que não exceda a 1.500 hectares;

II. Quando móveis:

- a) Doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) Permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) Venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) Venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) Venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) Venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Em síntese:

- a) Dação em pagamento de bens imóveis (inc. I, alínea 'a');

- b) Doação de bens imóveis (inc. I, alíneas ‘b’ e ‘k’,) e móveis (inc. II, alínea ‘a’);
- c) Permuta de bens imóveis (inc. I, alínea ‘c’) e móveis (inc. II, alínea ‘b’);
- d) Investidura em bens imóveis (inc. I, alínea ‘d’);
- e) Venda:
 - e.1) Intra-estatal de bens imóveis (inc. I, alínea ‘e’) e móveis (inc. II, alínea ‘f’);
 - e.2) De ações em bolsas de valores (inc. II, alínea ‘c’);
 - e.3) De títulos públicos (inc. II, alínea ‘d’);
 - e.4) De mercadorias como atividade operacional (inc. II, alínea ‘e’);
- f) Concessão de direito real de uso de bens imóveis, permissões de uso e as locações de uso (inc. I, alínea ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘i’ e ‘j’);

3.2.2. Lei n.º 11.107/2005

A Lei n.º 11.107/2005, no inc. III do § 1.º do art. 2.º, averba que não aplicará o regime de contratação pública quando o Consórcio Público, para o cumprimento de seus objetivos, seja contratado pela administração, direta ou indireta, dos entes da Federação consorciados.

3.2.3. Lei n.º 13.303/2016

A Lei n.º 13.303/2016, no § 3.º do art. 28, afasta o regime de contratação pública quando as EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas, estiverem perante:

- a) Comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais (atividades-fim);
- b) Nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

No que tange a alínea ‘b’ acima, consideram-se oportunidades de negócio a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Se em causa atividades-meio, as EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas, deverão aplicar o regime de formação dos contratos públicos.

4. ÂMBITO SUBJETIVO

4.1. Portugal

Inicialmente, cabe indicar como se compõe politicamente o Estado Português, cujos órgãos de soberania, separados e interdependentes, nos termos do art. 110.º da CRP, são:

- a) Presidente da República;
- b) Assembleia da República;
- c) Tribunais;
- d) Governo.

Por seu lado, o Estado-Administração divide-se em:

- I. Administração Estadual:
 - a) Direta;
 - b) Indireta;
 - c) Autoridades Administrativas Independentes;
- II. Administração Autônoma:
 - a) Territorial;
 - b) Associativa.

O Governo, de feição política e administrativa, é o órgão superior da Administração Pública, o qual dirige os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintende na administração indireta e exerce a tutela sobre esta e sobre a Administração Autônoma.

Com personalidade una, a Administração Estadual não se confunde com a Administração Autônoma, e desdobra-se, para além da direta, em indireta, a qual compreende outras pessoas coletivas distintas mas sob direção do Estado.

A Administração Estadual indireta possui as seguintes espécies:

- a) Institutos Públicos:
 - a.1) Serviços Personalizados³⁶;

³⁶ V. art. 3.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro.

- a.1.1) Organismos de Coordenação Económica³⁷;
- a.2) Fundações Públicas³⁸;
- a.3) Estabelecimentos Públicos;
- b) Empresas Públicas:
 - b.1) Sob forma pública;
 - b.2) Sob forma privada.

O Instituto Público³⁹ “é uma pessoa colectiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública” (AMARAL, 2015, p. 311).

Segundo o n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 24/2012, de 09 de julho, Fundação é uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social.

Os Estabelecimentos Públicos⁴⁰ são Institutos Públicos “de carácter cultural ou social, organizados como serviços abertos ao público, e destinados a efectuar prestações individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam” (AMARAL, 2015, p. 318).

As EP sob formas pública e privada formam juntamente com as privadas participadas pelo Estado, o setor empresarial do Estado⁴¹. Mas somente as duas primeiras ajustam-se à Administração Pública indireta.

As EP sob forma pública, denominadas como “Entidades Públicas Empresariais”, são pessoas coletivas de direito público⁴², as quais têm direção e capitais exclusivamente públicos.

³⁷ *‘São serviços personalizados do Estado que se destinam a coordenar e regular o exercício de determinadas atividades económicas, que, pela sua importância merecem uma intervenção mais vigorosa do Estado’. É o caso do Instituto da Vinha e do Vinho, do Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto, etc. (AMARAL, 2015, p. 314 e 315).*

³⁸ V. nota 36.

³⁹ Regidos pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro.

⁴⁰ São exemplos as universidades públicas e os hospitais do Estado que não se converteram em entidades públicas empresariais.

⁴¹ Regido pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03 de outubro.

⁴² *[...] nem todas as empresas públicas são pessoas colectivas [...] porque não têm personalidade jurídica, nem autonomia administrativa e financeira: trata-se então de empresas públicas integradas na pessoa colectiva Estado, ou integradas em regiões autónomas ou em municípios. [...] ainda hoje sucede, no município, com os serviços municipalizados, que são empresas públicas municipais com autonomia administrativa e financeira, mas sem personalidade jurídica. Quer dizer: se a empresa pública está integrada numa pessoa colectiva mais vasta, não é, ela própria, uma pessoa colectiva. (AMARAL, 2015, p. 328 e 329).*

As EP sob forma privada – logo, pessoas coletivas privadas – constituídas como sociedades comerciais⁴³, caracterizam-se pelo fato do Estado ou outras entidades públicas exercerem isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto, influência dominante⁴⁴, e.g. maioria do capital, maioria dos direitos de voto, etc.

Por seu turno, as Autoridades Administrativas Independentes, previstas no n.º 3 do art. 267.º da CRP, são reguladas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras⁴⁵. São pessoas coletivas de direito público, não se subordinam à direção do Governo, e têm como atribuições a regulação da atividade econômica, a defesa dos serviços de interesse geral, a proteção dos direitos e interesses dos consumidores e a promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social.

Já no plano da Administração Autônoma, o Governo tem o poder de tutela administrativa sobre as Autarquias Locais – o qual não se impende sobre às Regiões Autônomas, que consiste na verificação do cumprimento da lei, mas nunca de direção ou de orientação.

Segundo Moreira⁴⁶ (1997, p. 78 e ss, citado por AMARAL, 2015, p. 360), Administração Autônoma é definida como “aquela que prossegue interesses públicos próprios das pessoas que a constituem e por isso se dirige a si mesma, definindo com independência a orientação as suas actividades, sem sujeição a hierarquia ou a superintendência do Governo”.

Apresenta a seguinte divisão:

I. Territorial:

a) Regiões Autônomas de Açores e Madeira;

b) Autarquias Locais:

b.1) Municípios;

b.2) Freguesias;

II. Associativa.

⁴³ *É o caso, por exemplo, das sociedades comerciais formadas com capitais exclusivamente públicos («sociedades de economia pública», ou «sociedades de capitais públicos»[...]), bem como das sociedade com maioria de capital público ou em que a Administração pública detém «direitos especiais de controlo».* (AMARAL, 2015, p. 342)

⁴⁴ V. art. 9.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03 de outubro.

⁴⁵ Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

⁴⁶ Moreira, Vital. Administração autónoma e associações públicas. Coimbra: 1997.

As Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira, pessoas coletivas públicas, acolhem funções administrativas, legislativas e políticas, têm um regime político-administrativo próprio que se fundamenta nas suas características geográficas, económicas, sociais e culturais e nas aspirações das suas populações. Com exceção da Política Externa, Defesa Nacional e Segurança Interna, que são definidas pela Assembleia ou pelo Governo da República, têm amplos poderes para determinar as demais.

As Autarquias Locais são distintas e autônomas do Estado, e, com base no art. 235.º da CRP, pessoas coletivas (públicas) territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas. Sem interferência do poder central, gerem os assuntos que são de sua competência, munidas de particulares direitos e deveres (nos limites constitucionais e legais), orientação e funções.

Amaral (2015, p. 431 e 450) ensina que os Municípios prosseguem os interesses da população da respectiva circunscrição concelhia, e as Freguesias, inframunicipais e antigas paróquias religiosas (depois civis), prosseguem os da respectiva circunscrição paroquial.

Insta enfatizar que, segundo Amaral (2015, p. 311 e 328), a Administração Autônoma indireta admite:

- a) Institutos públicos, embora escassos, de âmbito regional ou municipal;
- b) Empresas públicas regionais e locais (municipais, intermunicipais e metropolitanas)⁴⁷, desde que possuam personalidade jurídica de direito público, *v.g.*, SATA e Air Açores.

As Associações Públicas⁴⁸ são “pessoas colectivas públicas, de tipo associativo, destinadas a assegurar autonomamente a prossecução de determinados interesses públicos, pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam com esse fim” (AMARAL, 2015, p. 364), as quais não têm por fim o lucro económico dos associados.

Justamente por perseguirem interesses não ligados ao Estado, e sim próprios dos seus associados – ainda que coincidentes com o do Estado, não se adaptam à Administração indireta daquele, mas à Autônoma.

“Concretizando, existem associações públicas de entes públicos⁴⁹, de entes particulares e, simultaneamente, de entidades públicas e privadas. [...] As ‘ordens

⁴⁷ Regidas pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

⁴⁸ V. art. 267.º, n.º 4, da CRP.

⁴⁹ V. artigos 247.º e 253.º da CRP.

profissionais’ são por isso uma de entre várias categorias de associações públicas” (AMARAL, 2015, p. 365).

4.1.1. Entidades adjudicantes

O CPCP em seu 2.º art. elenca quais entidades são consideradas adjudicantes, entretanto, não as definindo, mesmo método adotado no art. 2.º da DC n.º 2014/24/UE. Tal noção liga-se a “poderes adjudicantes”, ou seja, no âmbito de um procedimento de adjudicação segundo as disposições relativas ao regime de formação dos contratos (Parte II do CPCP).

O art. 1.º da DC n.º 2014/24/UE define contratação pública como uma satisfação de uma necessidade, contudo, vinculada a um interesse próprio da entidade adjudicante, divorciando-se da obrigatória finalidade pública, atributo que, conforme o caso, poderá ou não estar presente, pois há entidades que não pertencem à Administração Pública.

Aspirou-se com a codificação atingir a máxima amplitude de entidades do setor público tradicional e do setor empresarial, nas esferas estadual, regional e local. O CPCP lista:

- a) Art. 2.º, n.º 1: *Pessoas Coletivas de Direito Público*;
- b) Art. 2.º, n.º 2, alínea ‘a’: *Organismos de Direito Público*;
- c) Art. 7.º: *Entidades dos Setores Especiais*;
- d) Art. 275.º: *Entidades com contratos subsidiados*;
- e) Art. 276.º: *Concessionárias de Obras Públicas que não sejam entidades adjudicantes*;
- f) Art. 277.º: *Entidades beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de atividades de serviço público*.

Outra autoridade adjudicante, apesar de não catalogada no art. 2.º do CPCP, mas composta pelas entidades nele referidas (Pessoas Coletivas de Direito Público e Organismos de Direito Público), reside na figura da *Central de Compras*, prevista no art. 260.º, cuja constituição, estrutura orgânica e funcionamento regem-se pelo Decreto-Lei n.º 200/2008.

Referida Central concentra a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, podendo ainda ser constituídas exclusivamente a um determinado setor de atividade. Seu principal objetivo é obter preços mais vantajosos por meio da contratação de maiores quantidades.

4.1.1.1. Pessoas Coletivas de Direito Público

Enquadram-se como *Pessoas Coletivas de Direito Público*, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CPCP:

- a) O Estado;
- b) As Regiões Autônomas;
- c) As Autarquias Locais;
- d) Os Institutos Públicos;
- e) As Fundações Públicas;
- f) As Associações Públicas;
- g) As Associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas.⁵⁰

Apesar de não listada, aplica-se o regime de contratação pública às Entidades Reguladoras, conforme assinala o n.º 3 do art. 5.º da Lei n.º 67/2013.

O Estado é entidade adjudicante independentemente do órgão adjudicante.

A aplicação do CPCP a Açores e Madeira sofreu temperamentos face às regras especiais e adaptações definidas, respectivamente, nos Decretos Legislativos Regionais n.º 15/2009/A e 34/2008/M.

As Associações mencionadas na alínea ‘g’ estão desacompanhadas da qualificação “pública”, podendo ser tanto constituídas sob o direito privado como público. O requisito de *dependência* é o mesmo tracejado para os Organismos de Direito Público (item ‘ii’ do n.º 2 do art. 2.º do CPCP), porém o requisito *participação* é decisivo para moldá-la como Pessoa Coletiva de Direito Público.

Pese embora a discussão doutrinária que paira sobre a distinção existente entre “Associações Públicas” e “Associações”, e abstraindo-se da controvérsia, mister registrar

⁵⁰ *Tais requisitos não são, note-se, de verificação cumulativa e a hipótese de cada um deles não tem de ocorrer em relação a uma só entidade adjudicante, [...] bastando que a situação das entidades públicas, no seu conjunto, somados os seus financiamentos ou poderes, preencha um dos requisitos [...].* (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 96)

que qualquer associação – formada por um ente integrante do Setor Administrativo Clássico – que escape da alínea ‘f’ recairá na alínea ‘g’.

4.1.1.2. Organismos de Direito Público

Os *Organismos de Direito Público*, instrumentais da Administração Pública, dotados de personalidade jurídica – independentemente da sua natureza pública ou privada, para serem qualificados como entidades adjudicantes, devem, segundo n.º 2 do art. 2.º do CPCP, preencher cumulativamente os requisitos dos itens I e II abaixo, sendo que para o segundo basta o atendimento de uma das condições radicadas, vejamos:

I. Satisfazer necessidades:

- Interesse geral;
- Sem carácter industrial ou comercial;

II. Manter estreita dependência⁵¹ (influência decisiva ou determinante) em relação à Administração Pública Clássica (n.º 1 do art. 2.º do CPCP), mediante:

- Financiamento⁵² maioritário⁵³; ou
- Controle de gestão⁵⁴; ou
- Designação, direta ou indiretamente⁵⁵, da maioria dos titulares de algum dos seus órgãos de administração, direção, fiscalização.

Entendem-se como necessidades de interesse geral (não se diz “público”) sem carácter industrial ou comercial aquelas cuja atividade econômica não se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência com outros operadores econômicos. Acaso desenvolvam atividades concomitantes **sem** e **com** carácter industrial/comercial, deverão submeter-se às normas do CPCP de formação dos contratos.

⁵¹ [...] qualquer um dos três fatores sinaliza uma relação de estreita dependência (*close dependency*). (GONÇALVES, 2016, p. 95)

⁵² Nacional ou comunitário, e sem contraprestação específica.

⁵³ Superior a 50% do orçamento global de receitas. Se no último exercício ou já no corrente ano econômico evidenciou-se que o financiamento é maioritário, o ente até então não classificado como adjudicante passa a sê-lo.

⁵⁴ [...] quando a ordem jurídica reserve para as entidades adjudicantes poderes de determinação de comportamentos, poderes de superintendência (de orientação da actividade) e poderes de supervisão sobre o organismo em causa, incluindo-se aqui os poderes de tutela que tenham por objecto actos de gestão. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 108)

⁵⁵ No que concerne ao poder de designação dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização, deve-se sondar a indicação indireta, isto é, por meio de uma entidade interposta (dominante), que de outra recebe influência decisiva e por sua vez transmite ao organismo dependente.

Para a incidência da Parte II do CPCP a referidas entidades, deve-se perscrutar se foram criadas para fins não lucrativos, se não operam em condições normais de concorrência de mercado, e se não correrão por sua conta os riscos pelas perdas e prejuízos pelo exercício da sua atividade. Ou seja, se os demais operadores do mercado estão em um patamar desigual de competitividade em relação àquelas.

Avançando, o CPCP, nas alíneas ‘b’ e d’ do n.º 2 do mesmo artigo, declara como entidade adjudicante:

- a) Quaisquer pessoas coletivas vinculadas a um Organismo de Direito Público taxado como adjudicante e que também preencha os mesmos requisitos impostos àquele;
- b) As associações⁵⁶:
 - I. Integradas por:
 - Administração Pública Clássica; ou
 - Organismo de Direito Público;
 - II. E com estreita dependência em relação as supra citadas, mediante:
 - Financiamento maioritário;⁵⁷ ou
 - Controle de gestão;⁵⁸ ou
 - Designação, direta ou indiretamente⁵⁹, da maioria dos titulares de algum dos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização.

4.1.1.3. Setores especiais

Estima o CPCP como especiais as atividades desenvolvidas nos setores da água, energia, transportes e serviços postais. Para tanto, reconhece como entidades adjudicantes nestes domínios, as pessoas coletivas (que):

- I. Não se enquadrem, conforme art. 2.º do CPCP, como:
 - Administração Pública Clássica;
 - Organismos de Direito Público;
- II. E, em qualquer uma das hipóteses das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ abaixo:

⁵⁶ Ausente o requisito “satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial”.

⁵⁷ V. notas 52 e 53.

⁵⁸ V. nota 54.

⁵⁹ V. nota 55.

- a.1) Recebam uma influência dominante⁶⁰ das entidades mencionadas no item I; e
- a.2) Sejam criadas para satisfazer necessidades:
- Interesse geral ou não;
 - **Com** carácter industrial ou comercial;
- b) Gozem de direitos:
- Não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional;
 - Especiais ou exclusivos, que tenham por efeito:
 - ✓ Reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício dessas atividades;
 - ✓ Afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades;
- c.1) (Pelas/com) entidades adjudicantes supra enquadradas (alíneas ‘a’ e ‘b’ do item II):
- Exclusivamente sejam constituídas (pelas); ou
 - Mantenham estreita relação de dominância/dependência (com), mediante:
 - ✓ Financiamento maioritário;⁶¹ ou
 - ✓ Controlo de gestão;⁶² ou
 - ✓ Designação, direta ou indiretamente⁶³, da maioria dos titulares de algum dos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização.
- c.2) Exerçam essas atividades em comum com as aludidas na alínea ‘c.1’.

4.1.1.4. Extensão do âmbito subjetivo

O regime jurídico de formação dos contratos públicos do CPCP incide ainda sobre:

- a) Entidades com contratos subsidiados (art. 275.º do CPCP):
- I. Que não se enquadrem como:
- Pessoa Coletiva de Direito Público;

⁶⁰ V. art. 7.º, n.º 2, do CPCP.

⁶¹ V. notas 52 e 53

⁶² V. nota 54.

⁶³ V. nota 55.

- Organismo de Direito Público;
 - Entidade do setor especial;
- II. Com contratos:
- Diretamente financiados em mais de 50% por:
 - ✓ Pessoa Coletiva de Direito Público;
 - ✓ Organismo de Direito Público;
 - Cujo objeto seja:
 - ✓ Empreitada de obras públicas com valor igual ou superior a € 5.225.000,00⁶⁴; ou
 - ✓ De serviço relacionado à empreitada, com valor igual ou superior a € 209 mil⁶⁴.
- b) De forma relativizada (regime particular com algumas regras mínimas, v.g. anúncios e prazos), as concessionárias de obras públicas⁶⁵ (art. 276.º do CPCP):
- Que não sejam qualificadas como entidades adjudicantes;
 - Com contrato:
 - ✓ De empreitada de obras públicas;
 - ✓ Com preço igual ou superior a € 5.225.000,00⁶⁶.
- c) Entidades que não sejam adjudicantes, mas beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de atividades de serviço público (art. 277.º), atribuídos por uma entidade adjudicante: devem respeitar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, dispensando-se, por exemplo, a adoção de algum procedimento pré-contratual.

4.2. Brasil

Nos termos do art. 1º da sua Constituição, a RFB é formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por seu turno, o art. 18 proclama que a organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Carta da República. Assim, são entes federativos:

⁶⁴ Regulamento n.º 2015/2342/UE, de 15 de dezembro de 2015, que altera a DC n.º 2004/18/CE.

⁶⁵ [...] vem admitindo que, em certos casos, é possível a celebração de um contrato administrativo entre duas pessoas de direito privado. (SILVA, 2013, p. 49)

⁶⁶ V. nota 64.

- a) União;
- b) 26 Estados + Distrito Federal;
- c) 5.570 Municípios.

Verifica-se nestes entes políticos, consoante art. 2.º da Carta Maior, a clássica tripartição de poder, todos independentes e harmônicos entre si: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, com a exclusão deste último na esfera municipal (bipartido).

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. [...] Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição autorize. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 3)

Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, tendo existência no âmbito Federal e Estadual e, no caso dos Municípios, sua existência só se dá naqueles em que até a promulgação da Constituição de 1988 já figuravam.

A descentralização política do regime federativo e respectiva autonomia fornecem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o poder de autodeterminação, consubstanciado nas seguintes capacidades:

- a) Auto-organização, pela qual individualmente dispõem sobre sua constituição e organização, por meio das Constituições – no caso da União e Estados, e Leis Orgânicas – no caso do Distrito Federal e Municípios;
- b) Autogoverno, pela qual individualmente elegem seus próprios governantes;
- c) Autolegislação, pela qual individualmente, com suas próprias casas legislativas, originam suas leis;
- d) Autoadministração, pela qual individualmente organizam seus serviços.

O Estado-Administração é decomposto nas três esferas da RFB, sendo que cada uma possui seu próprio chefe de governo, que é a autoridade máxima da Administração Pública do respectivo ente federativo: União, Presidente da República; Estados e Distrito Federal, Governadores; Municípios, Prefeitos. O Presidente da República é chefe de Estado e chefe de governo da União.

Não se deve confundir Administração Pública com a própria função administrativa. Aquela, no seu sentido objetivo, é uma função típica do Poder Executivo de todos os entes

federativos. A segunda, atividade que também pode ser desempenhada, atipicamente e nos limites constitucionais, pelo Poder Legislativo e Judiciário.

No sentido subjetivo, a Administração Pública constitui o universo de órgãos e pessoas que desempenham a função administrativa típica. Com efeito, dada à autonomia de cada ente federativo, a Administração Pública de todos os entes federativos possuem uma forma comum de organizar-se⁶⁷, vejamos:

- a) Administração direta⁶⁸;
- b) Administração indireta⁶⁹:
 - b.1) Autarquias:
 - b.1.1) Comuns;
 - b.1.1.1) Universidades;
 - b.1.2) Fundacionais;
 - b.1.3) Especiais:
 - b.1.3.1) Agências Reguladoras Independentes;
 - b.1.4) Associativas:
 - b.1.4.1) Associações Públicas;
 - b.1.4.2) Corporativas;
 - b.2) Fundações de direito privado;
 - b.3) EP;
 - b.5) SEM.

Segundo Carvalho Filho (2012, p. 464), “pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração indireta, criada para

⁶⁷ Art. 37, inc. XIX, da CRFB, cumulado com o art. 41 da Lei Nacional n.º 10.406/2002 (Código Civil).

⁶⁸ *O Estado (e demais entes), como se sabe, tem três Poderes políticos estruturais – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (exceto os Municípios, no qual é bipartido). [...] Apesar de sua qualidade de poderes políticos, não se lhes exclui o caráter de ‘órgãos’; são os órgãos fundamentais e independentes, é verdade, mas não deixam de ser órgãos internos das respectivas pessoas federativas. [...] Significa dizer que a Administração Direta do Estado ‘abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa’ [...] Não há dúvida, assim, de que é bastante abrangente o sentido de Administração Direta.* (CARVALHO FILHO, 2012, p. 450)

⁶⁹ *[...] o art. 37 da Constituição alude à administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim dizendo, poder-se-ia admitir a existência de entidades de administração indireta vinculadas também às estruturas dos Poderes Legislativo e Judiciário, embora o fato não seja comum, por ser o Executivo o Poder incumbido basicamente da administração do Estado.* (CARVALHO FILHO, 2012, p. 454)

desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”. Possuem receitas e patrimônios próprios, e autonomia financeira e administrativa.

As Universidades gozam, para além das concedidas às Autarquias comuns, de autonomia didático-científica, característica que lhe é peculiar e individual.

As Agências Reguladoras Independentes⁷⁰ são criadas por lei do respectivo ente federativo instituidor. São consideradas Autarquias Especiais em razão de seus poderes normativos técnicos e decisórios, bem como independência administrativa, atributos não presentes nas Autarquias comuns.

Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de um setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.
(JUSTEN FILHO, 2009, p. 584).

As Associações públicas são qualificadas pelo Código Civil como Autarquias, e redundam dos Consórcios Públicos, os quais são instituídos para gestão associada de serviços públicos⁷¹, em um sistema de atuação cooperada entre entes federativos.

Para materializar a cooperação mútua entre os entes da Federação, o Consórcio Público poderá constituir⁷²: a) pessoa jurídica de direito privado; b) Associação Pública, que tem natureza pública e integra a Administração indireta⁷³ dos entes federativos reunidos.

Os conselhos profissionais também possuem natureza autárquica corporativa (integram a Administração indireta da União), pese embora o art. 58 da Lei Nacional n.º 9.649/1998, de 27 de maio, tenha atribuído personalidade de direito privado aos mesmos. Entretanto, referido artigo foi declarado inconstitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717-DF.

Excepciona-se a natureza autarquia tão somente à Ordem dos Advogados do Brasil, que, segundo pronunciamento do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026, não é pessoa jurídica de direito público e não possui finalidade corporativa, mas sim

⁷⁰ Art. 21, inc. XI, e art. 177, § 2º, inc. III, da CRFB.

⁷¹ V. Lei Nacional n.º 11.107/2005, de 06 de abril, e Decreto Federal n.º 6.017/2007, de 17 de janeiro.

⁷² Art. 1.º, § 1º, da Lei n.º 11.107/2005.

⁷³ Art. 6.º, § 1º, da Lei n.º 11.107/2005.

institucional, pois exerce função constitucionalmente privilegiada indispensável à administração da justiça.

As Fundações têm como traço característico a ausência de fins lucrativos e a dotação especial de bens livres dedicados ao fim social a que se destinam. Em suma, um patrimônio especializado reservado para certo fim (assistência social, assistência médica e hospitalar, educação e ensino, pesquisa, atividades culturais, etc.).

Houve discussão se as fundações criadas pela Administração Pública integravam-na e, quando instituídas, possuíam natureza privada ou pública. Superados os debates, consagrou-se o entendimento de que compõem a Administração e podem ser constituídas tanto sob a regência do direito público como do privado.

O termo “público” também aparece no título “empresa pública”, significando aí “estatal”, sem que se diga empresa de direito público ou empresa de direito privado; a empresa pública, mesmo com esse qualificativo, é pessoa de direito privado e tem grande carga de direito público sobre sua atuação. (MEDAUAR, 2002, p. 93)

As EP⁷⁴ e SEM⁷⁵ são criadas sob o regime jurídico de direito privado, por força do comando constitucional gravado no inc. II do art. 173, e também pelo fato do Código Civil não as elencar, no seu art. 41, como pessoas jurídicas de direito público. Logo, possuem personalidade jurídica de direito privado e, ao mesmo passo, integram a Administração indireta do respectivo ente federativo.

Deve-se consignar a dicotomia existente às EP e às SEM: a) que exploram atividades econômicas *stricto sensu*; b) que prestam serviços públicos.

Sempre que o Estado assumir a condição de empresário e dispor-se a competir com os particulares, terá de aplicar-se o regime de direito privado. Esse raciocínio poderá ser aplicado ainda quando o Estado explorar serviço público. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 22)

⁷⁴ A terminologia que dá o nome às empresas públicas é realmente de grande imprecisão. O termo ‘públicas’ pode denotar, em princípio, que se trata de pessoas de direito público, mas assim não é; contrariamente, cuida-se de pessoas de direito privado. O termo está a indicar apenas que a forma empresarial adotada pelo Estado não é livre, mas, ao revés, há uma relação de controle entre o Estado e tais empresas. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 489)

⁷⁵ São sociedades por ações, adequadas para atividades empresariais, sendo as ações distribuídas entre o Governo e os particulares [...] Sendo pessoas também privadas [...]. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 489)

4.2.1. Entidades adjudicantes

A Lei Geral de Licitações não determina quais entidades são consideradas adjudicantes, mas se pode decantá-las mediante uma interpretação lógica e sistêmica da lei.

O art. 1.º da Lei n.º 8.666/1993 expõe: “esta lei estabelece normas gerais sobre licitações [...] no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Pela leitura, conclui-se que se subordinam a referida lei os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (neste não há Poder Judiciário).

O parágrafo único de tal artigo adiciona:

Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas⁷⁶ direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Logo, deduz-se da norma acima citada que devem observar a Lei Geral de Licitações a Administração direta e indireta no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Repetindo o que outrora já estava assentado, o art. 117 do mesmo diploma legal dispõe: “as obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas”.

No que diz respeito às EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas, passaram a batuta da Lei Nacional n.º 13.303/2016, quer exploradoras de atividade econômica *stricto sensu*, quer prestadoras de serviços públicos.

Os Consórcios Públicos, como detalhado no tópico 4.2, podem desdobrar-se em Associações Públicas – que pelo Código Civil caracterizam-se como Autarquias – ou pessoas jurídicas de direito privado.

⁷⁶ Segundo decisão n.º 907/1997, do Plenário do TCU, a expressão “entidades controladas” só se aplica às EP e SEM, nos termos do § 2.º do art. 243 da Lei Nacional n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades por ações), de 15 de dezembro.

Logo, em razão das Associações Públicas equipararem-se às Autarquias, não restam dúvidas de que devem licitar. Entretanto, quando pessoas coletivas de direito privado, o § 1º do art. 7.º do Decreto Federal n.º 6.017/2007 estabelece que tanto estas como aquelas devam realizar licitações.

Por derradeiro, há ainda a extensão do âmbito subjetivo do dever de licitar, mas, agora, por força de decretos editados pelos Poderes Executivos dos entes políticos e pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

4.2.1.1. Setor público clássico

Do exposto no tópico 4.2.1, pode-se estabelecer, de acordo com a lógica adotada pelo CPCP, quem são as **entidades adjudicantes** do Setor Público Tradicional, ou seja, aquelas com personalidade jurídica:

- a) União;
- b) Estados;
- c) Distrito Federal;
- d) Municípios;
- e) Autarquias:
 - e.1) Comuns:
 - e.1.1) Universidades;
 - e.2) Fundacionais;
 - e.3) Especiais:
 - e.3.1) Agências Reguladoras Independentes;
 - e.4) Associativas:
 - e.4.1) Associações Públicas;
 - e.4.2) Corporativas;

Já não mais na adequada lógica do CPCP, convém salientar que a legislação brasileira dá enfoque nos **órgãos** adjudicantes, os quais, sem prejuízo de outros, são:

- a) Municípios:
 - a.1) Poder Legislativo⁷⁷;
 - a.2) Poder Executivo⁷⁷;
 - a.3) Autarquias;

⁷⁷ V. note 68.

- a.3.1) Comuns;
 - a.3.1.1) Universidades;
- a.3.2) Fundacionais;
- a.3.3) Especiais:
 - a.3.3.1) Agências Reguladoras Independentes;
- a.3.4) Associativas: Associações Públicas;
- b) Estados e Distrito Federal, idem aos Municípios, mais:
 - b.1) Poder Judiciário⁷⁷;
 - b.2) Ministério Público⁷⁸;
 - b.3) Defensorias⁷⁹;
- c) União, idem aos Municípios, aos Estados e Distrito Federal, mais:
 - c.1) Autarquias:
 - c.1.1) Associativas: Corporativas.

4.2.1.2. Entidades de direito privado

Apesar de não se enquadrarem no Setor Público Clássico e embora componham a Administração indireta dos entes federativos, as entidades abaixo são consideradas adjudicantes:

- a) Fundações de direito privado;
- b) EP;
- c) SEM;
- d) Consórcios Públicos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado.

As Fundações de direito privado são pessoas jurídicas que possuem os mesmos traços das criadas sob o direito público, distinguindo-se pelo fato de praticarem atos de direito privado e serem regidas com base artigos 62 a 69 do Código Civil.

Entretanto, a Lei Geral de Licitações, no parágrafo único do art. 1.º, sem diferenciar a natureza das fundações públicas ali mencionadas, fixou que estas “não só se obrigam a realizar licitações, como também têm seus contratos regidos pelas respectivas normas daquele diploma” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 527).

⁷⁸ Art. 127, § 2º, da CRFB.

⁷⁹ Art. 134, *caput* e § 2º, da CRFB.

No que atine às contratações públicas das EP, SEM, respectivas subsidiárias e controladas⁸⁰⁻⁸¹, com o advento da Lei n.º 13.303/2016, afastou-se definitivamente a regulação da Lei Geral de Licitações, já que o novo Estatuto Jurídico estabeleceu um regime tanto às exploradoras de atividade econômica *stricto sensu* como às prestadoras de serviço público.

[...] de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado. Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, [...] seu regime tem certa natureza 'híbrida'. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 496)

Entretanto, as EP e SEM não estão obrigadas a promover licitações para todos os seus contratos, mas unicamente aqueles que se vinculem às atividades-meio. As atividades-fim estão dispensadas da observância do regime pré-contratual, conforme examinado no tópico 3.2.3.

Destoando das demais, a EP Itaipu Binacional possui personalidade jurídica de direito internacional. Sem precedentes até então, indagou-se se suas contratações deveriam observar a Lei Geral de Licitações (agora, Lei n.º 13.303/2016). Judicializada a questão, em 04/09/2001 o STJ dirimiu a dúvida pronunciando-se no sentido de que deve aplicar as normas de direito público interno afetas à contratação quando abranger pessoas física e jurídica domiciliadas no Brasil.

Por fim, os consórcios públicos, ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito privado, observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, conforme registra o § 1º do art. 7.º do Decreto Federal n.º 6.017/2007.

4.2.1.3. Extensão do âmbito subjetivo

Já não mais na dimensão das leis nacionais *stricto sensu* emanadas do Poder Legislativo Federal, mas também no âmbito da **atípica** competência legislativa do Poder

⁸⁰ V. art. 1.º, § 6º, da Lei n.º 13.303/2016.

⁸¹ Lei n.º 6.404/1976:

Art. 243. [...]

§ 2º *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*

Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, verifica-se a extensão do âmbito subjetivo da obrigação de licitar, mediante relativizações das regras gerais.

Têm a obrigação de promover licitações as seguintes pessoas jurídicas:

- a) OS;
- b) OSCIP;
- c) SSA.

As OS e OSCIP⁸², pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e integrantes do terceiro setor (não compreendem o primeiro setor – estatal, e não se incluem no segundo setor – privado empresarial), “são instrumentos de intervenção privada no domínio público” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 25).

Em tese, frente sua natureza privada, não deveriam sujeitar-se a qualquer regra pública atinente à contratação, porquanto não estão sob controles políticos ou hierárquicos dos entes federativos. São organizações colaboradoras (parceiras).

[...] se fala numa interdependência funcional entre o Estado e as organizações do terceiro sector, ou em interdependência entre políticas públicas e as organizações do terceiro sector, designadamente no plano financeiro e operativo – o financiamento a cargo do estado e a execução dos programas públicos a cargo das instituições. Está, assim, instituída uma modalidade inovadora e original de gestão e distribuição dos recursos públicos. (MARTINS, 2008, p. 675)

Todavia, o § 5º do art. 1.º do Decreto Federal n.º 5.504, de 05 de agosto de 2005, determina a instauração de processo de licitação por entes públicos ou privados (incluídas as OS e OSCIP) desde que esteja em causa repasse voluntário de recursos públicos da União. No mesmo diapasão, o Estado do Paraná, por meio do § 4º do art. 1.º da Lei Estadual n.º 15.117, de 12 de maio de 2006.

Já a Lei Nacional n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que disciplina as OSCIP, impõe-lhes, no seu art. 14, o dever de adotarem um regulamento de contratações, em compatibilidade com a Lei Geral de Licitações.

Os SSA – conhecidos como “Sistema S”, entes paraestatais com personalidade privada, desempenham funções públicas, no interesse dos grupos sociais ou das categorias

⁸² TCU – Acórdão do Plenário n.º 1.287/2004.

profissionais. São mantidos com recursos públicos arrecadados por meio de contribuições parafiscais.

Carvalho Filho (2012, p. 527) leciona que os SSA “embora não integrando o sistema da Administração Indireta, cooperam com o governo, prestam inegável serviço de utilidade pública e se sujeitam a controle direto ou indireto do Poder Público”.

Embora o Sistema “S” seja criado pelo Estado, não se sujeita à Lei Geral de Licitações, devendo aprovar regulamentos próprios⁸³ compatíveis com esta para realizarem suas contratações.

5. ÂMBITO OBJETIVO

5.1. Portugal

Após delimitar o campo de aplicação do regime de formação dos contratos públicos, mediante a exclusão de contratos ou afastamento da contratação, o CPCP relaciona quais objetos contratuais estão subordinados aos procedimentos pré-contratuais consoante a entidade adjudicante: Pessoas Coletivas de Direito Público, Organismos de Direito Público e Entidades do Setor Especial.

5.1.1. Pessoas Coletivas de Direito Público

O CPCP, pautado numa cláusula geral, estabelece no n.º 2 do art. 16.º, quais objetos contratuais consideram-se sujeitos à concorrência de mercado⁸⁴, independentemente da sua designação ou natureza:

- a) Empreitada de obras públicas⁸⁵⁻⁸⁶;
- b) Concessão de obras públicas⁸⁷;
- c) Concessão de serviços públicos⁸⁷;
- d) Locação bens móveis⁸⁸;

⁸³ TCU – Acórdãos n.º 907/1997, Plenário; 9/2007, Primeira Câmara.

⁸⁴ “[...] independentemente de se traduzirem numa compra ou encomenda por parte destas entidades ou, antes, num qualquer outro contrato de colaboração ou numa sua atribuição ou prestação”. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 134)

⁸⁵ V. art. 343.º, do CPCP, e art. 2.º, n.º 1.6, da DC n.º 2014/24/UE.

⁸⁶ Consultar Licínio Lopes Martins, “Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público: em especial, o equilíbrio económico-financeiro”, Coimbra, Almedina, 2014.

⁸⁷ V. art. 407.º, do CPCP, e art. 5.º, n.º 1, da DC n.º 2014/23/UE.

⁸⁸ V. art. 431.º, do CPCP, e art. 2.º, n.º 8, da DC n.º 2014/24/UE.

- e) Aquisição de bens móveis⁸⁹;
- f) Aquisição de serviços⁹⁰;
- g) Sociedade.

[...] do que se trata, pois, é de basear o critério de sujeição dos contratos das entidades do artigo 2º, n.º 1, aos procedimentos de adjudicação regulados no CCP na existência possível, provável, potencial ou eventual, no 'mercado', de uma 'pluridade de interessados' em celebrar cada um daqueles contratos. [...] Trata-se, por conseguinte, de um critério não filiado na onerosidade do contrato; o contrato pode não representar um encargo (direto ou indireto) para a entidade adjudicante e não envolver a mobilização de recursos financeiros públicos. O fator decisivo reside em o contrato gerar um benefício económico para o contraente privado que o celebrar: isto é que faz do contrato um 'objeto' disputado. (GONÇALVES, 2015, p. 106)

O artigo 16.º do CPCP não é taxativo. Logo, outros objetos com interesse concorrencial se submeterão a Parte II deste diploma, desde que não façam parte do rol dos contratos excluídos (art. 4.º), da contratação excluída (art. 5.º), ou não sejam regulados por leis especiais⁹¹.

Em outra esteira, quando celebrado um contrato interadministrativo – por exemplo, entre um Município e uma Associação Pública, a Parte II do CPCP não se aplicará, exceto, segundo n.º 1 do art. 6.º, se se referir aos seguintes objetos:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação bens móveis;
- e) Aquisição de bens móveis;
- f) Aquisição de serviços

⁸⁹ V. art. 437.º, do CPCP, e art. 2.º, n.º 8, da DC n.º 2014/24/UE.

⁹⁰ V. art. 450.º, do CPCP, e art. 2.º, n.º 9, da DC n.º 2014/24/UE.

⁹¹ V.g. aquisição, arrendamento e alienação de bens imóveis do Estado, cujos contratos encontram-se regulamentados pelo Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de agosto.

5.1.2. Organismos de Direito Público e Banco de Portugal

De forma taxativa – e não mais de forma exemplificativa como sucede no art. 16.º – o CPCP elenca, no n.º 2 do art. 6.º, os tipos de contratos e respectivas prestações típicas que se submetem à Parte II quando celebrados por Organismos de Direito Público e o Banco de Portugal:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação de bens móveis;
- e) Aquisição de bens móveis;
- f) Aquisição de serviços.

Destarte, qualquer outro objeto (inclusive o de sociedade) que, não obstante corporifique um interesse concorrencial, não sofrerá a incidência do regime de formação de contratos previstos no CPCP, podendo, entretanto, ser aplicado o regime substantivo (Parte III) de tal diploma.

Importante salientar que, de acordo com o art. 12.º do CPCP, caso um Organismo de Direito Público também exerça atividade no setor da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, no que toca tão somente à formação dos contratos destes domínios, aplicar-se-ão as regras especiais vertidas a estes segmentos.

5.1.3. Setor especial

O CPCP estabelece, no art. 9.º, quais são as atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. No art. 10.º, excepciona atividades que, embora especiais, não se submetem aos procedimentos pré-contratuais do CPCP.

Entretanto, nem todas as contratações vinculadas às atividades dispostas no art. 9.º estarão sujeitas à incidência da Parte II do CPCP, mas, conforme n.º 1 e 3 do art. 11.º, tão somente aquelas que digam respeito à:

- a) Empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior a € 5.225.000,00⁹²;
- b) Concessão de obras públicas de qualquer valor;

⁹² Regulamento n.º 2015/2341/UE, de 15 de dezembro de 2015, que altera a DC n.º 2004/17/CE.

- c) Concessão de serviços públicos de qualquer valor;
- d) Locação de bens móveis cujo valor seja igual ou superior a € 418.000,00⁹²;
- e) Aquisição de bens móveis cujo valor seja igual ou superior a € 418.000,00⁹²;
- f) Aquisição de serviços cujo valor seja igual ou superior a € 418.000,00⁹²;
- g) Especificamente no setor de água, relacionados aos susos citados e independentemente do valor:
 - g.1) Contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, de irrigação ou de drenagem, desde que o volume de água destinada ao abastecimento de água potável represente mais de 20 % do volume total de água fornecida de acordo com aqueles projetos ou por instalações de irrigação ou de drenagem;
 - g.2) Contratos relacionados com a rejeição ou o tratamento de águas residuais.

Por outro lado, já não mais na dimensão da atividade especial, mas de contratos diretamente relacionados a esta e independentemente de valor, a Parte II do CPCP aplica-se a qualquer entidade adjudicante (Pessoas Coletivas de Direito Público, Organismos de Direito Público e as elencadas no art. 7.º) nos seguintes casos:

- a) De carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;
- b) Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à coprodução de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

Em havendo dúvida se um objeto insere-se ou não no setor especial, a solução deve ser encontrada mediante análise diligente das necessidades que a entidade vise satisfazer. Se o questionamento repousar sobre um objeto que diga não apenas respeito a atividades do setor especial, mas contemple outras fora desse domínio, o desfecho será no sentido de se prestigiar as regras que assegurem maior concorrência.

5.1.4. Atos administrativos substitutivos de contratos públicos

O CPCP, no n.º 3 do art. 1.º, dispõe que a Parte II é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas Pessoas Coletivas de Direito Público e Organismos de Direito Público⁹³, de quaisquer vantagens ou

⁹³ Ficam de fora as entidades dos setores especiais, vez que ausentes na redação de tal artigo.

benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público.

Deve-se realizar uma leitura atenta: não é o contrato que substitui o ato administrativo, mas este, quando possível, que ocupa o lugar daquele. Logo, deduz-se que o ato administrativo terá que guardar a exigência de procura pública com interesse concorrencial, vedado, desta forma, sua utilização com o fito de burlar os procedimentos de formação dos contratos, em outros termos, a fuga para o ato administrativo.

5.2. Brasil

A CRFB lista, no inc. XXI do art. 37, quais objetos deverão ser contratados mediante licitação:

- a) Obras;
- b) Serviços;
- c) Compras;
- d) Alienações.

Já a Lei n.º 8.666/1993, em seu 2º art., dispõe sobre os mesmos objetos relacionados na CRFB, acrescentando:

- a) Publicidade;
- b) Concessões, inclusive de direito real de uso;
- c) Permissões;
- d) Locações de móveis e imóveis.

Por seu turno, a Lei n.º 13.303/2016, que dispõe, entre outras, da contratação pública pelas EP e SEM, também prevê, em seu art. 28, os mesmos objetos retro listados, exceto Concessões e Permissões.

Insta assinalar que as Concessões e Permissões de **obras e serviços públicos** regem-se pelas Leis n.º 8.987/1995 e 11.079/04, aplicando-se supletivamente a Lei n.º 8.666/1993.

Portanto, do conjugado da CRFB e da legislação infraconstitucional, submetem-se a procedimentos pré-contratuais os seguintes objetos:

- a) Obras⁹⁴;

⁹⁴ V. art. 6.º, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993.

- b) Serviços⁹⁵, inclusive publicidade⁹⁶;
- c) Compras⁹⁷, inclusive de bens imóveis⁹⁸;
- d) Alienações⁹⁹ de bens móveis¹⁰⁰ e imóveis¹⁰¹;
- e) Concessões e permissões que se enquadrem¹⁰²⁻¹⁰³ ou não como obras ou serviços públicos;
- f) Locações de bens móveis e imóveis¹⁰⁴;
- g) Concessão de direito real de uso.

“Essa enunciação é meramente exemplificativa, pois outros tantos negócios desejados pela entidade obrigada a licitar também devem ser objeto de licitação [...]” (GASPARINI, 2001, p. 400).

6. PRINCÍPIOS

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2004, p. 841 e 842)

6.1. Portugal

O CPCP, no n.º 4 do art. 1º, descreve quais princípios¹⁰⁵ deverão ser aplicados à contratação pública, aludindo a:

- a) **Transparência:** traduz-se na qualidade do que é transparente. É o sustentáculo da República e aliada da democracia. A contratação pública indistintamente

⁹⁵ V. art. 6.º, inc. II, da Lei n.º 8.666/1993.

⁹⁶ Art. 2.º da Lei n.º 12.232/2010.

⁹⁷ V. art. 6.º, inc. III, da Lei n.º 8.666/1993.

⁹⁸ V. tópico 7.2.1, alínea ‘f’ e art. 29, inc. V, da Lei n.º 13.303/2016.

⁹⁹ V. art. 6.º, inc. IV, da Lei n.º 8.666/1993

¹⁰⁰ V. Art. 17, inc. II, da Lei n.º 8.666/1993.

¹⁰¹ V. Art. 17, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993.

¹⁰² Art. 2.º, inc. II, III e IV, da Lei n.º 8.987/1995.

¹⁰³ Ambos os conceitos (concessão precedida e não precedida de obra pública) padecem de qualidade técnica lastimável. (MELLO, 2004, p. 658)

¹⁰⁴ Art. 24, inc. X, da Lei n.º 8.666/1993, art. 47-A da Lei n.º 12.462/2011, e art. 29, inc. V, da Lei n.º 13.303/2016.

¹⁰⁵ V. art. 3.º, n.º 1, da DC n.º 2014/23/UE, art. 18.º da DC n.º 2014/24/UE, art. 36º, n.º 1, da DC n.º 2014/25/UE.

deve transmitir a verdade, ser conduzida de forma aberta e sem segredos, com clareza, nitidez e evidência, evitando que seus atos sejam ocultos, adulterados, maquiados, parciais, não motivados e/ou não fundamentados. Garante que os administrados e concorrentes acedam e conheçam das informações, sem que seja deturpada por qualquer aparato ou embaraço. A transparência não impede perseguições e conflitos de interesses, mas a sua ausência proporciona tais enredos;

- b) **Igualdade:** estabelece que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida das suas desigualdades. Referido vetor está umbilicalmente ligado ao *princípio da não discriminação*, orientado a evitar qualquer distinção em razão da nacionalidade. Como uma charneira, de um lado garante a igualdade de acesso aos procedimentos de adjudicação, e por outro assegura a igualdade de tratamento, e, em ambos os casos, a sujeição dos concorrentes às mesmas normas.
- c) **Concorrência:** é o axioma da contratação pública. Este eixo central está intimamente ligado ao *princípio da igualdade* dos operadores econômicos, que se desdobra em igualdade de acesso ao mercado público e igualdade de tratamento nos respectivos procedimentos pré-contratuais. Sem estas duas dimensões, não há como afirmar que a concorrência esteja imaculada. Enquanto os efeitos do *princípio da concorrência* se irradiam para dentro e para fora do procedimento de contratação, os do *princípio da igualdade* tendem a se alojar no procedimento. Outro braço de tal vetor é o *princípio da seleção da proposta mais vantajosa*, que se traduz em uma contratação competitiva, com “rivalidade” entre os licitantes, em que galgam uma vantagem com a consequente desvantagem ao oponente. “O princípio da concorrência não impede, pois, soluções menos concorrenciais, desde que se encontrem fundadas em lei expressa nesse sentido” (GONÇALVES, 2016, p 143).

Todavia, estes princípios não encerram os que deverão ser observados pelas entidades adjudicantes, porquanto há outros de cunho geral da atividade administrativa consagrados na CRP e no CPA.

Pena é, na verdade, que num Código que se pretendeu ambicioso, de vocação abrangente, pretendendo regular o universo alargado dos contratos públicos, não se tenha encontrado espaço para lembrar em

geral a vinculação aos princípios constitucionais da atividade administrativa (entre outros, prossecução do interesse público, legalidade, imparcialidade e proporcionalidade). (ESTORNINHO, 2012, p. 368)

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008 há menção aos princípios da igualdade, da concorrência, da transparência – estes três já apreciados, da imparcialidade, da proporcionalidade, da publicidade e da boa-fé, vejamos:

- a) **Imparcialidade:** a Administração deve ter uma conduta isenta, neutra. Enquanto o *princípio da impessoalidade* (previsto na legislação brasileira) dirige-se a um terceiro, vedando-se favorecimentos ou perseguições, o *princípio da imparcialidade* compreende, além da impessoalidade, a proibição de que o agente público paute suas decisões em seus interesses imediatos ou mediatos, a tomar parte em razão das suas próprias convicções e ideais, independentemente a quem beneficie ou lese no procedimento, não importando, portanto, o participante do procedimento;¹⁰⁶
- b) **Proporcionalidade:** também previsto na CRP (art. 266.º), no CPA (art. 5.º) e nas DC de contratação. Fundamenta-se em 03 pilares: I) adequação da medida, ou seja, compatível com o fim buscado; II) necessidade da medida, isto é, a que cause menor prejuízo; III) proporcionalidade em sentido estrito da medida, quer dizer, as vantagens superem as desvantagens.
- c) **Publicidade:** significa qualidade do que é público. Presta tanto para dar conhecimento e produzir efeitos externos quanto para permitir a fiscalização da regularidade dos atos pelos administrados. Logo, o que não é público não atinge tais desideratos. Amplifica os demais princípios. Prestigia e potencializa a transparência, funcionando como uma lente de aumento. Fortalece a democracia e a República. Motivadamente, pode tal postulado, temporariamente e/ou parcialmente, ser tolhido frente a um sigilo¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ imposto, em razão da excepcionalidade de situações ou do risco da divulgação

¹⁰⁶ Exemplificando, pode, maculando o princípio da imparcialidade, o agente público inabilitar um ou mais proponentes por subjetivamente vislumbrar que produtos ofertados de certa marca não são os mais adequados sob seu pessoal ponto de vista, sendo irrelevante quem ocupe o polo preterido, tampouco quem será agraciado com a decisão.

¹⁰⁷ V.g. sigilo da proposta, sigilos legais, informações de segurança nacional ou pública, de direito privado ou íntimo, etc.

¹⁰⁸ V. art. 132, n.º 5, do CPCP, e art. 13.º da DC n.º 2004/17/UE.

de informações. Não se confunde com a publicação, vez que alguns procedimentos, embora comportem publicidade, têm sua divulgação mitigada ou renunciada.

- d) **Boa-fé:** com previsão na CRP (art. 266.º/2) e CPA (art. 6.º-A), prima para que as condutas sejam arrimadas em um padrão de honestidade, lealdade, retidão, seriedade, cuidado, na confiança de que o comportamento é um modo de agir limpo, diligente, verdadeiro e correto, evitando, desta forma, atitudes negligentes, maliciosas, falsas, de locupletamento indevido e indignas, ou seja, de má-fé. Abarca os operadores econômicos e a Administração Pública.

Outrossim, há outros princípios plenamente aplicáveis à contratação, apesar de não expressamente previstos:

- a) **Tipicidade procedimental:** as entidades adjudicantes estão obrigatoriamente vinculadas aos procedimentos de contratação taxativamente estabelecidos pelo CPCP, não podendo conjugá-los, tampouco adotar modalidades em discordância com seus pressupostos;
- b) **Procedimento formal:** a contratação pública, pautada na solenidade, deve observar a forma, os trâmites, e as prescrições da lei e do instrumento convocatório. *A contrario sensu*, não deve ser informal, desapegada de normas e solenidades. Entretanto, a fim de municiar a entidade adjudicante, poderá a lei, quando não cuidar expressamente de certo aspecto, admitir a discricionariedade procedimental¹⁰⁹, seja porque é desinteressante ritualizar todos os passos de um procedimento, seja para ganhar dinamismo na sua condução. Não se confunde com o formalismo, que é o apego exacerbado a exigências desnecessárias e desproporcionais ao atendimento da finalidade consubstanciada na contratação.
- c) **Estabilidade das regras do procedimento:** veda-se a alteração das regras do procedimento depois de apresentadas as candidaturas e/ou propostas, proibindo-se exclusão, aditamento ou modificação, sob pena de afrontar-se outros princípios, *v.g.* da *concorrência*, da *igualdade* e da *segurança jurídica*.

¹⁰⁹ V. art. 132.º, n.º 4, do CPCP.

6.2. Brasil

A Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 3º, prescreve que a licitação destina-se garantir a observância dos princípios explicitados nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ abaixo, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios citados nas demais alíneas:

- a) **Da Igualdade/Isonomia:** já conceituado no tópico 6.1. Em complemento, no Brasil, o tratamento privilegiado¹¹⁰ consagrado às ME e EPP¹¹¹ realiza em maior escala este vetor, já que proporciona que as desigualdades destas sejam parcialmente superadas a fim de que alcancem a igualdade perante os outros licitantes, podendo, desta forma, competir de forma mais paritária;
- b) **Seleção da proposta mais vantajosa:** consigna que o Poder Público deve buscar a proposta que lhe traga maiores vantagens, o melhor negócio, e, em certos casos, a que ofereça a melhor técnica, e não necessariamente a que contenha o menor encargo financeiro. Ademais, “se a Administração pretende obter a proposta mais vantajosa possível, isso significa incumbir a ela própria o encargo de reduzir os custos dos possíveis interessados” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 56);
- c) **Promoção do desenvolvimento nacional sustentável**¹¹²: a presente matriz representa um dever do Estado brasileiro em defesa de um interesse nacional. Não basta qualquer desenvolvimento: deve ser, sobretudo, sustentável. Dito alicerce tem dimensões econômicas¹¹³ (crescimento equilibrado, modernização do aparato industrial, etc.), sociais (minimização das desigualdades, ampliação do pleno emprego, melhoria da qualidade de vida da população, etc.), ambientais¹¹⁴⁻¹¹⁵ (utilização de energia limpa, gerenciamento de resíduos, eficiência energética, redução do uso de recursos não renováveis, etc.),

¹¹⁰ V. arts. 42 a 49 da Lei Complementar n.º 123/2006.

¹¹¹ Para maiores esclarecimentos do tratamento dedicado às ME na UE, consultar Licínio Lopes Martins, artigo “Regimes Especiais de Contratação Pública”, Revista de Contratos Públicos, n.º 13, p. 211-246, 2016.

¹¹² V. artigo “Controle das Políticas Públicas por meio das Licitações”. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 127-134. Autores Edgar Guimarães e Caroline da Rocha Franco.

¹¹³ [...] *convertendo a contratação pública num instrumento de realização de políticas públicas, designadamente da denominada ‘despesa pública estimuladora’ da economia.* (MARTINS, 2016, p. 240)

¹¹⁴ V. art. 6.º, inc. IV, e art. 7.º, inc. XI, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei Nacional n.º 12.305/2010.

¹¹⁵ V. Decreto do Estado do Paraná n. 6.252/2006.

territorial (equilíbrio urbano-rural, desigualdades regionais, etc.), etc. “[...] uma viragem na concepção da contratação pública ou, pelo menos, a um enriquecimento estratégico das suas potencialidades, aditando à concepção clássica – consubstanciada no entendimento de que os benefícios que se poderiam recolher da contratação pública não iriam para além dos benefícios directamente emergentes das prestações contratuais a favor da Administração contratante – uma perspectiva mais ampla dos efeitos económicos da contratação pública. Estava assim, construído o pressuposto legitimante para conceder à ‘encomenda pública’ o ‘estatuto jurídico’ de instrumento de implementação de políticas públicas dinamizadoras da economia. Mas não só: também de políticas sociais, ambientais, de emprego, etc.” (MARTINS, 2016, p. 241);

- d) **Legalidade**: na concepção tradicional, a Administração só pode praticar atos e atividades se expressamente autorizada e de acordo com a lei *lato sensu*, não podendo dela desaproximar-se ou relegar. “[...] a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. [...] Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições” (MELLO, 2004, p. 91 e 95);
- e) **Impessoalidade**¹¹⁶: guarda relação com os princípios da *legalidade*, da *finalidade* e da *moralidade*. “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal (MEIRELLES, 1995, p. 82)”. Vedam-se favoritismos ou perseguições, exigindo-se que todos recebam tratamentos com neutralidade e não discriminatórios. Desdobra-se do princípio da isonomia. “Busca, desse modo, que predomine o sentido da função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais” (MEDAUAR, 2002, p. 152);
- f) **Moralidade**¹¹⁷ e **Probidade Administrativa**: apoiam-se na boa-fé e ética. Possuem, no mínimo, dois destinatários: Poder Público e concorrentes. A

¹¹⁶ V. art. 3.º, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993.

¹¹⁷ TCU – Acórdãos n.º 1.632/2006, Plenário; 169/2007, Primeira Câmara; 77/2007, Segunda Câmara.

suposta alegação de respeito à legalidade não autoriza que a entidade adjudicante pratique condutas imorais ou ímprobas, sustentado que seus atos estão em conformidade com o ordenamento jurídico. “Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito (MEIRELLES, 1995, p. 83)”. A *moralidade* é um vetor amplo e aberto. Seu enquadramento provém mais facilmente do exame negativo, ou seja, do que é imoral. “Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada (MEDAUAR, 2002, p. 153)”. Por sua vez, as condutas tidas como ímprobas estão catalogadas na Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), de 02 de junho, em 03 tipos: atos que importem enriquecimento ilícito; atos que causem prejuízos à Administração; e atos que atentem contra os princípios da Administração Pública;

- g) **Publicidade**¹¹⁸: em complemento ao já desenvolvido no item 6.1., a licitação não será sigilosa, mas públicos e acessíveis os atos de seus procedimentos, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura (**princípio do sigilo da proposta**¹¹⁹). Por sua vez, constringendo temporariamente a publicidade, a Lei n.º 12.462/2011 decreta que serão sigilosos o orçamento estimado para contratação até o encerramento da licitação (§ 3.º do art. 6.º), as informações que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (*caput* do art. 15), e as propostas fechadas apresentadas pelos licitantes até a respectiva abertura (inc. II do art. 17). Por último, negar dolosamente publicidade a atos oficiais constitui violação à probidade administrativa¹²⁰;
- h) **Vinculação ao instrumento convocatório**¹²¹⁻¹²²: sua essência adere-se ao princípio da legalidade e da segurança jurídica: “o edital é a lei interna da licitação” (MEIRELLES, 1995, p. 250). Assim como o licitante está vinculado a sua proposta, a entidade adjudicante está aos termos do instrumento convocatório, não podendo ir além ou aquém do que nele estiver previsto, a qual detém ampla discricionariedade na sua elaboração, ficando amarrada ao

¹¹⁸ TCU – Acórdão do Plenário n.º 108/2007.

¹¹⁹ V. art. 3.º, § 3.º, da Lei n.º 8.666/1993.

¹²⁰ Art. 11.º, inc. IV, da Lei n.º 8.429/1992.

¹²¹ TCU – Acórdão do Plenário n.º 1.533/2006.

¹²² STJ – Recurso Especial REsp n.º 198.665/RJ.

conteúdo depois de publicado. Contudo, não denota a imutabilidade do instrumento convocatório, que, quando necessário, poderá ser retificado com a consequente abertura de prazo e, quando inviável, a respectiva anulação do certame;

- i) **Julgamento objetivo:** não pode a entidade adjudicante, no momento do julgamento e seleção da proposta, empregar critérios subjetivos e outros fatores não previstos no instrumento convocatório. Intenta repelir a discricionariedade no julgamento. Deve basear-se em critérios legais e objetivos. “Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 431). Contudo, os tipos de licitação que envolvem “técnica” permeiam-se de alguma subjetividade, face à qualificação técnica exigida, cujos fatores de valoração e respectivos pesos deverão estar objetivamente descritos no instrumento convocatório, a evitar, desta forma, arbitrariedade.

O parágrafo único do art. 4.º da Lei Geral de Licitações assenta o princípio do *procedimento formal*, já retratado no item 6.1; o § 8º do art. 22, o princípio da *tipicidade procedimental*.

A Lei Nacional n.º 12.462/2011, cita, além dos princípios acima citados, o da economicidade:

Consiste em considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54 e 55)

7. PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO

Embora variável em função do tipo de contrato, no que se refere aos contratos de compras públicas, a exigência de regulamentação específica dos respetivo procedimento de formação explica-se por razões de interesse público (seleção de contratantes fiáveis para colaborar com a Administração Pública), de carácter financeiro (seleção da proposta economicamente mais vantajosa) e também por razões ligadas ao respeito do princípio de igualdade de chances dos operadores económicos em aceder ao benefício económico decorrente

da atividade contratada. Estas razões determinam a previsão legal de procedimentos de seleção concorrencial que as entidades da Administração Pública ficam legalmente obrigadas a seguir. (GONÇALVES, 2015, p. 29)

7.1. Portugal

Os contratos cujos objetos abrangam prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado deverão se sujeitar a algum dos tipos de procedimentos difundidos no art. 16.º do CPCP.

Face à diversidade de contratos e seus objetos, inexistente um tipo único de procedimento a ser seguido para formação e celebração dos contratos. Neste sentido, a escolha do procedimento serve-se de cinco critérios: do *valor do contrato* (art. 17.º e ss.), *material* (art. 23.º e ss.), do *tipo do contrato* (art. 31.º e ss.), do *contrato misto* (art. 32.º) e da *entidade adjudicante* (art. 33.º).

Leciona Gonçalves (2016, p. 76): “na conceção que se adota, o procedimento de formação dos contratos constitui a série ou a sucessão de atos que concorrem para a formação, conclusão e a produção de uma plena eficácia jurídica de um contrato público”. Não é um ato isolado fruto do acaso.

O CPCP, no n.º 1 do art. 16.º, estabelece o princípio da *tipicidade procedimental*¹²³, em que prevê, de forma taxativa, 05 espécies:

- I. Ajuste Direto;
- II. Concurso Público;
- III. Concurso Limitado por Prévia Qualificação;
- IV. Procedimento de Negociação;
- V. Diálogo Concorrencial.

Há procedimentos que são conduzidos sob duas fases, sendo uma de qualificação e uma de apresentação da proposta, e outros em única, com a presença tão somente desta última. Enquadram-se nos bifásicos: Concurso Limitado por Prévia Qualificação, Procedimento de Negociação e Diálogo Concorrencial. Amoldam-se aos unifásicos: Ajuste Direto e Concurso Público.

¹²³ A DC n.º 2014/23/UE (contratos de concessão), ainda não transposta, em seu art. 30º, prevê o *princípio de liberdade de organização do procedimento de adjudicação*.

Ainda, podem tais procedimentos envolver uma etapa de negociação, sendo:

- a) Facultativa ao Ajuste Direto (art. 118.º a 120.º) e ao Concurso Público (art. 149.º a 151.º);
- b) Obrigatória no Procedimento de Negociação (art. 194.º, alínea ‘c’);
- c) Não prevista para o Concurso Limitado por Prévia Qualificação;
- d) Vedada no Diálogo Concorrencial (art. 204.º, n.º 2).

Acerca do leilão eletrônico:

- a) Admite-se no Concurso Público (art. 140.º a 145.º) e no Concurso Limitado por Prévia Qualificação (art. 164.º, n.º 1, alínea ‘p’);
- b) Não há previsão para o Ajuste Direto;
- c) Veda-se no Procedimento de Negociação (art. 195.º) e no Diálogo Concorrencial (art. 204.º, n.º 2).

Segundo classificação de Oliveira, M. e R. (2016, p. 27), os procedimentos podem ser de *adjudicação* e de *seleção*. Os primeiros comportam os suso citados. Os segundos, de triagem, caracterizam-se como instrumentais¹²⁴, e destinam-se a constituição de reservas de propostas ou de interessados: concursos de concepção (art. 219.º e ss.), sistemas de aquisição dinâmicos (art. 237.º e ss.), sistemas de qualificação (art. 245.º e ss.) e acordos quadros (art. 251.º e ss.).

7.1.1. Concurso Público

Tendo em vista a ausência de definição do Concurso Público pelo CPCP, seu conceito será emprestado do revogado RJEOP, no qual afirma que há tal procedimento “quando todas as entidades que se encontrem nas condições gerais estabelecidas por lei podem apresentar propostas”.

Já a DC n.º 2004/18/CE, na alínea ‘a’ do n.º 11 do art. 1.º, acentua que os Concursos Públicos são procedimentos em que qualquer operador econômico interessado pode apresentar uma proposta.

O Concurso Público, juntamente com o Limitado por Prévia Qualificação, são os únicos que estão presentes em todos os critérios de escolha do procedimento (do *valor do*

¹²⁴ São instrumentos objetivos, digamos assim, que precedem os posteriores procedimentos de contratação, preparando e facilitando o desenrolar e conclusão destes, definindo os elementos (ou alguns elementos) essenciais dos futuros contratos. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 35)

contrato, material, do tipo do contrato, do contrato misto, e da entidade adjudicante), exibindo, desta forma, uma faceta universal e generalista. Seu rito está detalhado nos art. 130.º a 154.º do CPCP.

O primado do concurso público sobre os restantes procedimentos legais de formação dos contratos administrativos não é exclusivamente da nossa legislação, nem é de implantação recente, antes pelo contrário, é, desde há muito, genericamente adotado nos países europeus. (SILVA, 2013, p. 95)

7.1.1.1. Concurso Público urgente

O CPCP, no art. 155.º, prevê a possibilidade de se adotar um concurso com uma tramitação mais célere em face de uma eventual urgência, cujo prazo mínimo para apresentação de propostas será de 24 horas, desde que:

- I. Trate-se de objetos de uso corrente;
- II. Respeitante a:
 - a) Locação de bens móveis;
 - b) Aquisição de bens móveis;
 - c) Aquisição de serviços.
- III. Cujo valor seja inferior a € 209 mil¹²⁵ ou, no caso do Estado, € 135 mil¹²⁵.
- IV. O critério de adjudicação seja o do preço mais baixo.

7.1.2. Concurso Limitado por Prévia Qualificação

Sem presença no CPCP da definição de Concurso Limitado por Prévia Qualificação, sua noção é obtida a partir da alínea ‘b’ do n.º 11 do art. 1.º da DC n.º 2004/18/CE, que estabelece como o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que só os operadores económicos convidados pela entidade adjudicante podem apresentar propostas.

Caracteriza-se por ser um procedimento aberto a qualquer interessado, os quais, numa primeira fase, apresentarão suas candidaturas e qualificações exigidas no programa, e, em atendendo aos requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou financeira, serão, numa fase posterior, convidados a apresentar propostas.

¹²⁵ Regulamento n.º 2015/2342/UE, de 15 de dezembro de 2015, que altera a DC n.º 2004/18/CE.

Desdobra-se nas seguintes fases:

- I. Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;
- II. Apresentação e análise das propostas e adjudicação.

Como afirmado no tópico 7.1.1, está contemplado em todos os critérios de escolha do procedimento (do *valor do contrato*, *material*, do *tipo do contrato*, do *contrato misto*, e da *entidade adjudicante*), e sua formalização está detalhada nos art. 162.º a 192.º do CPCP.

7.1.3. Procedimento de Negociação

O CPCP não conceitua o Procedimento de Negociação, mas tão somente especifica as restritas hipóteses em que poderá ser adotado. Sua formalização está detalhada nos art. 193.º a 203.º.

Está patenteado no critério (de escolha do procedimento) *material* e ausente no do *valor do contrato*, admitindo, desta forma, a celebração de contratos com qualquer valor. Subsidiariamente serve aos critérios do *tipo do contrato*, do *contrato misto*, e da *entidade adjudicante*.

Diferentemente do Diálogo Concorrencial, no Procedimento de Negociação as complexas questões técnicas já estão genericamente definidas pela entidade adjudicante, ficando em suspenso as demais condições, como a negociação financeira e a transferência de riscos.

É composto pelas seguintes fases:

- I. Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;
- II. Apresentação e análise das versões iniciais das propostas;
- III. Negociação das propostas;
- IV. Análise das versões finais das propostas e adjudicação.

[...] o procedimento de negociação é particularmente afeito ou àquelas situações em que as prestações que integram o objeto do contrato, no seu conteúdo ou circunstâncias, só estão genericamente definidas nas peças do procedimentos – quanto muito, a nível de “estudo prévio”, portanto –, não sabendo ainda a entidade adjudicante em que sentido deverão orientar-se as suas opções definitivas na matéria ou, então, em que ela não conhece ainda com relativa fiabilidade os dados que poderão influenciar a determinação do respectivo preço. (OLIVEIRA, M. e R., 2016, p. 725)

7.1.4. Diálogo Concorrencial

Fruto da transposição da DC n.º 2004/18/CE, seu art. 1.º, n.º 11, alínea ‘c’, descreve o Diálogo Concorrencial como o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.

Segue plasmado nos critérios (de escolha do procedimento) *material*, do *tipo do contrato* e do *contrato misto*, e ausente no do *valor do contrato* e no da *entidade adjudicante*. Seu rito está detalhado nos art. 204.º a 218.º do CPCP.

No Concurso Público e no Concurso Limitado por Prévia Qualificação a entidade adjudicante fornece o caderno de encargos por ela elaborado para que os eventuais concorrentes formulem suas propostas. Por sua vez, no Diálogo Concorrencial, o debate da solução técnica, jurídica ou financeira com os potenciais interessados é que permitirá a elaboração do projeto contratual.

Segundo Silva (2013, p. 123), este procedimento “[...] pode traduzir-se num ‘concurso em sociedade’, pois que os concorrentes são associados na elaboração do caderno de encargos e é apenas no fim deste diálogo que apresentam as suas propostas em pé de igualdade”.

Elege-se o Diálogo Concorrencial quando o contrato a celebrar, independentemente do seu objeto e do seu valor:

- I. Seja particularmente complexo, para cujo contrato seja objetivamente impossível definir:
 - a) A solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante; ou
 - b) Os meios técnicos¹²⁶ aptos a concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante; ou
 - c) Em termos suficientemente claros e precisos, a contratual estrutura:
 - Jurídica;
 - Financeira;

¹²⁶ V. art. 49.º, n.º 2, alíneas ‘c’ e ‘d’ do CPCP.

II. Impossibilite a adoção do Concurso Público ou do Concurso Limitado por Prévia Qualificação.

A impossibilidade objetiva não pode, em qualquer caso, resultar da carência efetiva de apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante, usando da diligência devida, possa dispor.

Revela-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.¹²⁷

No caso de serviços ou de produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores diferentes no mercado, não deverá ser utilizado o Procedimento de Negociação, nem o Diálogo Concorrencial.¹²⁸

7.1.5. Ajuste Direto

A única definição esboçada no CPCP refere-se ao Ajuste Direto (art. 112.º), segundo o qual é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar. “Trata-se de um fenómeno de desprocedimentalização da formação dos contratos públicos” (GONÇALVES, 2016, p. 182).

A escolha de tal procedimento está cercada pelos critérios (de escolha do procedimento) do *valor do contrato*, *material* e do *contrato misto*, servindo subsidiariamente aos critérios da *entidade adjudicante* e ao do *tipo de contrato*, ou seja, compreendido em todos.

Flexibilizando ainda mais, o CPCP, no art. 128.º, permite que a entidade adjudicante proceda a um Ajuste Direto simplificado – dispensando as já relativizadas formalidades (publicação e celebração do contrato), através da apresentação pela entidade convidada de uma fatura ou documento equivalente, desde que:

- a) O preço contratual seja igual ou inferior a € 5 mil;

¹²⁷ DC n.º 2014/24/UE, Considerando 42.

¹²⁸ DC n.º 2014/24/UE, Considerando 43.

- b) O contrato refira-se a:
 - b.1) Aquisição de bens móveis;
 - b.2) Locação de bens móveis;
 - b.3) Aquisição de serviços.

7.1.6. Concurso de Concepção

Apesar do Concurso de Concepção – art. 219.º a 236.º do CPCP – não ser classificado como um procedimento de adjudicação, far-se-á menção a este de triagem, uma vez que a lei brasileira o define como uma modalidade de licitação, sobrevivendo, portanto, razões para as devidas comparações.

Conhecido como “concurso de ideias”, o Concurso de Concepção é um instrumento procedimental especial que permite à entidade adjudicante selecionar um ou mais trabalhos de concepção, ao nível de programa prévio ou similar, designadamente nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia civil, ou do processamento de dados.

O Concurso de Concepção reveste a modalidade de Concurso Público e só pode ser adotada a modalidade de Concurso Limitado por Prévia Qualificação quando a natureza dos trabalhos exija a avaliação da capacidade técnica dos candidatos.

A identidade dos concorrentes autores dos trabalhos de concepção apresentados só pode ser conhecida e revelada depois de elaborado o relatório final do concurso, sendo atribuído um valor de prêmio de consagração aos selecionados.

A entidade adjudicante pode, posteriormente, e desde que tenha manifestado expressamente essa intenção no Termo de Referência, adquirir, por Ajuste Direto (alínea ‘g’ do n.º 1 do art. 27.º do CPCP), planos, projetos ou quaisquer criações conceituais que consistam na concretização ou no desenvolvimento do trabalho, ou trabalhos, que tenham sido selecionados no âmbito do concurso de concepção.

7.2. Brasil

Diferentemente do CPCP, a legislação brasileira não parte de capítulos com critérios de escolha do procedimento, os quais se encontram espalhados na própria Lei Geral de Licitações e nas demais afetas.

Até o advento Lei n.º 10.520/2002, somente a Lei n.º 8.666/1993 tratava das modalidades de licitação e, juntamente com a Dispensa de Licitação e Inexigibilidade de Licitação, definia os procedimentos de adjudicação que culminavam a formação dos contratos.

Entretanto, a Lei n.º 10.520/2002 trouxe a baila uma nova modalidade, denominada “Pregão”, pautada na eficiência e celeridade, condizente com os tempos modernos e necessidades do Poder Público. Na mesma pegada, propiciou a opção eletrônica.

Licitação é o gênero, cujas espécies são as “modalidades”: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Pregão, Leilão e Concurso. As duas últimas são modalidade especiais; as demais, comuns. Não são modalidades de licitação, porque, por óbvio, não há licitação: Dispensa de licitação e Inexigibilidade de licitação. Em síntese, todos são procedimentos de adjudicação de contratos.

A licitação é a regra e a Dispensa e Inexigibilidade suas exceções, as quais permitem a celebração de contratos prescindindo-se daquela. No caso da Dispensa de licitação, seu rol é exaustivo. Quando inviável a competição, instaura-se uma Inexigibilidade de licitação.

[...] a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 233).

Segundo Mello (2004, p. 497), “[...] a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica”. “A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44).

A licitação funda-se em duas finalidades: a seleção da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidades àqueles que pretendem contratar com a Administração.

Destarte, licitação é um procedimento administrativo, numa sucessão de fases e atos vinculantes ao Poder Público e aos licitantes, com vistas à celebração de um contrato ou à obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico, através da seleção da melhor proposta oferecida pelos interessados em igualdade de oportunidades e condições, com base em critérios previamente estabelecidos e conhecidos.

Com base no princípio da *tipicidade procedimental*, a Lei n.º 8.666/1993, no § 8º do art. 22, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das existentes.

Por fim, a negociação no Brasil só é permitida:

- a) Na modalidade Pregão;
- b) No Regime Diferenciado de Contratação – Lei n.º 12.462/2011;
- c) Nos procedimentos de adjudicação relacionados às SEM, EP, respectivas subsidiárias e controladas.

7.2.1. Concorrência

Concorrência, com base no § 1.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Ampara-se no *princípio da universalidade*, que garante plena participação a qualquer interessado.

É o procedimento mais solene e amplo previsto na Lei n.º 8.666/1993, por conseguinte, com o formalismo mais reforçado. Possui prazos de publicação mais extensos e dá-se, obrigatoriamente, em duas fases distintas: de habilitação e de propostas, cada uma com possibilidade de interposição de recursos.

Além de ser obrigatória¹²⁹ para licitações com valores acima aos determinados em lei – e facultativa¹³⁰ para os abaixo, a Concorrência também deverá ser adotada nos seguintes casos:

- a) Licitações internacionais¹³¹;
- b) Empreitada integral¹³²⁻¹³³;
- c) Registro de Preços¹³⁴;
- d) Alienação de bens imóveis¹³⁵, salvo quando afastada a contratação;
- e) Alienação de bens imóveis, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. Também permitido o Leilão;¹³⁶

¹²⁹ Art. 23, inc. I, alínea ‘c’, e inc. II, alínea ‘c’, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³⁰ Art. 23, § 4.º, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³¹ Art. 23, § 3.º, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³² Tal hipótese pode ser extraída da leitura do art. 21, § 2.º, I, ‘b’, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³³ V. art. 6.º, inc. VIII, alínea ‘e’, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³⁴ Art. 15, § 3.º, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993.

¹³⁵ V. nota 131.

¹³⁶ Art. 19 da Lei n.º 8.666/1993.

- f) Aquisição de bens imóveis¹³⁷. Também permitida a Dispensa¹³⁸ de licitação;
- g) Concessões de direito real de uso¹³⁹;
- h) Concessão de Serviços Públicos e de Obras Públicas¹⁴⁰;
- i) Concessões Especiais (Parcerias Público-Privadas)¹⁴¹;
- j) Gestão de Florestas Públicas¹⁴²;

A Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 114, prevê a possibilidade de se formular uma pré-qualificação¹⁴³ na Concorrência, sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

Nos moldes de uma Concorrência, na pré-qualificação os licitantes protocolam os documentos comprobatórios de capacidade técnica e, em momento posterior, são convocados a apresentar os demais bem como as propostas de preços aos objetos inicialmente previstos, com a distinção de inexistir publicidade desta a outros interessados.

7.2.2. Tomada de Preços

Procedimento situado entre a Concorrência e o Convite, de acordo com o § 2.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993, Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Este procedimento, inicialmente, não é aberto a qualquer interessado, como ocorre na Concorrência, mas àquele que seja previamente cadastrado¹⁴⁴ no ramo de atividade; se não o for, que satisfaça as condições exigidas no prazo estipulado, podendo a Administração exigir somente os documentos que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação.

O indeferimento pelo Poder Público do pedido de cadastramento equivalerá à inabilitação do licitante, a possibilitar a interposição de recurso frente à decisão desfavorável.

¹³⁷ V. nota 131.

¹³⁸ Art. 24, inc. X, da Lei n.º 8.666/1993, e art. 29, inc. V, da Lei n.º 13.303/2016.

¹³⁹ V. nota 131.

¹⁴⁰ Art. 2.º, inc. II, Lei n. 8.987/1995.

¹⁴¹ Art. 10.º, da Lei n.º 11.079/2004.

¹⁴² Art. 13, § 1.º, da Lei n.º 11.284/2006.

¹⁴³ V. art. 30 da Lei n.º 12.462/2011, e art. 64 da Lei n.º 13.303/2016.

¹⁴⁴ V. art. 34 da Lei n.º 8.666/1993.

A praxe é que a Tomada de Preços ocorra em uma única fase, mas não se impede que se dê em duas distintas, consoante § 4.º do art. 43 da Lei n.º 8.666/1993. Entretanto, duas fases vão de encontro ao espírito da Lei, que objetiva tornar esse procedimento mais célere em relação à Concorrência.

7.2.3. Convite

O Convite, unifásico, é a modalidade de licitação com maior simplicidade e celeridade, e menor prazo de publicidade. A Lei não exige, como ocorrem com as demais modalidades, publicação do aviso na imprensa oficial ou em jornais de grande circulação.

Não conta com um edital, mas sim com um instrumento convocatório denominado “Convite”. Neste procedimento já não se faz necessário o prévio cadastro como na Tomada de Preços, salvo a quem manifestar seu interesse em participar.

O § 3.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993 define Convite como:

Modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo Convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do Convite.

Tendo em vista a simplicidade deste procedimento, são reduzidos os prazos de publicidade, de saneamento quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, e de recurso.

“O convite é adequado quando o objeto a ser contratado é simples o suficiente para ser realizado por qualquer profissional de uma determinada área” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 201).

7.2.4. Pregão

A modalidade Pregão surgiu em 2002, fruto de uma lei específica, não retratada, desta forma, na Lei Geral de Licitações. Seu espírito ancora-se na celeridade, desburocratização, oralidade, eficiência e informatização.

Rompendo-se com os paradigmas até então vigentes, referida modalidade efetivamente inovou o cenário de contratações públicas no Brasil ao introduzir, para além da presencial, a possibilidade de adoção do Pregão eletrônico, em um ambiente de maior transparência, controle social, oportunidades comerciais e acesso a um universo maior de competidores.

Presta tal modalidade para aquisição de bens e contratação de serviços comuns cujos padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais de mercado, a ser conduzida por um pregoeiro com apoio de uma equipe.

Caracteriza-se pela inversão de fases: na mesma sessão, se possível, há a fase de propostas, disputa e classificação, e na sequência ingressa-se à fase de habilitação do detentor da melhor proposta – e não de todos os licitantes, como sucede com as demais modalidades.

Outro aspecto diz respeito ao critério de julgamento, que deverá ser o de “menor preço”, rejeitados, portanto, o de “técnica” e o de “técnica e preço”. Permite-se a contratação de objetos de qualquer valor, não havendo, deste modo, limites.

7.2.5. Leilão

Leilão, conforme § 5.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, para:

- a) Venda de bens móveis inservíveis para a Administração;
- b) Venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados;
- c) Venda de produtos penhorados¹⁴⁵;
- d) Alienação de bens imóveis;

¹⁴⁵ Termo correto “empenhados”.

Todo bem a ser leilado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação, cujo pagamento será à vista ou no percentual estabelecido no edital, nunca inferior a 5% (cinco por cento).

Após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do Leilão, o bem será imediatamente entregue ao arrematante, que se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido. Nos Leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista deverá ser feito em até vinte e quatro horas.

O Leilão pode ser confiado a um leiloeiro oficial, “que funciona como um auxiliar da comissão de licitação” (GASPARINI, 2001, p. 464) ou a servidor designado pela Administração, e seu edital deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará.

A Lei ainda dispensa a necessidade de habilitação do licitante, vez que não se compatibiliza com a natureza do procedimento, podendo, entretanto, a Administração certificar-se da sua capacidade em honrar o compromisso assumido quanto ao pagamento do preço.

7.2.6. Concurso

Concurso, consoante § 4.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital.

Outrossim, ressalvados os casos de Inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados¹⁴⁶ deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de Concurso¹⁴⁶, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

O Concurso deve ser precedido de regulamento próprio, que deverá indicar a qualificação exigida aos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do certame e os prêmios a serem concedidos.

O projeto ou serviço técnico especializado só será premiado caso o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a entidade possa utilizá-lo de acordo com o previsto no

¹⁴⁶ V. art. 13, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 8.666/1993.

regulamento de Concurso e, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a execução quando esta julgue conveniente.

Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

O julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não. “[...] os critérios de seleção nem sempre podem ser estritamente objetivos. A própria natureza artística ou técnica inviabiliza uma apreciação dessa ordem. Isso não autoriza, porém, seleção fundada em critérios desconhecidos” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 202).

7.2.7. Dispensa de licitação

Como o próprio termo afirma, a licitação é dispensável, ou seja, não se exige a realização de um certame competitivo. Contudo, não significa que seja desapegada de regras ou se traduza em um procedimento informal.

Pese embora tenham um processamento mais flexível e menos burocrático, as Dispensas de licitação devem observar os princípios que regem as contratações públicas, mesmo que, em certos momentos, atenuados. Conquanto inexista a obrigatoriedade de publicidade prévia, esta é exigida a posterior, ao fim do processo, como condição de eficácia dos atos.

Diferentemente do que ocorre com as outras modalidades, em que a documentação é relativizada da Concorrência para a Tomada de Preços e desta em face do Convite, a Dispensa nem sempre segue a mesma índole, porquanto há critérios materiais de escolha deste procedimento que implicarão na apresentação de todos os documentos como se dá na Concorrência.

O processo deve ser instruído com:

- a) Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- b) Razão da escolha do fornecedor ou executante;
- c) Justificativa do preço;

O rol previsto em lei para as Dispensas de licitação é exaustivo, permeado por critérios (de escolha do procedimento) *materiais*, do *valor do contrato* e do *tipo de contrato*, cujas hipóteses estão consagradas:

- a) Art. 24 da Lei n.º 8.666/1993;
- b) Art. 47-A da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação);
- c) Art. 29, da Lei n.º 13.303/2016 (EP, SEM, e suas subsidiárias e controladas).

Merece nota a distinção entre licitação Dispensada e Dispensável. Na primeira, não cabe apreciação e juízo de mérito pelo Poder Público, afastando-se o regime de formação¹⁴⁷ dos contratos. Na segunda, a que se refere este tópico, pode o Poder Público instaurar um processo de licitação, mas não se trata de um dever, cuja escolha advém de diversos motivos, *v.g.* custo econômico ou temporal da licitação, ausência de potencial benefício, destinação da contratação, etc.

Por fim, dispensar dolosamente e indevidamente o processo licitatório constitui crime tipificado no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993, como também ato de improbidade previsto no inc. VIII do art. 10.º da Lei n.º 8.429/1992.

7.2.8. Inexigibilidade de licitação

Juntamente com a Dispensa de licitação, a Inexigibilidade de licitação compõe o grupo das denominadas contratações diretas. Este procedimento de adjudicação decorre da inviabilidade de competição.

Não são taxativas as hipóteses em que se admitem a Inexigibilidade, logo, seu rol é meramente exemplificativo¹⁴⁸. Estão previstas:

- a) Art. 25 da Lei n.º 8.666/1993;
- b) Art. 47-A da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação);
- c) Art. 30, da Lei n.º 13.303/2016 (EP, SEM, e suas subsidiárias e controladas);

Pode-se instaurar um processo licitatório em alternativa à Dispensa de licitação, mas não há o dever. Já na Inexigibilidade de licitação, a entidade adjudicante não tem liberdade de escolha, ou melhor dizendo, não há escolha. Neste caso, a promoção de uma licitação não terá o condão de cumprir sua função de selecionar uma proposta dentre várias, vez que inadequada, inútil ou contraproducente à obtenção do resultado buscado.

¹⁴⁷ V. tópicos 3.2.1 e 3.2.2.

¹⁴⁸ TCU – Acórdão do Plenário n.º 298/2005.

A competição na Inexigibilidade é inviável pela inexistência de pluralidade de alternativas: ou de ofertantes ou de objetos, ou de ambas.

No primeiro traço, não haverá mais que um ofertante, motivo pelo qual não se promove uma licitação. Existirá somente um proponente a satisfazer a pretensão da entidade contratante.

No segundo aspecto, frente à singularidade do bem ou do serviço, a competição não terá minimamente sentido, não havendo aqui pluralidade de objetos, mesmo que exista mais de um proponente apto a executar satisfatoriamente o contrato. Não se deve confundir pluralidade com quantidade existente de objetos.

A singularidade do bem liga-se a sua incomum individualidade, quantitativa ou qualitativa, a satisfazer a pretensão da entidade adjudicante, que pode advir do fato de ser um dos raros/escassos exemplares (quantitativa) ou da excepcional particularidade (qualitativa).

Deve-se ter cautela com a suposição de que é inviável a competição ante as regras de propriedade imaterial. “Nada impede que um certo objeto, embora derivado de uma patente, seja produzido por diversos fabricantes. [...] o que gerará a possibilidade de competição entre eles”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 277).

Por sua vez, a singularidade do serviço associa-se a indiscutível individualidade de sua natureza científica, técnica ou artística. Contudo, o que se está em jogo não é um serviço homogêneo, cujo Poder Público possa objetivamente eleger o mais adequado a sua satisfação. Ao contrário, face à heterogeneidade do serviço, a lei confere o motivado exercício subjetivo de escolha.

Visualiza-se na Inexigibilidade um temperamento do princípio do julgamento objetivo, justamente pela ausência de competição. Ora, se há competição, critérios objetivos devem cercar e orientar as decisões do contratante, sob pena de violarem-se inúmeros princípios. Inexistente a competição, devidamente justificada deve estar a subjetividade da seleção.

Na Inexigibilidade, “é impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 273).

Por fim, inexigir dolosamente e indevidamente o processo licitatório constitui crime tipificado no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993, como também ato de improbidade previsto no inc. VIII do art. 10.º da Lei n.º 8.429/1992.

8. CONCLUSÃO

Dado os tópicos trabalhados, mister proceder a um segmentado exame conclusivo, a abordar cada sistema nos seus aspectos em que convergem e divergem, a fim de que o desenlace seja organizado.

8.1. Disciplina Normativa

I. O Brasil não conta com um código afeto às contratações públicas, e sim com uma miscelânea de leis, o que torna o trato da matéria demasiada ampla e difícil aos operadores do direito (membros do Poder Judiciário, Ministério Público, advogados, polícia, etc.), aos profissionais dos TC e das Controladorias, e, sobremaneira, aos licitantes e servidores dos respectivos setores de contratação nas esferas federal, estadual e municipal, como também aos estudiosos, acadêmicos, investigadores e a própria sociedade civil que, legitimados pela *res publica*, fiscalizam a adequada contratação e aplicação eficiente do erário. Logo, tendo em vista a importância da contratação pública, imprescindível a adoção de um código de contratos públicos, a sistematizar num único diploma todas as matérias relacionadas, tornando mais fácil e simples o trabalho e dia-a-dia de todas as partes envolvidas, garantindo, ao mesmo passo, maior segurança jurídica e confiança nos negócios pactuados pelo Estado brasileiro. Sobretudo, porque muitas matérias repetem-se mutuamente ou são comuns nas várias leis dispersas. Não se despreza o fato de que algum assunto possa escapar ao pretenso código, tendo paralelamente regulação em lei específica, as quais terão cariz residual e/ou complementar, justamente pelo fato da realidade sempre se mostrar mais rica que o plano abstrato.

II. Em outro prisma, o excesso normativo brasileiro reflete-se em incontáveis demandas judiciais, que, por força da previsão constitucional sobre licitações, possibilita que os litígios sejam estendidos até o Supremo Pretório brasileiro, o qual é convocado a pronunciar-se definitivamente sobre a questão em causa, sobrecarregando, também, a “máquina” judiciária.

III. O regime geral de contratação pública consubstanciada na Lei n.º 8.666/1993 e Lei n.º 13.303/2016 (SEM, EP, e respectivas subsidiárias), arrima-se, como no CPCP, no princípio de regulamentações separadas, planeado em dois regimes jurídicos que não se confundem: a) do procedimento de formação dos contratos; b) substantivo dos contratos. Na mesma trilha do CPCP, tais leis brasileiras admitem (por dedução e não por previsão expressa) a existência de um contrato orientado pelo primeiro sem a presença do segundo regime, havendo, desta forma, contratos sob a regência do direito privado. Já o inverso, a existência de um contrato administrativo sem observância ao regime de formação, em teoria, é possível.

IV. Não há na legislação brasileira regulamentação específica das contratações públicas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, como se dá em Portugal. A única normatização apartada repousa nas SEM e EP, quer prestadoras de serviços públicos, quer exploradoras de atividade econômica *stricto sensu*, independentemente do domínio da atividade exercida.

V. No que diz respeito a uma lei própria de contratação pública às EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas, a razão que impera na CRFB e, por conseguinte, na Lei n.º 13.303/2016, reside no fato de que para o êxito empresarial, sucesso econômico e eficiência, as EP e as SEM demandam um regime de contratação mais flexível e ágil, sob pena de verem seus negócios sucumbirem, vez que se sujeitam às regras do voraz mercado competitivo e/ou regulado. E não poderia ser diferente, pois restariam violadas e frustradas a competitividade e a eficiência caso observassem práticas rigorosas inaplicáveis aos seus concorrentes privados. Se não podem gozar de privilégios que não sejam extensíveis ao setor privado, igualmente não devem ser assoladas com desvantagens ou ônus não experimentados pelos seus concorrentes não públicos. Exemplificando, se o Banco do Brasil (SEM) intenta construir um prédio para abrigar uma agência, deverá instaurar um processo licitatório; se busca firmar contratos financeiros atrelados a sua finalidade empresarial, poderá desprezar a contratação pública.

VI. Em Portugal, os pactos resultantes do regime pré-contratual terão natureza ou privada ou pública. No Brasil, para além desses, também existe a natureza semi-pública (contratos administrativos atípicos).

VII. Por outro lado, pese embora a intenção portuguesa, o CPCP, segundo autorizada doutrina, apresenta-se tortuoso, com emprego de uma técnica legislativa aquém do que se

esperava. Seria mais precioso se o legislador luso partisse de uma codificação mais simples e lisa, e, com o passar do tempo e maturação, promovesse alterações enriquecedoras e pontuais, sobretudo porque, mais cedo ou mais tarde, tal ofício e oportunidade ser-lhe-ão impostos em razão da transposição de novas DC concernentes à contratação pública. Todavia, revolver o que outrora foi codificado revela-se desinteressante, mormente porque, depois de oito anos da publicação do CPCP, muitos treinamentos, entendimentos, e jurisprudências foram efetivados.

VIII. Do exposto, conclui-se que embora mais organizado a matéria de contratação pública em Portugal, o CPCP padece de uma técnica e expressão legislativas não tão apuradas; no Brasil a técnica e linguagem também revelam demasiados dissabores, e a dispersão da legislação torna o manejo da contratação pública imensamente confuso e onerante.

8.2. Inaplicabilidade do Regime de Formação dos Contratos

I. A primeira nota que se registra é que tanto Portugal como Brasil não determinam o conceito de “contratação pública”, o qual se extrai mediante uma interpretação lógica e sistêmica da legislação, devendo-se conjugar o âmbito objetivo com o subjetivo. Inferir que contratação pública é um contrato celebrado em face de certo objeto não reconduz a sua definição, da mesma forma insuficiente se mostra reportá-la ao ajuste celebrado pelas entidades adjudicantes. Para ter-se um alcance minimamente plausível há de se considerar estas duas dimensões, ou seja, quem são as entidades adjudicantes e quais objetos estão contemplados. Por outro lado, a não aplicação do regime de contratação pública pode derivar de razões ligadas ou ao objeto ou ao sujeito ou a ambos.

II. Nem todos os “contratos públicos” estão subordinados ao regime de formação do CPCP, justamente porque a carga que tal expressão carrega é muito ampla, devendo aparar-se certos contratos que se encaixem no estalão, posto que isoladamente tem extensão para além das “encomendas públicas”, mesmo quando todos, de antemão, saibam que o diploma legal está primacialmente voltado para estas. Destarte, retirou do seu jugo contratos que se ajustam a referida expressão, pois não bastava prescrever quais objetos estavam insertos no seu escopo para se firmar um entendimento do seu âmbito. O CPCP vai além, recolhendo da sua esfera situações que independem do objeto, como ocorre com a contratação *in house*.

Em suma, o regime pré-contratual aplica-se aos contratos não excluídos pelo Código ou cuja contratação não seja afastada.

III. A legislação brasileira não declara expressamente que o regime de contratação pública se aplica aos contratos públicos, nem mesmo alude a “públicos”. Relata que certos objetos deverão ser precedidos de procedimentos (licitatórios ou não) quando contratados com terceiros. Circunscreve os contratos àqueles objetos que menciona, quando na realidade, aquele rol é meramente exemplificativo, podendo, em teoria, existir outros. De outra sorte, a remoção de certos contratos do regime pré-contratual realiza-se de forma pontual através de diversas leis afetas à matéria, quer em razão do objeto, quer em face do sujeito, *e.g.* Consórcios Públicos, ou de ambos. Nos casos dos tópicos 3.2.1 e 3.2.2, a legislação brasileira trata da inaplicabilidade do regime de formação utilizando-se da expressão “dispensada a licitação”, como se “licitação” reconduzisse ao único sentido de “contratação pública”, de “procedimentos pré-contratuais” ou de “regime de formação dos contratos”. Não se trata de promover ou não um procedimento competitivo (licitação), mas sim de se refutar o próprio regime pré-contratual, que compreende os contratos celebrados através de licitação e por meio de ajustes diretos. Assim, deve-se ler “dispensada a licitação” como “não se aplica o regime de contratação pública”, entendendo-se “contratação pública” como “certos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes mediante ajuste direto ou adoção de alguma modalidade de licitação”. Exemplificando e sendo mais claro, inconcebível sujeitar ao regime de contratação pública a venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública em virtude de suas finalidades, ou ainda a venda de ações negociadas em bolsa.

8.2.1. Portugal

8.2.1.1. Contratação excluída

I. Não obstante possam existir contratos *in house* (n.º 2 do art. 5.º do CPCP) no Brasil, a legislação de contratação pública é omissa quanto aos requisitos para sua caracterização e consequente exoneração do regime de formação. Logo, nos exatos moldes arquitetados pelo Código português, não há paralelo com a legislação brasileira. Quando comparados, podem se verificar nesses contratos firmados “quase que consigo” singelas aproximações quando ignorados os requisitos estabelecidos no CPCP, que estarão ou parcialmente (e implicitamente) presentes ou totalmente ausentes. Ademais, os contratos *in house* no Brasil

ora repelem a contratação pública, ora atraem o regime de formação¹⁴⁹, distanciando-se ainda mais do modelo português.

II. Quanto ao n.º 4 do art. 5.º do CPCP, no Brasil, como sucede em Portugal, afasta-se o regime de contratação:

- a) A alínea ‘b’: no que concerne à alienação, tem parcial correspondência com a alínea ‘e’ do item II do tópico 3.2.1 (p. 27);
- b) A alínea ‘d’: tem frágil correspondência, uma vez que a legislação brasileira somente faz alusão expressa às hipóteses que envolvam as SEM e EP, e não menciona “exclusividade”, consoante se observa na alínea ‘b’ do tópico 3.2.3 (p. 28);
- c) Alínea ‘e’: tem parcial correspondência com a alínea ‘d’ do item II do tópico 3.2.1 (p. 27);
- d) Alínea ‘g’: tem precária correspondência com a perspectiva brasileira. O art. 123 da Lei n.º 8.666/1993 declara que, em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta lei, na forma de regulamentação específica.

III. Não foram citadas as demais hipóteses previstas no texto legal das alíneas abordadas no item II acima, porquanto no Brasil:

- a) Não há previsão legal quanto à inaplicabilidade do regime pré-contratual; ou
- b) Há previsão legal determinando a aplicação do regime de contratação pública.

IV. As demais alíneas do n.º 4 do art. 5.º não reportadas no item II recaem na mesma situação do item III supra.

V. A alínea ‘c’ do n.º 4 do art. 5.º não tem previsão legal. Poderá ou não ser aplicado o regime de formação. Não incide o regime, por exemplo, no caso de um subsídio agrícola ou subsídio a vítimas de enchentes. Em outro sentido, aplica-se o regime no caso de “chamamento público”, formalizado por Inexigibilidade de licitação, tendo como exemplo subsídios a certas instituições que preencham os requisitos do edital.

VI. Em razão de não existir no Brasil regulamentação específica às entidades do setor especial português, não há, desta forma, paralelo com o CPCP.

¹⁴⁹ V. art. 24, inc. VIII, XVI e XXXIV, da Lei n.º 8.666/1993.

8.2.1.2. Contratos excluídos

I. Quanto ao n.º 1 do art. 4.º do CPCP, em relação à legislação brasileira de contratação pública:

- a) A alínea ‘a’: não encontra correspondência. Entretanto, com próxima redação legal e diversamente do que ocorre em Portugal, no Brasil aplica-se o regime de contratação para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público¹⁵⁰;
- b) A alínea ‘b’: não tem previsão legal¹⁵¹;
- c) A alínea ‘c’: com as necessárias adaptações e destoando de Portugal, manda aplicar o procedimento de contratação, consoante § 5.º¹⁵² do art. 42 da Lei n.º 8.666/1993.

II. Quanto ao n.º 2 do art. 4.º, em relação à legislação brasileira de contratação pública:

- a) A alínea ‘a’: não tem previsão legal, embora à situação aventada refuta-se o regime de contratação pública;
- b) A alínea ‘b’: não tem previsão legal. A única menção à doação consta na alínea ‘a’ do item II do tópico 3.2.1 (p. 27), sem se referir às entidades adjudicantes, diversamente do que sobrevém com as outras hipóteses legais, em que há expressa remissão. Logo, infere-se que as entidades adjudicantes não são destinatárias deste preceito legal brasileiro, embora à situação ilustrada repele-se o regime de formação dos contratos.
- c) A alínea ‘c’:

¹⁵⁰ Art. 24, inc. XIV, da Lei n.º 8.666/1993.

¹⁵¹ V. art. 24, inc. XVIII e XXIX, da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação do regime de formação dos contratos.

¹⁵² *Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.*

- c.1) Em se tratando de compra, rege o regime pré-contratual, conforme se observa no tópico 5.2 (p. 52);
 - c.2) Em se tratando de venda, tem parcial correspondência com as alíneas ‘d’ ‘e’, ‘f’, ‘h’, ‘i’ e ‘j’ do item I do tópico 3.2.1 (p. 26 e 27), rechaçando-se, deste modo, o regime de contratação pública. Fora destas, impõe-se a contratação em qualquer outra situação, conforme se observa no tópico 5.2 (p. 52);
 - c.3) Em se tratando de doação, parcial correspondência com as alíneas ‘b’ (p. 26) e ‘k’ (p. 27) do item I do tópico 3.2.1, rejeitando-se, deste modo, o regime de formação dos contratos. Caso a doação citada na alínea ‘b.2’ não se revista de interesse público, deverá ser precedida de licitação, aplicando-se, desta forma, o regime;
 - c.4) Em se tratando de permuta, correspondência com a alínea ‘c’ do item I do tópico 3.2.1 (p. 26) renunciando-se, deste modo, ao regime pré-contratual;
 - c.5) Em se tratando de arrendamento, incorre-se no regime de contratação pública, consoante tópico 5.2 (p. 52).
- d) A alínea ‘d’ não tem previsão legal.

8.2.2. Brasil

I. Como se constata, pelo fato da RFB não contar com um código de contratos públicos, as hipóteses que dão azo à inaplicabilidade do regime de formação encontram-se dispersas pela legislação brasileira afeta às contratações públicas. Ademais, não distinguem “contratação excluída” de “contratos excluídos”, mas trata tudo como inaplicabilidade do regime de contratação pública.

II. Apreciado o tópico 3.2.1 (p. 26 a 28), conclui-se que as alíneas ‘a’ e ‘g’ do item I, e ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘f’ do item II, não tem previsão no CPCP.

III. As demais hipóteses listadas nos tópicos 3.2.2 (p. 28) e 3.2.3 (p. 28) já foram comparadas por reflexão no tópico 8.2.1.

8.3. Âmbito Subjetivo

I. Preliminarmente, imprescindível explanar sobre a forma de Estado de Portugal e Brasil. Em Portugal o Estado é unitário; no Brasil é federativo. Isso proporciona contornos

distintos a cada, especialmente na centralização e descentralização política e administrativa. Na política, a distinção mais notória ocorre na composição do Estado: enquanto Portugal tem uma única figura política – o Estado, o Brasil tem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Na Administrativa, em Portugal o Estado é, na figura do Governo, a Administração Pública superior; no Brasil, não há esta preponderância da União em relação aos demais integrantes regionais e locais, cada qual com seu próprio chefe de governo. Sem prejuízos das inúmeras diferenças, o aspecto que mais se destaca atrela-se ao Município. Em Portugal, os Municípios não são entes políticos – visto que só há o Estado, mas espécie de Autarquia, a qual se abriga no plano administrativo. Por seu turno, no Brasil os Municípios são entes políticos, os quais não fazem parte da organização administrativa do poder central ou regional. Entes da Federação (inclusive os Municípios) descentralizam-se, caso queiram, em Autarquias, que compõem a Administração Indireta. Logo, pese embora a semelhança dos termos “Autarquia” (que significa “governo autônomo”) em Portugal e Brasil, e que ambas possuem receitas e patrimônios próprios, autonomia financeira e administrativa, e finalidades específicas, não há que se confundir. Em Portugal, as Autarquias Locais são os Municípios e Freguesias, enquanto no Brasil é entidade integrante da Administração indireta dos Municípios e demais entes federativos.

II. A aplicação de um regime público de formação dos contratos públicos – consubstanciado na adoção de procedimentos pré-contratuais – a Portugal e Brasil não produz maiores debates ou controvérsias, especialmente pelo fato de se constituírem como Repúblicas e Estados democráticos, traços que não só fundamentam a aplicação de um sistema de contratação, mas que também se impõem. Com efeito, não há qualquer incerteza que um regime de contratação pública deva imperar ao Setor Público Clássico, a contemplar a Administração direta e a indireta. Questionamentos podem advir da obrigação deste regime às EP e SEM, mormente quando satisfaçam necessidades de caráter industrial ou comercial. Outrossim, suscitar dúvidas quando em campo entidades que não integram a Administração Pública, mas que de alguma forma com esta cooperam ou colaboram.

III. No aspecto subjetivo, o CPCP contém uma técnica adequada para o tratamento das entidades que devam submeter-se ao regime de contratação pública. Separa o âmbito de aplicação em três segmentos: Setor Público Tradicional, Organismos de Direito Público e entidades do setor especial. Quanto ao primeiro, determina os entes adjudicantes com base nas pessoas coletivas de direito público, logo, dotadas de personalidade jurídica,

independentemente do órgão adjudicante. No que tange aos segundos, adota uma regra que compreende qualquer pessoa coletiva que atenda os requisitos fixados, não importando a natureza pública ou privada dos enlaçados, criando, desta forma, maior segurança jurídica e previsibilidade, deixando, por conseguinte, pouca margem para que o reconhecimento dê-se via tribunal. Acerca dos terceiros, não obstante seja uma caracterização fruto das DC que acolhem como especiais os setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, reconhece-se, de igual forma, objetividade no esquadro.

IV. A RFB por seu lado concebe uma técnica que enfatiza os órgãos adjudicantes, olvidando-se da que recai sobre quem detém personalidade jurídica, ou seja, as entidades adjudicantes. Com efeito, de forma mais trabalhosa e inversa, lista os órgãos que considera adjudicantes, a proporcionar, deste modo, que algum eventualmente lhe escape, cuja dúvida será dirimida por algum tribunal, quando tal papel deveria ser, *ab initio*, do legislador e não de interpretação. Em outro passo, se encetasse uma técnica objetiva semelhante à preconizada pelo CPCP, reduzir-se-iam os vazios legais e os debates travados em diversos tribunais brasileiros, como se deu com o Sistema ‘S’, cuja obrigação de regulamentar sua contratação proveio de uma decisão do TCU. O emaranhado de leis sobre contratação pública torna cansativo o exame de quem está obrigado a contratar sob um regime público. A terminologia “Organismos de Direito Público” foi cunhada pelas DC e seguida pelo CPCP, logo, sem paralelo legal na legislação brasileira. Percebe-se que muitas das entidades listadas nos tópicos 4.2.1.2 e 4.2.1.3 plenamente enquadrar-se-iam como referidos organismos, atendendo virtualmente a todos os requisitos estipulados na alínea ‘a’ do n.º 2 do art. 2.º deste diploma. Entretanto, se implantada esta regra do CPCP no Brasil, algumas EP e SEM exploradoras de atividade econômica *stricto sensu*, como exemplo, o Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, já não se qualificariam como entes adjudicantes nos termos esculpidos por este diploma, justamente pela faceta comercial que ostentam, não obstante estas duas instituições financeiras sejam, sob o espectro brasileiro, entidades adjudicantes no que concernem as suas atividades-meio.

V. Independentemente se explorem atividade econômica *stricto sensu* ou serviços públicos, ou se atendem ou não necessidades de interesse geral, ou se estas revestem ou não caráter industrial/comercial, ou se atuem ou não nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, no Brasil todas as EP e SEM, respectivas subsidiárias e controladas, qualificam-se como entidades adjudicantes, exceto quando em causa objetos

vinculados as suas atividades-fim ou nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades definidas e específicas de negócio. Em outro sentido, em Portugal o CPCP aplica-se às entidades que satisfaçam necessidades de interesse geral sem caráter comercial/industrial, salvo quando se tratarem de entidades do setor especial, sendo tais aspectos irrelevantes. Ou seja, a legislação brasileira dedicada às **EP** e **SEM**:

- a) Quanto aos Organismos de Direito Público, desassemelha-se ao CPCP, porquanto estes deverão satisfazer necessidades de interesse geral (e) sem caráter comercial/industrial para que haja incidência deste diploma, enquanto no Brasil tais traços àquelas prescindem, cujo regime de contratação compreenderá muitas outras empresas/sociedades brasileiras fora desse contexto;
- b) Quanto às entidades dos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais:
 - b.1) Assemelha-se ao CPCP, porquanto a estas é irrelevante o atendimento ou não de necessidades de interesse geral, tenham ou não caráter comercial/industrial;
 - b.2) Desassemelha-se ao CPCP, em razão de ser desprezível:
 - b.2.1) No Brasil o setor de atividade, seja ou não especial;
 - b.2.2) Em Portugal o fato de o objeto estar ou não vinculado a atividade-fim destas.

VI. No que concerne à extensão do âmbito subjetivo do CPCP, no Brasil:

- a) As entidades com contratos subsidiados:
 - a.1) Não têm obrigação de adotar procedimentos pré-contatuais, salvo se imposta, através de um Decreto, pelo ente concedente;
 - a.2) Se editado um Decreto, pode ou não compreender objetos para além dos mencionados pelo CPCP.
- b) As concessionárias de obras públicas não se caracterizam como entidades adjudicantes, salvo se EP ou SEM;
- c) Entidades que não sejam adjudicantes, mas beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de atividades de serviço público, não se qualificam necessariamente como adjudicantes.

- VII.** No que diz respeito à extensão do âmbito subjetivo brasileiro, em Portugal:
- a) OS e OSCIP: seriam adjudicantes somente se seus contratos:
 - a.1) Fossem subsidiados em mais de 50%;
 - a.2) Referissem a:
 - a.2.1) Empreitada de obras públicas com valor igual ou superior a € 5.225.000,00; ou
 - a.2.2) Serviço relacionado à empreitada, com valor igual ou superior a € 209 mil.
 - b) SSA: seriam adjudicantes, caracterizados como Organismos de Direito Público.
- VIII.** Logo, do exame do item VII constatasse que em Portugal:
- a) As OS e OSCIPS brasileiras teriam um relaxamento do(s):
 - a.1) Objetos sujeitos a um regime pré-contratual;
 - a.2) *Quantum* subsidiado para, então, enquadrar-se como adjudicante, posto que no Brasil basta o repasse de qualquer valor pelo ente político.
 - b) SSA: estariam submissos ao CPCP, deste modo, sujeitos a lei *stricto sensu*, diversamente do que ocorre no Brasil, em que tais entes editam um regulamento próprio de contratação,
- IX.** Por fim, convergem as legislações de contratação pública no sentido de abstrair-se da natureza pública ou privada das entidades para se qualificarem como adjudicantes.

8.4. Âmbito Objetivo

I. Excepcionados os integrantes do setor especial de Portugal, é possível extrair um âmbito objetivo comum a todas as entidades adjudicantes brasileiras e portuguesas. Salvo as nuances na conceituação dada por cada legislação, bem assim a sua extensão, reconhece-se que o regime de formação dos contratos compreende os seguintes objetos:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação bens móveis;
- e) Aquisição de bens móveis;
- f) Prestação de serviços;

II. Ausentes do tronco comum estão os contratos abaixo relacionados, os quais se enquadram ou não no âmbito objetivo de Portugal e do Brasil, vejamos:

a) Sociedade:

a.1) Em Portugal:

a.1.1) É objeto das Pessoas Coletivas de Direito Público, sendo excepcionalmente excluída a contratação caso o capital social se destine a ser detido exclusivamente por estas, segundo alínea ‘d’ do n.º 4 do art. 5.º do CPCP;

a.1.2) Não é objeto dos Organismos de Direito Público;

a.2) No Brasil: não há previsão legal, admitindo-se, em teoria, como objeto uma vez que o rol é meramente exemplificativo, exceto às SEM, EP, suas subsidiárias e controladas, cuja contratação é afastada, consoante examinado na alínea ‘b’ do tópico 3.2.3 (p. 28);

b) Alienação de bens móveis:

b.1) Em Portugal: excepcionalmente é sujeita ao regime de formação dos contratos quando se trate de uma obrigação da entidade e o adquirente também seja caracterizado como adjudicante, de acordo com a parte final da alínea ‘b’ do n.º 4 do art. 5.º do CPCP;

b.2) No Brasil: é objeto do regime pré-contratual, exceto quando se tratar das hipóteses listadas no item II do tópico 3.2.1 (p. 27);

c) Alienação de bens imóveis:

c.1) Em Portugal: todos os contratos são excluídos do âmbito do CPCP, conforme alínea ‘c’ do n.º 2 do art. 4.º;

c.2) No Brasil: é objeto de contratação pública, exceto quando se tratar das hipóteses do item I do tópico 3.2.1 (p. 26 e 27);

d) Aquisição de bens imóveis:

d.1) Em Portugal: todos os contratos são excluídos do âmbito do CPCP, com base na alínea ‘c’ do n.º 2 do art. 4.º;

d.2) No Brasil: é objeto do regime de formação;

e) Locação de bens imóveis:

e.1) Em Portugal: todos os contratos são excluídos do âmbito do CPCP, segundo alínea ‘c’ do n.º 2 do art. 4.º;

e.2) No Brasil: é objeto do regime de formação;

f) Concessão de direito real de uso:

f.1) Em Portugal: todos os contratos são excluídos do âmbito do CPCP, consoante alínea ‘c’ do n.º 2 do art. 4.º;

f.2) No Brasil: é objeto do regime de formação;

III. Com as ressalvas do item II suso, no que se refere às Pessoas Coletivas de Direito Público portuguesas e aos entes adjudicantes brasileiros, ainda há outros objetos sob a abrangência objetiva, vez que são exemplificativos o rol do art. 16.º do CPCP e da legislação brasileira, os quais admitem outros que não os expressamente mencionados.

IV. Por seu lado, em Portugal os Organismos de Direito Público tem o rol restrito aos objetos indicados no item I acima, sendo, desta forma, taxativa suas hipóteses, não comportando nenhum outro senão aqueles.

V. De outra sorte, as entidades adjudicantes do setor especial estão sob o influxo de um âmbito objetivo peculiar, cujo rol compreende os objetos aludidos no item I acima (com temperamentos) e também outros cujos contratos foram excluídos (alínea ‘d’ do n.º 2 do art. 4.º) ou afastada a contratação (parte final da alínea ‘e’ do n.º 4 do art. 5.º) às outras entidades.

VI. No que concerne às EP e SEM brasileiras, respectivas subsidiárias e controladas, com exceção das Concessões e Permissões, terão os mesmos objetos anotados no item I, os quais somente farão parte do âmbito objetivo desde que se refiram a atividades-meio, ou, *a contrario sensu*, desde que não seja inaplicado o regime de formação conforme explicitado no tópico 3.2.3.

VII. Por derradeiro, na dimensão dos “atos administrativos substitutivos de contratos públicos”, a legislação brasileira é omissa quanto a tal possibilidade, motivo pelo qual não se promove qualquer comparação.

8.5. Princípios

I. Preliminarmente, convém consignar que há outros princípios que se aplicam ao regime de formação dos contratos públicos, apesar de não expressamente arrolados pelo CPCP ou pela legislação brasileira. Não obstante os operadores do direito saibam sem hesitar que à contratação pública incidem os princípios regentes da Administração Pública, outros personagens envolvidos podem ignorá-los. Poderia o CPCP prever expressamente mais princípios do que os listados, já que, por meio deste diploma, construiu todo o corpo

normativo afeto a essa disciplina. Não se insinua que há dúvida ou um ambiente lacunoso, mas ao revés, que a explicitação emergiria, com clareza, os pilares da contratação pública. Nas regras predominam a lógica do “tudo ou nada” e da subsunção, e não da harmonização e da ponderação como se verificam com os princípios, motivo pelo qual o CPCP deveria ter aludido – ou repetido – a muitos outros.

II. Do exame dos princípios que sustentam a contratação pública, pode-se identificar uma simbiose entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, esquematizados da seguinte forma:

- a) Princípios **expressos** de contratação pública:
 - a.1) Comuns:
 - a.1.1) Igualdade;
 - a.1.2) Publicidade;
 - a.2) Intercambiáveis:
 - a.2.1) Procedentes de Portugal:
 - a.2.1.1) Concorrência;
 - a.2.1.2) Transparência;
 - a.2.1.3) Imparcialidade;
 - a.2.1.4) Proporcionalidade;
 - a.2.1.5) Boa-fé;
 - a.2.2) Procedentes do Brasil:
 - a.2.2.1) Seleção da proposta mais vantajosa;
 - a.2.2.2) Promoção do desenvolvimento nacional sustentável;
 - a.2.2.3) Legalidade;
 - a.2.2.4) Impessoalidade;
 - a.2.2.5) Moralidade e Probidade Administrativa;
 - a.2.2.6) Vinculação ao instrumento convocatório;
 - a.2.2.7) Julgamento objetivo;
- b) Implícitos (não mencionados nas alíneas acima):
 - b.1) Tipicidade procedimental;
 - b.2) Procedimento formal;
 - b.3) Estabilidade das regras do procedimento.
 - b.4) Sigilo/confidencialidade da proposta;

b.5) Economicidade.

III. Se o procedimento de contratação pública está ligado à ideia de autoridade do Estado, e, desde modo, em critérios jurídico-públicos, às entidades adjudicantes aplicam-se os princípios cardinais da Administração Pública, como já afirmado no item I acima. Com efeito, imperam, sem prejuízo de outros, os seguintes princípios às entidades adjudicantes e/ou aos procedimentos: prossecução do interesse público, autotutela, segurança jurídica, razoabilidade, boa administração, eficiência, responsabilidade e gratuidade.

8.6. Procedimentos de Adjudicação

I. Preliminarmente, convém salientar que a legislação brasileira de contratação pública não contém critérios sistematizados de escolha dos procedimentos como se passa com o CPCP, ao contrário, estão dispersos na própria Lei Geral de Licitações e nas outras afetas à matéria, o que dificulta imensamente a tarefa dos operadores.

II. Tanto em Portugal como no Brasil vigora o princípio da *tipicidade procedimental*. E não poderia ser diferente, sob pena de se desfigurar todo o sistema de contratação pública. Na verdade, pode-se até mesmo questionar se a tipicidade procedimental é uma regra ou um princípio. Ora, salvo melhor juízo, não se vislumbra qualquer situação em que o princípio em tela cederia em algum de seus aspectos a fim de harmonizar um eventual conflito, razão pela qual tem conteúdo de regra, da lógica do “tudo ou nada” e da subsunção, isto é, não respeitados os procedimentos arquitetados, patente ilegalidade haverá.

III. Adentrando-se ao exame dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, constata-se que convergem em certos aspectos, mas também se distanciam em outros. Não é pelo fato de alguns se aproximarem que serão integralmente idênticos, mas ao revés, esmiuçá-los revelará estrutura e tramitação inequivocamente assimétrica. E este não é o foco da presente investigação, sob pena de torná-la demasiadamente cansativa quando de arranque já se sabe que, ao final, os procedimentos semelhantes serão substancialmente distintos. Assim, o que se pretende comparar é se a mesma razão/espírito que habita em um reside no outro procedimento, proceder a um exame das respectivas linhas gerais, uma perspectiva macro e não microscópica.

IV. Neste sentido, verifica-se que:

- a) Assemelham-se:

- a.1) Concurso Público (Portugal) e Concurso Limitado por Prévia Qualificação (Portugal) com a Concorrência (Brasil);
- a.2) Ajuste Direto (Portugal) com a Dispensa de licitação e a Inexigibilidade de licitação (Brasil);
- a.3) Concurso de Concepção (Portugal) e Concurso (Brasil);
- b) Não são semelhantes: Concurso Limitado por Prévia Qualificação (Portugal) e Pré-qualificação em Concorrência (Brasil);
- c) São distintos:
 - c.1) Procedimento de Negociação (Portugal);
 - c.2) Diálogo Concorrencial (Portugal);
 - c.3) Tomada de Preços (Brasil);
 - c.4) Convite (Brasil);
 - c.5) Leilão (Brasil);
 - c.6) Pregão (Brasil).

V. No que concerne à alínea ‘a.1’ do **item IV** supra, constata-se que:

- a) Convergência:
 - a.1) São procedimentos de adjudicação universais, em que se admite a participação de qualquer interessado que atenda aos mínimos requisitos e condições estabelecidos no edital/caderno de encargos;
 - a.2) Critérios *materiais* sobrepõem-se a estes procedimentos, entretanto, por opções legislativas e particularidades nacionais, possuem hipóteses distintas;
 - a.3) Respeitada a alínea ‘a.2’ supra, critérios de *valor do contrato* incidem nestes procedimentos, os quais são obrigatórios para valores acima de certos patamares;
- b) Divergência:
 - b.1) No critério de *valor do contrato*, caso a contratação ultrapasse os valores fixados para os Ajustes Diretos, o Concurso Público e o Concurso Limitado são obrigatórios, vez que são as únicas modalidades previstas. Já a Concorrência é facultativa abaixo dos valores estabelecidos, visto que outras modalidades podem se encarregar da contratação. Ou seja, nos

casos em que couber o Convite, a Administração poderá utilizar a Tomada de Preços e, em qualquer caso, a Concorrência¹⁵³.

b.2) A Concorrência tem ínsita maior procedimentalização em relação às demais modalidades de licitação, isto é, quanto mais se caminha em direção a esta, maiores serão suas solenidades, formalidades, prazos, etc. Por seu turno, o Concurso Público e o Concurso Limitado não tem a mesma feição da Concorrência, mas a adoção do Ajuste Direto que resulta na desprocedimentalização da contratação;

b.3) A Concorrência comporta tanto o Concurso Limitado por Prévia Qualificação como o Concurso Público, porém este só dá em uma fase enquanto aqueles sempre em duas. Em Portugal, quando há necessidade de se proceder a uma qualificação prévia, elege-se o Concurso Limitado, enquanto no Brasil, a Concorrência será elaborada de modo que o próprio certame preveja a qualificação exigida. Em outros termos, a Concorrência será sempre bifásica, com uma fase de habilitação e uma fase de propostas, sendo que a esta só acedem aqueles que forem habilitados, quer o objeto exija uma qualificação, quer não imponha. Exemplificando, se o certame destinar-se a aquisição de vários veículos¹⁵⁴, só passarão a fase de propostas os licitantes que atendam à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e trabalhista, à qualificação econômica-financeira e ao disposto no inc. XXXIII¹⁵⁵ do art. 7.º da CRFB; se a licitação objetivar a contratação de uma empreitada de obras, deverão os concorrentes, para além da documentação retro aludida, preencher os requisitos de qualificação técnica, para, então habilitados, avançarem à fase de propostas.

VI. A alínea ‘a.2’ do **item IV** acima trata das contratações diretas em Portugal e Brasil. O Ajuste Direto compreende, com as devidas ressalvas, a Dispensa de licitação e a Inexigibilidade de licitação. Evidente que nem todas as hipóteses de Dispensa estão contempladas no Ajuste Direto e vice-versa, especialmente por traduzirem opções legislativas de cada Estado. Por seu lado, a Inexigibilidade de licitação pressupõe a

¹⁵³ Art. 23, § 4.º, da Lei n.º 8.666/1993.

¹⁵⁴ O que se admite somente para fins de argumentação, posto que o Pregão apresenta-se mais adequado a tal desiderato.

¹⁵⁵ Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

inviabilidade de competição, sendo, deste modo, um tipo procedimental aberto, diversamente do que sucede em Portugal, cuja alínea ‘e’ do n.º 1 do art. 24.º do CPCP apregoa que haverá tal inviabilidade quando a contratação só possa ser confiada a uma entidade determinada por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos. Ou seja, em Portugal mesmo que existam outras situações cuja competição seja inviável, caso não se adaptem ao preceito legal, não serão objeto de Ajuste Direto.

VII. A alínea ‘b’ do **item IV** suso retrata “procedimentos” que aparentemente parecem semelhantes, porém não são. A pré-qualificação é tão somente o deslocamento de uma parte da fase de habilitação da Concorrência – e não seu exaurimento, com a antecipação da qualificação técnica, ficando em aberto a habilitação jurídica, a regularidade fiscal e trabalhista, a qualificação econômica-financeira e o disposto no inc. XXXIII do art. 7.º da CRFB. Posteriormente, os participantes previamente qualificados apresentarão as demais documentações e, caso habilitados, convocados às propostas. Logo, não se refere a uma espécie de Concorrência ou de outra modalidade. Tampouco pode ser classificada como um procedimento de adjudicação, porque é apenas a Concorrência desmembrada em uma etapa prévia. Como detalhado na alínea ‘b.3’ do **item V**, a Concorrência abrange o Concurso Público e o Concurso Limitado por Prévia Qualificação. Se exigida qualificação técnica, esta pode se dar no âmbito da própria fase de habilitação ou ser antecipada nos moldes aqui examinados. Logo, a pré-qualificação brasileira não se assemelha ao Concurso Limitado, mormente pelo fato daquela não se caracterizar como um procedimento de adjudicação. Todavia, o Concurso Limitado se aproxima da Concorrência quando esta exija qualificação técnica.

VIII. No que tange à alínea ‘a.3’ do **item IV**, o Concurso de Concepção tem natureza unicamente instrumental, ou seja, não resulta diretamente na adjudicação de um contrato, enquanto o Concurso brasileiro caracteriza-se também, para além daquela, como um procedimento de adjudicação de contratos de prestação de serviço técnico profissional especializado. Logo, dentro da dimensão do “concurso de ideias”, ambos são instrumentais, motivo pelo qual convergem, respeitados, é claro, as respectivas estruturas e os fins a que se destinam. Entretanto, de outra sorte, somente a figura brasileira ostenta a natureza de procedimento de adjudicação, ponto em que se divorciam.

IX. As alíneas ‘c.1’ e ‘c.2’ do **item IV** não tem qualquer paralelo com a legislação brasileira.

X. As alíneas ‘c.3’ e ‘c.4’ do **item IV** não tem qualquer paralelo com o CPCP, tampouco com o Concurso Público e com o Concurso Limitado, posto que a Tomada de Preços e o Convite se subordinam, em regra, ao critério de valor do contrato, motivo pelo qual se notabilizam pela flexibilização/desburocratização das regras em relação à Concorrência. Ademais, enquanto a Concorrência condiciona a universalidade, a Tomada de Preços e o Convite têm participação relativamente limitada.

XI. A modalidade Leilão – alínea ‘c.5’ do **item IV**, em sua essência, não tem paralelo com o CPCP. Em Portugal, leilão (art. 140.º do CPCP) consiste num interativo processo eletrônico destinado a permitir aos concorrentes melhorar progressivamente os atributos das respetivas propostas, depois de avaliadas, obtendo-se a sua nova pontuação global através de um tratamento automático. Assim, o leilão português se assemelha precariamente ao procedimento de Pregão eletrônico, e ao modo de disputa aberto, previstos no § 1.º do art. 52 da Lei n.º 13.303/2016 e no inc. I do art. 17 da Lei 12.462/2011.

8.7. Conclusão Final

Contratar publicamente não é um simples ato, por mais simples que seja seu objeto. Compreende a extensão e intensidade das normas de diversas naturezas que se entrelaçam, v.g. constitucional, administrativa, civil, comercial, tributária, penal, etc.

Quando se expande a perspectiva e examina-se a legislação de contratação pública de outros Estados, conclui-se que esta atividade é muito mais complexa do que se presumia inicialmente. Embora apresentem muitíssimas semelhanças, mostram-se nos pequenos detalhes o quão divergentes podem ser.

Assim, não se pode fincar o entendimento de que o regime de contratação pública será substancialmente idêntico em Estados cuja República seja a forma de governo ou que tenham como influência e inspiração as mesmas escolas e fontes de direito.

Percebe-se o distanciamento da contratação pública através da análise das linhas gerais abordadas neste trabalho. Se se avançar ao prisma operacional, inviável será proceder a qualquer comparação, posto que os aspectos tangíveis já não serão tão frequentes.

Mesmo diante deste horizonte, podem se encontrar valorosas conciliações nos ordenamentos jurídicos. Entretanto, são nos aspectos inconciliáveis que repousarão as

preciosas e futuras reflexões, a estimular, sobremaneira, o aprofundamento das investigações e, sobretudo, desenvolver leis mais aptas a satisfazer as necessidades dos entes adjudicantes.

Os resultados obtidos através da comparação dos regimes de formação dos contratos públicos em Portugal e Brasil servirão para vocacionar os investigadores a explorarem qualquer dos tópicos abordados neste trabalho, prestando, assim, como o primeiro fio condutor de estudo.

A Universidade de Coimbra concentra a maior parcela de estudantes brasileiros em Portugal, que, munidos do presente estudo, poderão expandir o plano de investigação aqui tratado através de novos estudos. A continuidade da investigação neste campo proporcionará a maturação das linhas de pesquisa trabalhadas nesta dissertação e o surgimento de novas, cujas conclusões sempre serão úteis a criação e reformulação da legislação.

Por fim, a presente dissertação também se faz útil aos operadores económicos que pretendam celebrar contratos em Portugal ou no Brasil, pois poderão utilizar-se desta para compreenderem a estrutura e a lógica de contratação pública de um país em relação ao outro.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Lisboa, Almedina, 2012.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito Administrativo da Regulação - Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário de seu Nascimento*, Coimbra, 2006.

_____. *Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, Almedina, 2015, 2016.

GUIMARÃES, Edgar; FRANCO, Caroline da Rocha. *Controle das Políticas Públicas por meio das Licitações*, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 127-134.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*, São Paulo, Dialética, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009.

MARTINS, Licínio Lopes. *Separata de Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

_____. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público: em especial, o equilíbrio económico-financeiro*, Coimbra, Almedina, 2014.

_____. *Regimes Especiais de Contratação Pública*, Revista de Contratos Públicos, n.º 13, p. 211-246, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2004 e 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1995.

OLIVEIRA, Mário e Rodrigo Esteves de. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2016.

SILVA, Jorge Andrade da. *Código de Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Lisboa, Almedina, 2013.

SOUZA, Marcelo Rebelo de Souza. *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*. 1994. Lex. In: SILVA, Jorge Andrade da. *Código de Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Lisboa, Almedina, 2013.