

Data do recebimento: 5/07/2020

Data do aceite: 15/09/2020

ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PRINCIPAIS PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS ORDENAMENTOS

LUSO-BRAZILIAN ANALYSIS OF ADMINISTRATIVE
CONTRACTS: MAIN POINTS OF CONVERGENCE AND
DIVERGENCE BETWEEN ORDINATIONS

Pablo Francesco Rodrigues da Silva¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos históricos iniciais sobre o surgimento dos contratos administrativos; 2. Análise comparada luso-brasileira sobre os contratos administrativos; 2.1 Diferenciação entre as figuras jurídicas; 2.2 Elementos mínimos fundamentais dos contratos administrativos; 2.3 Prévio procedimento para a formação dos contratos administrativos; 2.4 O diálogo concorrencial português e o futuro diálogo competitivo brasileiro; 2.5 Análise comparada das prerrogativas dos contratos administrativos; 3. Conclusão; Referências

1 - Pós-Graduado em Direito Público pela Estácio. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto à UFRR. Procurador Federal. Atua na área de Direito Público.

RESUMO: O sistema de contratações públicas é um dos principais pilares do Direito Administrativo. A partir dele, de forma imparcial, isonômica e com espeque nas regras preestabelecidas pelo legislador, o Poder Público adquire bens e serviços para atender às necessidades coletivas na prestação de serviços públicos. É um sistema rico em particularidades e em constante evolução, refletindo elementos subjacentes que dão a tônica da relação estabelecida entre a Administração Pública e o particular contratado. Nessa linha, este artigo se propõe a realizar um cotejo entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o escopo de mostrar as principais convergências e divergências principiológicas. Para se chegar a esse fim, será utilizada como metodologia de investigação uma análise descritiva da doutrina e da legislação, percorrendo-se os principais aspectos do Código de Contratações de Portugal (CCP) e da Lei Geral de Licitações do Brasil, Lei Federal nº 8.666/1993.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Licitações. Código de Contratações Públicas. Contratos Administrativos. Procedimento de Formação dos Contratos Administrativos. Natureza Jurídica dos Contratos. Prerrogativas dos Contratos Administrativos.

ABSTRACT: The system of public contractions is one of the main pillars of Administrative Law. From it, in an impartial, isonomic way and with respect to the rules pre-established by the legislator, the Public Power provides to acquire goods and services to meet the collective needs in the provision of public services. It is a system rich in particularities and constantly evolving, reflecting underlying peculiarities that underline the relationship established between the Public Administration and the contracted private individual. Along this line, the purpose of this article will be to compare the Portuguese and Brazilian systems in order to show the main points of convergence and divergence. To achieve this, doctrine and legislation will be used as the research methodology, proceeding with a descriptive analysis of the main aspects of the Portuguese Contracting Code (CCP) and the General Bidding Law of Brazil, Federal Law nº 8.666/93.

KEYWORDS: General Bidding Law. Public Procurement Code. Administrative Contracts. Procedure for Forming Administrative Contracts. Legal Nature of Contracts. Prerogatives of Administrative Contracts.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretende-se realizar uma análise comparada luso-brasileira em relação aos contratos administrativos. Não é o propósito apontar qual o melhor ou o pior modelo de contratação, mas sim proceder a uma abordagem descritiva das diferenças, do contexto em que estão inseridas e dos pontos de convergência.

Nessa linha, cabe uma observação inicial, que servirá de norte no desenvolvimento do texto: o artigo não se debruçará sobre o gênero contratos públicos, dos quais são espécies comumente identificadas as modalidades contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública (ou semipúblicos). A proposta deste texto é apenas se debruçar sobre a modalidade contratos administrativos em sentido estrito, os quais refletem as características típicas da relação desenvolvida entre o Poder Público e o particular contratado.

Para tanto, serão analisados os aspectos históricos iniciais sobre o surgimento dos contratos administrativos. Em seguida, no desenvolvimento central do texto, por meio de uma análise descritiva da doutrina e da legislação, far-se-á uma abordagem comparada luso-brasileira sobre os contratos administrativos, apresentando-se os principais pontos de convergência e de divergência.

Dentro dessa descrição, será possível aduzir diferenças entre as figuras jurídicas relacionadas aos contratos, incluindo-se os elementos mínimos necessários e como se desenvolve o prévio procedimento para a formação dos contratos administrativos. Por fim, será exposta uma análise comparada sobre o diálogo concorrencial português e o futuro diálogo competitivo brasileiro, concluindo-se com uma investigação legislativa e doutrinária sobre o que realmente confere natureza especial aos contratos administrativos.

Como resultado dessa análise, pretende-se apontar as diferenças havidas entre contratos administrativos lusos e brasileiros, com a ressalva de que há muito mais semelhanças no sistema de contratação dos dois países, considerando-se que os ordenamentos possuem eixos estruturais que seguem a mesma sistemática.

No entanto, as diferenças não refletem a imprestabilidade de determinado diploma nem justificam críticas irrefletidas. Na verdade, as diferenças externadas entre os ordenamentos, e que serão delineadas a seguir, devem servir como ponto de partida para reflexão sobre os possíveis aperfeiçoamentos a se aplicar a determinada legislação, sem jamais ignorar as particularidades subjacentes.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS INICIAIS SOBRE O SURGIMENTO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Historicamente, a Administração² se relacionava com o particular de maneira impositiva, cumprindo o Direito Administrativo o papel de regular “relações intrinsecamente desigualitá-

2 - É interessante trazer um pouco da historicidade da Administração de Portugal, valendo-se das lições de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, que ensina: “No período medieval que estamos a considerar, a palavra Estado não tem cabimento rigoroso. Na verdade, a Idade Média mostrou-se avessa à ideia de Estado. Todavia, não se pode recusar a existência de um aparelho de poder e de uma organização administrativa e burocrática que o suportava. Em muitos aspectos era escassa e deveras incipiente, mas cumpria o que dela se esperava. Só neste sentido impróprio a história autorizará que utilizemos o termo Estado.” E continua o professor: “Neste quadro, cingia-se a administração aos limites estreitos do património privado do rei, cujo modelo inspirador se encontrava no clássico *bonus pater familias*. Zelava-se pela fazenda do monarca como, elementarmente, se providenciava acerca da segurança interna ou das relações externas que, no contrato traçado, muitas vezes não iam além de relações entre senhores feudais.” MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Edições Almedina, p. 182, 2017.

rias”.³ Nesse cenário, a Administração “[...] habilita-se a actuar, preferencialmente, pela via da autoridade e das decisões unilaterais (os actos administrativos)”.⁴

Em contraste com essa postura, apresentava-se a negociabilidade e o consenso entre as partes na figura da assinatura de um pacto bilateral, já há algum tempo presente na esfera privada, o contrato.⁵

No entanto, explica Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que a importação do modelo privado encontrou severas críticas, sobretudo de ordenamentos como o alemão e o italiano, tendo em vista a ideia da incompatibilidade da atuação da Administração com a ideia subjacente a um contrato, pelo fato de que o agir da Administração é orientado pela mutabilidade do interesse público, enquanto o contrato privado é regido pelo princípio contratual de que o objeto pactuado, necessariamente, deve ser observado pelos contraentes (*pacta sun servanda*).⁶

Passada essa fase preliminar de resistência, hodiernamente, os contratos, ao lado dos regulamentos e atos administrativos, ganharam outra conotação, sendo verdadeira expressão do exercício do poder administrativo. Além disso, ao ser enquadrado como uma forma de exercício do poder administrativo, explica Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que tal modo de agir “[...] deixa de definir unilateralmente a sua vontade, antes necessitando de chegar a acordo com os particulares com vista à constituição, modificação ou extinção de relações jurídico-administrativas”.⁷

Explica ainda Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que, conquanto a relação entre a Administração e o particular remonte à antiguidade, foi entre os séculos XIX e XX que os contratos administrativos ganharam expressividade.⁸ Nas palavras do professor português:

Impeliu-se a realização de grandes obras públicas, a construção de infra-estruturas (*v.g.*, estradas, pontes, caminhos de ferro, etc) e a exploração de serviços de carácter económico (iluminação pública, abastecimento de água, etc) – tudo cometimentos para os quais escasseavam na Administração os meios humanos, técnicos e financeiros, tornando-se, pois, imprescindível a colaboração do sector privado, materializada nos contratos de concessão.⁹

Com efeito, a procura do particular pelo Poder Público com o intuito de colaborar na realização de certas atividades não é uma novidade. Valendo-se das lições de Pedro Gonçalves, Diogo Freitas do Amaral aponta que se tornou comum a criação das *societas publicanorum*, as quais

3 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 238.

4 - *Ibidem*, loc. cit.

5 - *Ibidem*, loc. cit.

6 - *Ibidem*, loc. cit.

7 - *Ibidem*, p. 238-239.

8 - *Ibidem*, p. 239.

9 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 239.

possuíam forte capital econômico e político na época da República e nos primeiros tempos do Império, assumindo a feição de concessionárias da lavra de minas e cobrança de impostos.¹⁰

Na mesma toada, nos séculos XIX e XX, o Poder Público sentiu uma forte necessidade de aumentar a prestação de serviços criados em uma época de melhoria da própria sociedade, como transporte coletivo e energia elétrica, contudo, sem capital suficiente para tanto. A alternativa para a empreitada foi o desenvolvimento do contrato de concessão, “[...] por força do qual a construção e a exploração de obras públicas eram transferidas para empresários particulares.”¹¹

Inicialmente, esses vínculos formados entre o Poder Público e o particular foram tratados como contratos civis, atraindo a competência dos tribunais comuns. Todavia, as diversas transformações pelas quais a Europa estava passando no século XIX mudaram esse entendimento inicial, já que “[...] nem todos os contratos que a Administração celebra são da mesma natureza.”¹²

Para ilustrar essa situação, Diogo Freitas do Amaral traz o seguinte exemplo:

Em 1902, o Conselho de Estado Francês foi chamado a pronunciar-se sobre o litígio que opunha um município ao seu concessionário de uma rede de iluminação pública a gás: descoberta a eletricidade, a câmara municipal impôs ao concessionário que passasse do sistema de iluminação a gás (que constava do contrato de concessão) ao sistema da iluminação elétrica (não previsto no contrato, mas tornado possível pelo progresso técnico e exigido, desde logo, pela opinião pública). A câmara argumentava que o interesse público exigia o mais moderno sistema de iluminação; o concessionário contrapunha que só estava obrigado pelo contrato a assegurar o serviço público de iluminação a gás. O Conselho de Estado deu razão ao município, proclamando que este tinha o poder de modificar unilateralmente o conteúdo das prestações contratuais do contraente privado, desde que o interesse público assim o exigisse. A doutrina concluiu daí que, não sendo isso possível nos quadros do direito civil, o contrato de concessão não podia mais ser considerado como um *contrato civil*, antes devia passar a ser considerado como um *contrato administrativo* – isto é, como um contrato de natureza diferente e, por isso mesmo, sujeito a um diferente regime jurídico (igualdade das partes nos contratos civis *versus* supremacia da Administração sobre o contraente particular nos contratos administrativos, para garantir a satisfação do interesse coletivo).¹³

Em outro exemplo, o autor traz a seguinte narrativa:

Em 1910, novo caso foi submetido à jurisdição da mais instância do contencioso francês: o concessionário de transporte coletivo em «carros elétricos» foi obrigado, pelo município de uma cidade em expansão, a criar novas linhas de tráfego que o contrato não previa. A câmara argumentou que o interesse que o interesse público exigia a criação das novas linhas; o concessionário contra-argumentou que só estava obrigado a proporcionar as

10 - Gonçalves apud Amaral, 2018, p. 450.

11 - AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de **Direito Administrativo**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 450.

12 - Guesdes apud Amaral, 2018, p. 451.

13 - AMARAL, op. cit., p. 451.

linhas previstas no contrato. O Conselho de Estado deu razão ao município, reafirmando a existência do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações dos contratos administrativos pela Administração Pública.¹⁴

A partir dessa conjuntura, Amaral assevera que:

Assim nasceu em França, de onde se espalhou para vários outros países europeus **(especialmente, Portugal e Espanha) e também sul-americanos**, a teoria dos contratos administrativos, que passou a construir uma das traves mestras da parte geral do Direito Administrativo nos países onde vigora um sistema de administração executiva, ou do tipo francês.¹⁵ (grifo nosso)

2. ANÁLISE COMPARADA LUSO-BRASILEIRA SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Diferenciação entre as Figuras Jurídicas

No ordenamento português, o legislador teve a preocupação de esclarecer o que se entende por contratos administrativos. No Código do Procedimento Administrativo (CPA), Decreto-Lei n° 4/2015, o item 2 do art. 200¹⁶ assevera que são contratos administrativos os que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos (CCP), Decreto-Lei n° 18/2008, ou em legislação especial. Além disso, o CPA preceitua a aplicação de um regime especial previsto no CCP, identificado pelo art. 202 do CPA como *Regime Substantivo dos Contratos Públicos*.

Como se pode observar, toda a sistemática orquestrada para a formalização de um contrato administrativo no ordenamento português é feita atualmente pelo Código dos Contratos Públicos (CCP).

No ordenamento brasileiro, há um microsistema de contratações públicas, cujas linhas gerais são disciplinadas pela Lei Federal n° 8.666/93,¹⁷ diploma que estabelece regras e procedimentos aplicáveis a todos os entes, públicos e privados.

No entanto, antes de se passar a qualquer análise comparativa entre os ordenamentos, é importante anotar a diferenciação feita pelas doutrinas portuguesa e brasileira em relação às figuras jurídicas dos contratos administrativos.

Para Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, com espreque no item 1 do art. 200 do CPA, é possível identificar dois tipos de contratos públicos numa classificação ampla: os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração Pública.¹⁸

14 - AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 451.

15 - *Ibidem*, p. 452.

16 - PORTUGAL. **Decreto-lei n° 4, de 7 de Janeiro de 2015**. Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_auth=SyHaegM2. Acesso em: 03 jul. 2020.

17 - BRASIL. **Lei n° 8.666, 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

18 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. *Direito Administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 241.

Essas espécies são obra do legislador, já que os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado.¹⁹

Sistematizando o raciocínio, teríamos o seguinte quadro, sendo a nomenclatura contratos públicos o grande gênero que abarcaria as seguintes espécies:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO	CONTRATOS PÚBLICOS
<ul style="list-style-type: none"> - Previstos nos artigos 1, 3, 278 e ss do CCP; - Predominantemente regulados pelo direito administrativo; - O regime substantivo de execução consta da Parte III do CCP; - Em regra, estão sujeitos a um regime procedimental de formação específica, previsto na Parte II do CCP (regras públicas de contratação).²⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> - Encontram-se submetidos a um regime substantivo de direito privado; - Possibilidade de serem aplicadas as normas de direito administrativo e princípios gerais da atividade administrativa (art. 202, n° 2, do CPA); - Eventualmente, a aplicação do regime administrativo de formação (regras de contratação pública).²¹ 	<ul style="list-style-type: none"> - Espécie não qualificada como contratos administrativos, mas, por disposição legal, submetida aos regimes procedimentais de formação previstos na Parte II do CCP; - Segundo Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, esse regime está de acordo com as Diretivas da União Europeia.²²

A diferenciação é importante para a delimitação da abordagem, tendo em vista que não é o propósito deste artigo analisar de forma genérica propriamente os contratos públicos, mas sim, de forma específica, voltar a análise àqueles contratos tidos como típicos tanto pelo CCP como pela Lei Federal brasileira n° 8.666/93, enquadrados como contratos administrativos.

Para ficar a clara a diferenciação, Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida aponta que, de fato, é difícil entender a classificação que o legislador português quis dar aos contratos públicos no sentido *lato* do termo. Nesse sentido, eis o que vaticina o professor:

Daqui decorre, algo estranhamente, que pode haver contratos públicos que não são contratos administrativos e, inversamente, contratos administrativos que não são contratos públicos (no sentido do CCP).

Vejam os.

Certos contratos públicos não são contratos administrativos. Será o caso dos contratos celebrados pelos contraentes públicos (entidades adjudicantes da Administração Pública),

19 - PORTUGAL. **Decreto-lei n° 4, de 7 de Janeiro de 2015**. Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. Artigo 200: Espécies de contratos. 1 - Os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_p_auth=SyHaegM2. Acesso em: 03 jul. 2020.

20 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 241.

21 - Ibidem, p. 241-242.

22- Ibidem, loc. cit.

que, todavia, a lei ou as partes qualificam como contratos de direito privado ou que não são submetidos a um regime de direito privado. Trata-se, pois, de “contratos públicos de direito privado” (Pedro Gonçalves) (v.g., contratos de compra e venda, doação, permuta e arrendamento de bens imóveis, etc. – exemplos de Vieira de Andrade).

De outra banda – e talvez desafiando um pouco a lógica – há contratos administrativos que, em bom rigor, não são contratos públicos, no sentido que o Código atribui a esta expressão (“contratos administrativos não públicos”). Pense-se, v.g., naqueles que, por não originarem prestações sujeitas à concorrência de mercado (ao menos, potencialmente), se encontram fora da alçada das regras (procedimentais) da contratação pública, previstas na Parte II do CCP (v.g., alguns contratos sobre o exercício de funções públicas – Vieira de Andrade).²³

Arrematando a explicação, pode-se dizer que o contrato público: “[...] é o contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que tenha por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços”. Já os contratos administrativos teriam como elementos fundamentais: “[...] a sua natureza contratual, a participação de (pelo menos) um contraente público e o cumprimento de um dos “critérios legais de administratividade”.²⁴

No ordenamento brasileiro, a doutrina costuma dar uma classificação mais simples que a portuguesa. Basicamente, é assente que o gênero que rege as relações entre a Administração e os particulares é denominado por “contratos da administração”, comportando as espécies contratos administrativos e contratos privados ou contratos semipúblicos.²⁵

Essa é a classificação que melhor reflete a realidade. No entanto, é importante destacar que existem doutrinadores de peso, a exemplo de Marçal Justen Filho, advogando pela tese de que, no ordenamento brasileiro, o gênero contrato administrativo comporta três espécies, quais sejam: contratos administrativos propriamente ditos (Ex: contrato de obra pública); contratos de direito privado praticados pela Administração (Ex: contrato de locação ou de seguro); e contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas (Ex: concessão de serviço público).²⁶

A espécie contratos administrativos é regida por normas de direito público, sobretudo as cláusulas exorbitantes, encontrando suporte nas regras da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). Já a segunda espécie relativiza várias das prerrogativas presentes nos contratos administrativos e coloca os pactuantes em relativa igualdade,²⁷ sendo regidos predominantemente pelo direito privado.²⁸

23 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 243.

24 - Ibidem, p. 243-244.

25 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 254.

26 - Filho apud Torres, 2019, p. 698.

27 - Como características dessa espécie contratual, Rafael Carvalho Rezende (2018, p. 254) expõe: “(i) equilíbrio contratual relativo, em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (“horizontalidade”); e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.) Ex: contratos de compra e venda, se seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc.”

28 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 455-456.

2.2 Elementos Mínimos Fundamentais dos Contratos Administrativos

No que pertine aos elementos fundamentais dos contratos administrativos portugueses, em relação à natureza contratual, teríamos a convergência de vontades entre dois ou mais interessados, com a promoção de efeitos jurídicos e a criação de direitos e obrigações, além da licitude do objeto e da inexistência de vícios que maculem o objeto pactuado.²⁹

Como segundo elemento, tem-se a obrigatoriedade da presença de pelo menos um dos contraentes públicos para a existência de um contrato administrativo, trazendo o legislador (artigos 3º e 8º do CCP) a conceituação desse requisito.³⁰

Por fim, como último elemento do ordenamento português, cite-se a necessidade de cumprimento dos chamados critérios legais de administratividade, identificados como aqueles que recebem a qualificação da lei como contratos administrativos. O art. 343 e ss. do CPP trazem esse rol, especificando as empreitadas de obras públicas, as concessões de obras públicas e de serviços públicos, a aquisição e locação de bens móveis e a aquisição de serviços, além de facultar a previsão de outras espécies mediante legislação específica.³¹

Noutro giro, Diogo Freitas do Amaral apresenta outra abordagem para os contratos administrativos portugueses, enxergando o contrato administrativo como sendo *um acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*.³² O regime geral dos contratos está consubstanciado na Parte III do CCP, tendo como distinção “a colaboração subordinada e a cooperação paritária”.³³

Nessa acepção, o contrato administrativo, na verdade, tornou-se uma opção conferida à Administração relativamente ao ato administrativo e até mesmo ao contrato de direito privado. Para explicar essa ideia, aduz Diogo Freitas do Amaral:

Se não existir nenhuma disposição legal que proíba expressa ou implicitamente (através da imposição da utilização do ato administrativo) o recurso à figura do contrato administrativo, e se, por outro lado, a natureza da relação a estabelecer for compatível com tal forma de atuação (o que não sucederá, tipicamente, no domínio sancionatório), a Administração pode, em princípio, utilizar o módulo contratual em alternativa ao ato administrativo para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas.³⁴

Em outros termos, significa que nem todo encontro de relações entre a Administração e o particular será formado mediante um contrato administrativo. Primeiramente, há de se verificar a lei e a própria relação a se estabelecer.³⁵

29 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 244.

30 - *Ibidem*, p. 245.

31 - *Ibidem*, p. 246.

32 - Esse é o conceito consolidado no Código de Processo Administrativo de Portugal, no art. 178, nº 1.

33 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 457.

34 - *Ibidem*, p. 462-463.

35 - *Ibidem*, loc. cit.

De mais a mais, sistematizando os contratos administrativos, Diogo Freitas do Amaral ensina que eles podem ser classificados como: a) contratos entre a Administração e particulares, entre entidade públicas e só entre particulares; b) contratos de colaboração e de atribuição; c) contratos de subordinação e de cooperação; d) contratos primários e secundários;³⁶ e) contratos administrativos típicos e atípicos; e, por fim, f) contratos administrativos com objeto passível de ato administrativo e com objeto passível de contrato de direito privado.³⁷

Já o ordenamento brasileiro possui uma abordagem mais objetiva, apresentando como elementos o formalismo moderado, a bilateralidade, a comutatividade, o personalismo (contrato *intuitu personae*), o desequilíbrio e a instabilidade.³⁸

Esses critérios do ordenamento brasileiro são consubstanciados mediante a presença de cláusulas necessárias nos contratos administrativos, tais como: a) caracterização do objeto; b) regime de execução ou forma de fornecimento; c) preços e condições de pagamento; d) critérios de reajuste; e) critério de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; f) prazos de execução contratual; g) crédito pelo qual correrá a despesa; h) garantias exigidas; i) direitos e responsabilidades das partes; j) penalidades cabíveis e valores das multas; k) hipóteses de rescisão; l) reconhecimento dos direitos da Administração em caso da rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei nº 8.666/93; m) legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; n) obrigação do contratado de manutenção das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.³⁹

2.3 Prévio Procedimento para a Formação dos Contratos Administrativos

Na doutrina de Diogo Freitas do Amaral, desmitificando a ideia de amplo gozo de privilégios por parte da Administração Pública quanto seu sistema de contratação, é possível encontrar a premissa de que a formação dos contratos administrativos está sujeita a regras muito restritas, diversamente das regras a que os particulares estão sujeitos. Sistematizando-se a etapa da formação contratual, pode-se apontar a seguinte cadência de atos: “decisão de contratar – procedimento pré-contratual – adjudicação – celebração do contrato.”⁴⁰

Ainda sobre a formação dos contratos administrativos, é importante lembrar, como o fez Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida,⁴¹ que o CCP português atual recebeu uma revisão relativamente recente para incorporar as diretivas exaradas pela União Europeia sobre contratações públicas. Sobre o assunto, Amaral ensina que:

36 - Sobre os contratos primários, pontua o administrativista português (2018, p. 458): “São primários os que regulam diretamente as situações da vida (concessões, empreitadas, fornecimentos). São secundários os que versam sobre anteriores contratos administrativos, modificando-os ou extinguindo-os (rescisão por mútuo acordo ou revogação, subconcessão ou subempreitada, trespasse de uma concessão, etc).”

37 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 467-468.

38 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 459-461.

39 - TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 703.

40 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 488.

41 - *Ibidem*, p. 255.

Como se referiu em momento anterior, o regime de Direito Comunitário derivado hoje vigente em matéria de contratação pública consta, nomeadamente, de três diretivas transpostas para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 111-B/2007, de 31 de agosto, que aprovou o nosso 2.º CPP. Uma dessas diretivas diz respeito genericamente ao regime de formação de contratos públicos de empreitadas, bens e serviços em geral celebrados por autoridade adjudicantes (Diretiva 2004/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014); outra cuida daqueles contratos públicos celebrados pelas entidades que operam os setores de água, de energia, dos transportes e dos serviços postais (Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014); a terceira – que, ao contrário das pretéritas, não veio substituir um diploma europeu anterior sobre o mesmo objeto –, também já citada, é relativa aos contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE, também do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014)⁴²

Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, constitui-se como propósito da alteração a implementação de simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vistas ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos.⁴³

É importante observar que, em virtude das peculiaridades de cada tipo de contrato, existem, inevitavelmente, diferenças típicas na sua formação. No entanto, isso não impede a consideração de pontos comuns, de modo a se trazer a **estruturação** das suas fases no arcabouço do CCP português.⁴⁴

Segundo o CCP, é possível identificar uma fase preparatória ou pré-contratual, a qual integra, na visão do professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, a fase de iniciativa e a fase de instrução, além de uma fase decisória.⁴⁵

Formação dos contratos (fases)	Preparatória (iniciativa e de instrução)	Decisória
--------------------------------	--	-----------

Diferentemente do Brasil, Portugal não nomina a fase que antecede a formação do contrato de procedimento licitatório. O Decreto-Lei n.º 18/2008 não faz referência à nomenclatura licitação, optando pelo termo “Fase de Formação do Contrato” no Título II da Parte II do CCP.

No referido **Título II** do CCP, artigos 34 a 111, há a discriminação das seguintes etapas: a) fase de formação do contrato; b) preparação do procedimento; c) início do procedimento; d) peças do procedimento; e) regras de participação; f) proposta; g) júri do procedimento; h) análise das

42 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 481.

43 - PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 111-B, de 31 de agosto de 2017**. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.º 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/108086621/details/maximized>. Acesso em: 05 jul. 2020.

44 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 256.

45 - *Ibidem*, p. 256.

propostas e adjudicação; i) habilitação; j) caução; k) confirmação de compromisso; l) celebração dos contratos; m) relatórios; e n) delegação de competências.

É imperioso perceber que estamos diante de uma sucessão de atos perfeitamente harmônicos, dirigidos à consecução de um fim. Os procedimentos acima são construídos em um sistema bifásico, iniciando-se (fase de iniciativa) com a «*decisão de contratar*», seguida da «*decisão de escolha do procedimento a adotar*» e «*do aviso de abertura e elaboração das peças do procedimento*». Tem-se ainda, nessa fase, «*programa do procedimento*» e o «*caderno de encargos*».

Segundo o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, valendo-se das lições de Vieira de Andrade,⁴⁶ o programa do procedimento é, de acordo com o art. 41º do CCP, “[...] o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até a sua celebração”. Trata-se, portanto, de um documento de natureza regulamentar destinado a disciplinar o procedimento pré-contratual, o qual, nomeadamente, contém as regras de participação e as garantias administrativas de recurso. Já o caderno de encargos, por seu turno, contempla as cláusulas a inserir no futuro contrato, constituindo, por isso, a respectiva base negocial (art. 42º, nº 1, do CCP).

Aponta-se que a tomada de decisão sobre a contratação leva em consideração a natureza do contrato e o seu valor. A esse respeito, Diogo Freitas do Amaral postula que:

Com o CP, a regra geral, que traduz uma mudança de paradigma, é a de que escolha do tipo de procedimento pré-contratual condiciona o valor do contrato a celebrar, em virtude do princípio da concorrência. Ou seja, de acordo com o artigo 17.º e seguintes do Código, sendo adotado um determinado tipo procedimento, este vai determinar o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar.⁴⁷

Na fase de instrução, faz-se a apresentação de candidaturas e a qualificação dos interessados. Nesse momento, explica o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que essas duas situações “[...] ocorrem no âmbito do regime-modelo do concurso limitado por qualificação prévia, para o qual, de resto, remetem igualmente os procedimentos (também bifásicos) de negociação e diálogo concorrencial.”⁴⁸

Segundo a sistemática do CCP, tem-se a seguinte linha no tempo:

Concurso limitado -> interessados apresentam a respectiva candidatura -> candidatura inserida numa plataforma eletrônica (com os respectivos documentos necessários à qualificação) -> prazo estabelecido pela entidade adjudicante no programa de procedimento -> júri do concurso procede à análise das capacidades do interessado – resultado preliminar (qualificação ou exclusão de candidaturas).⁴⁹

46 - Andrade apud Almeida, 2018, p. 257.

47 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 489.

48 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 259.

49 - Ibidem, loc. cit.

Após a sistemática acima, os concorrentes ainda possuem a oportunidade de aduzir algum ponto que queiram esclarecer na audiência prévia, competindo ao júri confeccionar o relatório a ser encaminhado ao órgão para a tomada de decisão sobre a contratação.⁵⁰

A próxima fase é identificada como decisória, na qual o contrato é efetivamente celebrado. Nesse momento, é importante destacar que, embora seja declarado o vencedor do certame e, nessa condição, detentor do direito de assinar o contrato com o poder público, isso não implica necessariamente o direito absoluto à assinatura do contrato.

Em outros termos, conforme preconiza o CCP (arts. 70 e 80), a entidade pública pode proferir uma decisão negativa (*decisão de não adjudicação*) diante de circunstâncias imprevisíveis ou supervenientes que tragam algum óbice à assinatura do contrato, atraindo, por outro lado, como não poderia ser diferente, o direito à indenização do vencedor do procedimento de contratação.⁵¹

É importante registrar que, tal qual no Brasil, em Portugal, compete ao órgão adjudicante proferir a decisão de classificação da lista, prevendo os concorrentes que se encontram aptos e os que serão desclassificados.⁵² No caso brasileiro, a Lei nº 8.666/93 não denomina a pessoa jurídica que assinará o contrato de órgão adjudicante, mas simplesmente de entidade pública (autarquias e fundações, por exemplo) ou órgão público.

Cabe registrar que, nessa fase de tomada de decisão dos contratos portugueses, ainda são exigidos dos concorrentes todos os documentos de habilitação,⁵³ visando demonstrar a ausência de impedimento de serem contratados pela Administração, mediante a comprovação da inexistência de dívidas perante a Seguridade Social ou condenação por crime que afete a “honorabilidade profissional”.⁵⁴

De mais a mais, diante da iminente contratação, fica o concorrente obrigado a prestar garantia do cumprimento da execução contratual, mediante caução. A falta de caução, como aponta o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, enseja “a caducidade da adjudicação”, com a escolha do concorrente subsequente.⁵⁵

50 ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 260.

51 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 261-262.

52 - *Ibidem*, loc. cit.

53 - PORTUGAL. **Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Artigo 77.º

1 - A decisão de adjudicação é notificada em simultâneo a todos os concorrentes, indicando-se, quando aplicável, o prazo de suspensão previsto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º, conforme o caso.

2 - Juntamente com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário para:

- a) Apresentar os documentos de habilitação exigidos nos termos do disposto no artigo 81.º;
- b) Prestar caução, se esta for devida, indicando expressamente o seu valor;
- c) Confirmar no prazo para o efeito fixado, se for o caso, os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada.
- d) Se pronunciar sobre a minuta de contrato, quando este for reduzido a escrito;
- e) Confirmar no prazo para o efeito fixado, se for o caso, a constituição da sociedade comercial, de acordo com os requisitos fixados nas peças do procedimento e os termos da proposta adjudicada.

3 - As notificações referidas nos números anteriores devem ser acompanhadas do relatório final de análise das propostas. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/248178/details/maximized>. Acesso em: 03 jul. 2020.

54 - ALMEIDA, op. cit., p. 262-263.

55 - ALMEIDA, op. cit., loc. cit.

Como uma das últimas etapas dessa fase do ordenamento português, está o momento no qual o contrato será celebrado. O regramento português⁵⁶ propicia uma interessante análise desse momento, já que, nessa ocasião, a entidade (órgão) adjudicante irá elaborar e aprovar a minuta do contrato “[...] com possíveis ajustamentos, reclamados por razões de interesse público – pelo órgão competente para a decisão de contratar, e aceite pelo órgão adjudicatário, após o que se procederá à *outorga do contrato* [...]”,⁵⁷ além de o CCP possibilitar a existência de contratos eletrônicos.⁵⁸

Esse é um dos pontos de mais acentuada diferenciação em relação ao sistema brasileiro de contratação. Consoante a Lei nº 8.666/93, quando da publicação do edital de concorrência (de licitação ou convocação dos interessados que possuam interesse em prestar algum serviço ao poder público), a minuta do edital está inserida como um dos anexos do instrumento publicizado. Ou seja, antes mesmo de qualquer decisão sobre a contratação, a minuta já estará presente no processo que ensejará a vindoura contratação, possibilitando que o concorrente esteja previamente ciente dos reais termos que serão estipulados quando da assinatura do pacto administrativo. Tal conhecimento prévio poderá subsidiar a impugnação do interessado sobre a minuta apresentada.

Voltando ao ordenamento luso, um dos aspectos importantes sobre os contratos administrativos é o tipo de procedimento utilizado para desenvolver a relação necessária com o particular que irá disputar a contratação pelo Poder Público.

Em Portugal, tal relação é disciplina no Título III do CCP (artigos 112 ao 218-D), que prevê as seguintes figuras: a) consulta prévia e ajuste direto; b) concurso público; c) concurso limitado por prévia qualificação; d) procedimento de negociação; e) diálogo concorrencial; e f) parceria para a inovação.

Além disso, o CCP português ainda reserva uma estrutura própria para procedimentos especiais (artigos 219 ao 250-D). No Título IV, temos: a) concurso de concepção; b) sistemas de aquisição dinâmicos; c) sistemas de qualificação; d) serviços sociais e outros serviços específicos. Como ponto de convergência em relação a todos os procedimentos, o CPP possui a natureza e o valor do contrato.

Já o ordenamento brasileiro adota o sistema bifásico para a formação dos contratos administrativos, sendo uma fase interna e uma externa.

56 - PORTUGAL. Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Artigo 94º

Redução do contrato a escrito

1 - Salvo nos casos previstos no artigo seguinte, o contrato deve ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte papel ou em suporte informático com a aposição de assinaturas electrónicas.

2 - Salvo disposição em contrário constante do programa do procedimento, as despesas e os encargos inerentes à redução do contrato a escrito são da responsabilidade da entidade adjudicante, com excepção dos impostos legalmente devidos pelo adjudicatário. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/248178/details/maximized>. Acesso em: 03 jul. 2020.

57 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 263.

58 - Sobre o ponto, Diogo Freitas do Amaral afirma que o CCP português promoveu verdadeira revolução em termo de tramitação dos diferentes tipos pré-contratuais: “Com efeito, ainda antes de tal lhe ser exigido pelo Direito Europeu, o legislador nacional optou pela desmaterialização integral (princípio do «tout électronique») dos procedimentos respeitantes à formação de contratos públicos, tendo-se assistido, por esta via, «à substituição dos tradicionais suportes (*máxime* o papel), ao cumprimento de novas exigências (caso de assinatura eletrónica da proposta) ou ao abandono de práticas ancestrais (*v.g.* a fase do ato público do concurso)».” (AMARAL, 2018, p. 490).

Na fase interna, há as seguintes etapas: a) requisição do objeto que será contratado; b) estimativa do valor da contratação; c) autorização da despesa, com a verificação da existência de orçamento; d) designação de comissão processante de licitação; e) elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato; f) análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato por órgão de assessoramento jurídico; e g) outras exigências, tais como a realização de audiência pública em virtude do valor da contratação e elaboração de certos projetos em virtude da complexidade da contratação.⁵⁹

Dessas etapas, um dos pontos de maior diferenciação do ordenamento português em relação ao brasileiro se refere à análise jurídica das minutas dos instrumentos, submetidas previamente ao órgão que presta assessoramento jurídico.

No Brasil, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu, como condição para o prosseguimento da contratação, que os principais instrumentos (edital e minuta do contrato)⁶⁰ sejam analisados previamente por um órgão de assessoramento jurídico, o que comumente é feito pelas Procuradorias de Justiça (federal, estaduais e municipais), sob pena de ilegalidade do gestor e possível responsabilização perante órgão de controle. Em Portugal, até pela diferenciação do sistema de representação dos órgãos públicos, não há essa mesma exigência no Código de Contratações Públicas (CCP).

Por fim, a fase externa para a formação dos contratos administrativos brasileiros inicia-se com a assinatura do contrato, com a subsequente execução do objeto avençado, findando com o término da vigência e adimplemento das obrigações pactuadas, reservando a Lei nº 8.666/93 os artigos 54 a 88 para tratar de temáticas como alteração contratual, rescisão e inexecução.

2.4 O Diálogo Concorrencial Português e o Futuro Diálogo Competitivo Brasileiro

Ponto interessante e peculiar ao ordenamento português atine a uma das formas procedimentais para a formação do contrato administrativo. Trata-se do diálogo concorrencial, figura prevista entre os artigos 29 a 30 e, em capítulo específico, nos artigos 204 ao 218.

Primeiramente, impende salientar que o diálogo concorrencial português é fruto de um amadurecimento do instituto que começou a ser gestacionado em meados de 2004, mediante a Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Evidentemente que, no momento inicial, a configuração do instituto se mostrava diferente do que é consubstanciado no atual Código de Contratações Públicas de Portugal (CCP).

59 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 130-132.

60 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (grifos acrescidos). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

Luís Verde de Sousa afirma que a Diretiva nº 2004/18/CE possuía um caráter restritivo repensado a partir da edição da Diretiva nº 2014/24/EU.⁶¹ Foi a partir dessa nova Diretiva que o diálogo concorrencial ganhou os atuais contornos e com a previsão de sua aplicação a todos os Estados-membros.⁶²

Hodiernamente, segundo as disposições do art. 29 do CCP, o diálogo concorrencial é utilizado quando a entidade adjudicante perceber que as suas necessidades não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, sem os bens ou serviços incluírem a concepção de soluções inovadoras ou quando não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido à circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ele associados e não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.⁶³

Em outros termos, a modalidade diálogo concorrencial é adotada quando há certa complexidade no objeto a ser contratado pela Administração (art. 30, nº 1 do CPP). Essa complexidade se configura mediante as seguintes circunstâncias: quando for impossível definir, de forma objetiva, “[...] a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante” (*alínea “a”, nº 2*); os meios técnicos aptos a concretizar a solução definida pela entidade administrativa (*alínea “b”, nº 2*); e existir a necessidade de definir, em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira inerentes ao contrato a celebrar (*alínea “c”, nº 2*).

Diante das sobreditas dificuldades, o diálogo concorrencial possibilitará que a entidade adjudicante debata a formação do contrato, de forma prévia, com os potenciais interessados na execução do contrato a celebrar. Com esse instrumento, haverá uma sinergia entre a entidade administrativa e o particular para a construção da viabilidade do objeto a ser vindouramente adquirido pela Administração.⁶⁴

É importante ter em mente que o procedimento de contratação não pode ser enxergado como um instrumento de equidistância entre os interessados. Haverá situações em que o Poder

61 - Eis o que aponta o art. 26, nº 4 da Diretiva 2014/24/EU:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; DIRECTIVA (UE) 2014/24. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 03 jul. 2020.

62 - SOUSA, Luís Verde de. Novidades em matéria de negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pidCntd=246929>>. Acesso em: 16 maio 2020.

63 - PORTUGAL. **Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_auth=Gqk0VQ5s. Acesso em: 03 jul. 2020.

64 - Ibidem.

Público apresentará uma demanda específica, altamente complexa e de pouco conhecimento do mercado ou da própria Administração, fazendo-se necessário dialogar com vistas à definição dos procedimentos e à adequada quantificação do objeto do contrato, evitando-se, assim, desperdício de recursos públicos.

Nas palavras de Marcelo Dantas Rocha, o diálogo possibilita:

A proposta legislativa também inclui entre as modalidades de licitação o diálogo competitivo (inciso VI do artigo 25) para situações que envolvam questões técnicas, tecnológicas ou metodológicas específicas (artigo 29).

A modalidade possui ampla experimentação no direito europeu.

Diante de necessidades complexas, a administração, por não ter domínio naquele campo, pode não conseguir estabelecer uma solução adequada para sua demanda sem uma construção conjunta com a iniciativa privada.

Então, partindo apenas das “necessidades e exigências já definidas”, após a etapa de pré-seleção dos licitantes, o diálogo propriamente dito terá início, fase de discussões que poderá se desenvolver em diversas etapas até a identificação da melhor solução.

Concluído o diálogo, a administração acolherá as propostas finais dos licitantes, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto.⁶⁵

A legislação brasileira não prevê a figura do diálogo concorrencial e muito menos trabalha com essa nomenclatura. Ao que tudo indica, a inserção dessa nova figura, ou modalidade licitatória, como previsto em projeto de lei, será inaugurada no ordenamento com a denominação de diálogo competitivo, mediante a votação e publicação do Projeto de Lei (PL) nº 1.292/1995, atualmente em discussão no Congresso brasileiro.

No PL nº 1.292/1995,⁶⁶ o legislador tenciona realizar uma interpretação autêntica, trazendo no bojo do vindouro diploma o que se entende por diálogo competitivo.

Além disso, o PL nº 1.292/1995 informa que o diálogo competitivo brasileiro só poderá ser utilizado nas seguintes hipóteses: quando objetivar a contratação de objeto necessário a inovação tecnológica; as necessidades do órgão administrativo não puderem ser atendidas sem adaptações de soluções disponíveis no mercado; a Administração não puder definir, com precisão, as especificações técnicas de determinada contratação.

Como se pode observar, há linhas de convergência entre o diálogo concorrencial do modelo português e o futuro diálogo competitivo do modelo brasileiro, conquanto as nomenclaturas utilizadas sejam diferentes.

65 - ROCHA, Marcelo Dantas. **Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 16, n. 190, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=248552>>. Acesso em: 16 maio 2020.

66 - XLII – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

2.5 Análise Comparada das Prerrogativas dos Contratos Administrativos

Após a formação do contrato (assinatura da avença), segue-se propriamente o período executivo, ou seja, o momento a partir do qual o contratado irá entregar à Administração o objeto pactuado.

O legislador português foi muito arguto na montagem da estrutura do Código de Contratações Públicas, pois estabeleceu regras gerais próprias para os contratos administrativos e outras para os contratos de natureza específica.

Para os primeiros, há a Parte III, Título I do CCP, que prevê o regime substantivo dos contratos administrativos, englobando: a) uma disposição geral (artigos 278 a 282); b) regras sobre invalidades do contratos (vícios) (artigos 283 a 285); c) a execução propriamente do pacto, prevendo, por exemplo, quais princípios se aplicam à fase de execução, as informações que podem ser compartilhadas e o que deve ser mantido sob sigilo, o gestor do contrato, o prazo para pagamento e a revisão dos preços (artigos 286 a 301-A); d) conformação da relação contratual (artigos 302 a 310), e) modificações objetivas do contrato (artigos 311 a 315), f) cessão da posição contratual e subcontratação (artigos 316 a 324), g) regras sobre o incumprimento do contrato, o que envolve, *verbia gratia*, inadimplemento por fato imputável pelo cocontratante e o direito de retenção (artigos 325 a 329); h) causa sobre o que enseja a extinção do contrato (artigos 330 a 335); e, por fim, h) regras especiais na fase de execução dos contratos administrativos, o que envolve a negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais (artigos 336 a 337).

Na parte sobre os contratos especiais, o legislador teve a preocupação de sistematizar algumas figuras, ante a peculiaridade do tipo de relação desenvolvida e o que se pretende com o contrato. Nesse caso, há cinco tipos de contratos especiais: a) empreitadas de obras públicas; b) concessões de obras públicas e de serviços públicos; c) locação de móveis; d) aquisição de bens; e e) aquisição de serviços.

Do exposto, cabe indagar o que dá a tônica especial dos contratos administrativos. Segundo Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida:

A existência de um regime substantivo próprio de execução dos contratos administrativos radica na necessidade de assegurar o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público. De modo que, sem desfigurar a *dimensão consensual* do contrato, importa dotar o contraente público de certos *poderes de autoridade*, denunciativos da sua *supremacia jurídica* sobre o co-contratante privado.⁶⁷

A doutrina portuguesa nomina esse regime de *poderes de conformação da relação contratual*, repousando no art. 302 do CCP o permissivo para a Administração adotar ações diferentes em relação ao seu cocontratante privado, como, *exempli gratia*:

- a) dirigir o modo de execução das prestações;
- b) fiscalizar o modo de execução dos contratos;
- c) modificar unilateralmente, em relação ao conteúdo e ao modo de execução, as cláusulas dos contratos;

67 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 264.

- d) aplicar as sanções previstas diante da inexecução contratual;
- e) rescindir unilateralmente os contratos; e
- f) ordenar a cessão da posição contratual entre terceiros.

No Brasil, o legislador conferiu outra nomenclatura, nominando esse regime de cláusulas exorbitantes,⁶⁸ consubstanciando a sua previsão no art. 58 da Lei nº 8.666/93. Tais cláusulas conferem significativa prerrogativa à Administração, possibilitando a sua invocação mesmo que não estejam previstas expressamente no contrato.⁶⁹ Nesse sentido, Ronny Charles Lopes de Torres assevera que:

Tais prerrogativas advêm do próprio ordenamento jurídico, o que significa que eventual omissão não prejudica o direito da Administração de tomar algumas das atitudes previstas pelo artigo 58. Isso não impede que a minuta contenha expressamente as prerrogativas previstas pela legislação, contudo, mesmo omisso o instrumento, nos contratos administrativos em sentido estrito, tais prerrogativas existirão, por determinação legal.⁷⁰

No Brasil, tendo em vista a determinação legal,⁷¹ os contratos administrativos são regidos com as seguintes cláusulas exorbitantes: alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória. Por pertinente, registre-se emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ versando sobre as cláusulas exorbitantes:

EMENTA: [...] A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Em atenção aos termos do pedido cumulativo formulado na exordial, no qual se pede a aplicação da cláusula penal e, ainda, do ressarcimento a título de perdas e danos, este Juízo entende que os pedidos são excludentes, não podem merecer aplicação cumulativa, diante do poder de rescisão unilateral por parte da Administração Pública, como decorrência da incidência das denominadas cláusulas exorbitantes. [...] ⁷²

68 - Valendo-se da doutrina de Juan Alfonso Santamaria Pastor, Rafael Carvalho Resende Oliveira afirma que as cláusulas exorbitantes também estão presentes no ordenamento espanhol, com cláusulas de interpretação unilateral, modificação unilateral, poder de correção ou sancionatório etc. (PASTOR apud OLIVEIRA, 2018, p. 264).

69 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 264.

70 - TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 742.

71 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

72 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1438568/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CL%C1USULAS+EXORBITANTES&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 maio 2020.

Conquanto praticamente todos os ordenamentos prevejam as prerrogativas contratuais, tais cláusulas não estão imunes a críticas de várias ordens. Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que, na verdade, a presença das cláusulas exorbitantes de forma absoluta traz consequências negativas para a eficiência administrativa, haja vista a insegurança ocasionada ao particular contratado e a inserção de incertezas na relação contratual.⁷³ Defende o ilustre administrativista que a inexistência das cláusulas exorbitantes não prejudica o interesse público, já que existe a possibilidade de a Administração Pública promover as alterações pela via consensual ou até mesmo com uma nova contratação.⁷⁴

Corroborando essa vertente da flexibilização ou inaplicabilidade das cláusulas contratuais o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que advoga pela tese de que as cláusulas exorbitantes poderiam ser incluídas de maneira discricionária em cada contrato.⁷⁵

Em que pesem as opiniões de peso que advogam essa tese, é necessário consignar que a flexibilização ou aplicação discricionária das cláusulas exorbitantes nunca terá o efeito prático que se defende na teoria. Basta perceber que os interesses subjacentes ao contrato firmado são diferentes. Além disso, impende observar que os precedentes que ensejaram essas prerrogativas remontam ao século passado;⁷⁶ se persistem até os dias atuais, só demonstram que pouca coisa mudou no que se refere a estabelecer uma relação contratual com a Administração Pública. Soma-se a isso o fato de que a consensualidade não estará presente em todas as contratações, e uma nova contratação pode ser mais custosa do que a que estava vigente.

Noutro giro, é importante consignar que, mesmo diante da excepcionalidade inerente aos contratos administrativos, ainda assim, em boa parte das ações desenvolvidas pela Administração Pública na avença, está presente a natureza negocial, o que, nos termos do art. 307, n° 1, do CPP, “[...] significa que a Administração não goza neste domínio de autotutela declarativa: ou seja, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através de uma ação administrativa”.⁷⁷

No entanto, determinadas ações representam, por outro lado, verdadeiro ato administrativo, motivo pelo qual o Poder Público acaba assumindo prerrogativas que denotam o poder de conformação, sintetizadas, por exemplo, por ordens ou instrução de exercício e fiscalização do contrato, aplicação de sanções, resolução unilateral do pacto, etc.⁷⁸

Desses poderes, o de maior impacto na relação é o da necessidade de o contraente privado esperar a mora da Administração Pública no adimplemento da avença, comumente conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*.

73 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 272.

74 - *Ibidem*, p. 273.

75 - Moreira Neto apud Oliveira, 2018, p. 272.

76 - Os precedentes, como aponta Diogo Freitas do Amaral, remontam ao século XIX, quando o Conselho de Estado Francês passou a se pronunciar em litígios envolvendo entidades públicas (municípios) e concessionárias que estavam explorando serviços públicos de energia elétrica e transporte público.

77 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 521.

78 - *Ibidem*, loc. cit.

Essa situação é bem sintetizada por Diogo Freitas do Amaral:

[...] dadas as especificidades do contrato administrativo, nomeadamente em termos de prossecução do interesse público, a conduta do cocontratante não é, neste domínio, inteiramente livre. Assim, apenas pode recusar-se a cumprir, ao abrigo da exceção de não cumprimento, se a recusa não implicar grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual (art. 327.º, n.º 1).⁷⁹

O instituto da *exceptio non adimpleti contractus* confere um poder de mora por parte da Administração em relação ao inadimplemento de suas obrigações. Defende-se que a partir do momento em que Poder Público realiza uma contratação, subjacente a esse pacto, há o interesse público da coletividade, que, provavelmente, está usufruindo de um serviço essencial, a ponto de sua interrupção ensejar danos significativos e, porventura, irreparáveis. Além disso, na confecção do contrato, a Administração não estaria buscando o lucro, mas sim atender a uma demanda direcionada anteriormente ao órgão público, mediante um pleito coletivo.

Evidentemente que o referido instituto encontra resistência, sobretudo dos que defendem a necessidade de isonomia contratual, já que o cocontratante privado também cumpre o seu papel social na sua atividade empresarial.

Na linha do que expõe a legislação portuguesa, a invocação da *exceção de não cumprimento invocável pelo cocontratante* privado só pode ser aduzida quando a interrupção do serviço não ensejar grave prejuízo para a realização do interesse público. No entanto, o legislador trouxe uma questão interessante, tendo em vista que o cocontratante privado não pode arcar com os custos que decorram da inexecução contratual por parte da Administração, sob pena de insolvência.

Nesse caso, diante da presença de relevante interesse público, o cocontratante pode alegar a *exceção de não cumprimento* quando a realização das prestações contratuais comprometa a sua viabilidade econômico-financeira ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados presentes.⁸⁰

Pela pertinência, ressalte-se que o Supremo Tribunal Administrativo português já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no Acórdão n.º 0344/15, da relatoria de José Veloso. Confira-se:

79 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 540.

80 - PORTUGAL. **Lei n.º 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Artigo 327.º

Exceção de não cumprimento invocável pelo co-contratante

1 - Nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o co-contratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista, nos termos do disposto no artigo 332.º, pode invocar a exceção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual.

2 - Se a recusa de cumprir pelo co-contratante implicar grave prejuízo para a realização do interesse público nos termos do disposto na parte final do número anterior, aquele apenas pode invocar a exceção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade econômico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.

3 - O exercício pelo co-contratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respectivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato.

4 - Considera-se que a invocação da exceção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado da notificação a que se refere o número anterior não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_p_auth=Gqk0VQ5s. Acesso em: 03 jul. 2020.

Sumário: I - Numa empreitada, cuja realização é financiada por «pagamentos mensais dos trabalhos» feitos, medidos, e aceites pelo dono da obra, o sinalagma prestativo estabelece-se entre esses trabalhos e o seu preço facturado e aceite pelo dono da obra;

II - O dono da obra não pode sobrestar no pagamento de trabalhos realizados, medidos, facturados e por ele aceites sem reservas, invocando como sinalagma operante outros trabalhos, embora da mesma obra, e ainda não realizados pelo empreiteiro.⁸¹

No ordenamento brasileiro, a exceção do contrato não cumprido está disciplinada nos incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93,⁸² sendo motivo de discordância da doutrina o seu real alcance. Como expoente contrário da aplicação do instituto em face do Poder Público, Helly Lopes Meirelles sustentava que a *exceptio nom adimpleti contractus* não poderia ser aplicada em desfavor da Administração, em razão dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público.⁸³

Na atualidade, todavia, sobretudo após a publicação da Lei nº 8.666/93, a grande maioria dos administrativistas brasileiros⁸⁴ enxerga a possibilidade da aplicação do *exceptio nom adimpleti contractus*, já que o legislador brasileiro delineou os contornos do instituto.

Nos termos dos incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93 – a exemplo do que é realizado pelo CCP português, quando prevê que a interrupção do serviço não pode ensejar grave prejuízo para a realização do interesse público –, a legislação brasileira vale-se da calamidade pública, da grave perturbação da ordem interna ou da guerra para afastar a exceção do contrato não cumprido, forçando o particular a arcar com as despesas do contrato em longo período de inadimplência do Poder Público.

Contudo, ressalvada a exceção, no primeiro caso de suspensão da execução (inciso XIV, do art. 78), o prazo limite da mora do Poder Público é de 120 dias, contínuos ou intercalados, após o qual ficará assegurada a possibilidade de o contratado suspender a prestação dos serviços. Já na segunda hipótese (inciso XV, do art. 78), a tolerância em relação ao atraso dos pagamentos devidos pelo Poder Público é de 90 dias, momento a partir do qual o contratado poderá suspender a prestação do serviço.

Todavia, cotejando-se o art. 327 do CCP português com os incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93, observa-se que o Código de Contratações Públicas de Portugal foi muito mais

81 - PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Acórdão nº 0344/15**. Relator: José Veloso, 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/f3487ee2365b4d1580257fb50051dd79?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 03 maio 2020.

82 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 78 [...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

83 - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 200-201.

84 - Nesse sentido, há doutrinadores do peso de José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

sensível ao tratamento da matéria, porquanto prevê que, mesmo diante de relevante interesse público a exigir a manutenção dos serviços, o cocontratante privado poderá suspender a sua execução quando ficar demonstrado que a continuidade das prestações contratuais comprometa a sua viabilidade econômico-financeira ou se revele excessivamente onerosa (art. 327 do CCP), exceção não prevista pelo legislador brasileiro.

3. CONCLUSÃO

Muito se tem discutido nos últimos anos sobre a necessidade de atualização da Lei nº 8666/1993, haja vista o cenário de inovações impostas à Administração Pública, o que certamente torna a Lei Geral de Contratações, datada de 1993, bastante defasada em alguns aspectos. Não à toa, depois de quase duas décadas parado, o Projeto de Lei (PL) nº 1.292/1995 voltou a ganhar atenção, sofrendo toda a tramitação necessária no parlamento brasileiro para sua aprovação no ano de 2019.

Com isso, os críticos olham para o velho continente e, de forma apressada, proferem pré-julgamento de que a legislação brasileira está atrasada em relação ao mundo.

No entanto, ao se cotejar a legislação brasileira com o Código de Contratações Pública de Portugal, constantemente atualizado em virtude das Diretivas exaradas pela União Europeia, observa-se que, de fato, há diferenças entre os estatutos, porém, há mais pontos de convergência, sendo possível apreender que a matriz do sistema de contratação é muito semelhante em ambos os países.

Existem balizas que trazem à tona características muito similares entre Brasil e Portugal no que se refere às respectivas normas de contratos administrativos, como, por exemplo, a formação dos contratos; as prerrogativas conferidas ao Poder Público na execução contratual – exceção do contrato não cumprido – e, muito provavelmente, no futuro, após a aprovação da nova lei geral de contratações brasileira, o diálogo a ser construído para se chegar à melhor solução de contratação em situações mais complexas.

As diferenças, por outro lado, não refletem a imprestabilidade de determinado diploma nem podem justificar críticas irrefletidas. Na verdade, as diferenças externadas entre os ordenamentos, e que foram esboçadas neste artigo, devem servir como ponto de partida para reflexão sobre os possíveis aperfeiçoamentos a se aplicar a determinada legislação, sem jamais ignorar as particularidades subjacentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 320 p.

AMARAL, Diogo Freitas do Amaral. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 676 p.

ARABI, Abhner Youssif Mota; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 182 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 616 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1438568/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CL%C1USULAS+EXORBITANTES&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIRECTIVA (UE) 2014/24. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. 405 p.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2016. 416 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. 942 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 480 p.

PATTO, Pedro Vaz. **No cruzamento do Direito e da Ética**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 380 p.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_p_auth=Gqk0VQ5s. Acesso em: 22 jul. 2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4, de 7 de Janeiro de 2015**. Aprova o novo Código do Procedi-



mento Administrativo. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_p_auth=SyHaegM2. Acesso em: 03 jul. 2020.

ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248552>>. Acesso em: 16 maio 2020.

RODRIGUES, Fernanda; ZAZO, Marina. **O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opinioao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 27 abr. 2020.

SOUSA, Luís Verde de. Novidades em matéria de negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246929>>. Acesso em: 16 maio 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 1.184 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). **Os Desafios do Direito no Século XXI: Genoma Humano, Europeísmo, Poder e Política, Constituição e Democracia**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 240 p.

