



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Nelson de Andrade Neto

*A CORRETA E PRECISA DEFINIÇÃO DO PREÇO BASE NA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
DE CONTROLE PÚBLICO-FINANCEIRO
POR PARTE DO GESTOR PÚBLICO:
A APLICAÇÃO DA CONSULTA PRELIMINAR AO MERCADO E OS SEUS EFEITOS*

*Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo, orientada pela Professora
Doutora Maria Matilde Costa Lavournas Francisco, e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

Junho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Nelson de Andrade Neto

***A correta e precisa definição do Preço Base na Contratação
Pública como instrumento de controle público-financeiro
por parte do Gestor Público:***

A aplicação da Consulta Preliminar ao Mercado e os seus efeitos

***The correct and precise definition of the Basic Price in Public
Procurement as an instrument of public-financial control
by the Public Manager:***

The application of the Preliminary Market Consultation and its effects

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

Orientadora: Senhora Professora Doutora Matilde Lavouras

Coimbra, 2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado a vida maravilhosa que tenho, e por todas as bênçãos que diariamente me concede. Não fosse por Sua vontade, não estaria aqui em Coimbra realizando esse Mestrado.

Agradeço imensamente aos meus pais, que tudo me oportunizaram, e que sempre me apoiaram incondicionalmente em todas as fases de minha vida e de todas as formas possíveis, me ajudando a superar todos os obstáculos que surgiram pelo percurso. Sem o amor que tive, a educação e a formação escolar que me foram proporcionadas, e os ensinamentos de vida que me foram passados, jamais teria chegado tão longe. Muito obrigado!

Agradeço à minha esposa Juliana pelo amor, companheirismo, amizade, atenção e paciência que sempre me dedicou durante todo o nosso casamento, principalmente nesse período de vivência em Portugal para a realização desse Mestrado, quando algumas dificuldades, e árduos obstáculos surgiram e precisaram ser superados. Sem a sua ajuda e seu amor, certamente não teria chegado até aqui.

Agradeço à minha orientadora, Senhora Professora Doutora Matilde Lavouras, não apenas por me receber já tardiamente em sua turma quando aqui cheguei atrasado, mas também pela paciência que me dedicou durante todo o período em que pudemos trabalhar juntos – desde as aulas de Finanças Públicas, até a elaboração desta Dissertação – e também pelos ensinamentos, orientações e todas as oportunidades de conhecimento que me foram ofertadas durante todo esse tempo. À ela expresso minha eterna gratidão, admiração e respeitoso carinho.

Agradeço ao Jurista, Professor, e amigo, Doutor Manoel Messias Peixinho, meu mestre, com quem, há cerca de quinze anos, tive o privilégio de iniciar os meus estudos em Direito Administrativo, a partir dos quais me tornei esse entusiasta pela matéria que hoje sou. Sem sua dedicação como professor e seu ímpeto em ensinar as lições tão marcantes que tive, provavelmente não teria adquirido o gosto pelos estudos do Direito Público, aos quais me dedico desde então. Assim como, sem seu magistério e seu apoio em realizar essa jornada de estar em Coimbra, provavelmente não teria chegado até aqui. A ele também expresso minha eterna gratidão, admiração, amizade e afeto.

Agradeço também à médica e gestora pública Roberli Helena Bicharra, à administradora pública Celita Tavares, e à economista Arabela de Paula por ter tido a oportunidade de, com elas, realizar um trabalho gratificante junto à entidade da Administração Pública Federal brasileira, e desenvolver as bases para o estudo apresentado nesta Dissertação de Mestrado. Queridas, muito obrigado!

Agradeço também aos amigos – e colegas de profissão – Marco Aurélio e Felipe pela amizade e companheirismo durante todo esse meu período de estudos, quando muito me apoiaram, e me ajudaram na manutenção da condução de alguns processos judiciais dos quais não poderia me afastar no momento em que me ausentei do Brasil. Aos meus amigos, muito obrigado!

Agradeço ainda aos amigos que tive a oportunidade de fazer em Coimbra, sem os quais seguramente meus dias teriam sido muito mais difíceis. Seja pelos cafés nos intervalos dos estudos, seja pelos papos mantidos dentro e fora da Universidade acerca de todos os assuntos possíveis, seja pelas trocas de conhecimento que muito me ensinaram a enxergar a vida de formas diferentes, e a percorrer caminhos que me ajudem a tentar ser uma pessoa melhor. Nomear todos seria uma tarefa difícil, delicada, e até mesmo injusta caso esquecesse de algum. Porém, não poderia deixar de citar três pessoas muito especiais: Cadu, Simone e Elaine. Queridos, muito obrigado! Obrigado pelos conselhos, pelas conversas, pelos aprendizados, pelas risadas, pelas experiências que trocamos, e por todo o apoio que me deram nessa empreitada que foi escrever essa Dissertação.

E, por fim, agradeço à Universidade de Coimbra por abrir as suas portas à nós, estudantes que buscamos a oportunidade de aprender com ilustríssimos Professores, e escrever sobre o Direito de maneira livre e sem quaisquer restrições político-ideológicas. Fazer parte desta “casa”, ainda que temporariamente, é motivo de muita honra e muito orgulho!

RESUMO

O trabalho consiste na avaliação de nova ferramenta trazida ao Código dos Contratos Públicos português pelas Diretivas da União Europeia acerca de Contratação Pública, e suas fragilidades, indicando eventuais contradições que sua concepção no Direito Administrativo Português pode gerar no âmbito dos procedimentos de adjudicação, bem como infortúnios que a sua utilização de forma singular e isolada pode gerar num ambiente em que o mercado pode dificultar a atividade administrativa das entidades adjudicantes, nomeadamente na orçamentação contratual e no controle financeiro.

A ideia proposta foi avaliar o instituto da Consulta Preliminar ao Mercado à luz da sua finalidade jurídica, notadamente quando utilizado para a melhor preparação e fundamentação de um procedimento de adjudicação no que tange à orçamentação de um novo contrato pretendido, e o seu aspecto de controle público-financeiro.

Considerando as fragilidades que podem ser observadas no manejo da ferramenta e a orçamentação contratual a partir de sua utilização, em relação às preocupações expostas pela União Europeia – e que deram ensejo à sua concepção no âmbito da Contratação Pública – permitimo-nos traçar um paralelo entre este instituto e instrumentos similares que há muito são utilizados no Brasil em processos de mesma natureza, demonstrando as dificuldades que, ainda assim, persistem para se promover uma contratação pública financeiramente saudável, e ilibada de riscos e vícios oriundos do mercado.

Assim, passamos a expor, a título de exemplo, medidas e metodologias procedimentais outras, desenvolvidas a partir de normas de regulação pública expedidas em conformidade com posicionamentos e orientações de importantes órgãos de controle público-administrativo brasileiros, e que tiveram o condão de auxiliar antes da Administração Pública Federal no combate a esses vícios e à essas dificuldades, oriundos do mercado da contratação pública, trazendo benefícios e, principalmente, segurança jurídica em procedimentos de adjudicação realizados por estas mesmas entidades.

Palavras-Chave: Contratação Pública; Orçamentação contratual; Consulta Preliminar ao Mercado; Vícios do Mercado; Obtenção de informações; Fundamentação financeira insuficiente e inadequada; Necessidade de desenvolvimento de novas medidas e metodologias procedimentais para realização de uma orçamentação contratual satisfatória.

ABSTRACT

The work consists in the evaluation of a new tool brought to the Portuguese Public Procurement Code by virtue of European Union Directives on Public Procurement, and its weaknesses, indicating possible contradictions that its conception in the Portuguese Administrative Law might create in the scope of the adjudication procedures, as well as the misfortunes that its use in a singular and isolated way can cause in an environment in which the market can difficult the public-administrative activity of the contracting entities, namely in contractual budgeting and in the public-financial control.

The proposed idea was to evaluate the institute of the Preliminary Market Consultation in the light of its legal purpose, especially when used to better prepare and justify an award procedure with regard to the budgeting of a new intended contract, and its financial control aspect.

Considering the weaknesses that can be observed in the management of the tool and the contractual budgeting from its use, in relation to the concerns exposed by the European Union - and which gave rise to its conception in the scope of Public Procurement - we can draw a parallel between this institute and similar instruments that have long been used in Brazil in processes of the same nature, demonstrating the difficulties that still persist to promote a financially healthy public procurement, and free of risks and defects from the market.

Thus, we set out, by way of example, other procedural measures and methodologies, developed based on norms of public regulation issued in accordance with positions and guidelines of important organs of Brazilian public-administrative control, and which had the power to assist entities of the Federal Public Administration in the fight against these defects and those difficulties, coming from the market of public contracting, bringing benefits and, mainly, legal security in procedures of adjudication carried out by these same entities.

Keywords: Public Procurement; Contractual Budgeting; Preliminary Market Consultation; Market Defects; Obtaining information; Insufficient and inadequate financial reasoning; Necessity to develop new measures and procedural methodologies for a satisfactory contractual budgeting.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCP – Código dos Contratos Públicos;

CPA – Código dos Procedimentos Administrativos;

CPC – Conselho de Prevenção da Corrupção;

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

DL – Decreto-Lei;

IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção;

LEO – Lei de Enquadramento Orçamental;

LOPTC – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;

LQER – Lei-Quadro das Entidades Reguladoras;

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico;

PIB – Produto Interno Bruto;

PME – Pequenas e médias empresas;

PPP – Parcerias Público-Privadas;

RDC – Regime Diferenciado de Contratação;

RFALEI – Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais;

RJPPP – Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas;

TCU – Tribunal de Contas da União;

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;

UE – União Europeia;

ÍNDICE

Agradecimentos	2
Resumo	4
Abstract	5
Lista de siglas e abreviaturas	6
Índice	7
Introdução	9
CAPÍTULO 1 – A Administração Pública e o desenvolvimento político, econômico e social através de procedimentos de Contratação Pública	12
CAPÍTULO 2 – Relações entre o Direito Financeiro e o Direito Administrativo nos procedimentos de Contratação Pública	17
2.1 – Autorização prévia para a realização de despesas públicas.....	21
2.2 – Princípios de Direito Financeiro na Contratação Pública.....	26
2.3 – Princípios de Direito Administrativo na Contratação Pública.....	34
CAPÍTULO 3 – Preço Base: reflexo do comprometimento financeiro para o procedimento de Contratação Pública	58
3.1 – O Direito português e o Valor do Contrato antes das últimas alterações do Código de Contratos Públicos.....	59
3.2 – Os demais institutos jurídicos relacionados ao Preço Base.....	61
3.3 – As recentes alterações promovidas no Código de Contratos Públicos e a concepção de novos procedimentos norteadores à definição de parâmetros da contratação.....	63
3.4 – Alterações do CCP: infortúnios que influenciam na definição de um Valor Estimado / Preço Base no procedimento de adjudicação.....	64
3.5 – O Preço Base e as modalidades de procedimento de adjudicação.....	68
CAPÍTULO 4 – A aplicação dos princípios de Direito Financeiro e de Direito Administrativo para identificar o Preço Base	74
CAPÍTULO 5 – A Consulta Preliminar ao Mercado como ferramenta de orçamentação do Preço Base do procedimento de adjudicação	80
CAPÍTULO 6 – O Preço Base do procedimento de adjudicação e os problemas que podem advir do mercado da Contratação Pública	87
6.1 – Das Vicissitudes do mercado.....	89

6.1.1 – Colusão de empresas.....	89
6.1.2 – Sobrepreços nos contratos	94
6.1.3 – A prática de preços predatórios	101
6.1.4 – Os preços anormalmente baixos / Propostas Inexequíveis	104
6.2 – Do auxílio interdisciplinar do Direito da Concorrência junto à Contratação Pública no combate aos vícios inerentes ao mercado	110
6.3 – A necessidade de interferência de outros órgãos públicos numa contratação pública maculada por prática anticoncorrencial	116
CAPÍTULO 7 – Os avanços do Direito da Contratação Pública brasileiro em atendimento à necessidade de maior controle financeiro nos procedimentos de licitação.....	119
7.1 – Da participação do Tribunal de Contas da União brasileiro na busca pelo melhor controle financeiro nos procedimentos de licitação.....	122
7.2 – As normas administrativas regulamentadoras brasileiras, de natureza infra-legal, e o auxílio no controle financeiro nos procedimentos de licitação.....	128
CAPÍTULO 8 – As dificuldades de controle financeiro na orçamentação de procedimentos na busca por inovação (pre-comercial procurement) e nas contratações de grandes proporções	139
Conclusão.....	145
Referências Bibliográficas.....	149

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Administrativo, os avanços sociais impõem à Administração Pública evoluir sistematicamente em seus procedimentos e em suas políticas. Assim suas responsabilidades acabam por extravasar a mera gestão da coisa pública, na medida em que deve promover o desenvolvimento estatal, convergindo-o aos anseios e interesses da sociedade.

Nesta hipótese o Estado não só pode, como deve promover todas as medidas que lhe caibam para permitir o desenvolvimento político, econômico e social inerentes ao interesse público maior, se não de forma direta, utilizando-se então dos meios disponíveis para tanto, desde que não negligencie sua principal competência de garantidor – e não apenas executor ou promotor – de tal desenvolvimento.

A busca pelo alcance desses objetivos demanda da Administração Pública, por muitas vezes, a delegação dessas funções a outras entidades que demonstrem o interesse financeiro de realizá-lo, justificando-se tal medida na impossibilidade de o próprio Estado fazê-lo.

Assim a Contratação Pública acaba por desempenhar papel fundamental no desenvolvimento do Estado e da sociedade, corporificando a transferência de responsabilidades estatais para entidades privadas que passam a desempenhar atividades de competência originariamente pública em troca de contraprestações financeiras.

Contudo, ainda que essa transferência de responsabilidades seja uma forma eficiente de permitir o desenvolvimento político, econômico e social de um Estado, cujas capacidades estruturais, operacionais, administrativas e logísticas por vezes são muito limitadas, se mostra essencial, do ponto de vista público-financeiro, que essa “delegação de competências” se dê de maneira responsável, observando os valores e princípios previstos nos ordenamentos jurídicos de Direito Público, em prol, sim, do melhor desenvolvimento social, mas salvaguardando a posição estatal quanto à sua função de “fiel depositário” da coisa pública.

Mesmo porque, o erário público, como o próprio nome já enaltece, pertence ao povo, aos contribuintes que, mediante o cumprimento de suas obrigações fiscais, depositam aos cuidados do Estado suas coparticipações econômico-financeiras para a promoção do bem estar e do desenvolvimento social. Nestas condições, o Estado figura

como o gestor da coisa pública, devendo, portanto, gerir o erário de forma consciente e responsável, adotando medidas e procedimentos que visem a utilização de tais valores de maneira eficiente, em prol do bem comum.

Assim, imperioso que o faça principalmente quando promove as “transferências” de suas competências e responsabilidades a um ente privado, que deverá utilizar-se de dinheiro público para executar as funções que o Estado não tem condições de fazer, mas que, por outro lado, permita sejam realizadas de forma mais eficiente e eficaz possível, coordenando e fiscalizando tais atividades.

E, desta feita, deve começar a fiscalizar essa delegação de competências a partir da melhor utilização do erário público com a finalidade de promover tais atividades que, ao fim, destinar-se-ão ao desenvolvimento político, econômico e social do próprio Estado, e por conseguinte da sociedade que o compõe.

Notadamente numa era em que frequentes crises econômicas acontecem em escala global, afetando Estados e até mesmo blocos econômicos inteiros, essa avaliação do modo de utilização do dinheiro público deve ser realizada de tempos em tempos, buscando o desenvolvimento de ferramentas de controle financeiro que garantam a continuidade do desenvolvimento social que as contratações públicas propiciam, sem contudo facilitar a escassez dos recursos monetários que sofrem o primeiro impacto diante de uma crise financeira de grande espectro.

Parafraseando a ilustre jurista Maria d’Oliveira Martins¹, “*o peso das dificuldades financeiras e a necessidade de racionalizar a despesa trazem associados o desenvolvimento de técnicas de controle de gestão e de avaliação da mesma, que não passam apenas pela averiguação do cumprimento da legalidade, mas que avaliam despesas questionando-as sobre a sua economia, eficiência e eficácia*”.

Assim, o presente trabalho visa promover uma análise crítica acerca das recentes mudanças ocorridas na codificação jurídica portuguesa que rege a Contratação Pública por força de normas oriundas da Comunidade Europeia, principalmente à luz de algumas ferramentas originais trazidas para dentro da Lei, cuja utilização tende a aprimorar a condição da entidade adjudicante de identificar e melhor estimar o preço de uma pretendida contratação, apurando assim o controle financeiro nesse procedimento.

¹ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*”. 3ª Edição Revisada e Atualizada. Coimbra: Almedina, 2013. p. 285.

Para tanto se faz necessário caminhar nos meandros de algumas legislações de Direito Público, além de princípios e conceitos inerentes aos principais ramos do Direito que se entrelaçam nos processos de Contratação Pública, objetivando uma compreensão mínima quanto à tramitação de tais procedimentos, seus efeitos e consequências, e quanto às cautelas a serem observadas de maneira a se evitar que os mesmos sejam ineficientes e ineficazes em relação às suas finalidades.

CAPÍTULO 1 – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO POLÍTICO, ECONÔMICO E SOCIAL ATRAVÉS DE PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A globalização diariamente vem eliminando fronteiras geográficas que, muitos anos atrás, mostravam-se verdadeiros limitadores às atividades comerciais. Mormente em se tratando de atividades comerciais ligadas ao ambiente da iniciativa pública, tantas vezes deveras delimitado em função dos ordenamentos jurídicos próprios de cada Estado.

A eliminação de tais fronteiras – notadamente no âmbito da iniciativa pública – melhor se vislumbrou a partir da criação de grandes blocos econômicos, o que facilitou a maior circulação de moedas, pessoas, produtos e serviços, e acabou favorecendo assim o desenvolvimento político, econômico e social de determinadas regiões, demanda cada vez mais frequente aos Estados em razão da modernidade dos novos tempos.

Contudo, para que o Estado exerça sua função de administração pública – aqui implicando a existência necessária de fins públicos, ou seja, a satisfação daquelas necessidade coletivas que sejam qualificadas como interesses públicos por referência ao entendimento, em cada época, do que é indispensável ou adequado à realização das finalidades últimas da comunidade política, conforme conceituado por José Carlos Vieira de Andrade², ou ainda, conforme as palavras de Diogo Freitas do Amaral^{3/4}, um verdadeiro conjunto de necessidades coletivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela coletividade, através de serviços por esta organizados e mantidos – e assim atenda aos anseios sociais de desenvolvimento, por vezes lança mão de procedimentos que visam conferir à iniciativa privada a legitimidade para agir *em seu nome* na execução de atividades originariamente de competência dos entes públicos, mediante a formalização de relações jurídico-contratuais precedidas de um processo formal que resguarde não apenas o interesse público, mas também o interesse privado daqueles que se apresentam perante o Ente Público – após o devido chamamento – com a intenção de executar as referidas atividades mediante uma contraprestação financeira que lhes favoreçam.

² José Carlos Vieira de Andrade. “*Lições de Direito Administrativo*”. 4ª Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 10.

³ Conforme Diogo Freitas do Amaral em “Curso de Direito Administrativo”. 4a Edição (Reimpressão). Coimbra: Almedina. 2016. Vol. I. p. 25.

⁴ Ainda segundo Diogo Freitas do Amaral em “*Curso de Direito...*”. cit. p. 28, o próprio Termo “Administração Pública” pode ter o sentido objetivo de *organização*, ou ainda subjetivo de *atividade*.

Nesse contexto, e diante da contínua evolução das relações jurídicas mantidas entre Estados e cidadãos, a Contratação Pública – como ramo pautado por regras oriundas principalmente, porém não exclusivas, do Direito Administrativo, haja vista o aspecto correlacional que o Direito Internacional Econômico, o Direito da União Europeia, o Direito da Concorrência e o Direito das Finanças Públicas possuem com a matéria⁵ – vem sofrendo frequentes mudanças e adaptações para manter-se coerente aos tempos modernos, na medida em que se trata de um domínio estratégico da própria gestão pública⁶.

A evolução do Direito da Contratação Pública tem ido além da adoção de procedimentos mais modernos e eficientes no atendimento ao interesse público, chegando ao *status* de verdadeiro instrumento para se atingir objetivos estatais demandados, além de uma ferramenta de promoção de políticas econômicas e sociais⁷, ou mesmo um mecanismo de redistribuição econômica⁸ que vise a evolução da sociedade de forma responsável por meio da permanente participação do Estado no processo de desenvolvimento, tanto na execução de atividades com tal finalidade, quanto no acompanhamento e fiscalização das mesmas, e à sua boa execução por quem de interesse em fazê-lo.

Pelo fato de a contratação pública propriamente dita representar uma parcela substancial da atividade de administração/gestão pública⁹, e a contínua propagação da utilização desta eficiente ferramenta, tal ramo do Direito passou a ser enxergado se forma quase onipresente pelo mundo, notadamente no continente europeu, reduto do maior mercado de contratos públicos do mundo em termos monetários absolutos¹⁰, onde assume relevante importância econômica e financeira, uma vez que não só infere com a atividade dos agentes econômicos em geral, como os seus efeitos financeiros representam cerca de 25 a 30% das despesas públicas nos Estados Membros da União Europeia, correspondendo a aproximadamente 15% do PIB¹¹, justificando-se assim a influência da Comunidade acerca do assunto sobre cada um desses mesmos Estados Membros.

⁵ Conforme Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*”. Coimbra: Almedina. 2013. p. 25.

⁶ Luís Valadares Tavares. “*O Guia da Boa Contratação Pública: As Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei 111-B/2017*”. Oeiras: OPET. 2017. Pág. 37.

⁷ Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 34.

⁸ Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 69.

⁹ Conforme José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas – Notas sobre a natureza, enquadramento e fiscalização dos contratos públicos*” em *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2017, pág. 197/214 (p. 197).

¹⁰ Conforme Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 193.

¹¹ Conforme José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos...*”. cit. pág. 198.

Neste contexto, a contratação pública na Europa vem recebendo especial atenção, seja em razão de sua finalidade social – cuja preocupação estratégica remete a assuntos relacionados ao meio ambiente, às questões sociais, fiscais e inovadoras, para alcançar os objetivos a que se prestam no desenvolvimento integral da Europa¹² – seja também em função da necessidade de cada Estado Membro promover suas próprias políticas sociais, cujos fundamentos são, ou pelos menos devem ser, comuns a todo o bloco.

Prova maior disso foi a aprovação do Acordo sobre Contratos Públicos, assinado em 1994, e que entrou em vigor em janeiro de 1996, contando com a participação de vinte e oito Estados¹³, muitos deles europeus, e que vem passando por muitas alterações, inclusive com a participação de novos Estados. Tal Acordo resultou da ponderação de que a liberalização dos mercados de contratação pública poderia produzir ganhos de eficiência na despesa pública nacional, além de permitir a gradual integração econômica regional que a contratação pública tinha evidenciado em diferentes zonas do mundo¹⁴.

Assim é notório que a Contratação Pública há muito deixou de ser entendida como um mero procedimento administrativo conduzido pelo ente público com vistas a pactuar fornecimento / aquisição de produtos ou serviços, ou ainda “transferir” responsabilidades a terceiros alheios à originária relação jurídica Estado x Cidadãos que demanda, por sua natureza, a prestação de serviços de ordem eminentemente pública.

Ao contrário, vem sendo conduzida cada vez mais com finalidades diversas de desenvolvimento público social, seja como verdadeiro instrumento estratégico de renovação do Estado para melhor cumprimento de sua missão¹⁵, seja com objetivo de propagação de políticas econômicas¹⁶ pela União Europeia, na tentativa de eliminar barreiras de todas às ordens – inclusive geográficas – à participação e evolução do mercado empresarial presente no continente europeu.

Por outro lado, além de estimular a economia, a Contratação Pública também pode ser utilizada como estratégia de fomento do investimento público e de promoção do

¹² Nesse sentido, José Luis Meilán Gil. “*Derecho Administrativo Revisado*”. San Tiago de Compostela: Andavira. 2016. Pág. 181/182; Pedro Costa Gonçalves. “*A Reforma Europeia da Contratação Pública*” em Revista de Contratos Públicos, n. 11. Coimbra: Almedina. 2016. Pág. 07/23 (p. 14/16); e José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos..*”. cit. pág. 198.

¹³ Conforme Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 106.

¹⁴ Conforme Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 107.

¹⁵ Luís Valadares Tavares. “*O Guia da Boa Contratação...*” cit. Pág. 37.

¹⁶ Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*”. Coimbra: Almedina. 2013.

emprego¹⁷, ou ainda, de forma instrumental, com a noção de “regulação através de negócio” – *regulation by deal* – consoante inspiração do direito norte-americano quando precisou intervir no mercado para conter alguns efeitos da crise de 2008, promovendo, inclusive, a aquisição de empresas em risco ou mesmo em situação de insolvência¹⁸.

Revela-se, portanto, que a Contratação Pública não se trata apenas de um procedimento administrativo voltado à simples aquisição de produtos / serviços para atender às necessidades administrativo-operacionais da própria entidade pública adjudicante no exercício de suas atividades públicas.

Também não se limita a pactuar termos e condições de realização de empreitadas públicas que visem conferir ao Estado a infraestrutura necessária ao atendimento do interesse público na concessão de segurança e bem estar aos cidadãos, ou ainda a regravar as circunstâncias em que o exercício da atividade pública pode ser repassado ao ente privado para facilitar e tornar mais eficaz a prestação de serviços de ordem originariamente pública.

De todo modo, independentemente da finalidade para a qual se realize um procedimento de Contratação Pública, inquestionável que tal processo deve ser motivado e fundamentado na prossecução do interesse público, e deve seguir regras específicas, que não apenas resguardem o interesse público maior subjacente ao negócio jurídico que se promove através da contratação, mas que também permitam ao Estado fazê-lo de forma segura, responsável e nos estritos limites corporificados através da aplicação de princípios¹⁹ e valores de Direito Público inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a Contratação Pública deve ser conduzida com observância precisa aos fundamentos legais oriundos dos ramos do Direito Público que a ela estão

¹⁷ Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos em tempo de crise*” em Estudos de Contratação Pública – III. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra. 2010. p. 06.

¹⁸ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos...*”. cit.. p. 08.

¹⁹ Uma boa definição para *princípios* os enquadra numa categoria de normas jurídicas que consagram modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e premeditada, produzindo uma delimitação genérica das condutas reputadas como compatíveis com a ordem jurídica, consagrando assim valores a serem atingidos, consoante ensina o jurista brasileiro Marçal Justen Filho. “*Curso de Direito Administrativo*”. 4ª Edição em e-book baseada na 12ª Edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 121; Outra definição interessante remete *princípios* a uma ideia de representação de valores, padrões ou referências, o que, metaforicamente, poderia corresponder às linhas de um campo de jogo, delimitadoras da atuação dos intervenientes, conforme José F. F. Tavares e Manuel Freire Barros, “*Ratificação, reforma e conversão do ato administrativo: uma faculdade ou um dever da Administração Pública*” em Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira. 1ª Edição, Coimbra: Almedina. 2017, pág. 155/173 (p. 156).

relacionados, seja no momento precedente ou de preparação do procedimento, seja no decorrer do processo.

Desta forma mostra-se inafastável o entendimento de que as regras aplicáveis a Contratação Pública não se limitam àquelas oriundas do Direito Administrativo puro e essencial. Não ainda de se fundamentar pelo Direito Público-Financeiro – tanto no momento de preparação do procedimento, como na fase de adjudicação propriamente dita e na fase pós-contratual, em que o controle financeiro é essencial à regularidade das contas da entidade adjudicante / gestor público –, e também pelo Direito da Concorrência, na medida em que a Contratação Pública tem como um de seus princípios basilares a *concorrência* entre aqueles que se mostram interessados em firmar relação jurídica com a Administração Pública.

Diante de tais premissas, necessário se faz identificar os pontos de tangência entre tais ramos do Direito, e a forma como se inter-relacionam no âmbito de um procedimento de adjudicação, de maneira a permitir uma análise quanto ao desenvolvimento do próprio Direito da Contratação Pública, e de que forma o mesmo avança pautado nas orientações emanadas pela própria Comunidade Europeia no *velho continente*.

De todo modo, uma vez que a Contratação Pública inevitavelmente envolverá em sua formatação jurídica ao menos uma entidade pública, seja de que lado for na mesa de negociação, ponderável a necessidade de conduzir todos os procedimentos a ela inerentes de maneira cautelosa e proba, por se tratar de procedimento em que se utiliza dinheiro público, quase sempre de maneira dispendiosa, o que, por sua vez, demanda – ou ao menos deveria demandar – um controle financeiro acurado e fidedigno à realidade financista da adjudicação a ser realizada.

Assim é que, ao nosso ver, não há como se falar em Contratação Pública, ou mesmo os avanços que este ramo do Direito vem sofrendo nos últimos anos sem que, antes de qualquer coisa, consideremos todos os pormenores que o próprio Direito Público-Financeiro impõe a tal procedimento. Tanto assim que o próprio Código dos Contratos Públicos traz em seu bojo previsões legais acerca de prévios procedimentos de ordem financeira – e de natureza preparatória – que darão supedâneo ao consectário procedimento de adjudicação a ser promovido por uma entidade adjudicante.

CAPÍTULO 2 – RELAÇÕES ENTRE O DIREITO FINANCEIRO E O DIREITO ADMINISTRATIVO NOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Não é novidade que o Direito Público promove uma verdadeira mescla de regramentos que se complementam para permitir ao ente público o exercício de suas atividades no âmbito de suas diversas competências, sempre em busca do atendimento ao interesse público, sejam estas competências oriundas da função de administração geral do Estado, seja da função financeira – esta distinta daquela primeira pois, apesar de também estar intrinsecamente ligada à atividade administrativa, seu objeto de maior preocupação se restringe, por evidente, aos recursos públicos, sua obtenção e afetação à satisfação daqueles mesmos interesses²⁰.

Assim, quando se fala em procedimentos que tendem a originar gastos ou despesas às entidades públicas, inevitável pensar no Direito Público-Financeiro – conjunto de normas próprias e específicas que pauta a obtenção e afetação dos recursos públicos²¹ – como um verdadeiro *fio condutor* que permitirá a conexão do procedimento a ser promovido pela Administração Pública – Direito Administrativo – e a legalidade do dispêndio monetário que será demandado para se atingir tal objetivo – Direito Público-Orçamentário²².

Não que se ignore a necessária observância ao Direito Público-Orçamentário em detrimento à aparente exaltação exacerbada que aqui se fará ao Direito Público-Financeiro. Pelo contrário! A origem ou a gênese do recurso público financeiro disponível se sustenta no Direito Orçamentário, enquanto a sua efetiva execução se pauta pelo Direito Público-Financeiro, na medida em que esta área jurídica se preocupa justamente em regular a obtenção, a gestão e o dispêndio dos meios financeiros²³.

Ocorre que o gasto público, por óbvio, somente se dá de maneira *legal e legítima* se houver, de fato, a existência de recurso público financeiro que permita o correspondente

²⁰ Conforme orienta José F.F. Tavares. “*Atos Políticos e Atos de Administração – Reflexões sobre os critérios de distinção das funções do Estado e das demais Entidades Públicas*” em Estudos de homenagem a Rui Pena (no prelo). Lisboa. 2018, pág. 25 (lido e transcrito da via física do artigo fornecida pelo autor).

²¹ Consoante entendimento de José F.F. Tavares. “*Atos Políticos e Atos...*”. cit. pág. 25.

²² Para melhor entendimento acerca da natureza jurídica do Orçamento Público, ver Matilde Lavouras, “*Natureza Jurídica do Orçamento – Breves Reflexões*” em Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Coimbra, Volume XLV. 2002, pág. 419/454.

²³ José Joaquim Teixeira Ribeiro. “*Lições de Finanças Públicas*”. 5ª Edição Refundida e Atualizada (Reimpressão). Coimbra: Coimbra, 1997. p. 46; e Matilde Lavouras, “*Natureza Jurídica do Orçamento...*” cit. pág. 420.

dispêndio, o que, por conseguinte, somente ocorre se o orçamento público assim o houver previsto, e mais, se assim o houver autorizado²⁴.

Portanto, admitamos nestas linhas que qualquer hipótese de realização de gasto público lançada teoricamente neste trabalho em busca do desenvolvimento do raciocínio ora pretendido deve sempre estar de acordo com o orçamento público previamente aprovado, o qual tenha previsto a necessidade de consecução da referida despesa. Tal premissa, por si, permite nos limitarmos a traçar uma linha lógico-racional levando em consideração apenas o Direito Público-Financeiro, eis que, no nosso caso, assumimos inexistir qualquer restrição de custeios que desrespeite o Direito Orçamentário.

Inquestionável que o Estado, a todo momento promove a realização de despesas públicas, o que, por sua vez, somente pode ocorrer havendo as correspondentes receitas públicas que assim o permitirão.

Cabe-nos brevemente esclarecer que, à luz do Direito Financeiro, *Receita Pública* e *Despesa Pública* são os braços fundamentais da atividade financeira do Estado²⁵, não havendo que se falar na conformação de um sem a existência do outro.

Nesse sentido, *Receita Pública*, nas palavras do ilustre jurista Sousa Franco, é qualquer recurso obtido durante um determinado período, mediante o qual o sujeito público pode satisfazer as despesas públicas que estão a seu cargo²⁶, podendo diferenciar-se em *Receitas Patrimoniais* – provenientes da gestão dos bens de que o Estado é titular ou que tem à sua disposição para satisfação das suas necessidades²⁷, ou ainda, nas palavras de Sousa Franco, aquelas que resultam da administração do patrimônio do Estado ou da disposição de elementos do seu ativo e que não tenham caráter tributário²⁸; *Receitas Creditícias* – resultantes, em geral, de uma situação de dilação temporal entre duas prestações, sendo que, desta dilação temporal resulta benefício para um ou ambos os sujeitos da operação²⁹; e *Receitas Tributárias* – aquelas que o Estado obtém no exercício do seu poder de autoridade, impondo aos particulares um sacrifício patrimonial que não

²⁴ Conforme José Joaquim Teixeira Ribeiro. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 116; e Matilde Lavouras, “*Natureza Jurídica do Orçamento...*” cit. pág. 420.

²⁵ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 67.

²⁶ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”. 4ª Edição (14ª Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2012. Vol. I. p. 299.

²⁷ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 40.

²⁸ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”. 4ª Edição (14ª Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2012. Vol. II. p. 51.

²⁹ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 43; e António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*”. cit. Vol. II. p. 80/81.

tem por finalidade puni-los, nem resulta de qualquer contrato com eles estabelecido³⁰, ou ainda, segundo Sousa Franco, aquelas que surgem da existência de um dever genérico de cobertura dos encargos públicos, que recaem potencialmente sobre a totalidade dos membros de uma comunidade³¹; além de outras que não resultam das patrimoniais, creditícias ou tributárias, como, por exemplo, multas, penalidades, coimas, pagamentos efetuados por particulares ao Estado e a outros entes públicos que visam a compensação por infração a um regulamento ou disposição legal³².

Já a *Despesa Pública*, essencialmente como um verdadeiro gasto público, na ideia clássica das finanças públicas estaria associada à noção de redução de riqueza, de patrimônio, ainda que redução considerada necessária, indispensável, ou seja, um verdadeiro sacrifício imposto aos particulares³³, na medida em que deles vêm os recursos públicos. Num contexto de Estado Liberal a *despesa pública* estaria associada às tarefas do próprio Estado, destinando-se a pagamentos, consumos ou assunções de encargos, não geradores de nova riqueza³⁴; enquanto na visão contemporânea, além de estar associada às ideias anteriores, também é vista como um instrumento público de redistribuição da riqueza, eis que o gasto público é realizado com recursos oriundos das quantias que o mesmo Estado coletou sobre os rendimentos dos seus próprios cidadãos³⁵.

Numa acepção mais atual, a *despesa pública* se identifica com a aplicação, mediante os mecanismos juridicamente estabelecidos, dos créditos previamente aprovados no Orçamento correspondente, para assim fazer frente às obrigações de conteúdo econômico do ente público de que se trate, conforme Luis María Cazorla Prieto³⁶.

Diante de tais considerações, indubitável que o Estado, e toda entidade pública a ele vinculada necessita frequentemente realizar *despesas públicas* que lhe permitam executar suas atividades operacionais e administrativas, em razão das competências e atribuições próprias que possui, ainda que, muitas vezes, tais despesas não estejam diretamente vinculadas à questões econômicas, mas se baseiem tão somente por decisões políticas³⁷.

³⁰ Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 62.

³¹ António L. de Sousa Franco. "*Finanças Públicas...*". cit. Vol. II. p. 58.

³² Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 65.

³³ Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 65.

³⁴ Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 65.

³⁵ Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 66.

³⁶ Luis María Cazorla Prieto. "*Derecho Financiero y Tributario*" (Parte General). Navarra: Aranzadi. p. 96.

³⁷ Maria d'Oliveira Martins. "*Lições de Finanças...*". cit. p. 16.

Sejam elas correspondentes a uma objetiva “transferência de responsabilidades estatais” que seria originariamente de sua atribuição – como nas concessões – ou ainda um gasto necessário *interna corporis*, sem o qual o ente público simplesmente deixa de possuir as condições necessárias ao desenvolvimento de suas obrigações e competências, tais despesas devem respeitar os limites e parâmetros legais impostos por lei.

Nesta seara, destaque-se que as entidades públicas em geral possuem suas verbas orçamentárias oriundas de suas próprias atividades – *Setor Empresarial*³⁸, *Autarquias*³⁹ ou *Serviços e Fundos Autônomos*⁴⁰ – ou ainda de um ente público superior – como ocorre com os *Serviços Integrados*, por exemplo – o qual pode ser o próprio Estado (em sentido estrito) ou mesmo outros órgãos público-organizacionais que, por sua natureza, possuem influência administrativa / operacional hierarquicamente superior àquela determinada entidade, e que por isso ficam responsáveis por gerir e coordenar a utilização da verba pública que a ela é destinada⁴¹.

Independentemente de qual categoria de instituição pública estejamos falando, fato é que em qualquer dos casos os orçamentos destinados às mesmas são finitos, e vinculados ao desenvolvimento das atividades próprias de cada uma dessas entidades.

E, em sendo assim, a própria legalidade – como princípio de gestão pública, e até mesmo como princípio autônomo no âmbito do ordenamento jurídico português, notadamente na esfera do Direito Público Orçamentário e Financeiro⁴² – impõe que tal orçamento seja utilizado e gerido de forma responsável, e em total consonância com os princípios público-financeiros e a natureza a que se destina⁴³ na consecução do interesse público a ser perseguido, o que, mais tarde, virá a ser objeto de análise promovida pelo Tribunal de Contas no controle da despesa pública então realizada.

³⁸ Pessoas jurídicas, com personalidade jurídica própria, que possuem participação societária do Estado.

³⁹ Curiosamente no Brasil conceitua-se Autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado, conforme José dos Santos Carvalho Filho. “*Manual de Direito Administrativo*”. 31ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 315/316. Assim possui natureza jurídica relativamente distinta daquela que se observa para as Autarquias em Portugal, estas tratadas como entes públicos regionais.

⁴⁰ Não obstante todas essas entidades poderem possuir orçamento próprio, podem também receber verba oriunda do Estado, sobretudo as Autarquias e os Serviços e Fundos Autônomos (incluindo-se nestes últimos as Agências Reguladoras, conforme art. 33 da Lei n. 67/2013 - LQER), conforme Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 114 e 116.

⁴¹ Conforme Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 82/84; e António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*”. cit. Vol. I. p. 155.

⁴² Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 237.

⁴³ Em conformidade com as disposições previstas na Lei n. 8/90, de 20 de Fevereiro – Lei de Bases da Contabilidade Pública.

A partir deste raciocínio, torna-se forçoso afirmar que a observância ao princípio da legalidade da despesa pública não se apresenta como uma obrigatoriedade a ser cumprida somente no âmbito do Orçamento do Estado, mas também a ser estendido à realidade dos contratos públicos, eis que a despesa pode acabar derivando destes, desde que tais contratos sejam celebrados, obviamente, em conformidade com a legislação aplicável⁴⁴, conforme, aliás, expressamente previsto, por exemplo, na própria Lei n. 98/97 – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) – em seu artigo 44º, n. 1.

Em razão disto, procedimentos burocráticos são comuns para a utilização do erário público na realização de despesas necessárias à promoção das atividades público-administrativas, cabendo, nestes casos, a perfeita observância às regras e normas de Direito Financeiro, não apenas em respeito à legalidade da despesa pública – o que, aliás, é questão de maior relevância, haja vista a disposição contida no art. 44º, n. 3 da LOPTC acerca da possibilidade do Tribunal de Contas recusar o visto prévio a contratos por violação direta de normas financeiras⁴⁵ –, mas também, e principalmente, como forma de garantia aos particulares contra possíveis abusos do Estado⁴⁶.

Cabe esclarecer que essa burocracia não se restringe às entidades que possuem sua fonte de verbas oriunda exclusivamente ao Estado. Nesse sentido, tanto o Setor Empresarial, quanto as Autarquias e os Serviços e Fundos Autônomos podem possuir procedimentos burocráticos de controle de execução orçamental como qualquer outra entidade pública, desde que esteja lidando efetivamente com dinheiro recebido do Estado, o que lhes imporá necessariamente a utilização de sistemas de controle do gasto público.

2.1 – Autorização prévia para a realização de despesas públicas

Levando-se em consideração a previsão orçamentária de verbas para custearem as necessidades da Administração Pública, dentre os vários procedimentos burocráticos necessários⁴⁷ à efetiva consecução do custeio inerente ao interesse público a ser atingido, o

⁴⁴ Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 238.

⁴⁵ Como aponta José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos..*”. cit. pág. 201.

⁴⁶ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 97.

⁴⁷ Segundo Sousa Franco, para que a despesa se realize é necessário um longo processo que abrange várias fases, ao abrigo duma complexa e algo arcaica legislação da contabilidade pública, cujo princípio básico é a

primeiro a receber especial atenção há de ser a *autorização* para a realização da *despesa pública* pretendida, o que denota a necessidade de controle nos gastos públicos.

Sua importância encontra imediata ressonância no âmbito do Direito da Contratação Pública quando facilmente se observa na simples leitura do artigo 36º do próprio CCP⁴⁸ a indicação de que o procedimento de formação de qualquer contrato regido sob aquela Legislação inicia-se com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada, e cabível ao órgão competente para **autorizar a despesa** inerente ao contrato a celebrar.

Verifica-se que o legislador preocupou-se em conferir importante competência administrativa ao agente público / gestor públicos que decide pela necessidade de se promover o procedimento de contratação pública, decisão essa que deve ser bem fundamentada, e que dará início ao processo de contratação, indicando ainda que a este mesmo agente público / gestor público caberá autorizar a despesa que será criada a partir da contratação pretendida.

A leitura da letra fria da lei nos induz a pensar, de forma imediata e objetiva, que diferente não poderia ser, eis que aquele que tenciona promover a contratação é quem deve, ou ao menos deveria ter a exata noção, não apenas quanto à necessidade que enseja o pretendido procedimento, mas também se existe lastro financeiro suficiente para custeá-lo. Todavia, o próprio procedimento de autorização de despesas não se dá de maneira simples no âmbito do Direito Público-Financeiro Português.

Diante de tal atribuição, a constatação óbvia que se faz é a especial atenção que a gestão dos recursos públicos merece do Direito Administrativo – notadamente da Contratação Pública – assim como de outros ramos do Direito pertencentes ao Ordenamento Jurídico Português na sua utilização para a realização de despesas de ordem pública. E, parte desta cautela justamente impõe a concepção de normas e regras para que tais despesas venham a ser realizadas mediante a devida autorização de quem possui competência para fazê-lo, na condição de gestor de tais recursos.

Tal como o Brasil⁴⁹, Portugal também possui normas jurídicas que regulamentam a realização de *despesas públicas* prevendo a necessidade de autorização prévia para a promoção de tais gastos, na medida em que tal procedimento se configura como burocracia

separação de poderes financeiros, conforme António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 433.

⁴⁸ Código dos Contratos Públicos – DL n. 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁴⁹ Decreto n. 7.689/2012, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7689.htm

público-administrativa imperiosa à legalidade do próprio processo administrativo originador destes dispêndios.

Nesta seara, ainda que o Decreto-Lei n. 18/2008 – CCP – indique regras para a realização de despesas públicas no âmbito de determinados procedimentos de contratação pública, o Decreto-Lei n. 197/99⁵⁰, de 08 de Junho, permanece sendo o Regime Jurídico de Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública ao menos no que se refere às regras para a realização de gastos públicos no âmbito das adjudicações relativas à locação e aquisição de bens móveis e serviços.

Diante de tais ponderações, primeiramente se faz importante destacar que, à luz do DL 197/99, “despesa” deve ser considerado o custo total da locação ou da aquisição de bens e serviços⁵¹. Em conformidade com a análise simplória da definição legal contida na norma nos parece evidente a necessidade de conhecimento prévio daquela importância que representará a soma total de valores que deverão ser comprometidos para facearem o custeio da contratação de locação ou aquisição de bens ou serviços pretendida, de maneira que a sua realização venha a ser previamente autorizada.

A partir desta premissa inicial, e ainda levando em consideração aquilo que diz o artigo 36º do CCP acerca da boa fundamentação para a decisão de contratar, já é possível se concluir facilmente quanto à real importância de uma mensuração de valores mais próxima possível à realidade da contratação pública que se pretende realizar, já que a própria legalidade do procedimento intencionado acaba por depender da condução de um prévio ato administrativo de natureza evidentemente preparatória – autorização de realização de despesa pública – e que deve estar em total consonância com o Direito Financeiro.

Assim, a decisão de contratar há de ser bem fundamentada pelo gestor público com as cabíveis motivações que o levam a conduzir seus atos naquele determinado sentido. Da mesma forma que sua responsabilidade para com o conhecimento acerca do impacto financeiro de sua decisão não deve ser de menor importância. Pelo contrário!

⁵⁰ Curiosamente o DL 18/2008 – CCP – revogou a maior parte das disposições do DL n. 197/99, excetuando-se os artigos 16º a 22º deste Diploma, consoante a antiga redação do artigo 14º, n. 1, alínea f do CCP. Contudo, aqueles artigos que permaneceram vigorando no DL 197/99 – 16º a 22º – com a entrada em vigor do CCP vieram a ser revogados em 2011 por meio do DL n. 40/2011, de 22 de Março, que, por sua vez, foi posteriormente revogado – pouco menos de um mês depois – pela Resolução n. 86/2011 da Assembleia da República, permitindo assim a reprivatização das normas do DL 197/99 que haviam sido revogadas – artigos 16º a 22º.

⁵¹ Artigo 16º do DL 197/99.

A própria motivação que fundamenta a decisão de contratar deve indicar as razões administrativas que a conduzem, assim como a justificativa financeira que lhe serve de alicerce para sustentar seu posicionamento à luz do benefício que sua decisão trará para a Administração Pública e para aqueles que estão sob seu pálio, na prossecução do interesse público que subjaz a contratação pretendida.

Desta forma, não há como se admitir que a decisão de contratar seja conduzida sem um conhecimento prévio mínimo acerca de seu efetivo impacto financeiro para a entidade pública que irá promover o procedimento de contratação, sob pena de eventual configuração de ato desconforme com o princípio da *Boa Administração* – sobre o qual melhor falaremos adiante – e que pode alcançar a conotação de ato improbo ou negligente.

Deve-se ter em mente que a Administração Pública possui a legitimidade para gerir a coisa pública, e com ela exercer suas atribuições e competências no atendimento ao interesse público que lhe é demandado. E, como *coisa pública*, nada mais simbólico e representativo de tal natureza do que o próprio *erário público*, definido numa concepção mais clássica de *finanças liberais* como todo o dinheiro que o Estado possui, e que deve resultar da contribuição dos seus cidadãos⁵², ou seja, a junção de todos os valores oriundos da participação financeira de cada cidadão contribuinte para a poupança e manutenção dos cofres públicos.

Assim é que a autorização para a realização da despesa, além de ser prévia à integral corporificação do procedimento que ensejará o gasto público, deve ser conduzida preferencialmente por quem de competência para fazê-lo, e munido das informações necessárias à uma decisão fundamentada e condizente com a realidade da pretensão por trás do gasto a ser realizado, de maneira que se efetive o cabível controle orçamental-financeiro da despesa demandada, evitando-se desperdícios ou a má utilização de recursos públicos⁵³, o que, por sua vez, somente se faz possível a partir de uma mensuração da atividade a ser realizada, comparando-a com um critério de regular e boa gestão, e corrigindo eventuais desconformidades que propiciem uma despesa pública além daquela efetivamente necessária para o alcance dos resultados previstos.

Não à toa que esse conhecimento prévio de tais informações acaba forçando uma adaptação de ordem administrativa-operacional da Administração Pública com o fito de

⁵² Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. pág. 18.

⁵³ Conforme António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 453.

atrair para o gestor responsável pela decisão de licitar a competência de, também, decidir quanto à realização da despesa inerente à contratação pretendida – ainda que tal competência não lhe pertença originariamente. Ao nosso ver, diferente não poderia ser, já que é este o agente público que domina a informação compassada entre o que é *necessário*, o que é *pretendido*, e o que *pode ser feito* para alcançar o objetivo.

Contudo, da forma como o DL n. 197/99 fora concebido, facilmente as decisões *de contratar e de autorizar a realização de despesa pública* recairiam sobre agentes públicos distintos, com competências diversas, e que poderia acarretar em frequentes conduções de medidas administrativas, cujas motivações restariam ausentes de todas as informações necessárias à sustenta-las juridicamente, fosse do ponto de vista administrativo, fosse do ponto de vista econômico-financeiro, o que representa evidente temeridade ao gasto público responsável.

Assim é que, ainda que o DL n. 197/99 estabeleça originariamente as competências a determinados atores públicos para conduzirem o ato de autorizar a despesa pública necessária consoante as faixas de valores previamente estabelecidas, a própria estrutura da Administração Pública costuma solucionar esse desencontro de competências e condutas, através do instrumentos da delegação de competência, de maneira a permitir que o mesmo agente que vier a decidir por contratar, também poderá / deverá promover a autorização da despesa inerente à contratação pretendida, por meio da transferência de poderes⁵⁴.

Nesse sentido, em geral, os gestores das entidades públicas acabam concentrando a competência para autorizar as despesas a serem realizadas pelo próprio órgão público, o que, além de reduzir a burocracia e permitir uma decisão mais economicamente fundamentada sobre a necessidade de contratação, também confere à própria entidade a melhor capacidade de promover um autocontrole e uma autofiscalização prévia das

⁵⁴ Nesta seara, cabe destacar que as Agência Reguladoras, na condição de serviços autônomos – conforme se observa da leitura do disposto no art. 33º da Lei n. 67/2013 (Lei-Quadro das Entidades Reguladoras) – apesar de estarem eventualmente adstritas ao regime orçamental e financeiro público geral – quando do efetivo uso de verbas provenientes da utilização de bens de domínio público ou que dependem de dotações do Orçamento do Estado, conforme disposto no art. 33º, n. 3 da Lei n. 67/2013 – em regra possuem total autonomia financeira em relação ao Estado (poder político), o que lhes retira do âmbito de aplicação das regras de contabilidade pública, nomeadamente relativas à autorização de despesas, conforme art. 33º, n. 2 da Lei 67/2013. Apesar disso, a autorização para a realização de despesas públicas nesses casos – v.g. com contratação pública – há de ser realizada não por qualquer dos agentes públicos descritos no DL 197/99, mas sim pelo gestor financeiro da entidade, a quem competirá apurar o cabimento orçamentário – próprio – da despesa pretendida.

despesas a serem assumidas, na medida em que a autorização para cada uma delas acaba sendo acompanhada da verificação não apenas do seu cabimento, como também da possibilidade de sua realização com a observância aos princípios financeiros essenciais à legalidade do procedimento⁵⁵.

Portanto, a autorização de despesa é procedimento imperioso no âmbito da Administração Pública, sobretudo quando se tratar de processos de Contratação Pública, eis que não apenas permitirá legítima e legalmente o gasto público necessário ao custeio da adjudicação em vista, como também conferirá ao agente público competente o prévio conhecimento financeiro mínimo necessário que lhe permita conduzir o ato de *decidir* pela contratação de maneira responsável, tanto à luz do Direito Administrativo, como do Direito Financeiro.

2.2 – Princípios de Direito Financeiro na Contratação Pública

Assim como em qualquer outro ramo do Direito, também no Direito Financeiro muitos são os princípios que regem a atividade do agente público nesta seara.

No rol destes princípios, aqueles que se mostram inafastáveis no âmbito do assunto ora abordado – Contratação Pública – são os da *legalidade, economia, eficiência, eficácia, boa gestão dos recursos financeiros e da prévia justificação da despesa pública*.

Antes de qualquer coisa, o princípio da legalidade deve ser interpretado de forma ampla no âmbito de tangência entre o Direito Financeiro e o Direito Administrativo. Isto porque, quando tratamos de realização de despesa pública oriunda de um procedimento de contratação pública devemos levar em consideração a legalidade dos atos administrativos que deram origem à contratação propriamente dita, assim como a despesa a ela inerente.

Assim sendo, os atos administrativos em questão devem respeitar à legalidade substancial⁵⁶, que resulta do respeito pelo ato que integra o orçamento – *legalidade específica* – bem como por todos os outros atos praticados pela Administração – *legalidade genérica*.

⁵⁵ Conforme José Joaquim Teixeira Ribeiro. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 127.

⁵⁶ Conforme António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 429.

Tais atos hão de ser conduzidos de forma tal que, em total convergência com a legalidade administrativa, devem resultar na conclusão de um procedimento em perfeita sintonia com a *legalidade da despesa pública*, repita-se, princípio de direito financeiro esculpido no artigo 44º, n. 1 da LOPTC.

Ainda segundo Maria d'Oliveira Martins⁵⁷, a verificação do princípio da *legalidade da despesa pública* corresponde, em concreto, ao cumprimento da legalidade genérica, ao cumprimento das normas legais aplicáveis ao caso – legalidade financeira – ao cabimento orçamental – legalidade orçamental – ao respeito das regras de contabilidade e à verificação da economia, eficiência e eficácia.

Contudo, consoante indicado pela própria jurista⁵⁸, não basta que a Administração Pública conduza todos os seus atos em conformidade com as disposições legais se não observar outros princípios que, ao final, garantirão que todas as medidas adotadas se pautaram por critérios imperiosos à perfeita corporificação da essência da legalidade acima indicada.

Desta feita, primordial que a Administração Pública, por meio da Entidade Adjudicante que pretenda promover contratação pública, caminhe em busca da *economia* do gasto público, ato financeiro este que, no momento posterior oportuno, será objeto de análise por parte da Corte de Contas.

Assim, indicado expressamente no artigo 5º, n. 1, “f” da LOPTC – que trata das competências materiais essenciais do Tribunal de Contas – como um dos princípios a ser observado na apreciação da legalidade das contas públicas, a *economia* mostra-se de elevada relevância à luz do controle da execução orçamental.

Do princípio da *economia*, ou da *economicidade* se configura a confluência de dois outros princípios: o da mais racional utilização possível das dotações orçamentais aprovadas e o da melhor gestão de tesouraria⁵⁹.

Neste sentido, a observância ao princípio da *economia* do Direito Público-Financeiro, no âmbito de um processo de contratação pública, deve demandar uma avaliação, por parte da entidade adjudicante, acerca da apropriação para a aquisição de

⁵⁷ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 239.

⁵⁸ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 239

⁵⁹ Conforme António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 430.

recursos financeiros, humanos e materiais, tanto sob o ponto de vista da qualidade como da quantidade e se foi feita no momento oportuno e pelo menor custo^{60/61}.

À luz de uma visão mais economicista do referido princípio, podemos observá-lo quando de uma decisão que deve corresponder à opção ou alternativa menos onerosa para alcançar o objetivo pretendido⁶².

Em convergência ao princípio da *economia*, está também o princípio da *eficiência*, que tem a conotação de verdadeiro pilar no alicerce do controle da execução da despesa pública.

Também identificado como critério a ser observado pelo Tribunal de Contas na apreciação da legalidade da execução orçamentária⁶³, a *eficiência* da despesa pública que se pretenda realizar tem em conta a relação entre os resultados obtidos (*outputs*) e os meios (financeiros, humanos e materiais) utilizados (*inputs*), tendo em vista a sua otimização⁶⁴.

Segundo define o jurista Sousa Franco⁶⁵, a *eficiência* financeira se trata da utilização dos recursos financeiros, humanos e materiais de modo a atingir a maximização dos resultados para um determinado nível de recursos ou a minimização dos meios para determinada quantidade e qualidade de resultados.

Assim, deve a Administração Pública buscar potencializar os resultados que pretende obter com a realização da despesa pública necessária utilizando-se de todos os meios que lhe estejam disponibilizados para atingir tal finalidade. Somente desta forma se corporificará a essência de que trata o princípio da *eficiência*, vinculado também a um conceito de produtividade⁶⁶.

O princípio da *eficiência* pode ainda ser observado, num contexto mais econômico quando alinhado à uma decisão que deve corresponder à alternativa, de um

⁶⁰ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 254; e António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 468.

⁶¹ Consoante também definido no Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas de Portugal, em <https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/manuais/map/Glossario.pdf>, acessado em 19 de novembro de 2018.

⁶² Conforme Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. “*Economia e Finanças Públicas*”. 5ª Edição Revista e Atualizada. Lisboa: Escolar Editora, 2016. p. 458.

⁶³ Artigo 5º, n. 1, “f” da LOPTC.

⁶⁴ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 254.

⁶⁵ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 468, com base no que dispõe o Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas de Portugal, em <https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/manuais/map/Glossario.pdf>, acessado em 19 de novembro de 2018.

⁶⁶ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 255.

conjunto de custo idêntico, que maximiza os resultados⁶⁷. Ou ainda como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir melhores resultados, em que vedasse o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas⁶⁸.

Aliás, essa ideia é a que justifica a utilização mais eficiente dos recursos públicos como uma imposição à própria concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível, fazendo com que o próprio princípio da República demande o dever de utilização eficiente dos recursos públicos⁶⁹.

Essa eficiência na realização da despesa pública concretiza a essência do princípio do *Value for Money* – que também figura no rol dos princípios de Direito Administrativo – configurado como a realização do interesse público – financeiro, inclusive – na busca de uma proposta mais vantajosa para a Administração, em que se utilize eficientemente o dinheiro público a ser despendido, com a melhor aplicação dos recursos públicos para tanto⁷⁰.

Já nas palavras de Teresa Almeida⁷¹, trata-se de uma convergência direta de interesses no custo a ser arcado para se alcançar um objetivo, com a qualidade que se busca na realização desse gasto, numa relação direta “custo-eficácia”, evidenciando-se a igualdade entre o que se paga a mais (expresso em preço) com o que se recebe a mais.

Podemos então dizer que o princípio do *Value for Money* é a verdadeira eficiência econômica no gasto a ser realizado, em relação ao que se recebe em razão desse mesmo gasto, porquanto, ainda que o preço a ser pago seja eventualmente maior do que outros, compensa-se qualitativamente em relação àquilo que se recebe.

Porém, *economia* e *eficiência* não são suficientes a um robusto controle de execução orçamental na realização de despesas públicas. É preciso mais! É essencial que a busca pela realização da despesa não só respeite um custeio economicamente viável, e utilize-se de todos os meios disponíveis para que seja justa e esteja condizente com a

⁶⁷ Conforme Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. “*Economia...*”. cit. p. 458.

⁶⁸ Conforme Marçal Justen Filho. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 226.

⁶⁹ Conforme Marçal Justen Filho. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 226.

⁷⁰ Conforme defende Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. Coimbra: Almedina, 2015. págs. 49, 128 e 144.

⁷¹ Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos. “*A relação qualidade ambiental-preço (custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos*” em Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Coimbra, Volume LVIII. 2015. Pág. 279/333 (p. 298/299).

realidade da natureza que a subjaz, como também que consiga efetivar resultados positivos para a Administração Pública, e que corporifique a conclusão almejada por trás de sua realização.

Nesse sentido, o princípio da *eficácia* parece-nos indicar o alcance efetivo dos resultados perseguidos na realização da despesa pública.

As doutrinas mais autorizadas de Sousa Franco⁷² e Maria d'Oliveira Martins⁷³ utilizam a mesma definição expressa no Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas de Portugal⁷⁴ para conceituar o princípio da *eficácia* no âmbito do Direito Público-Financeiro, definindo tratar-se do grau de realização dos objetivos e a relação entre os objetivos fixados e os resultados obtidos, ou ainda segundo uma relação de custo/benefício favorável.

Não raramente estudantes, e até mesmo operadores do Direito confundem o conceito, a natureza e os objetivos entre os princípios da *eficiência* e da *eficácia*, uma vez que ambos tangenciam-se, e até mesmo se complementam. Contudo a diferenciação de ambos é primordial para a perfeita compreensão do que é preciso ser feito para se promover um efetivo controle financeiro da execução orçamental na realização de despesas públicas que visam atender à determinadas finalidades.

Assim, é possível identificar, repita-se, à luz do Direito Público-Financeiro, uma precisa diferenciação entre a conformidade dos princípios da *eficiência* e da *eficácia*⁷⁵ na medida em que em relação ao primeiro busca-se o questionamento quanto à possibilidade de se obter mais rendimento com o mesmo custo, enquanto em referência ao segundo, questiona-se se efetivamente foi obtido o resultado pretendido e em que medida o foi.

O princípio da *eficácia*, num modelo da teoria econômica, alinha-se a uma decisão que deve permitir a realização do objetivo e resultados pretendidos⁷⁶.

A confluência dos princípios da *economia*, *eficiência* e *eficácia* representa verdadeiro sustentáculo de controle financeiro da execução orçamental de qualquer despesa pública⁷⁷, tido, segundo Maria d'Oliveira Martins⁷⁸, como um meio de cumprir

⁷² António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 468.

⁷³ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 255.

⁷⁴ <https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/manuais/map/Glossario.pdf>, acessado em 19 de novembro de 2018.

⁷⁵ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 435.

⁷⁶ Conforme Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. “*Economia...*”. cit. p. 458.

⁷⁷ Conforme Matilde Lavouras, “*Natureza Jurídica do Orçamento...*” cit. pág. 424.

⁷⁸ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 224.

objetivos e de assegurar a máxima qualidade de serviço público tendo em conta os meios à disposição.

Essa convergência de fatores leva à Administração Pública a promover uma apreciação valorativa da contratação pretendida, à luz de uma relação de custo/benefício que se observará no procedimento a ser conduzido. Dessa apreciação resultará uma ideia acerca daquilo que, no Direito Brasileiro, se dá o nome de vantajosidade – princípio do qual melhor falaremos mais a frente. Ou seja, a verificação do que se mostra *melhor* para a Administração numa concepção ampla de proficiência, conveniência e aproveitabilidade, cuja compilação demonstrará o que, em determinado momento é mais favorável à entidade pública, e por isso deverá ser perseguido.

Da observância simultânea desses três princípios essenciais ao Direito Financeiro surge a ideia da *Boa Gestão dos Recursos Financeiros*⁷⁹, configurado como um princípio jurídico-financeiro autônomo, de expressiva relevância tanto à luz daquilo que representa as funções, jurisdição e competências do Tribunal de Contas⁸⁰, quanto no âmbito das responsabilidades dos próprios gestores públicos que realizam despesas públicas⁸¹.

A magnitude da concepção principiológica da *Boa Gestão de Recursos Financeiros* salta aos olhos quando analisada a sua indicação expressa no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸² – TFUE –, tanto no que diz respeito à competência do Tribunal de Contas Europeu⁸³, quanto naquilo que se refere às Disposições Financeiras⁸⁴ e à Execução Orçamental⁸⁵ previstas no corpo do próprio Tratado, denotando tratar-se de um conceito global, e não apenas isoladamente no ordenamento jurídico português.

Desta feita, imperioso destacar que sua inobservância no âmbito do controle financeiro pode ensejar consequências gravosas do ponto de vista econômico para o Estado Membro que não promove um controle de execução orçamental na realização de despesas públicas, já que tal fiscalização a nível europeu deixa de ser uma prerrogativa exclusiva do

⁷⁹ Princípio originário da concepção lógico-jurídica extraída da leitura conjunta do artigo 1º, n. 1; artigo 5º, n.1, “F”; e artigo 61º, n. 6, todos da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC.

⁸⁰ Consoante previsto no artigo 1º, n. 1 da LOPTC.

⁸¹ De acordo com o artigo 61º, n. 6 da LOPTC.

⁸² Em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, acessado em 20 de novembro de 2018.

⁸³ Artigo 287º, n. 2 do TFUE.

⁸⁴ Artigo 310º, n. 5 do TFUE.

⁸⁵ Artigo 317º do TFUE.

Estado Membro, passando a ser compartilhada com a própria União Europeia, por meio da Comissão⁸⁶, de acordo com o próprio TFUE⁸⁷.

Assim é que o princípio da *Boa Gestão dos Recursos Financeiros* – ou *Boa Gestão Financeira* – é um dos princípios basilares à execução orçamental, e que deve ser respeitado, já que alberga, simultaneamente os princípios da *economia, eficiência e eficácia*⁸⁸, corporificando a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa⁸⁹.

Acreditamos ainda que, ao se convergir a *Boa Gestão dos Recursos Financeiros* à *transparência* que atualmente se intensifica no Direito Público geral, tornar-se-ia possível o fortalecimento da *accountability* (controle) que se exige dos setores públicos do Estado acerca da sua boa governança, notadamente em assuntos relativos às questões público-financeiras, permitindo-se assim o aprofundamento de uma maior cidadania financeira.

Por fim, à luz da doutrina jurídica do Direito das Finanças Públicas muito já se falou acerca do princípio da *prévia justificação da despesa*, o qual, de acordo com Sousa Franco⁹⁰, deveria também ser compreendido à luz da eficácia, eficiência e da economia da despesa pública que se pretenda realizar. Todavia, de acordo com uma crítica expressada pelo próprio jurista, a sua plena observância poderia ensejar uma nova formalidade burocrática, mais do que uma forma de controle justificado.

De acordo com Maria d'Oliveira Martins⁹¹ a concretização da avaliação da *economia, eficiência e eficácia* foi paulatina, e corresponde a uma parte substancial do esforço empreendido na modernização da Administração Pública portuguesa, traduzindo-se num redimensionamento do Estado, numa desburocratização e numa redução dos mecanismos de gestão assentes na mera legalidade e sua substituição por mecanismos de gestão por resultados, através da importação de técnicas de gestão privada para o âmbito da ação do Estado.

A bem da verdade, parece-nos que, ainda que na teoria tal princípio não tenha evoluído no ordenamento jurídico português, na prática a própria burocracia referente à solicitação de autorização prévia para a realização da despesa pública, bem como a

⁸⁶ Conforme Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 181/182 e 186.

⁸⁷ Consoante o artigo 317º do TFUE.

⁸⁸ Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 235.

⁸⁹ Conforme Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. “*Economia...*”. cit. p. 458.

⁹⁰ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 434.

⁹¹ Maria d'Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 255.

fundamentação na decisão de contratar – a qual deve contar, repita-se, com a justificativa econômica para a realização do procedimento – já suprem a ideia subjacente ao referido pensamento principiológico, eis que ambos os atos administrativos, quando praticados, concretizam uma demonstração de “justificação prévia” acerca da despesa pública necessária.

A observação aos mencionados princípios jurídicos quando da necessidade de se realizar uma despesa pública não remanesce apenas no âmbito jurídico-teórico do Direito Público Financeiro.

Na prática a avaliação principiológica é corrente e evidente, consoante pode se observar, aliás, em relação àquilo que já foi objeto de manifestação pelo próprio Tribunal de Contas que, por diversas vezes, enalteceu a importância da aplicabilidade dos princípios financeiros no mundo prático das atividades público-administrativas, consoante se verifica da leitura, v.g. do Acórdão n. 12/2016-8⁹², por meio do qual manifestou-se o entendimento de que *“Deve, igualmente, ter-se em atenção a vinculação legal do Município ao cumprimento dos princípios da economia, eficiência e eficácia que decorrem do artigo 18º da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (Lei de Enquadramento Orçamental), aplicável às autarquias locais por força do artigo 3º n.º 1 do RFALEI. Nesse sentido a informação detalhada sobre as condições do empréstimo (que será contratado) prestadas pelas instituições de crédito que forem consultadas apresenta-se como essencial para permitir ao órgão deliberativo tomar sua decisão, escolhendo a proposta mais favorável, sustentadamente fundamentada naqueles princípios. (...)”*.

Em recente julgamento o Tribunal de Contas voltou a se manifestar acerca da imperiosa observância aos princípios básicos de Direito Financeiro quando da necessidade de realização de despesas públicas, consoante se verifica no Acórdão n. 01/2019⁹³, que ao analisar a possibilidade de contratação de parceria público-privada, indicou expressamente

⁹² Acórdão prolatado pela 1ª Sessão do Tribunal de Contas, em Setembro de 2016, no âmbito do processo n. 1414/2016, de relatoria do Conselheiro José Mouraz Lopes, em regime de fiscalização prévia, por meio do qual a Corte de Contas recusou visto ao Município de Viana do Castelo em contrato de empréstimo celebrado em junho de 2016 para amortização de dívida existente. Acessado em 26 de novembro de 2018 no sítio de internet <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/1sss/ac012-2016-1sss.pdf>.

⁹³ Acórdão prolatado pela 1ª Sessão do Tribunal de Contas, em Janeiro de 2019, no âmbito do processo n. 2908/2018, de relatoria do Conselheiro Mário Mendes Serrano, em regime de fiscalização prévia, por meio do qual a Corte de Contas recusou visto ao Município de Lisboa Contrato de concessão relativa ao financiamento, concepção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis do Município de Lisboa, no âmbito do “Programa Renda Acessível”, sitos na Rua de S. Lázaro, por um valor estimado de € 10.000.000,00 (dez milhões de euros). Acessado em 29 de maio de 2019 no sítio de internet <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2019/1sss/ac001-2019-1sss.pdf>.

que “(...) no artigo 18º da atual LEO, cujo n.º 1 estabelece que «[a] assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsetores que constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas **ao princípio da economia, eficiência e eficácia**», especificando o seu n.º 2 critérios de aferição do cumprimento desse princípio da economia, eficiência e eficácia. (...)”

Fica patente, portanto, que os princípios de Direito Público-Financeiro não são uma simples exigência do mundo jurídico-teórico que envolve a atuação da Administração Pública, sendo sim, ao contrário, verdadeiros limitadores / garantidores da legitimidade e legalidade na consecução dos gastos públicos para a satisfação das necessidades público-administrativas no âmbito do desenvolvimento de suas atividades e competências, devendo, pois, serem não só observados, mas principalmente aplicados de forma correta e condizente com a realidade financeira dos atos fazendários a serem conduzidos, e que, por sua natureza, ensejem despesas públicas.

2.3 – Princípios de Direito Administrativo na Contratação Pública

Ainda que o estudo dos princípios que regem a execução orçamental à luz do Direito Público-Financeiro seja primordial para o presente trabalho, para a análise acerca da realização de despesas públicas no âmbito dos procedimentos de contratação pública se faz imperioso que tracemos um paralelo entre aqueles primeiros, e os vários princípios de Direito Administrativo que devem conduzir as atividades da Administração Pública.

Dentre eles se faz primordial destacarmos primeiramente aqueles que, por estarem elevados à nível constitucional⁹⁴ na condição de princípios fundamentais à Administração Pública, acabam sendo vinculativos ao Direito Público geral como corolário direto de que a atividade administrativa pública não pode ser dissociada da ideia de Estado de Direito⁹⁵, observáveis, portanto, em quaisquer processos/procedimentos administrativos, sendo eles: *prossecução do interesse público, legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé*.

⁹⁴ Artigo 266º da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁵ Conforme José F. F. Tavares e Manuel Freire Barros, “*Ratificação, reforma e conversa...*”. cit. pág. 28.

Nas palavras de José Gomes Canotilho e de Vital Moreira⁹⁶, estes princípios são uma fonte de direito dotada de conteúdo jurídico latente, particularmente importante no processo de concretização e de obtenção do direito levado a cabo pelos vários agentes da administração.

Porém, outros princípios – que não apenas os de ordem constitucional acima expostos – também hão de ser observados pela Administração Pública na condução de um procedimento de adjudicação, já que, como o próprio nome induz, trata-se de procedimento / processo de natureza pública, cuja finalidade é formalizar uma relação jurídica contratual entre um ente público e um ente privado, portanto, também sujeito às regras principiológicas contidas no Código de Procedimentos Administrativos, por força de norma legal que assim o determina⁹⁷, sendo, dentre eles, o da *boa administração*, já que e que mais nos interessa neste trabalho^{98/99}.

Importante frisar que todos os princípios acima indicados são normas jurídicas que representam valores preponderantes numa sociedade civil, e que se impõe sua realização na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁰⁰. Deste modo são cogentes à própria atuação da Administração Pública no espectro máximo do Direito Administrativo-Constitucional.

Além desses, também os princípios gerais e próprios da contratação pública, expressamente previstos do artigo 1º-A, n. 1 do CCP – e que constituem normas que condensam ou refletem os valores fundamentais da ordem jurídica neste setor específico¹⁰¹ – por óbvio também devem ser respeitados nos procedimentos de formação e execução dos contratos públicos, já que, consoante as palavras de Teresa Almeida¹⁰², são verdadeiras

⁹⁶ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. “Constituição da República Portuguesa anotada”. 4ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Vol. II, 2014, pág. 795;

⁹⁷ Conforme Artigos 2º, n. 3 do CPA – Decreto-Lei n. 4/2015.

⁹⁸ Não obstante os princípios contidos nos Artigos 3º ao 7º, e 9º, todos do CPA interessarem aos procedimentos de adjudicação, como a maioria já consta do texto constitucional, limitar-nos-emos a apontar o princípio da *boa administração*, pois consta do CPA e não consta expressamente na Constituição.

⁹⁹ Ainda que o CPA disponha acerca de outros princípios que também devem ser observados em quaisquer procedimentos administrativos, tomamos a liberdade de nos limitar apenas ao expressamente citado, já que possui especial relevância nos procedimentos de adjudicação, em relação aos demais princípios próprios deste tipo de procedimento, explicitados no Código dos Contratos Públicos.

¹⁰⁰ Conforme defende Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 135.

¹⁰¹ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 136.

¹⁰² Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos. “*Compras Públicas Ecológicas: A internalização de externalidades ambientais negativas na política europeia de Contratos Públicos*”. Tese de Doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Econômicas, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Senhor Professor Doutor Manuel Carlos Lopes Porto. Coimbra. 2015. Pág. 282.

traves mestras de toda a construção do direito europeu, cujo sentido e concretização foram sendo sucessivamente construídos pelo Tribunal de Justiça, num caminho indispensável para a própria evolução do mesmo.

Por fim, alguns outros que não constam do citado rol também devem ser observados com a mesma relevância – ou ao menos deveriam – eis que essenciais à responsável atuação público-administrativa na condução de atos de realização de despesas públicas – como as contratações públicas o são.

Considerando tais premissas, e diante do mote cerne do presente trabalho – que avalia a identificação do *Preço Base* do procedimento de adjudicação à luz da necessidade de controle financeiro – procuraremos abordar melhor aqueles cuja natureza possui uma relação direta com a questão econômico-financeira do procedimento, nos abstendo, por outro lado, de falar sobre outros que entendemos não ser de maior necessidade neste momento.

Neste sentido, iniciemos o estudo dos princípios de Direito Administrativo que estão intrinsecamente vinculados ao procedimento de contratação pública a partir do primeiro deles que, na medida em que se apresenta como princípio de ordem constitucional¹⁰³ fundamental à própria Administração Pública, deve preponderar na análise inicial do ato administrativo a ser produzido, qual seja o da *Prossecução do Interesse Público*¹⁰⁴.

Conforme o próprio nome já sugere, traz em sua essência a intensa e permanente busca pelo atendimento ao interesse público, força maior que guia as próprias ações do Estado como protetor e garantidor dos direitos e interesses dos cidadãos.

De outro modo, é dizer, conforme as palavras de Diogo Freitas do Amaral¹⁰⁵, que é o princípio motor da Administração Pública, sem o qual ela não existe, não atua, e não funciona, já que o interesse público é o seu próprio fim.

Pedro Gonçalves¹⁰⁶ esclarece que a regulamentação da contratação pública deve também estar a serviço da realização de interesses públicos, desde logo, o interesse público financeiro, recorte esse – financeiro – que acresce outras dimensões de interesse público,

¹⁰³ Artigo 266º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁰⁴ Também disposto no artigo 4º do CPA.

¹⁰⁵ Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito Administrativo*”. 2ª Edição (2ª Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2012. Vol. II. p. 42.

¹⁰⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. 3ª Edição. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018. pág. 359.

no âmbito da utilização estratégica da contratação pública, e da utilização da contratação pública e das compras públicas como instrumento de regulação pública e de implementação de políticas públicas.

Assim a contratação pública como procedimento oriundo da Administração Pública deve servir à esfera do “público”, garantindo a melhor utilização possível dos recursos públicos, maximizando os benefícios em favor do interesse público, ainda que interesses econômicos privados venham a ser atendidos de forma reflexa quando estas mesmas entidades privadas recebem os “bônus financeiros” da contratação realizada.

Na doutrina público-jurídica brasileira a *prossecução do interesse público* dá lugar a dois princípios específicos – *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*^{107/108} e *indisponibilidade do interesse público*¹⁰⁹ – que se tratam de verdadeiras *pedras de toque*¹¹⁰ no Direito Público brasileiro, elevados a princípios de ordem constitucional intransponíveis no âmbito de atuação da Administração Pública.

Considerando a essência de ambos os princípios brasileiros, vislumbramos que estes, quando analisados conjuntamente, têm a capacidade de conferir ao operador do direito a perfeita compreensão acerca da efetiva necessidade de busca pelo atendimento ao interesse público, de forma primordial, o que nos leva ao entendimento, portanto, de que muito próximos estariam do princípio luso-jurídico da *prossecução do interesse público*.

¹⁰⁷ Sendo este um princípio que hoje serve de verdadeiro fundamento para todo o direito público brasileiro, e que vincula a Administração em todas as suas decisões, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. 30ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pág. 136.

¹⁰⁸ Não obstante o ilustre jurista Bandeira de Melo nomear o princípio de tal forma, num Estado Democrático de Direito entendemos que melhor seria se o princípio tivesse a eventual nomenclatura de “preponderância do interesse público sobre o interesse privado”, eis que o termo “supremacia” pode conferir ao leitor uma ideia equivocada de um Estado autoritário, que se sobrepõe indistinta e indiscriminadamente aos interesses dos particulares, de forma “suprema” e inquestionável.

¹⁰⁹ Tal princípio traz em si a ideia de que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, nem mesmo pelo órgão administrativo que os representa, por inapropriáveis, incumbindo-lhes, apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello. “*Curso de Direito Administrativo*”. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004. pág. 69.

¹¹⁰ Originariamente observada nos estudos da Química, como meio de avaliar a pureza de certos metais, a expressão também é utilizada pelo jurista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello para falar dos princípios básicos e mais importantes no Direito Administrativo, dos quais decorrem os demais princípios, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello. “*Curso de Direito Administrativo*”. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. pág. 55.

Mesmo porque, ainda que em Portugal não haja uma “supremacia” do interesse público sobre o interesse privado, segundo José Carlos Vieira de Andrade¹¹¹ a Administração Pública predomina na relação contratual em contraposição ao particular, em razão de um conjunto de poderes do contraente público na execução do contrato, inclusive podendo alterá-lo unilateralmente^{112/113}, conforme já eram previstos no CPA, e estendido pelo próprio CCP.

Registre-se que na esteira do princípio da *prossecução do interesse público* pressupõe-se a concepção de outros princípios a ele associados, como é o caso dos princípios da *legalidade*, da *concorrência* e da *transparência*¹¹⁴, sobre os quais teremos a oportunidade de falar mais à frente, cada um em seu momento oportuno.

Ainda na seara dos princípios constitucionais, tido como um dos princípios fundamentais de qualquer ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional, seja no âmbito legal, o princípio da *legalidade* é aplicável a qualquer ramo do Direito, independentemente de ser de ordem “pública” ou “privada”.

Ocorre que, no âmbito do Direito Público, a legalidade é essencial não apenas à legitimidade do ato administrativo conduzido, mas também à sua validade, de maneira que efetivamente produza os efeitos dele esperados.

Assim sendo, poderíamos até afirmar que o princípio da *legalidade*¹¹⁵ é força motriz da própria atuação público-administrativa, na medida em que esta deve ser pautada por aquilo que a lei efetivamente lhe permite fazer¹¹⁶, uma vez que, de acordo com o próprio texto legal, deve a Administração Pública obedecer aos ditames legais, agindo

¹¹¹ José Carlos Vieira de Andrade, “*A propósito do regime do contrato administrativo no ‘Código dos Contratos Públicos’*” em Estudos de Contratação Pública II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pág. 7/39 (p. 17).

¹¹² José Carlos Vieira de Andrade esclarece na obra literária que tais prerrogativas, à luz da prossecução do interesse público, não podem ser conduzidas em detrimento dos princípios da *boa fé* e da *proteção da confiança*, de maneira a não dar ensejo a uma desigualdade estrutural entre as partes que, em geral, tendem a ser de natureza duradoura, conforme José Carlos Vieira de Andrade, “*A propósito do regime do contrato administrativo...*”. cit. pág. 30/31.

¹¹³ Ainda a propósito da possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, registre-se que esta prerrogativa pode efetivamente ser exercida pelo ente público, desde que respeitado o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro, conforme ensina Licínio Lopes Martins em “*Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*” em Estudos de Contratação Pública III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pág. 339/394 (p.352).

¹¹⁴ Luís Valadares Tavares. “*O Guia da Boa Contratação...*” cit. Pág. 37.

¹¹⁵ Também disposto no Artigo 3º do CPA.

¹¹⁶ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 49.

dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos, e em conformidade com os respectivos fins.

Tomando por base tal fundamento, evidente que nos procedimentos de contratação pública a observância ao princípio da legalidade é cogente, eis que princípio inerente à toda e qualquer atuação público-administrativa, sendo um dos princípios gerais nos procedimentos de tal natureza¹¹⁷.

Já o princípio da *igualdade (de tratamento e não discriminação*, inclusive), já consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão desde 1789, constitui um dos elementos estruturantes do constitucionalismo moderno, assumindo lugar de destaque, conforme ensina Diogo Freitas do Amaral¹¹⁸.

Sua essência de modo geral pressupõe não apenas o tratamento igualitário a ser conferido a todo e qualquer cidadão perante o Estado e as leis, como também exige uma postura isenta de juízos de valor por parte destes perante qualquer cidadão, seja em razão de sexo, ideologias, religiosidade, raça, língua, nacionalidade, ou ainda quaisquer outras distinções culturais que possam existir. Daí também se dizer que o princípio da *igualdade* confere espaço ao princípio da *não discriminação*.

Nesse sentido, e no âmbito do Direito da Contratação Pública, Pedro Gonçalves esclarece quanto à relação íntima entre o princípio da *igualdade* e da *não discriminação*, ao ensinar que este último não passa de uma específica expressão da igualdade de tratamento¹¹⁹.

Na perspectiva do Direito da Contratação Pública, o princípio da *igualdade* encontra ressonância na igualdade de tratamento a ser conferida aos participantes do concurso público, quando os concorrentes devam possuir as mesmas chances e oportunidades no âmbito do procedimento, seja de tratamento propriamente dito, seja no acesso ao próprio certame adjudicatório.

Por tal motivo, ainda segundo Pedro Gonçalves¹²⁰, o princípio da *igualdade* possui relação direta com o princípio da *concorrência* – sobre o qual falaremos mais adiante – eis que a concessão de igualdade de tratamento e de acesso aos procedimentos de

¹¹⁷ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 151.

¹¹⁸ Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 135.

¹¹⁹ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 359.

¹²⁰ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 362.

adjudicação é o que fortalece a concorrência que se espera da contratação pública pretendida.

Outro princípio de ordem constitucional – e também legal – sobre o qual necessitamos traçar algumas linhas é o princípio da *proporcionalidade*, cujo pressuposto se configura num necessário juízo de ponderação por parte do ente público, possuindo um escopo garantístico dos interessados face às interferências das autoridades, exigindo que a medida administrativa a ser conduzida se revele apta a atingir o objetivo a que se propõe, e circunscrita àquilo que é efetivamente necessário para se atingir¹²¹.

Ademais, ainda segundo Ana Raquel Muniz¹²², traz em si a ideia de um custo/benefício, não devendo as desvantagens ser superiores às vantagens proporcionais pelos objetivos satisfeitos através da condução da necessária medida.

Nas palavras de Diogo Freitas do Amaral¹²³, o princípio da *proporcionalidade* é aquele segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por atos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais atos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins.

De acordo com Pedro Gonçalves¹²⁴, o princípio da *proporcionalidade* impõe que as entidades adjudicantes conduzam seus atos de maneira adequada e proporcionais às finalidades que os motivam, por meio de uma tripla exigência: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que, segundo Diogo Freitas do Amaral¹²⁵, significa que a medida adotada deve estar coadunada com o fim a que se propões atingir; que deve ser a que, dentro das possibilidades idôneas, lese em menor medida os direitos e interesses dos particulares; e que exija que os benefícios que se pretenda alcançar com a referida medida suplantem os custos que ela acarreta, respectivamente.

Quanto ao princípio da *justiça*, previsto não apenas na Constituição, mas também no artigo 8º do CPA – juntamente com a *razoabilidade* – e numa análise de âmbito constitucional, entende Diogo Freitas do Amaral¹²⁶ ser este o princípio fundamental consagrado no art. 266º, n. 2 da CRP, já que, por suas palavras, *ser justo é tratar de modo igual o que é igual e não agir excessivamente para além da medida adequada*. Por tal

¹²¹ Conforme orienta Ana Raquel Gonçalves Muniz. “*Princípios da Contratação Pública*” cit. (p. 63).

¹²² Ana Raquel Gonçalves Muniz. “*Princípios da Contratação Pública*” cit. (p. 64).

¹²³ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*” cit. p. 141/142.

¹²⁴ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 366.

¹²⁵ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*” cit. pág. 142.

¹²⁶ Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*” cit. pág. 134.

motivo, entende o jurista que igualdade, proporcionalidade e boa fé seriam subprincípios que se integram no princípio maior da *justiça*, o qual subordina à Administração Pública ao Direito.

Miguel Assis Raimundo¹²⁷ esclarece que, à luz do que dispõe o CPA, o princípio da *justiça* se configura através da rejeição das soluções manifestamente desarrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa, conforme expressamente previsto na letra da lei.

A ideia do princípio da *justiça* contida no CPA obviamente se coaduna com a ideia que lhe é conferida pela CRP. Contudo, o CPA ainda aproxima expressamente a *justiça* da razoabilidade.

Diferente, aliás, não poderia ser, eis que para a Administração Pública agir de forma justa precisa ser razoável em suas decisões, promovendo um auto controle acerca da discricionariedade – ainda que limitada – que possui para conduzir suas atividades.

Suzana Tavares faz interessante explanação acerca da *razoabilidade* quando pondera se eventualmente a intenção do legislador em consagrá-la expressamente no ordenamento jurídico administrativo português não teria sido de apresentar um parâmetro de controle menos intenso em relação ao princípio da proporcionalidade, para assegurar maior deferência no âmbito do controle judicial da atividade administrativa de implementação de políticas, mormente no que se refere à escolha de critérios em matéria de alocação de recursos escassos ou de gestão de risco¹²⁸.

Diante do questionamento, a própria jurista conclui que o princípio da *razoabilidade* seria *a consagração de um parâmetro de controle judicial menos intenso em matéria de discricionariedade de implementação de políticas públicas*¹²⁹.

No que se refere ao princípio da *imparcialidade*, sua conformação nos confere a ideia de que a Administração Pública deve agir sem concessão de preferências ou benefícios a quem quer que seja, devendo adotar uma postura neutra em relação aos administrados / particulares com quem lida diariamente.

¹²⁷ Miguel Assis Raimundo, “*Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*” em Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo. Vol. 1. 4a Edição. Lisboa: AAFDL, 2018. pág. 257/294 (p.264).

¹²⁸ Suzana Tavares da Silva, “*O Princípio da Razoabilidade*” em Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo. Vol. 1. 4a Edição. Lisboa: AAFDL, 2018. pág. 295/322 (p. 301).

¹²⁹ Conforme Suzana Tavares da Silva, “*O Princípio da Razoabilidade*”. cit. pág. 311.

Diogo Freitas do Amaral¹³⁰ entende que a *imparcialidade* demanda que a entidade pública tome decisões determinadas exclusivamente com base em critérios objetivos de interesse público, adequados ao cumprimento das funções específicas, não se tolerando que tais critérios sejam substituídos ou distorcidos por influência de interesses alheios à função, sejam interesses pessoais do órgão, do funcionário ou do agente, interesses de indivíduos, de grupos sociais, de partidos políticos ou ainda de Governo.

Num procedimento de contratação pública não pode ser diferente, eis que não deve preferir qualquer candidato / concorrente em detrimento de outros, sob pena de ferir o princípio da *imparcialidade*, e de maneira reflexa o da *concorrência*.

Nesse sentido, conforme ensina Pedro Gonçalves¹³¹, a Administração Pública adjudicante deve tratar de forma imparcial todos os interessados, candidatos e concorrentes, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção, aplicando-se o sistema de impedimentos e suspeições previstos no CPA, de maneira a se evitar eventuais conflitos de interesses.

Ocorre que o princípio da *imparcialidade*¹³² vai além de uma regra jurídica que expressa um limite de valor ético a ser respeitado pela Administração Pública de forma simples e isolada, pois trata-se de verdadeira política de *good governance*, consoante ensina Pedro Gonçalves¹³³, à luz do que se espera do ambiente público-administrativo a partir das Diretivas de 2014 oriundas da União Europeia.

¹³⁰ Diogo Freitas do Amaral. “Curso de Direito...”. cit. pág. 153.

¹³¹ Pedro Costa Gonçalves. “Direito dos Contratos Públicos”. cit. 2018. pág. 365.

¹³² Curiosamente no Brasil há a previsão dos princípios da *imparcialidade* e da *impeachment*. Enquanto a *impeachment* está expressamente prevista na Constituição Federal Brasileira – art. 37 – a *imparcialidade* surge a partir de um entendimento extraído da norma constitucional, alinhado aos princípios dispostos nos artigos 2º e 18, ambos da Lei n. 9.784/99 – Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal. Nesse sentido, enquanto a *impeachment*, como princípio de ordem constitucional, representa uma verdadeira faceta do princípio da isonomia, tomando em vista a aplicação da lei pelo Estado, em que todos são iguais perante o Estado, o que não impede discriminações legais contempladas na norma constitucional ou legal, conforme esclarece Marçal Justen Filho. “Curso de Direito...”. cit. p. 226, a *imparcialidade*, na condição de princípio de ordem procedimental, impõe que a autoridade encarregada de decidir e todos os demais agentes estatais envolvidos no procedimento estejam em condições de formar a sua vontade e de manifestá-la sem preferência ou oposição aos interesses envolvidos, afastando assim qualquer possibilidade de conflito de interesses, conforme também explica Marçal Justen Filho. “Curso de Direito...”. cit. p. 344;

¹³³ A respeito do assunto, ver Pedro Costa Gonçalves. “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*” em Revista de Direito Público da Economia, n. 42. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013. Pág. 141/169 (p. 161).

Já em relação ao princípio da *boa-fé*, além de disposto expressamente na Constituição como princípio vinculativo da Administração Pública, também está inserido no rol de princípios descritos no CPA¹³⁴ e no CCP¹³⁵, configurando-se como a satisfação da necessidade premente de criar um clima de confiança e previsibilidade no seio da Administração Pública, conforme esclarece Diogo Freitas do Amaral¹³⁶.

Analisando a perspectiva conferida por Diogo Freitas do Amaral, e considerando que o princípio está expressamente descritos em ambas as legislações procedimentais indicadas, poderíamos ser levados à conclusão de que o legislador foi redundante ao prevê-lo, duplamente, no CCP – seja como princípio da *boa fé*, seja como princípio da *tutela da confiança*.

Neste sentido, Diogo Freitas do Amaral orienta que a *boa fé* é concretizada por dois princípios básicos: o princípio da *tutela da confiança legítima* e da *materialidade subjacente*, sendo o primeiro configurado pela (i) existência de uma situação de confiança, traduzida na boa fé subjetiva ou ética da pessoa lesada; além de (ii) exigir uma justificação para essa confiança, através da existência de elementos objetivos capazes de provocarem uma crença plausível no desenvolvimento efetivo de atividades jurídicas assentes sobre a crença consubstanciada; e (iii) a efetiva imputação da situação de confiança, implicando a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado; enquanto o segundo se configura por meio do processamento do exercício de poderes jurídicos em termos da verdade material, não bastando apurar se tais condutas apresentam uma conformidade formal com a ordem jurídica, mas impondo-se uma ponderação substancial dos valores em questão¹³⁷.

Além os princípios de ordem constitucional-legal acima expostos, imperioso que avaliemos o enquadramento de outros princípios de Direito Administrativo, próprios da Contratação Pública, e que, possuindo relação direta com as questões financeiras a ela relacionada devem, portanto, ser abordados, já que também se encontram expressamente descritos no CCP¹³⁸.

Nesse sentido, imperioso que comecemos falando do princípio da *concorrência*, o qual, por sua vez, encontra-se diretamente ligado não apenas à ideia de prossecução do

¹³⁴ Artigo 10º do CPA.

¹³⁵ Artigo 1º-A, n. 1 do CCP.

¹³⁶ Diogo Freitas do Amaral. “Curso de Direito...”. cit. pág. 147.

¹³⁷ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “Curso de Direito...”. cit. pág. 148/150.

¹³⁸ Artigo 1º-A, n. 1 do CCP.

interesse público, mas também – e principalmente – à ideia de igualdade, e até de economicidade, consoante veremos em momento oportuno mais à frente.

A essência do princípio da *concorrência*, no âmbito do Direito da Contratação Pública, prima pela igualdade concorrencial de tratamento, bem como a não discriminação entre aqueles que intencionam contratar com a Administração Pública¹³⁹.

Entretanto cabe esclarecer que, enquanto a *igualdade* encontra sua ressonância na concessão de tratamento igual no plano material a todos que se habilitam contratar com a Administração Pública, a *concorrência* pressupõe uma concessão semelhante de acesso – e, portanto, procedimental – a todos que demonstram tal interesse.

Na prática, o princípio da *concorrência* visa conferir aos operadores econômicos às condições de igualdade de tratamento no acesso ao concurso público cuja contratação se pretende realizar, objetivando que suas propostas possam ser analisadas de forma comparativa, à luz do interesse público subjacente ao próprio certame concorrencial.

Assim, diante da necessidade de observância que se impõe à Administração Pública quanto aos princípios de Direito Administrativo – notadamente no âmbito da Contratação Pública – da imparcialidade, da igualdade de tratamento, da transparência e da não discriminação – previstos no art. 1º-A, n. 1 do CCP – em confluência, ainda que naturalmente distintos entre si, acabam possibilitando uma melhor compreensão acerca da singularidade não apenas da igualdade, mas também do próprio princípio da concorrência, nomeadamente no que diz respeito à questão procedimental do tratamento a ser conferido aos operadores econômicos privados que intencionam contratar com a Administração Pública, já que a concorrência, por sua natureza, impõe ao ente Público uma aglutinação de obrigações a serem relevadas e consideradas em referência aos direitos dos entes privados de serem tratados de forma igualitária e equânime – e com a mesma equidistância, inclusive – pela entidade pública.

Em função de sua importância à luz dos procedimentos de contratação pública, tem tal princípio a capacidade de gerar certa prevalência ou primazia dos procedimentos abertos de seleção concorrencial sobre procedimentos de acesso limitado ou fechado, eis

¹³⁹ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. Pág. 138; e Ana Raquel Gonçalves Muniz. “*Princípios da Contratação Pública*” em Revista de Contratos Públicos, n. 11. Coimbra: Almedina. 2016. Pág. 25/68 (p. 47).

que a *concorrência* se configura como verdadeiro instrumento de proteção do interesse público financeiro, consoante esclarece Pedro Gonçalves¹⁴⁰.

Ainda alinhado à ideia de prossecução do interesse público, e num ambiente mais moderno da atual realidade do Direito Público em que foi conferido aos cidadãos comuns o direito / dever cívico de minimamente acompanhar as atividades das instituições públicas, observamos o princípio da *transparência* como verdadeira força motriz que impõe à Administração Pública a exposição, a quem de direito, de informações e dados acerca da higidez dos procedimentos conduzidos em busca do interesse público final.

A *transparência* traz em si a essência básica – mas não somente – de tornar pública – e aberta ao livre acesso – toda e qualquer informação que tenha relevância social à luz dos atos administrativos que são conduzidos em prol de um bem público maior.

Apesar de ser um princípio de maior relevância no Direito Público, segundo Suzana Tavares¹⁴¹ a *transparência* não é, e nem pode ser um princípio absoluto, devendo-se sempre avaliá-lo à luz de outros valores, como a confidencialidade, por exemplo, essencial às relações internacionais e diplomáticas, à investigação científica, e até mesmo na economia.

Do ensinamento se extrai facilmente a ideia de que, apesar de a *transparência* ser um princípio de primeira ordem no Direito Administrativo – não fosse assim, não estaria elencado no art. 1º-A, n. 1 do CCP – ainda assim há de ser observado com cautelas, notadamente em outras áreas do Direito.

Imperioso destacar ainda que, pela essência do princípio da *transparência*, o mesmo há de ser analisado num espectro composto por três vertentes¹⁴²: o acesso à informação; a disponibilização da informação; e o desenvolvimento de uma cidadania ativa, esta última conferindo uma correlação direta e imediata com o princípio da boa administração – do qual melhor falaremos adiante.

Não obstante assentirmos que seria válida uma análise mais detida acerca de cada uma das vertentes acima mencionadas, entendemos não ser este o espaço ideal para tal desenvolvimento, haja vista que o assunto aqui tratado extrapola o estudo isolado dos princípios jurídicos de Direito Público, devendo, por outro lado, dar-lhes os contornos

¹⁴⁰ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 355/356.

¹⁴¹ Suzana Tavares da Silva, “*O Princípio da Transparência: Da revolução à necessidade de regulação*” em *As Reformas do Setor Público: Perspectiva Ibérica no contexto pós crise*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. Pág. 149/174 (p. 150/151).

¹⁴² Conforme Suzana Tavares da Silva, “*O Princípio da Transparência...*”. cit. Pág. 151/152.

necessários a elucidar a sua efetiva aplicação aos procedimentos de contratação pública, que, por sua vez, são o objeto central desta dissertação. Por tal motivo permitimo-nos ser sucintos a esse respeito, e apenas abreviar que são justamente essas três óticas específicas inerentes ao princípio da *transparência* que têm precisamente o condão de diferenciá-lo do princípio da *publicidade*.

Assim nos é permitido inferir que *transparência* vai além da **publicidade** que se impõe à atuação da Administração Pública. Isso porque a simples *publicidade* de qualquer documento ou expediente público-administrativo não necessariamente garante ao interlocutor que o acessa o entendimento suficiente à concatenação de todas as ideias subjacentes àqueles dados, por vezes não lhe oferecendo a perfeita compreensão quanto ao potencial impacto que tal informação traz consigo.

Por outro lado, a *transparência*, como princípio jurídico autônomo de direito público – e, inclusive, como política de *good governance*¹⁴³ – vai além, e somente se corporifica quando da publicidade de informação que se mostre efetivamente compreensível a quem à acessa, conferindo-lhe a concreta capacidade de esclarecer a ideia que dela se extrai, dando assim lucidez ao interlocutor que à analisa e à avalia, para concluir pela higidez do que foi praticado no ambiente público.

Nesse sentido, as palavras de Pedro Gonçalves¹⁴⁴ esclarecem que, no âmbito da Contratação Pública, a finalidade maior do princípio da *transparência* é essencialmente garantir a ausência de qualquer risco de favoritismo ou de arbítrio da parte da entidade adjudicante, implicando que todas as condições e modalidades do procedimento de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca no anúncio ou nas peças do procedimento, de forma a permitir aos operadores concorrentes / candidatos a compreensão razoável daqueles documentos.

Ademais, o ilustre Professor¹⁴⁵ ainda orienta que o princípio da *transparência* também tem como função prevenir conflitos de interesses e eventuais violações ao princípio da imparcialidade, impondo à entidade adjudicante que esta assegure um grau de publicidade adequado que permita não só promover a abertura à concorrência, como também controlar a prossecução do princípio da imparcialidade do procedimento.

¹⁴³ A respeito do assunto, ver Pedro Costa Gonçalves. “*Ensaio sobre a boa governação ...*” cit. pág. 159.

¹⁴⁴ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 362.

¹⁴⁵ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 363.

Através de uma interpretação ainda mais abrangente acerca da efetivação do princípio da *transparência* – consoante usualmente operada no direito brasileiro – parece sermos direcionados a um entendimento quanto à sua efetiva vinculação à aglutinação de todas as ideias naturais e essenciais subjacentes aos seus princípios pares: *concorrência*, *imparcialidade*, *publicidade* e *igualdade*, todos princípios previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiros inerentes à matéria¹⁴⁶ – e também no próprio artigo 1º-A, n. 1 do CCP – já que diretamente ligado a cada um deles.

Por sua vez, o princípio da *sustentabilidade* encontra sua ressonância nas questões relativas à utilização estratégica da Contratação Pública.

Nesse sentido, temos que observar que o termo *sustentabilidade* não está tão somente relacionado à uma perspectiva ambiental, mas também à questões sociais ou de interesse público maior. Daí se dizer que este princípio encontra relação direta com o próprio princípio maior da *prossecução do interesse público*.

Entretanto, quando se trata de sustentabilidade – definido como algo que se auto suporta, e que realizado de maneira a não esgotar os recursos naturais – podemos correlaciona-lo diretamente à uma dimensão financeira, ainda que num primeiro momento assim não pareça. Essa ideia advém do próprio fato de estar intimamente ligado às questões financeiras – por óbvio – mas também sociais e ambientais, que, por sua própria natureza, impões uma análise crítica financeira acerca do gasto público imperioso a estas duas áreas.

Tanto assim que Pedro Gonçalves, ao comentar acerca das inovações trazidas pela Diretiva 2014/24/UE, ensina que a nova regulamentação aposta numa utilização estratégica da contratação pública, e na utilização da contratação para a realização dos já tradicionais objetivos sociais e ambientais (*sustentabilidade*), mas também para finalidades ligadas à inovação e ao desenvolvimento¹⁴⁷, concluindo que, num recorte financeiro acerca da *prossecução do interesse público*, o incentivo à inovação tecnológica, a promoção da *sustentabilidade* e as políticas sociais e ambientais são valores e objetivos de interesse público que o direito da contratação pública também deve proteger, no contexto deste princípio da *prossecução do interesse público*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Conforme previstos nos artigos 5º e 37, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988; também no art. 3º da Lei n. 8.666/93; e Lei 9.784/99.

¹⁴⁷ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 60.

¹⁴⁸ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 145.

Já o princípio da *responsabilidade*, descrito expressamente no CCP como regra representativa de valor público próprio – aqui com o sentido do conceito norma principiológica – a ser observado nos procedimentos de contratação pública, acreditamos deva possuir a mesma interpretação conferida tanto pela CRP, quanto pelo CPA em relação à forma como funções público-administrativas devam ser conduzidas.

Isto porque a previsão constitucional¹⁴⁹ do princípio da *responsabilidade* destaca a responsabilização civil das entidades públicas, por ações ou omissões praticadas no exercício da função pública, e por causa desse exercício, de que resulte a violação de direitos liberdades e garantias, ou prejuízo a outrem. Por sua vez, o CPA¹⁵⁰ orienta que a Administração Pública responde, nos termos da lei, pelos danos causados no exercício da sua atividade.

Assim, parece evidente que o princípio da *responsabilidade* consagrado nas principais normas jurídicas de Direito Público está remetido à uma responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos que, no exercício de suas atividades, vier a causar a terceiros. Acreditamos que a intenção da previsão legal do princípio da *responsabilidade* contida no CCP, portanto, deva ter similar finalidade.

Mesmo porque, numa relação contratual é frequente a ocorrência de conflitos e a geração de danos em razão desses conflitos, sejam danos ocasionados na fase pré-contratual – percebidos na fase de preparação para se concorrer num procedimento de contratação pública, quando apenas há a intenção de participar do procedimento de adjudicação, em que se demanda investimentos e gastos preparatórios por parte dos operadores privados que tencionam a participação – seja na fase pós-contratual, fazendo sentido, portanto, que haja, neste caso, uma expressa previsão legal na norma regulamentadora da Contratação Pública acerca da responsabilização civil que pode ser imputada à entidade adjudicante pelos eventuais danos que, no exercício de sua atividade adjudicante, venha a ocasionar a terceiros – e que não sejam justificáveis pela própria atuação público-administrativa em estrita observância à legalidade.

Nesse sentido, Diogo Freitas do Amaral esclarece que o incumprimento de obrigações estipuladas em cláusula contratuais por parte da Administração Pública, por

¹⁴⁹ Artigo 22º do CRP.

¹⁵⁰ Artigo 16º do CPA.

exemplo, é quase sempre causa de perturbações, e possivelmente danos para o co-contratante particular¹⁵¹.

Já Pedro Gonçalves ensina que a revogação da decisão de contratar, por exemplo, implica à entidade adjudicante o dever de indenizar os concorrentes pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas candidaturas ou propostas, consoante disposto no artigo 79º, n. 4 da CCP¹⁵², sendo tal disposição legal, ao nosso ver, uma das hipóteses¹⁵³ da corporificação do princípio da *responsabilidade* no mundo prático da contratação pública.

Por fim, ainda acreditamos que o princípio da *responsabilidade* disposto no CCP possa estar também relacionado à responsabilização que deve ser transferida / recebida ao / pelo particular quando da contratação de uma concessão pública, passando o operador privado, neste caso, a agir legitimamente em nome da Administração Pública, visando o mesmo atendimento ao interesse público originariamente atribuído à entidade pública, devendo, desta forma, agir de maneira *responsável* perante terceiros – eis que realizando atividade pública – e se *responsabilizando* civilmente perante estes mesmos terceiros, caso venha, no exercício das referidas atividades públicas, a ocasionar-lhes quaisquer danos.

Noutro giro, considerando tratar-se a Contratação Pública de procedimento de natureza administrativa, inafastável a necessidade de também se falar acerca do princípio da *Boa Administração*, não categoricamente disposto na CRP e no CCP – ainda que a ideia que o configura possa estar –, porém expressamente presente no CPA¹⁵⁴.

Tal princípio intui a ideia de uma *boa governança* pública, ou ainda nas palavras de Diogo Freitas do Amaral¹⁵⁵ *o dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível*.

Não obstante a definição do jurista estabelecer evidente relação do mencionado princípio com a *eficiência* administrativa, certo é que sua natureza extrapola tal conexão, constituindo-se uma verdadeira mescla da essência de outros três princípios de imensa relevância não restritos ao Direito Administrativo, mas ao espectro do procedimento administrativo em geral, utilizado em todo o Direito Público: *Eficiência, Economia e*

¹⁵¹ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “Curso de Direito...”. cit. p. 675.

¹⁵² Conforme Pedro Costa Gonçalves. “Direito dos Contratos Públicos”. cit. 2018. pág. 434/435.

¹⁵³ Outras hipóteses podem ser também verificadas nos artigos 27º, n. 6; 76º, n. 3; e 105º, n. 3.

¹⁵⁴ Artigo 5º do CPA.

¹⁵⁵ Diogo Freitas do Amaral. “Curso de Direito...”. cit. p. 46.

*Celeridade*¹⁵⁶, sendo os dois primeiros, no nosso entender, de maior importância no que tange aos efeitos financeiros dos procedimentos de contratação pública.

Ainda assim, pelo que entendemos do ensinamento de Licínio Lopes Martins¹⁵⁷, tal princípio jurídico ainda encontra-se em fase *in fieri*, ou seja, em desenvolvimento jurídico-dogmático acerca de seus critérios normativo e judicativo, e ainda pouco avaliado pela doutrina no âmbito jurisprudencial (à exceção do Tribunal de Contas) de forma que, por si, e por sua inobservância, possa dar ensejo à invalidade de qualquer ato administrativo praticado pela Administração Pública.

De todo modo, segundo José Carlos Vieira de Andrade¹⁵⁸, enfatiza-se a ideia do princípio da *boa administração*, quer no plano organizacional, como imperativo fundamentalmente dirigido ao legislador, quer no plano do procedimento decisório, como padrão do modo de desenvolvimento da atividade administrativa, visto do ponto de vista objetivo da realização do interesse público.

Ocorre que o princípio da *boa administração* traz consigo também a ideia de aproximação dos serviços das populações e da desburocratização, consoante se extrai da leitura do n. 2 do artigo 5º do CPA, o que conflui com o antigo princípio da desburocratização e da eficiência, então previstos no artigo 10º do CPA de 1991, de acordo com o que esclarece Miguel de Assis Raimundo¹⁵⁹.

Ocorre que, consoante dito acima, a partir do conceito e dos requisitos que configuram o princípio da *boa administração*, de acordo com o exposto no CPA, é possível a extração da ideia de outros dois princípios intrinsecamente relacionados, e que configuram inquestionável interseção entre as regras principiológicas do Direito Administrativo e do Direito Público-Financeiro, sendo eles: *Economia* e *Eficiência*.

O princípio da *Economia* – ou “economicidade”, conforme disposto no artigo 5º, n. 1 do CPA – não se apresenta apenas como princípio geral de Direito Orçamentário-

¹⁵⁶ Como afirmam Claudia Viana. “*O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública*” em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto Ano VII. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011. pág. 306.; e ainda José Carlos Vieira de Andrade. “*Lições de Direito Administrativo*”. cit. pag. 188.; e Licínio Lopes Martins. “*A invalidade do acto administrativo no Novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*” em Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo. 4ª Edição. Lisboa: AAFDL, 2018. pág. 314.

¹⁵⁷ Licínio Lopes Martins. “*A invalidade do acto administrativo...*”. cit. pág. 314.

¹⁵⁸ José Carlos Vieira de Andrade, “*Algumas alterações recentes ao Código de Procedimento Administrativo Português*” em As Reformas do Setor Público: Perspectiva Ibérica no contexto pós crise. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Pág. 99/107 (p. 100).

¹⁵⁹ Miguel Assis Raimundo, “*Os princípios no novo CPA...*”. cit. pág. 270.

Financeiro¹⁶⁰, mas também de Direito Administrativo, tanto em razão da necessidade de controle orçamental que há de ser promovido pelo ente público na realização de despesas, como também pela busca permanente do cumprimento de seus objetivos, assegurando a máxima qualidade de serviço público tendo em conta os meios à sua disposição¹⁶¹, corporificando-se através do princípio da *concorrência* já que *verdadeiro objetivo da contratação pública, visando justamente a proteção do interesse público financeiro, através da outorga de contratos em concorrência*¹⁶².

Aliás, fazendo uma ponte direta com o que foi acima antecipado, neste contexto relacional entre os princípios da *economia* e da *concorrência* – como princípios necessariamente vinculados¹⁶³ – ainda que este último seja considerado por parte da doutrina jurídica portuguesa¹⁶⁴ como princípio autônomo de maior relevância na contratação pública, entendemos tratar-se de princípio que, no mundo prático da dos procedimentos de adjudicação, configura a verdadeira materialização dos efeitos concretos do princípio maior da *Economia*, já que, por vezes, através de uma disputa de propostas baseadas em limites e critérios pré-definidos no caderno de encargos, o ente público busca promover contratação a partir das melhores ofertas de preços propostas em relação à contraprestação contratual necessária, perseguindo assim o melhor benefício econômico contratual possível para si, objetivando, por outro lado, o gasto da menor quantidade de recursos financeiros cabível a um determinado objetivo, de forma a poder utilizar o remanescente financeiro disponível no atendimento de outros interesses públicos que lhes são demandados.

E, ainda que por vezes a escolha da melhor proposta não atenda a critérios exclusivamente financeiros – podendo aí estar em relevo outros muitos aspectos de naturezas diversas – a economia não pode ser negligenciada em qualquer contratação

¹⁶⁰ Sub-ramo do Direito Público Financeiro Português, o Direito Orçamentário – que trata das despesas públicas – em sua essência existencial tem seus principais princípios – Economia, Eficiência e Eficácia – elevados à essa categoria a partir de 2013 talvez como uma evolução dos pensamentos acerca dos princípios de execução de despesas públicas, conforme Maria d’Oliveira Martins. *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. Coimbra: Almedina, 2015. Pág. 223.

¹⁶¹ Maria d’Oliveira Martins – *Lições de Finanças...* cit. Pág. 224.

¹⁶² Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 131.

¹⁶³ Melhores ensinamentos acerca da relação entre princípio da Concorrência e da Economicidade, verificar Pedro Costa Gonçalves, “*Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”. Coimbra: Coimbra. 2013. Pág. 435.

¹⁶⁴ Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Lisboa: Almedina, 2a reimpressão da Edição de Maio de 2011. 2016. Pág. 184.

pública, em razão de também se tratar de princípio de Direito Público geral, seja no espectro público-financeiro, seja no espectro Administrativista, razão pela qual a adjudicação com o menor custo possível – em respeito ao princípio da eficiência econômica – é norte em qualquer procedimento de adjudicação¹⁶⁵.

Importante destacar que o entendimento acima esposado de maneira alguma visa menosprezar a autonomia existencial do princípio da *concorrência*, ou negar a sua evidente relevância no âmbito do Direito da Contratação Pública. Por outro lado, apenas denota a intensão de demonstrar que usualmente sua percepção / idealização no mundo prático-jurídico se densifica em razão da necessidade de respeito ao princípio maior da *economia* a ser observado no ambiente de regramento mais abrangente do Direito Público como um todo, que por sua vez acaba forçando o enaltecimento da *concorrência* de forma reflexa, para que a Administração Pública obtenha aquilo que melhor lhe convier, pelo menor preço possível em relação ao que lhe é ofertado, a partir de uma disputa de propostas entre entes privados interessados em formalizar uma relação jurídica com o ente público.

Nesse sentido, corrobora com tal entendimento as lições proferidas por Pedro Gonçalves, ao se manifestar dizendo que a *economicidade* enquanto princípio e objetivo da contratação pública, que visa a proteção do interesse público financeiro, realiza-se, em primeira linha, através da outorga de contratos em concorrência¹⁶⁶; e que assegurar a concorrência efetiva já não constitui apenas um dever resultante de uma vinculação ao princípio da igualdade, mas também uma exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura pela melhor proposta¹⁶⁷.

Teresa Almeida¹⁶⁸, ao tratar do princípio da concorrência nas compras públicas ecológicas, salienta que muitos juristas entendem que a *economicidade* das compras públicas se identifica com o conceito de eficiência econômica, orientando ainda que se a eficiência é garantida pelo mecanismo dos mercados, a função de qualquer regulação das compras públicas há de ser a de garantir que esses mesmos mecanismos funcionem nos mercados públicos, sendo essa garantia dada precisamente pelo princípio da concorrência,

¹⁶⁵ Pedro Gonçalves, ao tratar do *custo* como critério econômico nas compras públicas, orienta que estas, *mesmo que não sejam determinadas exclusivamente em função dos custos (dos custos mais baixos), estes vão representar um fator de incontornável ponderação nas compras públicas*, em “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 337.

¹⁶⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 349.

¹⁶⁷ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 349/350.

¹⁶⁸ Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos. “*Compras Públicas Ecológicas...*”. cit. pág. 285/286.

que deve ser compreendido de forma idêntica na regulação da contratação pública e no direito da concorrência¹⁶⁹.

Do ensinamento é possível perceber que a eficiência econômica pode ser tida como critério essencial do princípio da concorrência à luz do interesse das entidades adjudicantes no mercado de contratações públicas, o que nos permite então reforçar a ideia de que o princípio da concorrência, não obstante ser autônomo e de relevância única no Direito da Contratação Pública, tem como última finalidade não somente permitir o acesso dos particulares a este mercado, mas principalmente conferir à Administração Pública a possibilidade de promover a contratação pretendida com a melhor eficiência econômica possível, possuindo assim relação direta e inequívoca com o princípio da *Economia* acima referido.

Assim, a observância aos mencionados princípios, enquanto elementos indispensáveis na busca pela *Economia* nas contratações públicas – gênese imperiosa e primordial à validade de um procedimento de adjudicação que se comprometa com a legalidade administrativa em amplo aspecto – é o que permite ao Estado continuar promovendo novos procedimentos de adjudicação para satisfazer todas as necessidades sociais que lhes são demandadas de maneira economicamente saudável.

Ainda assim não é possível falar sobre contratação economicamente saudável sem mencionar o princípio da *Eficiência*¹⁷⁰, eis que representa o outro pilar a sustentar – e configurar – o comportamento da Administração Pública quando pretende adotar medidas que visem o atendimento ao interesse público que lhe é demandado.

O princípio da *Eficiência*¹⁷¹ toma lugar no âmbito da contratação pública em vários países da União Europeia¹⁷² em razão de o procedimento de adjudicação dever ser conduzido pela entidade adjudicante de maneira objetiva, dentro de um ambiente saudável, e com a utilização de todos os esforços necessários à finalidade do certame, e todos os

¹⁶⁹ Ao contrário, parece-nos, do que pensa Pedro Gonçalves, quando afirma que o princípio da concorrência não cumpre a mesma intenção normativa no Direito da Contratação Pública e no Direito da Concorrência, já que neste último acentua-se a ideia de *liberdade concorrencial*, enquanto naquele primeiro o princípio surge como uma expressão concretizada de *primazia da igualdade* entre os concorrentes, seja de acesso, seja de tratamento, conforme “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 355.

¹⁷⁰ Artigo 5º, n. 1 do CPA.

¹⁷¹ Sustentáculo do princípio da *Boa Administração*.

¹⁷² Na esteira do princípio da Eficiência, o Artigo 31 da Constituição Espanhola obriga a Administração Pública, por exemplo, a otimizar os recursos públicos, valores esses que provem dos próprios cidadãos.

meios aptos a permitir sua conclusão de forma sólida, célere¹⁷³, e justa no atendimento aos interesses públicos, gerando a boa relação de custo operacional x resultado do procedimento que se espera.

Nas palavras de Claudia Viana¹⁷⁴, a *eficiência* revela relação entre os recursos consumidos e os resultados que se pretendem alcançar, pugnando pela otimização dos meios em função dos fins. De outra forma, seria dizer que o princípio da *eficiência* tem direta relação com os meios que a Administração Pública deve buscar para atingir os resultados pretendidos, estes revelados a partir do interesse público que subjaz o procedimento administrativo a ser conduzido.

Há de se ressaltar que a Administração Pública não deve tão somente buscar o atingimento do interesse público que lhe é demandado, pois dispondo dos recursos que possui, não seria difícil admitir o resultado frequentemente positivo. Mas deve fazê-lo da melhor forma possível, ou seja, buscando utilizar-se de todos os meios que lhe são disponíveis para alcançar o resultado almejado, de maneira mais objetiva e menos dispendiosa, dada a escassez de recursos para o atendimento de todas as necessidades públicas de sua competência.

Vale registrar que a doutrina público-jurídica brasileira ensina que o princípio da *eficiência* não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las¹⁷⁵.

Todavia, a doutrina brasileira também indica que, ainda que tal princípio seja de maior relevância, elevado inclusive à nível constitucional¹⁷⁶, não pode sobrepor-se a nenhum de seus outros princípios pares, especialmente o da *legalidade*, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito¹⁷⁷.

¹⁷³ Em respeito ao princípio da celeridade, disposto no artigo 5º do CPA, sendo um dos componentes do princípio da Boa Administração.

¹⁷⁴ Claudia Viana. “*O Princípio da Eficiência...*”. cit. Pág. 301.

¹⁷⁵ Conforme José dos Santos Carvalho Filho. “*Manual de Direito...*”. cit. pág. 54.

¹⁷⁶ Artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁷⁷ Conforme orienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. Cit. pág. 155.

Nesse sentido evidencia-se muito bem os efeitos que o princípio da *eficiência* enseja – ou deve ensejar – na atuação da entidade pública. Não fosse isso, tal princípio não estaria alçado à condição de princípio de ordem constitucional¹⁷⁸ em Portugal, o qual deve reger o Direito Público em geral.

Ainda assim, a utilização de todos os meios disponíveis à realização de uma contratação pública financeiramente saudável, por exemplo, nem sempre é suficiente para concretizar o resultado dela esperado. Nesses casos não se pode afirmar de forma categórica que os princípios da *Economia* e da *Eficiência* não foram corretamente respeitados, podendo, por outro lado, ocorrer simplesmente uma percepção equivocada acerca das variantes previsíveis na tramitação de um procedimento de adjudicação, que faz dele *ineficaz*.

Registre-se que essa “percepção equivocada” não deve ser entendida como um ato ilícito ou irregular do agente público, mas deve ser percebida como um senso crítico equivocado na avaliação entre os atos procedimentais adjudicatórios conduzidos e o resultado final divergente do que era dele esperado, permitido a qualquer ser humano comum.

Assim é, que o princípio da *Eficácia*, concebido numa afinidade fraternal ao da *Eficiência*, não possui relação direta com os meios utilizados pela Administração Pública numa determinada tarefa, estando, por seu turno, ligado aos efeitos que a utilização de tais meios possam efetivamente ocasionar ao final do trabalho realizado. Por outras palavras, possui um vínculo estreito com o efetivo *resultado* de determinada atividade, seja ele condizente com o que dela se espera em razão dos instrumentos e cautelas que lhe são aplicados, seja ele divergente em razão de variantes que podem ocorrer no procedimento.

Claudia Viana¹⁷⁹ define o princípio da *eficácia* como sendo a relação entre os fins ou resultados alcançados, e os objetivos previamente definidos pela Administração Pública, indicando ainda que, por tal razão, os conceitos de *eficiência* e *eficácia* encontram-se necessariamente associados.

No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da *Eficácia* não pode ser negligenciado tendo em vista que, também enaltecido no âmbito do Direito Público em geral por força de norma constitucional¹⁸⁰, está diretamente ligado ao primado da

¹⁷⁸ Artigo 81º, alínea “c” da CRP.

¹⁷⁹ Claudia Viana. “*O Princípio da Eficiência...*”. cit. Pág. 301.

¹⁸⁰ Artigo 267º, n. 2 da CRP.

prossecução do interesse público, força motriz das atividades do Estado. Nesse sentido, cabe afirmar que os princípios da *eficiência* e da *eficácia* devem orientar, conformar e limitar a atuação público-administrativa, constituindo-se princípios exigidos e pressupostos pela própria Constituição¹⁸¹, sendo, portanto, indispensáveis à própria legalidade da atuação da entidade pública.

Assim, o comprometimento com um determinado resultado, ainda que este não seja efetivamente alcançado, é fundamental à própria legalidade dos atos administrativos praticados, em respeito ao princípio da *Eficácia*, enquanto a utilização de todos os meios para alcançá-lo é medida cogente por força do princípio da *Eficiência*.

Exemplo de tal comprometimento se identifica quando a Administração Pública promove escolha de uma proposta não economicamente mais viável a si, mas, de outro modo, aquela cuja *vantajosidade*¹⁸² lhe seja mais benéfica em razão do que se apresenta e dos resultados que dela podem advir¹⁸³ – e aqui tal princípio aproxima-se substancialmente à ideia essencial do princípio do *Value for Money* mencionado no item 2.2 acima.

Aliás, cabe destacar que a análise da *vantajosidade* de uma proposta é um exemplo prático do referido comprometimento da Entidade Adjudicante com o resultado esperado de um determinado procedimento de adjudicação, sendo esta questão matéria expressamente prevista e tratada no âmbito da Diretiva n. 2014/24/EU, através de seu art. 68º, quando estabelece critérios de avaliação do “custo do ciclo de vida” – ou “custo-eficácia”¹⁸⁴ – de um determinado bem adquirido pela Administração Pública, o que, nas palavras de Teresa Almeida¹⁸⁵, por exemplo, do ponto de vista ambiental poderia ser definido como um meio de avaliação financeira de uma opção mais sustentável, em que se

¹⁸¹ Conforme Claudia Viana. “*O Princípio da Eficiência...*”. cit. Pág. 303.

¹⁸² O conceito de *vantajosidade*, muito utilizado no Direito Administrativo brasileiro, pode ser compreendido a partir da análise de alguns fatores. Primeiramente a vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração, conforme Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. Pág. 63.

¹⁸³ José Luis Meilán Gil. “*Derecho...*”. cit. Pág. 210/211.

¹⁸⁴ Para maiores desenvolvimentos acerca do assunto ver Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos. “*Critérios de Adjudicação – O (novo) Conceito de Oferta Economicamente mais Vantajosa*” em *Revista de Contratos Públicos*. n. 13. Coimbra: Almedina, 2016. pág. 109/141.

¹⁸⁵ Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos. “*Critérios de Adjudicação...*” cit. pág. 128.

pretende identificar os impactos ambientais que um produto tem sobre o ambiente, durante todo o processo de produção, uso e reciclagem.

Evidente que, nesse caso, estar-se-ia diante de uma indiscutível hipótese em que os princípios da *economicidade*, *eficiência* e *eficácia* estariam sendo respeitados e sopesados entre si, já que a proposta mais “vantajosa” seria aquela que, economicamente viável à Administração Pública, poderia permitir o efetivo alcance da finalidade do procedimento através da aquisição de determinado bem – produto, serviço ou obra – respeitando-se assim o princípio da *eficácia*, sendo ainda permitido ao ente público utilizar-se dos meios que lhe são disponíveis para avaliar se a aquisição pretendida de fato atenderia a melhor prossecução do interesse público subjacente ao procedimento de adjudicação em questão – evidenciando assim o efetivo respeito ao princípio da *eficiência*.

Indubitável, portanto, que a Administração Pública deve sempre agir respeitando uma série de princípios de Direito essenciais à própria legalidade e legitimidade dos atos público-administrativos, os quais denotam verdadeiros corolários de uma atuação pautada nos valores administrativos estabelecidos pela própria lei. Daí a importância de o ente público, na busca pelo atendimento ao interesse público, conduzir seus atos e procedimentos de forma a melhor cumprir seu objetivo maior, qual seja, a prossecução do interesse público, o que significa respeitar os princípios jurídicos inerentes, utilizando-se de todos os meios disponíveis para alcançar um resultado satisfatório no procedimento de adjudicação que pretende promover para atender à uma finalidade social pré-definida.

CAPÍTULO 3 – PREÇO BASE: REFLEXO DO COMPROMETIMENTO FINANCEIRO PARA O PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Na perspectiva de que todo procedimento de adjudicação representa um negócio jurídico em que, de um lado a Administração Pública se predispõe a pagar por um produto / serviço que lhe é prestado para o atendimento a um interesse público maior, e de outro um ente privado se propõe a fornecer tal produto / serviço mediante uma contraprestação pecuniária pré-definida, evidente tratar-se de situação que demanda um provisionamento de recursos públicos que, devidamente comprometidos, permitirão que todos os esforços para se alcançar o interesse público possam vir a ser envidados.

Nesse sentido, evidentemente que compete à Administração Pública se obrigar ao desembolso de recursos financeiros necessários e suficientes ao atingimento do objetivo da contratação pública a ser realizada. Por si, isso significa dizer que a entidade pública deverá se programar para custear valores previamente ajustados que farão face ao produto / serviço que lhe será fornecido.

Entretanto, tal provisionamento somente pode ser realizado de forma correta e financeiramente responsável a partir do momento em que a entidade pública adjudicante toma efetivo conhecimento acerca de qual deve ser o *Preço Base* da contratação pretendida, já que este reflete o limite da “disposição financeira” que o ente público está propenso a pagar para obter aquilo do que necessita.

Assim, deve a entidade pública, na oportunidade da realização do procedimento de adjudicação, vislumbrar todos os pormenores que importarão na elaboração de um caderno de encargos que reflita a realidade do fornecimento do produto / serviço a ser contratado, o qual, por sua vez, permitirá não só ao ente privado apresentar uma proposta de preços condizente com o interesse manifestado pela Administração Pública, mas também a ela própria prever o impacto financeiro que a referida contratação representará em seu orçamento, de maneira que possa utilizá-lo de forma mais racional e otimizada frente à finitude dos recursos públicos.

Neste contexto, evidente que os diversos institutos jurídicos que fazem parte do cenário da contratação pública – e não apenas o *Preço Base* – e que estejam diretamente ligados ao aspecto financeiro do procedimento hão de ser bem compreendidos e bem aplicados. Isto porque, por suas naturezas, representam coisas distintas, mas que,

interligadas, permitem à Administração Pública (i) expressar o alcance das suas intenções estabelecidas no caderno de encargos que será elaborado e veiculado perante os operadores económicos privados – os quais, por sua vez, demonstrarão interesse em contratar com a entidade pública adjudicante – e, ao mesmo tempo, (ii) conferir a estes mesmos entes privados o conhecimento preciso acerca daquilo que precisarão realizar – e, portanto, investir – para atingir o interesse público que subjaz o procedimento a ser conduzido, de forma que, assim, seja possível a promoção de uma contratação objetiva, eficiente, eficaz e financeiramente saudável.

Porém, para que haja uma melhor compreensão acerca da distinção entre os referidos institutos, imperioso alguns breves esclarecimentos acerca da evolução da legislação portuguesa no que concerne à “orçamentação” da Contratação Pública.

3.1 – O Direito português e o Valor do Contrato antes das últimas alterações do Código de Contratos Públicos

Antes mesmo das mudanças trazidas ao Código dos Contratos Públicos – CCP – pelas orientações da União Europeia, a busca pelo *Valor do Contrato* já nos remetia a uma preocupação do legislador em relação ao preço contratual que o ente público eventualmente vinha a firmar com o particular ao final do procedimento de adjudicação.

Contudo essa preocupação, ao que nos parece, se restringia apenas a esclarecer quanto aos requisitos valorativos que viriam a compor o preço final de um contrato, não demonstrando, a priori, maior preocupação com a limitação dos valores com os quais o ente público estaria disposto se comprometer para alcançar seu objetivo – *Preço Base* estabelecido num procedimento de Contratação Pública.

A leitura da antiga redação do artigo 17º do CCP denota que a preocupação da norma era identificar apenas aquele que seria o valor económico do contrato, ou seja, *o valor máximo do benefício económico que poderia ser obtido pelo adjudicatário com a execução daquilo que se dispunha a fazer conforme descrito no Pacto Administrativo*.

Ocorre que, em razão dos efeitos catastróficos oriundos de recentes crises económicas de ordem mundial, a demanda por um maior controle dos gastos públicos aumentou, exigindo que esses sejam realizados de forma mais eficaz no que se destinam.

Diante dessa necessidade de eficiência na “produtividade” das contratações promovidas pela Administração Pública, o legislador passou a prever outras regras para que se alcance uma melhor configuração daquilo que venha a ser o “*Valor do Contrato*”.

Novamente através da leitura da antiga redação do artigo 17º, nº 1 do CCP, poderíamos imaginar a possibilidade de que o valor do contrato viesse a ser estabelecido pelo próprio operador econômico privado, já que pela definição de *Valor do Contrato*, o *máximo benefício econômico* somente por ele mesmo poderia ser demonstrado, quando da apresentação de sua proposta de preços no procedimento de adjudicação.

A regra não deixa de fazer sentido, na medida em que o preço final do contrato será efetivamente estabelecido a partir da análise de propostas de preços ofertadas pelos entes privados que participam do procedimento de adjudicação. Contudo, limitar a definição do *Valor do Contrato* ao conceito acima indicado poderia até parecer certa ingenuidade do legislador se não tivesse, efetivamente, trazido outros conceitos ao âmago do próprio CCP.

Mesmo porque, numa concepção simplista do conceito de *Valor do Contrato* podem estar implícitas importâncias valorativas não apenas de ordem pecuniária, mas também de ordem econômica – que não representem tão somente dinheiro¹⁸⁶.

Assim, deixar a demonstração do *Valor do Contrato* somente a cargo do ente privado, a quem compete indicar os custos necessários ao alcance do *máximo benefício econômico* que ele próprio – adjudicatário – pode obter com a execução dos serviços demandados pela Administração Pública pareceria incoerente com a atual realidade econômica mundial, em que, enquanto os recursos público-financeiros parecem cada dia mais finitos, sua demanda cresce numa curva inversamente proporcional, impondo-se, desta forma, sua aplicação de forma otimizada e limitada às efetivas possibilidades¹⁸⁷.

Fez então questão o legislador de trazer dentro do CCP outros institutos também relacionados ao *Preço Base*, e que, tal qual o *Valor do Contrato*, devem ser apreciados para que avancemos no presente estudo.

¹⁸⁶ Como explica Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. “*Concursos...*”. cit. pág. 631.

¹⁸⁷ A partir do estabelecimento de um *Preço Base* com função de limitar o teto de gasto para aquela pretendida contratação.

3.2 – Os demais institutos jurídicos relacionados ao Preço Base

Advindo o CCP com regras oriundas de Diretivas da União Europeia sobre Contratação Pública¹⁸⁸, trouxe consigo ajustes a antigos conceitos que institucionalizaram-se no seio dos procedimentos de adjudicação pública.

Consoante já previa o artigo 34º, n. 2 do CCP, por exemplo, o *Valor Estimado* foi disposto na legislação com uma ideia de indicação de valor que deveria ser respeitado no âmbito do procedimento de adjudicação. Assim, nas palavras de Pedro Gonçalves¹⁸⁹, o *Valor Estimado* poderia ser conceituado como o valor monetário (valor indicado em moeda) que a entidade adjudicante estima ou projeta vir a pagar em contrapartida das prestações a efetuar pelo adjudicatário.

Alinhado a isso, o Diploma Legal, além de dispor em previsão preambular acerca de uma definição precisa do instituto do *Preço Base*¹⁹⁰ a ser fixado no caderno de encargos¹⁹¹, também dedicou um dispositivo específico¹⁹² para conceitua-lo e conceder outros esclarecimentos a seu respeito. E não foi só! No mesmo dispositivo legal o CCP também fez menção ao instituto do *Preço Contratual*, tendo este relação direta com o *Preço Base*, apesar de distintos por natureza.

Portanto, pela antiga redação do CCP português, encontramos quatro institutos de mesma ordem financeira¹⁹³ que se inter-relacionam, porém de naturezas distintas.

Nesse sentido, enquanto o *Valor do Contrato* representa o *valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto*¹⁹⁴, o *Preço Base* se define como o *preço máximo*

¹⁸⁸ Diretivas n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas alteradas pela Diretiva n. 2005/51/CE, esta última retificada pela Diretiva n. 2005/75/CE.

¹⁸⁹ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 437.

¹⁹⁰ “O preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato a celebrar”, de acordo com a doutrina de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. “*Concursos...*” . cit. Pág. 636.

¹⁹¹ A fixação do “preço base” no caderno de encargos não deve ser compreendida apenas como uma limitação do teto financeiro de valor que a Administração está disposta a pagar pela contratação pretendida, mas também como um verdadeiro limite jurídico vinculativo para os concorrentes que pretendem participar do certame, conforme Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. *Concursos...* . cit. Pág. 637.

¹⁹² Artigo 47º, n.1 do CCP.

¹⁹³ Conforme ensinam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. “*Concursos...*” . cit. Pág. 629.

¹⁹⁴ Contraponto interessante resulta da leitura do artigo 35, n. 8 do *Codice dei Contratti Pubblici* italiano, o qual prevê que o valor do contrato não é concebido, efetivamente, pelo benefício económico – *lato sensu*

que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objeto, sendo o *Preço Contratual* conceituado¹⁹⁵ como o efetivo preço que o adjudicatário tem a receber da entidade adjudicante mediante a formalização do contrato – a partir da aceitação da proposta que supostamente melhor atende aos interesses públicos.

Licínio Lopes Martins¹⁹⁶ ainda promove primorosa distinção entre os conceitos de “preço” e “valor” quando esclarece que “valor” surge como mais abrangente do que o “preço” (em sentido econômico), pois pode projetar outros fatores impossíveis de serem considerados no “preço”, como preocupações com fatores sociais que vão muito para além do preço e que não são refletidos neste, devendo se observar que a utilização dos dinheiros públicos, na medida do possível, há de considerar o bem público, ou seja, cumprir outros requisitos e finalidade que vão além da adequação financeira.

Porém, efetivamente nenhuma definição foi conferida pelo CCP acerca do *Valor Estimado* do contrato, instituto este de grande relevância administrativo-financeiros na condução dos procedimentos de contratação pública.

Registre-se que, numa análise sistêmica acerca do momento de aparição de cada um dos institutos financeiros acima descritos, o *Valor Estimado* há de ser o primeiro, já que configura a percepção do ente público acerca do comprometimento financeiro ao qual deverá se submeter para alcançar seu objetivo, sendo este um alicerce para a definição de um *Preço Base* que, indicado no caderno de encargos, conferirá limites à entidade adjudicante e ao particular na avaliação das propostas que serão apresentadas, e que acabarão contendo subjacente o *Valor do Contrato* que o particular entende por justo – e que comporia o *máximo benefício econômico* que este espera alcançar na contratação – valor este que, a partir de eventuais procedimentos de negociação entre a entidade adjudicante e os operadores econômicos interessados no contrato, pode vir a ser o valor efetivamente fixado ao contrato, ou seja, o *Preço Contratual*, o qual o particular provavelmente virá a receber pelo contrato formalizado.

– que caberá ao adjudicatário – tal como indica o CCP – mas sim pelo valor pecuniário estimado pela efetiva execução da prestação própria contratada (v.g. *empreitada*).

¹⁹⁵ Apesar de não se encontrar precisamente definido na lei, o preço contratual pode ser compreendido a partir da análise do que dispõem os artigos 88º, 89º, 96º e 97º, n. 1, todos do CCP, e também conforme o ensinamento da doutrina de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. *Concursos...* . cit. Pág. 640.

¹⁹⁶ Licínio Lopes Martins. “*Empreitada de Obras Públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*”, Coimbra: Almedina, 2014, pág. 534.

3.3 – As recentes alterações promovidas no Código de Contratos Públicos e a concepção de novos procedimentos norteadores à definição de parâmetros da contratação

Melhor tratamento ao *Valor Estimado* do contrato somente ocorreu com as novas orientações emanadas nas novas Diretivas da União Europeia¹⁹⁷ que, por meio do Decreto-Lei n. 111-B/2017, de 31 de Agosto, ensejaram importantes inserções no CCP a nível de procedimentos na Contratação Pública.

Dentre as alterações promovidas no Código, uma das que mais nos interessa neste estudo encontra-se descrita no novo n. 7 do Artigo 17º, indicando que o *Valor Estimado* poderia ser compreendido a partir dos *custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante*.

Ao exigir que o *Valor Estimado* deve ser fundamentado por critério objetivos o legislador promoveu alteração de grande relevância à luz da gestão responsável de recursos públicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública promovidos por entidades adjudicantes, fortalecendo assim os princípios financeiro-administrativos da eficiência, eficácia, economicidade e boa-gestão.

Tal medida tende a propiciar uma melhor elucidação daquele que venha a ser definido como o *Preço Base* do procedimento de Contratação Pública a ser realizado, configurando-se o instituto como aquele que será o máximo comprometimento financeiro ao qual a Administração Pública estará disposta a gastar para obter o que necessita através do certame.

Outra importante mudança promovida no CCP pelas Diretivas da UE, e que diretamente se relaciona à ideia de *Valor Estimado / Preço Base*, diz respeito ao instituto da *Consulta Preliminar de Mercado* prevista no artigo 35º-A, e refletida também no artigo 47º, n. 3, do qual melhor falaremos no oportuno momento, mais a frente.

¹⁹⁷ Diretiva n. 2014/23/UE; Diretiva n. 2014/24/UE; e Diretiva n. 2014/25/UE.

3.4 – Alterações do CCP: infortúnios que influenciam na definição de um Valor Estimado / Preço Base no procedimento de adjudicação

Não obstante as relevantes mudanças promovidas no CCP, determinadas consequências oriundas dessas mesmas alterações podem gerar, talvez, efeito contrário ao pretendido. Exemplo disso é a nova dinâmica de escolha do procedimento de adjudicação a ser conduzido pela entidade adjudicante para a promoção de uma pretendida contratação.

Analisada a metodologia de escolha do procedimento de adjudicação à luz dos antigos Diplomas Legais¹⁹⁸ que regiam a matéria, evidenciava-se que a escolha do procedimento se dava em razão do valor do contrato que se pretendia formalizar. Contudo, a partir das novas regras contidas no CCP, passou-se à uma compreensão jurídica doutrinária¹⁹⁹ diametralmente oposta, por meio do qual, primeiramente deve ser eleito o procedimento de adjudicação a ser conduzido, para só então se definir o valor do contrato a ser celebrado.

Esta concepção, ao nosso ver, não se deve em razão da leitura objetiva do artigo 18º do CCP²⁰⁰, já que o parâmetro essencial para a escolha do procedimento de adjudicação a ser conduzido continua sendo o valor do contrato a celebrar, não havendo qualquer outra indicação de qualquer outro fator que venha a influenciar nessa escolha²⁰¹.

Ora, em sendo o valor do contrato a celebrar ainda a base para a escolha do procedimento de adjudicação a ser conduzido, não nos parece fazer sentido que a escolha do tipo de procedimento é que condiciona o valor do contrato e, por isso, deve ser-lhe precedente. Se assim o for, parece-nos que essa nova regra trazida pelo CCP se mostra um tanto quanto contraditória, não apenas em relação ao disposto na redação do próprio artigo 18º do CCP, mas também em razão da maior relevância conferida ao instituto do *Valor Estimado* do contrato, e também da ratificação da importância do instituto do *Preço Base*.

Por outro lado, ao se observar a exigência que o próprio CCP faz em relação à fundamentação da decisão para a escolha do procedimento de adjudicação a ser conduzido pela entidade adjudicante, a referida contradição parece ficar ainda mais evidente. Isto

¹⁹⁸ Decreto-Lei n. 55/95; Decreto-Lei n. 59/99; e Decreto-Lei n. 197/99.

¹⁹⁹ Conforme indica Mario Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. *Concurso...* . cit. Pág. 630.

²⁰⁰ “...a escolha dos procedimentos de ajuste direto, de consulta prévia, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação deve ser feita tendo por base o valor do contrato a celebrar...”.

²⁰¹ Por óbvio que a lei também estabelece exceções a tal regra, todavia, a relação direta entre esses dois institutos ainda configura-se a dicotomia normal na eleição do procedimento.

porque, consoante dispõe o Diploma Legal²⁰², *a decisão de escolha do procedimento de formação de contratos deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar.*

Ora, a lei define expressamente que a fundamentação é um requisito essencial à decisão quanto à escolha do procedimento de adjudicação, fundamentação essa que não apenas deve considerar questões técnicas e jurídicas acerca do cabimento do procedimento a ser eleito, mas também questões fazendárias que permitam o enquadramento do procedimento à realidade financeira que envolve a contratação pretendida.

Nesse sentido, se a lei dá maior importância ao instituto do *Valor Estimado* ao impor à Administração Pública a tarefa de analisar custos médios de contratações similares anteriores, podendo, inclusive, se utilizar de novos instrumentos que a auxiliem a melhorar sua metodologia de estimativa de valores a fim de pré-determinar um *Preço Base* de contratação mais densificado no caderno de encargos, e ainda exige que a decisão acerca da escolha do procedimento de adjudicação a ser conduzido deva ser devidamente fundamentada, não nos parece fazer qualquer sentido essas imposições obrigacionais preparatórias ao ente público se, porém, somente devam ser cumpridas em momento posterior à referida decisão quanto ao procedimento a ser utilizado.

Caso assim o seja, salvo melhor juízo, a decisão a ser tomada não estará munida de quaisquer elementos técnico-financeiros que lhe deem sustento, já que, pela nova regra, tais parâmetros somente deverão ser avaliados, de fato, após a decisão já tomada.

Ocorre que esse entendimento acerca da mudança da regra está insculpido no próprio preâmbulo do CCP²⁰³, indicando que a *escolha do procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar*. Ora, é preciso avaliar a disposição preambular do Diploma Legal no contexto da intenção normativa da Diretiva da UE, e que acabou por influenciar nessa mudança de regra, eis que, ainda que a disposição preambular dê ênfase à uma alteração cronológica entre a escolha do procedimento de adjudicação e o estabelecimento

²⁰² Artigo 26º do CCP.

²⁰³ Assim está disposto no preâmbulo: “(...) Por outro lado, o CCP revê em alta os limites relativos ao valor do contrato em função do procedimento pré-contratual adoptado. Considera-se estratégico pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (designadamente o concurso público e o concurso limitado). Para efeitos da determinação do valor do contrato, consagra-se um sistema que impeça as actuais disfunções relacionadas com o método assente nas estimativas (que só excepcionalmente é permitido). Assim sendo, afirma-se a regra de que a escolha do procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar – entendido este último como o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objecto contractual. (...)”.

do valor do contrato, a análise da regra da escolha do procedimento²⁰⁴ deve ser realizada à luz das demais disposições legais contidas no CCP, sob pena de, em sendo incoerentes, não se fazer satisfatória, tampouco segura a mudança regulamentar em relação à verdadeira intenção normativa por trás da orientação que ensejou a mudança da regra procedimental.

Nesse sentido, analisando-se o texto da Diretiva n. 2014/24/UE²⁰⁵, se identifica nas considerações iniciais a intenção de se promover a contratação pública como um instrumento e uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para o efeito, as regras de contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. É igualmente necessário esclarecer noções e conceitos básicos para garantir a segurança jurídica e incorporar alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia neste domínio.

Ademais, promovendo-se uma análise mais generalista do referido texto, nos parece, salvo melhor juízo, não estar presente qualquer ideia de que, para se atingir aqueles objetivos preambulares, o ato de escolha do procedimento de adjudicação deva necessariamente ser cronologicamente anterior à uma análise estimativa prévia do valor do contrato que se pretende formalizar. Pelo contrário!

Analisando a disposição legal²⁰⁶ da Diretiva relativa à escolha do procedimento, é possível constatar, como requisito de validade à tal eleição, a necessidade de publicitação prévia do anúncio do concurso²⁰⁷. Por conseguinte, o artigo 49º da Diretiva indica a utilização do anúncio como meio de abertura do concurso para **todos** os procedimentos, devendo este conter as menções previstas na Parte C do Anexo V da Diretiva, cuja análise ressalta as diversas informações que devem constar do anúncio de abertura do concurso, dentre elas o “valor do fornecimento”²⁰⁸ de produtos a serem adquiridos²⁰⁹; a indicação de

²⁰⁴ Artigo 18º do CCP.

²⁰⁵ Acessada em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>.

²⁰⁶ Artigo 26º do CCP.

²⁰⁷ Artigo 49º da Diretiva.

²⁰⁸ Item n. 7 da Parte C do Anexo V.

²⁰⁹ Quando não se trata de obras ou de serviços a serem contratados.

valor²¹⁰ do contrato, no caso de um acordo-quadro ou num sistema de aquisição dinâmico; tipo de procedimento de adjudicação²¹¹; bem como quaisquer outras informações que sejam relevantes²¹².

Evidente, portanto, que além das informações acerca da natureza do procedimento de adjudicação, devem ainda constar do anúncio de abertura do concurso informações de ordem financeira – como o *Valor Estimado*, por exemplo, eis que informação de alta relevância na preparação e fundamentação do procedimento de contratação pública pretendido – não apenas em razão dos valores expressamente previstos em alguns dos itens da Parte C do Anexo V, mas também em razão da categoria *outras informações que sejam relevantes*, que não de ser previamente conhecidos para fundamentar o próprio anúncio.

Assim, parece-nos que a Diretiva não determinou a necessidade de qualquer mudança cronológica quanto ao momento de definição do procedimento de adjudicação a ser utilizado e a definição de estimativa do valor do contrato que fundamentará a contratação pretendida, parecendo-nos ter sido essa uma opção do legislador português.

Noutro giro, parece-nos ainda não fazer sentido optar-se por procedimento de adjudicação que supostamente admitiria negócio jurídico de maior valor – mesmo que a contratação efetivamente se desse por um valor consideravelmente menor – se questões técnicas e jurídicas assim não o exigirem, quando se pode, por outro lado, adotar procedimento diverso, com o mesmo nível de exigências técnicas e jurídicas, mas que comporte valor limite de contratação menor, se o montante a ser efetivamente contratado assim o permitir.

Desta forma a fundamentação para a escolha do procedimento não restaria vinculada à questões técnicas ou jurídicas, mas tão somente financeiras. Ainda assim, não deixaria de ser essencial à validade e legalidade da decisão que define o procedimento de adjudicação a ser conduzido para determinada contratação pretendida.

Por fim, numa didática ainda mais simplória, mas que pode ser eficaz na percepção acerca de tal controvérsia, a ordem de aparição dos institutos em questão – *valor do contrato e escolha do procedimento* – no CCP parece evidenciar a cadência com que os fatos devem ocorrer. Observando o Capítulo II do Diploma Legal verifica-se que o

²¹⁰ Item n. 10, (a) e (b) da Parte C do Anexo V.

²¹¹ Item n. 12 da Parte C do Anexo V.

²¹² Item n. 30 da Parte C do Anexo V.

instituto *Valor do Contrato* é apresentado no artigo 17º, enquanto a orientação acerca da escolha do procedimento se apresenta no artigo 18º.

Ainda que se imagine ter sido opção aleatória do legislador apresentar os institutos nessa cronologia, se avaliado o fato junto aos argumentos acima tonar-se mais plausível as explicações aventadas, passando a fazer total sentido a ordem de indicação dos institutos utilizada pelo legislador na confecção do CCP.

Portanto, à luz da fundamentação da decisão da escolha do procedimento, parece-nos que a percepção do *Valor Estimado* do contrato deve ser prévia à definição do procedimento de adjudicação a ser conduzido pela entidade adjudicante²¹³, eis que pode ser objeto de essencial justificativa que dê supedâneo à decisão a ser tomada pela Administração Pública, o que denota, por sua vez, certa controvérsia trazida para o âmago das disposições legais do CCP, após as mudanças legislativas que orientaram nova ordem cronológica entre a escolha do procedimento e a estimativa do valor do contrato.

3.5 – O Preço Base e as modalidades de procedimento de adjudicação

A simples leitura do artigo 18º do CCP denuncia evidente relação entre as modalidades de procedimentos de adjudicação e o valor financeiro da contratação pretendida, esclarecendo ainda que a escolha da modalidade deve ser feita tendo por base o valor do contrato a ser celebrado.

Tal apontamento apenas tende a reforçar a ideia acima explicitada quanto à contradição trazida para o seio da Lei de Contratação Pública portuguesa a partir da transposição das orientações emanadas nas Diretivas da União Europeia acerca do assunto.

Evidentemente que, se a escolha do procedimento deve ser fundamentada com base no valor do contrato a ser celebrado, imperioso que a Administração Pública detenha um conhecimento prévio acerca de qual seria o valor – ao menos aproximado – da contratação por ela pretendida. Caso contrário, não faz maior sentido a regra disposta no artigo 18º do CCP, assim como tampouco faz sentido as próprias orientações dispostas no

²¹³ Tal como a disposição prevista no artigo 35, n. 7 do *Codice dei Contratti Pubblici* italiano, e também da orientação que se extrai da leitura do artigo 39 da Lei n. 8666/93 – Lei de Licitações brasileira, que indica que sempre que o valor estimado de uma licitação for superior a determinado limite previsto na lei, o processo deverá ser iniciado a partir de uma audiência pública, conferindo a ideia de que este deve ser conhecido antes mesmo do início do processo de licitação.

artigo 17º do mesmo Diploma Legal, que confere ao operador do direito noções que vão um pouco além daquela que representaria o valor puramente financeiro do contrato a ser firmado, alcançando a essência de valores econômicos intrínsecos ao futuro pacto.

Assim, forçoso repetirmos quanto à indubitável contradição trazida à legislação, já que maior sentido não faz a alteração cronológica dos procedimentos preparatórios ao processo de contratação pública, com a inversão da ordem entre a escolha do tipo de procedimento a ser conduzido e a definição do *Valor do Contrato / Preço Base* para a contratação a ser perseguida, eis que, se assim o for, não será possível utilizar o elemento financeiro como um dos sustentáculos de fundamentação da escolha do tipo de procedimento que será conduzido, ocorrendo assim evidente afronta àquilo que dispõe a Lei de Contratação Pública.

Por outro lado, analisando-se o que dispõem os artigos 19º, 20º, 21º e 22º, todos do CCP, observa-se que o legislador fez questão de impor limiares financeiros para a utilização de determinados tipos de procedimentos de adjudicação, caracterizando que o valor do contrato a ser celebrado irá interferir diretamente no tipo de procedimento que pode vir a ser utilizado para se promover a contratação pretendida. A ideia que subjaz tais disposições legais apenas reforça o fato de que a eleição do procedimento de adjudicação deve ser precedida de fundamentação de ordem financeira, impondo assim à Administração Pública um conhecimento prévio acerca do desencaixe financeiro que lhe será demandado para alcançar o interesse público que justifica a contratação perseguida.

Registre-se que, na prática, muitos são os reflexos que essa controvérsia observada nas disposições legais contidas no CCP após a mudança legislativa ocorrida podem acarretar para um procedimento de Contratação Pública.

Exemplo disso é o caso do Ajuste Direto, formalizado pela entidade adjudicante com o operador econômico privado, que pode se dar, por exemplo, **em razão do preço da contratação a ser realizada**²¹⁴, sem o prejuízo das condições estabelecidas pelos artigos 24º ao 27º do CCP.

Nesse caso fundamental que a Administração Pública tenha conhecimento prévio acerca daquele que deva ser o *Valor Estimado do Contrato* a ser formalizado – o qual pode ser, se não similar, muito próximo ao efetivo *Valor do Contrato* – de maneira que então,

²¹⁴ Respeitados os limiares financeiros estabelecidos no art. 19º, “d” do CCP; no art. 20º, n. 1, “d” do CCP; e no art. 21º, n. 1, “c” do CCP.

fundamentadamente – ainda que por motivações exclusivamente econômicas²¹⁵ – opte pelo Ajuste Direto, e não por um procedimento convencional de adjudicação por concurso público que viesse a ter o *Preço Base* – como limitador máximo a ser dispendido na contratação pretendida – dentro dos limites permissivos à uma contratação direta, e que demandaria, por sua vez, demasiados procedimentos burocráticos e, portanto, custosos à Administração Pública para a realização de um concurso.

Não fosse a noção prévia acerca do *Valor Estimado / Preço Base* da contratação, não poderia a Administração adotar aquela que viria a ser a escolha mais conveniente aos seus interesses, por vezes motivada tão somente em razão do conhecimento quanto ao custo financeiro que a contratação importará²¹⁶, e que pode conferir ao ente público maior ou menor celeridade procedimental até a efetiva formalização do pacto contratual, de forma a atender às suas necessidades com a eficiência e eficácia que se espera – e se exige – da atuação público-administrativa, e, ainda assim, permanecer atenta ao grau de sindicância do Tribunal de Contas, tradicionalmente desconfiado quanto aos procedimentos que, por sua natureza, tendem a reduzir a competição que se espera de uma adjudicação pública, conferindo, cada dia mais, interpretações restritivas às normas relativas ao ajuste direto – e também à consulta prévia – em razão da preocupação com os gastos públicos de forma menos concorrencial.

Assim como o ajuste direto, o procedimento de Consulta Prévia – verdadeiro concurso público sem anúncio – também possui limiares financeiros acima dos quais a utilização de tal modalidade de formação de contratos não é possível em razão de falta de expressa autorização legal, sendo, portanto, imperioso à Entidade Adjudicante que tenha interesse e condições legais para optar por tal procedimento de adjudicação o prévio conhecimento acerca do custo que tal contratação lhe reivindicará.

Outra hipótese interessante de se analisar, ainda à luz da interferência que o *Preço Base* – como elemento de cunho financeiro – exerce nas modalidades de contratação permitidas à Administração Pública para o alcance do interesse público é o caso das Parcerias Público-Privadas – PPP, cuja previsão legal que autoriza sua utilização como meio de formação de contratos públicos encontra-se descrita no art. 37º do CCP.

²¹⁵ Desde que observadas as condições dispostas nos artigos 24º ao 27º do CCP.

²¹⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 142.

Primeiramente já se percebe que, consoante orienta o referido dispositivo legal, a decisão de contratar pela modalidade de “PPP” demanda um ato decisório conjunto entre a Entidade Adjudicante e membros do Governo da área setorial e da área de finanças, denotando a efetiva preocupação que se tem com o gasto público que se exigirá em razão dessa contratação.

Por outro lado, quando se fala em contratação de “PPPs” – regime que de forma alguma dispensa o procedimento de Contratação Pública²¹⁷ – automaticamente devemos nos remeter à exigência de programação financeira como um fator de promoção de transparência no procedimento de adjudicação, que irá permitir a avaliação do desempenho dos programas previstos no orçamento do Estado²¹⁸.

Nesse sentido, segundo Maria d’Oliveira Martins²¹⁹, a programação financeira apenas será eficaz se tomar como base o *custo total* da PPP, e se assentar numa partilha de riscos corretamente calculada. Do contrário, tornar-se-á inoperante e poderá ser posta em causa pelos gastos a mais que daí advirão.

Pelo ensinamento da jurista, mostra-se patente a importância de se conhecer previamente o *custo total* de uma PPP para apurar seu enquadramento a uma programação financeira saudável, sob pena de esta restar inoperante, demandando mais gastos públicos além daqueles inicialmente previstos. A ideia, por si, demonstra a efetiva necessidade de uma noção acerca do custo da contratação pretendida, ou seja, do valor que aquela contratação demanda, ao risco de não ser possível conduzi-la para se atingir o interesse que a fundamenta.

Por outro lado, a “partilha de riscos” numa “PPP”, que, segundo Licínio Lopes Martins²²⁰, possui como fonte o direito britânico dos contratos públicos, mas que se generalizou aos diversos ordenamentos jurídicos, deve se dar entre o contraente público e o co-contratante, por força do disposto no art. 413º do CCP.

Nesta seara, Maria d’Oliveira Martins²²¹ ainda orienta que a mencionada “partilha de riscos” engloba, por óbvio, também aqueles de natureza financeira, eis que a contratação não pode resultar numa divisão demasiadamente assimétrica de riscos para

²¹⁷ Conforme Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 302.

²¹⁸ Conforme Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 308.

²¹⁹ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 308

²²⁰ Licínio Lopes Martins. “*Empreitada de Obras Públicas...*”. cit. pág. 534.

²²¹ Maria d’Oliveira Martins. “*Lições de Finanças...*”. cit. p. 308

qualquer das partes envolvidas, sob pena de eventuais prejuízos de diversas ordens aos contratantes.

Nesse mesmo sentido recentemente se manifestou o Tribunal de Contas, por meio do supracitado Acórdão n. 01/2019, quando expressamente orientou que “(...) *Quanto à partilha de riscos entre parceiro público e parceiro privado, já vimos como o artigo 7.º do RJPPP exige uma «significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado» (cfr. alínea b) do n.º 1), com o «risco de insustentabilidade financeira da parceria» a ser primordialmente «transferido para o parceiro privado» (cfr. alínea d) do n.º 1). Também o CCP, em matéria de concessões, impõe uma «significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário», nos termos do seu artigo 413º”.*

E a Corte de Contas ainda foi além, ao asseverar que “(...) *Porém, mesmo abstraindo do incumprimento do regime aplicável nesta matéria às PPP (v.g., falta a formulação de uma matriz de riscos), e olhando apenas à questão do risco financeiro, suscitam-se fundadas dúvidas sobre a ocorrência de uma «efetiva transferência de riscos para o concessionário», havendo relevantes componentes contratuais que contêm vantagens seguras para a concessionária e que reduzem significativamente o risco a seu cargo: v.g., pela transmissão em regime de propriedade plena, a favor da concessionária, de 6dos 15 prédios abrangidos pelo contrato (ainda que essa transmissão apenas esteja prevista «após a conclusão das obras dos edifícios destinados à habitação com renda acessível», nos termos do n.º 2 da cláusula 6.ª do contrato); pela possibilidade de constituição de garantias reais, para efeitos de financiamento da concessionária, sobre os imóveis objeto da concessão (desde logo sobre os imóveis a ser transmitidos em propriedade plena, como resulta do n.º 10 da cláusula 9.ª, mas eventualmente também sobre imóveis que subsistirão na propriedade do concedente, como parece decorrer da equívoca redação do n.º 3 da cláusula 9.ª, quando aí se alude aos «imóveis afetos à renda acessível» e em seguida se prevê a possibilidade de «o Concedente poder[...] autorizar a constituição de garantias reais ou obrigacionais sobre esses bens»); pela previsão de reequilíbrio financeiro do contrato, segundo a sua cláusula 34.ª, no caso de «não existir uma ocupação média efetiva dos alojamentos destinados a arrendamento acessível em percentagem superior a 90% da totalidade dessas unidades de alojamento e não tenha sido possível, supletivamente, o seu arrendamento diretamente junto do mercado»”, entendendo assim que “esse conjunto de vantagens contratuais para a concessionária*

indicia, pois, uma repartição de riscos desfavorável para o ente público. Por sua vez, esse provável desequilíbrio implicará a probabilidade de alteração do resultado financeiro do contrato –o que nos volta a remeter para a verificação do fundamento de recusa de visto consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC”.

Evidentemente, portanto, que todo e qualquer procedimento de adjudicação, desde o mais simples, ao mais complexo, demanda uma relação direta com o preço que a Administração Pública poderá e estará disposta a gastar para alcançar um determinado objetivo que dê ensejo a um processo de contratação pública, devendo a entidade adjudicante, no nosso entender, conhecer previamente o valor minimamente aproximado ao qual estará compelida a despende, como medida de boa governança e responsável gestão de recursos públicos.

CAPÍTULO 4 – A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E DE DIREITO ADMINISTRATIVO PARA IDENTIFICAR O PREÇO BASE

Independentemente da concordância com o entendimento acima esposado acerca da contradição observada na recente alteração do CCP, é fato que o *Valor Estimado* do contrato, como instituto prévio que dará ensejo à configuração do *Preço Base* a ser utilizado no procedimento de adjudicação, é questão de extrema relevância na Contratação Pública, se não antes, ao menos durante a escolha do procedimento, já que, repita-se, deve servir como um dos fundamentos que permitirá a escolha do procedimento concursal / ajuste direto que propiciará a formalização da relação jurídica pretendida.

Ainda que a ordem cronológica de ocorrência da escolha do procedimento e a estimativa do valor do contrato seja questão juridicamente discutível neste momento em função das mudanças trazidas ao CCP, sob outro ângulo é possível compreender a razão pela qual o conhecimento da estimativa do valor do contrato deve se configurar como ato preparatório de um procedimento de adjudicação, antes mesmo da escolha do tipo de procedimento que se pretende utilizar.

O que reforça essa ideia é justamente a imperiosa aplicação dos princípios de Direito Público – Direito Administrativo e Direito Público-Financeiro – indicados no capítulo 2²²² deste trabalho, que hão de reger, de maneira complementar²²³, a forma como a Administração Pública deverá conduzir o procedimento de contratação pública necessário ao atendimento de seus interesses.

Nesta seara, o primeiro apontamento que se deve ter em mente é a intenção que subjaz as orientações expostas nas Diretivas da União Europeia, que por sua vez ensejaram as mudanças ocorridas no CCP. E, quanto a isto, a primeira destas orientações, e que nos interessa sobremaneira neste trabalho dissertativo, diz respeito à forma de utilização dos recursos públicos.

Conforme se depreende da leitura do texto preambular da Diretiva 2014/24/EU, mais precisamente em seu 2º “Considerando”, encontra-se expressa a orientação de que as contratações públicas no âmbito dos Estados Membros que compõem a União Europeia

²²² Itens 2.2 e 2.3;

²²³ Ainda que a função financeira do Estado seja autônoma em relação à função de Administração Geral, ambas acabam sendo complementares uma à outra, de acordo com José F.F. Tavares. “*Atos Políticos e Atos...*”. cit. pág. 26.

deve se dar “(...) assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos”. Tal premissa, por si, já permite-nos compreender uma preocupação latente com a utilização dos recursos público-financeiros de maneira mais otimizada e responsável.

Não à toa tal preocupação foi expressamente emanada na normativa, eis que a crise econômica que assolou fortemente todos os mercados do mundo gerou efeitos até hoje sentidos, impondo a muitos Estados medidas de austeridade que pudessem reduzir os impactos dos prejuízos econômicos, políticos e sociais percebidos em todos os continentes.

Assim a ordem do dia passou a ser a utilização eficiente dos fundos públicos, de maneira que os Estados pudessem prover os interesses públicos que lhes são demandados, tentando mitigar os gastos muitas vezes excessivos e despropositados de recursos públicos, principalmente num ambiente de mercado rico, como o da União Europeia.

Outra preocupação manifestada ainda no 2º “Considerando” da referida Diretiva diz respeito às medidas que devem ser adotadas pelas Entidades Adjudicantes da Administração Pública dos Estados Membros quanto às normativas procedimentais relativas à Contratação Pública, indicando expressamente que “(...) as regras de contratação pública deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns”.

Pela simples análise do texto da Diretiva fica patente a necessidade de que a Administração Pública reveja suas normas e seus métodos procedimentais que a levem a promover uma aquisição de bens / serviços de maneira mais produtiva e aperfeiçoada, visando atingir objetivos mais precisos e que melhor atendam aos interesses público-sociais que estão implicitamente ligados aos processos de contratação pública, numa perspectiva de evidente racionalidade econômica do gasto público.

Além do objetivo mais explícito na orientação acima apontada, outros se encontram também sinteticamente claros no decorrer da leitura da mencionada Diretiva, quais sejam: (i) aumentar a transparência e combater a corrupção e os conflitos de interesses; e (ii) garantir a sustentabilidade (ambiental, social e financeira) não apenas na formação dos contratos públicos, mas também durante a sua execução²²⁴, dentre outros.

²²⁴ Conforme também assevera Luís Valadares Tavares. “O Guia da Boa Contratação...” cit. Pág. 28.

Evidente, portanto, que a comunidade europeia, através das recomendações e orientações emanadas por meio da Diretiva 2014/24/EU, demonstra a necessidade de que os procedimentos de contratação pública no território europeu passem a ser regidos mediante a estrita observância aos princípios de ordem administrativista e financeira que figuram no âmbito do Direito Público geral, com especial atenção à *eficiência* administrativa, tanto do ponto de vista operacional, quanto financeiro, explicitamente demonstrada nas transcrições acima citadas.

Desta forma, a atuação da Administração Pública num procedimento de adjudicação – contratação pública – passou a ser muito mais exigida, já que possuindo uma dimensão pluridisciplinar, deve ser interpretada de forma integrada entre diversos ramos do Direito²²⁵, demandando-se a observância e aplicação precisa de todos os princípios de Direito Administrativo e Financeiro, inerentes a formação de uma relação jurídico-contratual de ordem pública.

Ressalte-se que, tratando-se de Contratação Pública, o procedimento processual encontra-se vinculado ao atendimento do interesse público do Estado no desenvolvimento de suas políticas públicas. Nesse sentido, a plena prossecução do interesse público não se realiza tão somente mediante o cumprimento de regras oriundas apenas de um ramo de Direito – Direito Administrativo – na medida em que o mundo do Direito Público envolve outros regramentos e princípios a serem observados pelo ente público, que contribuirão para que tais normas conversem entre si de maneira a, sistematicamente, cumprirem suas funções com competência.

Isto porque, se a contratação pública configura-se como instrumento utilizado pela Administração Pública muitas vezes para atingir objetivos de responsabilidade social, o Direito Financeiro acaba sendo um “garantidor” que permitirá ao ente público se utilizar do referido instrumento para cumprir com suas atribuições.

Ora, sendo o Direito Financeiro de ordem pública, então vinculado à Administração Pública e destinado a reger a gestão dos recursos públicos por ela utilizados no resguardo do interesse social maior, suas regras não de ser respeitadas em todo o âmbito de atuação público-administrativa, em consonância com o Direito Administrativo, norteando as atividades dos entes públicos na prossecução do interesse público.

²²⁵ Nesse sentido, José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos..*”. cit. pág. 201.

E, sendo a contratação pública a realização concreta de despesas públicas, evidente que deve ser conduzida também em estrita observância aos princípios de Direito Financeiro-Orçamentário, posto que tal observância é vital à legalidade dos próprios procedimentos²²⁶, devendo a entidade prezar pela boa gestão de tais recursos por ser bem jurídico maior, oriundo da coparticipação da própria sociedade.

Detentora desses recursos – finitos e escassos – está a entidade adjudicante compelida a adotar todas as medidas de controle e fiscalização com os gastos públicos, nesse sentido, devendo promover seus procedimentos de adjudicação em estrita observância ao princípio da *Boa Gestão Financeira dos Recursos Públicos* por meio da racionalização econômica dos gastos, já que, não apenas trata-se de medida cautelar visando a proteção do dinheiro público e sua utilização de forma eficaz e eficiente²²⁷, mas também de diligência preventiva e ponderada imposta por lei ao gestor público, sob pena de responsabilização financeira.

Tais medidas representam a verdadeira configuração de um princípio jurídico de ordem público-financeira denominado por Sousa Franco²²⁸ como *princípio da economicidade orçamental*, que integra dois princípios: o da mais racional utilização possível das dotações orçamentais aprovadas, e o da melhor gestão de tesouraria.

Por sua vez, Pedro Gonçalves²²⁹ orienta que a introdução da racionalidade econômica nas compras públicas não pode se considerada uma exigência despropositada ou desadequada, posto que tais compras representam custos e correspondem a gastos de recursos financeiros, recursos esses que proveem de impostos que oneram os contribuintes atuais e dos empréstimos que os contribuintes atuais e futuros vão ter que pagar, sendo assim imperioso que os processos de compras públicas do Estado Contratante sejam orientados, senão em função dos custos, pelo menos também em função desses.

Assim, inimaginável que um procedimento de adjudicação possa ser iniciado e conduzido pela Administração Pública nos dias atuais com a observância e a aplicação

²²⁶ Artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo – CPA.

²²⁷ Impõe-se aqui a análise do “custo / ganho de oportunidade”, eis que ao promover uma Contratação Pública, a entidade adjudicante dispõe de seus recursos escassos, e prescinde da oportunidade de utilizá-los de outro modo, sendo imperioso que avalie o “custo da oportunidade” na remuneração da execução do contrato a ser formalizado, consoante doutrina de Pedro Matias Pereira e Rui Mesquita Guimarães. *Os Contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos*. Boletim de Ciências Económicas (Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes). Coimbra: Coimbra, Volume LVII. Separata. 2014. Pág. 2674.

²²⁸ António L. de Sousa Franco. “*Finanças Públicas...*” cit. Vol. I. p. 430.

²²⁹ Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 337.

exclusivamente dos princípios inerentes ao Direito Administrativo, sem se preocupar, todavia, em aplicá-los de maneira simultânea também aos princípios de Direito Público-Financeiro, pois o uso de tais regras sem sua efetiva comunicação não se mostra mais possível em função da necessidade de novos procedimentos e novas cautelas a serem adotadas na presente realidade do mundo da Contratação Pública europeia, conforme exigido pelas orientações contidas na Diretiva da União Europeia.

Daí que a noção mínima da quantidade de recursos financeiros necessários à concretização de um procedimento de contratação pública é primordial não só em razão da imperiosa fundamentação acerca da escolha do tipo de procedimento a ser conduzido, mas também em função da necessidade de gestão do orçamento financeiro que deverá ser comprometido para a adjudicação pretendida.

Diante do exposto, evidente que é medida precípua da entidade adjudicante, e indispensável à uma boa administração que respeite os princípios e normas jurídicas que fundamentam o próprio Direito Público, a percepção prévia, ainda que estimada, acerca do impacto financeiro de um pretendido procedimento de adjudicação, detalhando o caderno de encargos com todos as exigências necessárias – inclusive o *Preço Base* – para densificar a informação a ser passada ao mercado, buscando limitar o teto financeiro a ser gasto na contratação, sem que isso frustre a concorrência que se espera do certame²³⁰.

Cumprido destacar que o objetivo do procedimento não deve ser de apenas obter as melhores propostas de preços ofertadas pelos particulares interessados na formalização de um contrato com a Administração Pública, mas também procurar pagar o menor valor possível por tal pretensão em função de uma necessidade de respeito às questões orçamentais envolvidas, à luz de uma justiça contratual sinalagmática – equilibrada – em que o preço contratual representará diante da contraprestação a ser executada pelo particular, já que ao assumir obrigações, compete ao ente público primar para que estas sejam proporcionais²³¹, e que tenham conexão direta com a finalidade do contrato²³².

Tem-se, portanto, que a apuração correta do *Valor Estimado / Preço Base* do contrato num processo de adjudicação não deve ser mero capricho procedimental, mas sim uma verdadeira imposição jurídica feita por leis de origem Público-Administrativista e Público-Financeira, de maneira que a Administração Pública não perca de vista o objetivo

²³⁰ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira. *Concursos...* . cit. Pág. 628.

²³¹ Artigo 281º do CCP.

²³² Pedro Matias Pereira e Rui Mesquita Guimarães. *Os Contratos...* . cit. Pág. 2668.

principal de uma contratação pública – o atendimento ao interesse e às necessidades públicas dos cidadãos – norteando-se, para tanto, por princípios que corporificam a boa administração e a boa gestão dos recursos públicos²³³.

Para tanto, essa necessidade de antecipação de previsões cautelares pela Administração Pública em um procedimento de adjudicação deve ser conduzida de forma satisfatória, através da utilização de todos os meios e ferramentas que lhe são disponibilizadas para a realização do hábil, produtivo e competente atendimento ao interesse público.

E, nesse sentido, a própria Diretiva da União Europeia tratou de trazer para o âmbito da Contratação Pública portuguesa novos instrumentos que têm por função permitir que procedimentos de adjudicação possam ser realizados de forma mais flexível, porém mais coesa à própria intenção explicitada no corpo da regra orientadora emanada pela comunidade europeia. Exemplo disso é o instituto da *Consulta Preliminar ao Mercado*.

²³³ Na Espanha, por exemplo, em razão de exigências impostas pela União Europeia, a observância de princípios de Direito Financeiro – tal como de Direito Administrativo – no âmbito das contratações públicas – como procedimentos geradores de despesas públicas – é matéria de ordem constitucional, cuja orientação nesse sentido se extrai da leitura do artigo 135 da Constituição Espanhola.

CAPÍTULO 5 – A CONSULTA PRELIMINAR AO MERCADO COMO FERRAMENTA DE ORÇAMENTAÇÃO DO PREÇO BASE DO PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO

Até o início do ano de 2018 o entendimento esposado no CCP era de que o *Valor Estimado* do contrato deveria ser baseado, inicialmente, nos custos médios unitários de prestações similares adjudicadas em procedimentos anteriores.

Contudo, esse simples procedimento de verificação de um histórico de contratações anteriores, objetivando apurar o *Valor Estimado* de um novo contrato, deixou de ser suficiente a mensurar efetivamente aquele que deve ser o limite financeiro a se despende num novo procedimento de adjudicação, de forma *Econômica, Eficiente, Eficaz*, e à luz de um *boa gestão dos recursos público-financeiros, na prossecução do atendimento ao interesse público* respeitando a adoção de uma política de austeridade com os gastos públicos, e que busque evitar práticas anticoncorrenciais no mercado da contratação pública.

Diante da fragilidade que a referida tarefa por si só representa em relação a uma avaliação financeira e a um provisionamento de recursos necessários ao acolhimento de um pretendido procedimento de adjudicação foi trazido para o seio do CCP – por força da Diretiva competente²³⁴ – mais uma ferramenta de expressiva importância, e que pode ser utilizada para algumas finalidades, inclusive na busca pela eficaz estimativa de um valor contratual realista numa perspectiva mercadológica.

A *Consulta Preliminar ao Mercado*, da forma como descrita na letra fria da Lei²³⁵, tem a função principal de permitir que as entidades adjudicantes busquem junto ao mercado informações que possam auxiliá-la no planejamento e na fundamentação de uma nova contratação pública.

Nas palavras de Pedro Gonçalves²³⁶, a consulta preliminar ao mercado é medida de transparência e de boa gestão pública que, conduzida antes de um procedimento de contratação, permite à entidade adjudicante realizar consultas informais ao mercado a fim de preparar o procedimento, fixando mecanismos para que isso não se traduza em parda da transparência ou prejuízo para a concorrência.

²³⁴ Artigo 40º da Diretiva 2014/24/UE.

²³⁵ Conforme artigo 35º-A do CCP.

²³⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 414.

Por sua natureza, pode ser utilizada (i) não apenas para obtenção de informações que servirão de fundamentação a um procedimento de contratação pretendido que necessita de um bom planejamento²³⁷, mas também permitindo a busca de ideias vindas do mercado que sirvam para auxiliar a Administração Pública acerca da melhor adequação procedimental a conduzir²³⁸; ou ainda (ii) visando solucionar um problema que esse mesmo ente público, por conta própria, não consegue ou não sabe como resolver²³⁹. Nesse segundo sentido, tratar-se-ia de um procedimento que busca a inovação para a solução de uma determinada questão.

Por ter sido concebida como um instrumento acessível à entidade adjudicante, cuja finalidade é auxiliá-la no planejamento e na fundamentação de um procedimento de contratação – e sem a qual, aliás, em termos de boa gestão, salvo em situações especiais, não há como fundamentar uma correta decisão de adjudicação²⁴⁰ – nada impede que as informações que se busque através da sua utilização sejam relativas aos valores que os operadores econômicos têm praticado no mercado comum com contratações similares, servindo assim como uma verdadeira ferramenta de “pesquisa de mercado” – ou “pesquisa de preços” – prévia à definição do *Preço Base* que servirá de parâmetro para o procedimento de adjudicação pretendido.

Desta forma, se opera mediante a *solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação*²⁴¹.

Vale frisar que a expressão *planejamento da contratação* traz em si a ideia finalística do instituto, percebendo se tratar de um procedimento prévio, de preparação e fundamentação a um novo processo de contratação pública, oportunidade em que as bases de sustentação técnico-orçamental da nova adjudicação hão de ser bem definidas com o objetivo único de se promover o certame necessário à consecução de um interesse público.

Na medida em que o artigo 47º, n. 3 do CCP orienta expressamente quanto à utilização da *Consulta Preliminar ao Mercado* para a fixação do *Preço Base* a ser indicado

²³⁷ Conforme Raquel Carvalho. “*Consultas Preliminares ao Mercado no CCP*” em Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL, 2017. Pág. 413.

²³⁸ Conforme Oana Pantimlimon Voda e Carolien Jobse. “*Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks*”. EPPPL, 2016, Pág. 179/193, (p. 180).

²³⁹ Raquel Carvalho. “*Consultas Preliminares...*”. cit. Pág. 414.

²⁴⁰ Conforme as palavras de José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos..*”. cit. pág. 199.

²⁴¹ Conforme descrito no art. 35º-A, n. 1 do CCP.

no caderno de encargos, evidente que a ferramenta também pode – e deve – ser utilizada para a apuração das bases financeiras fundamentais que hão de o constituir, ou seja, para a apuração do *Valor Estimado*, o qual virá a conformar os alicerces à definição daquele que virá a ser o *Preço Base* efetivo.

Aliás, nesse sentido, Voda & Jobse²⁴² esclarecem que a *Consulta Preliminar ao Mercado* é um método válido para se estabelecer um preço limite realístico na contratação pretendida, através da pesquisa acerca daqueles que usualmente são os praticados no mercado para determinado tipo de contratação.

Assim, em se tratando de uma tarefa preparatória, evidente que deve ser anteposta a muitos outros afazeres, inclusive a própria definição do tipo de procedimento de adjudicação a ser conduzido, o que, aliás, somente vem a corroborar a já referida contradição²⁴³ crida no CCP pelas alterações que lhe foram promovidas no que tange à mudança de momento da escolha do tipo de procedimento em relação à análise estimativa do valor do contrato.

Aliás, curiosidade interessante contida no texto do artigo 47º, n. 4 do CCP, e que reforça a ideia acima explicitada acerca da contradição observada na mudança da lei – e dos procedimentos de preparação à contratação pública – diz respeito à indicação de que *o preço base deve respeitar os limites de valor até aos quais pode ser utilizado o tipo de procedimento em causa e os limites máximos de autorização de despesa do órgão competente para a decisão de contratar*. A redação do dispositivo legal realmente aponta para a ideia quanto escolha do procedimento de adjudicação de forma prévia à definição do *Preço Base* que lhe servirá de parâmetro, devendo este preço respeitar os limites financeiros do tipo de procedimento eleito.

Contudo, numa perspectiva maior que considera a essência da Diretiva da União Europeia e a intenção que subjaz a orientação da comunidade – *utilização mais eficiente dos fundos públicos* – parece não fazer muito sentido a disponibilização de uma ferramenta ao gestor público que lhe permitirá obter maiores informações para um melhor planejamento do procedimento de contratação pretendido – inclusive à luz do gasto público que essa contratação demandará – e, por outro lado, a mesma lei indicar que a escolha do tipo de procedimento de adjudicação – cada um com seus limites financeiros

²⁴² Conforme Oana Pantimlimon Voda e Carolien Jobse. “*Rules and Boundaries...*”. cit. pág. 181.

²⁴³ Objeto da análise realizada no item n. 3.4 acima.

máximos e mínimos – deve ser prévia à obtenção dessas mesmas informações, e que o valor do *Preço Base* posteriormente apurado deve respeitar àqueles limites financeiros inerentes ao procedimento eleito.

Analisando-se essas premissas, a referida contradição mais uma vez salta aos olhos, já que a intenção de planejamento da contratação – enaltecido²⁴⁴ por meio da disponibilização legal da *Consulta Preliminar ao Mercado* como ferramenta de auxílio de fundamentação e preparação do procedimento – parece perder a força, e sua própria razão de existir, no momento em que a mesma lei impõe condições à utilização da informação obtida previamente com finalidade de referido planejamento financeiro, e que pode influenciar diretamente nos limites de gastos atribuídos através de uma decisão prévia já tomada – quando da escolha do tipo de procedimento – desprovida de maiores elementos que pudessem alterá-la significativamente se houvesse efetivo conhecimento prévio acerca dos impactos positivos que tal informação poderia ocasionar para a Administração Pública.

Faz sentido, portanto, o uso da *Consulta Preliminar ao Mercado* para a obtenção de informações que permitirão à entidade adjudicante melhor planejar seu procedimento de contratação pública antes mesmo da escolha do tipo de procedimento que pretenda utilizar, inclusive em função das informações que venham a ser fornecidas e que lhe possibilitarão apurar mais fidedignamente o *Valor Estimado* do contrato a ser formalizado, o qual, conseqüentemente, servirá de fundamento para se configurar o *Preço Base* do caderno de encargos a ser veiculado aos interessados, em razão da necessária observância ao princípio da *Boa Gestão dos recursos financeiros*.

Sob outra ótica, razão também não haveria para se impedir a utilização da citada ferramenta para a apuração planejada das informações de ordem econômica que servirão de base para as limitações financeiras a serem indicadas no caderno de encargos.

Nesse sentido a *Consulta Preliminar ao Mercado* parece ser uma boa novidade imposta ao ordenamento jurídico português para auxiliar à entidade adjudicante a fundamentar as bases financeiras que deverão ser consideradas quando da pretensão de uma adjudicação, posto tratar-se de verdadeira pesquisa de mercado a ser promovida junto aos operadores econômicos, conferindo ao ente público o conhecimento prévio acerca dos

²⁴⁴ O enaltecimento do planejamento da contratação pública é evidente no texto das Diretivas da União Europeia, denotando-se evidente intenção de prestigiar os procedimentos de preparação da contratação como forma de permitir a flexibilização dos processos, através de métodos mais eficientes e eficazes de atingimento do interesse público.

custos que a contratação pretendida irá demandar ao erário público, podendo, a partir de tal informação, avaliar-se a relação custo x benefício que o procedimento irá gerar.

Conhecendo a realidade de ofertas do mercado em relação à contratação pretendida, e podendo estimar os encargos financeiros que tal procedimento proporcionará aos cofres públicos, pode a entidade adjudicante melhor se preparar para os obstáculos e dificuldades que poderão surgir no decorrer do certame, e até mesmo no momento posterior, quando da execução contratual que se seguirá.

Aliás, quanto à essa preocupação do ente público com os impactos operacionais e financeiros durante a execução contratual, cabe destacar que a questão já mereceu especial análise por parte da doutrina administrativista portuguesa, designadamente no momento pós-crise econômica mundial ocorrida em 2008, à luz do impacto financeiro que eventos como este podem ocasionar nos contratos públicos, e os riscos que tal situação pode ensejar à própria administração pública caso o contrato não seja executado a contento.

Neste passo, Pedro Costa Gonçalves²⁴⁵ ensina que compete obrigatoriamente à Administração Pública conhecer a situação econômica do operador privado em cada momento da execução contratual para promover a melhor fiscalização possível do contrato firmado, defendendo-o, inclusive, se necessário for, através da promoção de auxílios a estes operadores – contraentes privados – que consigo possuam contratos públicos, e que estejam enfrentando problemas graves de ordem financeira, em prol do interesse público maior²⁴⁶.

Ora, se de tal ensinamento devemos compreender que é obrigatório à entidade adjudicante conhecer da situação econômica do contratado em todo o período de vigência contratual, muito mais sentido faz que, também a todo momento, deva estar obrigada a “conhecer” a própria realidade econômica dos contratos que firma com operadores privados, principalmente antes de formalizar o pacto administrativo em questão. Isto porque tal conhecimento não apenas facilitará suas atividades pós contratuais de fiscalização – na medida em que tem a noção prévia acerca do impacto financeiro daquele contrato perante o operador econômico –, como também lhe permitirá promover uma contratação financeiramente responsável, de forma que possa agir com a cautela esperada

²⁴⁵ Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*” em Estudos de Contratação Pública – III. 1a Edição. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer Portugal). 2010, pág. 5/49 (p. 28/29).

²⁴⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos...*”. cit.. p. 34.

tanto com o operador econômico privado no decorrer do exercício de sua fiscalização contratual, quanto consigo própria no momento prévio a um comprometimento financeiro a médio/longo prazo que lhe demandará promover pagamentos de valores por serviços/produtos adquiridos daquele mesmo operador econômico.

De outra forma podemos dizer que, se por um lado cabe à Administração Pública defender o contrato, inclusive promovendo eventuais auxílios aos operadores econômicos – contraentes privados – que consigo possuam contratos públicos e que estejam enfrentando problemas graves de ordem financeira, na preservação do interesse público maior, por outro também cabe à esta mesma Administração Pública adotar as medidas internas que visem evitar com que crises financeiras possam afetar diretamente suas atividades de forma tal que imponha qualquer tipo de risco aos contratos que possui.

Sendo assim, o comprometimento financeiro de um procedimento de adjudicação através da orçamentação correta e responsável do contrato pretendido, dentro de parâmetros e níveis condizentes com a realidade da contraprestação a ser oferecida pelo operador econômico privado, pode ser entendido como medida administrativa preventiva que vise não apenas proteger aquele futuro contrato administrativo que será firmado, mas também o próprio contraente privado, e à ela mesma – Administração Pública –, reduzindo os riscos financeiros que todas as partes envolvidas poderão perceber em momentos de maior fragilidade econômica dos mercados oriunda de fatores externos, como v.g. uma crise financeira de ordem mundial como a que assolou muitos países europeus em 2008, dentre eles Portugal.

Assim, a promoção de uma boa *Consulta Preliminar ao Mercado*, juntamente com uma avaliação de preços praticados anteriormente pela própria Administração Pública em procedimentos de adjudicação similares podem trazer à entidade adjudicante melhores condições de estimar o valor do contrato numa ordem de grandeza mais próxima à que efetivamente será considerada quando da fixação do *Preço Base*, contribuindo para um planejamento de contratação mais eficiente e eficaz, diante de um maior controle financeiro acerca das despesas inerentes aos procedimentos de contratação pública pretendidos.

Tal procedimento permite ainda evitar eventuais intercorrências financeiras que possam ser ocasionadas no decorrer da execução do contrato, e que forcem à Administração Pública a socorrer os operadores privados. E até mesmo evitar que

intervenções venham a ser necessariamente promovidas pelo Tribunal de Contas no âmbito dos referidos certames de forma a corrigir inconsistências procedimentais, consoante já ocorrido num passado não tão remoto²⁴⁷.

Porém, ainda que a ferramenta seja efetivamente útil, cumpre-nos questionar se a sua utilização é suficiente para se promover uma contratação pública saudável dos pontos de vista procedimental e financeiro, e se dela surge a capacidade plena de se evitar a ocorrência de vícios de vontade nos procedimentos de adjudicação que sejam ocasionados pelas práticas defeituosas do mercado da contratação pública – como os conluíus que, por vezes, além de mal contribuir para o desenvolvimento económico-social da atividade pública, também ensejam gastos financeiros superiores àqueles que efetivamente seriam necessários à consecução do interesse público, permitindo assim, por exemplo, desvios de dinheiro para alimentar a malsinada prática de corrupção no âmbito público administrativo.

²⁴⁷ Acerca do assunto, João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez. “*Definição do preço base como critério de exclusão de propostas contratualmente inaceitáveis*” em *Temas de Contratação Pública I*. 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2011. Pág. 363/369.

CAPÍTULO 6 – O PREÇO BASE DO PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO E OS PROBLEMAS QUE PODEM ADVIR DO MERCADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A *consulta preliminar ao mercado* e a apuração dos preços de contratações similares anteriores podem ser instrumentos eficientes para robustecer a fixação dos limites financeiros de um novo procedimento de adjudicação que se pretenda conduzir. Contudo, à luz de todos os princípios de Direito Administrativo, tais medidas podem não ser suficientes para se evitar a ocorrência de vícios e defeitos inerentes ao próprio mercado.

Num ramo em que, cada dia mais a informação pode configurar verdadeira arma de grande potencial lesivo quando manejada de forma indevida e desconforme aos princípios e valores republicanos básicos, utilizar-se de todos os meios disponíveis para evitar possíveis maquinações que em nada beneficiam à sociedade – mas apenas a um pequeno grupo econômico – é medida de esforço necessário aos entes públicos que buscam a satisfação das verdadeiras necessidades e anseios público-sociais.

Se levarmos então em consideração as consequências lógicas que naturalmente podem advir de um procedimento de contratação pública, parece-nos fazer ainda mais sentido a necessidade de adoção de todos os esforços para que a referida adjudicação transcorra de maneira objetiva e eficiente, de forma a alcançar a eficácia que dela se espera.

Isto porque, não somente obstáculos podem surgir no decorrer da tramitação do procedimento de adjudicação, e que eventualmente poderão acarretar transtornos de todas as ordens à Administração Pública, mas também medidas e providências poderão ser demandadas de outras entidades da máquina pública, e até mesmo a utilização de regras oriundas de outros sistemas jurídico-normativos para solucionar intercorrências que venham a ser observadas e que podem ocasionar efetivos prejuízos às entidades adjudicantes durante os processos de contratação pública por elas promovidos.

Nesse sentido, dentre as muitas consequências, ou ainda vicissitudes que podem ser observadas no âmbito do mercado da contratação pública, algumas são mais relevantes em razão da maior frequência com que ocorrem durante a tramitação de um procedimento de adjudicação: desde eventos de corrupção²⁴⁸ e conluíus mercadológicos, até a

²⁴⁸ Neste sentido, aliás, cumpre-nos repetir as palavras de José F. F. Tavares ao afirmar que *a contratação pública constitui uma área de alto risco de corrupção e infrações conexas, quer pelos interesses que*

necessidade de adoção de providências por outros entes públicos para solucionar eventuais conflitos normativos ou factuais. Assim muitos são os problemas que a Administração Pública pode estar compelida a enfrentar caso promova um procedimento de adjudicação insuficientemente preparado ou fundamentado, tanto técnica, quanto juridicamente.

Os “arranjos conspiratórios” mercadológicos, por exemplo, não são uma novidade e nem um “privilégio” de países menos desenvolvidos, principalmente quando a *contratação pública* é utilizada como instrumento de prossecução de interesses e políticas público-sociais relevantes.

Num mundo cada dia mais globalizado, procedimentos de contratação pública vêm sendo conduzidos de forma tal que os antigos limites fronteiriços há muito deixaram de ser obstáculos inibidores ao interesse da iniciativa privada de atuar em mercados mais distantes. Quando, então, nos deparamos com mercados cada dia mais unificados e abertos, como por exemplo, o da União Europeia, percebemos que tais procedimentos têm o potencial de ganhar facilmente relevo à nível internacional, despertando ainda mais interesse de empresas do mundo inteiro.

Entretanto, essa facilidade de acesso a mercados antes inimagináveis pode acabar gerando um estímulo maior à adoção de práticas mercadológicas por vezes desleais, com o objetivo único de obtenção de vantagens e ganhos até então impensáveis.

A percepção evidente dessa inquietação da Comunidade Europeia advém da leitura dos termos da própria Diretiva 2014/24/UE, ao expressar a preocupação premente no combate à corrupção²⁴⁹ e aos conluios²⁵⁰ nos procedimentos de contratação pública a serem conduzidos no âmbito mercado comum europeu.

Daí que medidas outras devem ser adotadas com vistas a prevenir tais práticas, e assim permitir um desenvolvimento saudável dos procedimentos de adjudicação conduzidos na União Europeia – e, obviamente, no Estado Português – já que podem ter a participação de operadores económicos oriundos de quaisquer Estados-Membros da comunidade, e até mesmo de fora dela, garantindo a transparência, a concorrência e a credibilidade que se espera de tais procedimentos de contratação pública.

envolve, quer pelos montantes financeiros em causa, conforme “O Código dos Contratos.. ”. cit. pág. 204.

²⁴⁹ Como nos “Considerandos” n. 100º e n. 126º da Diretiva 2014/24/UE; e nos artigos 26º, n. 4, “b”; 35º, n. 5; 57º, n. 1, “b”; e 83º, n. 3, todos da referida Diretiva;

²⁵⁰ Como no “Considerando” n. 59 da Diretiva 2014/24/UE; e nos artigos 26º, n. 4, “b”; 35º, n. 5, ambos da mesma Diretiva.

6.1 – Das Vicissitudes do mercado

Muitos são os problemas e prejuízos que podem surgir a partir dos vícios observados nos mercados de contratação pública, desde situações que ensejem a mera falta de transparência nos procedimentos de adjudicação, ou a inviabilização da concorrência entre os diversos operadores econômicos interessados no contrato público em questão – casos em que se pode, ou não, perceber efetivos prejuízos financeiros – até aquelas hipóteses em que, tanto a Administração Pública, quanto a própria sociedade acabam sendo prejudicadas, social e financeiramente, em razão de um gasto excessivo ou uma conduta indevida, com o fito de se alcançar um determinado interesse público.

Nesta seara, tomamos a liberdade de tratar de apenas alguns desses muitos vícios oriundos do mercado, de maneira a demonstrar a forma como se configuram no mundo prático, os efeitos que tendem a causar, bem como as consequências práticas para a Administração Pública, quando instada a lidar num ambiente de concorrência imperfeita – quando por alguma razão um operador econômico, ou grupo deles, adquire um poder tal de mercado que torna-se capaz de manipular as variáveis desse mesmo mercado independentemente da atuação de outras empresas²⁵¹.

6.1.1 – Colusão de empresas

Ainda que muitas sejam as práticas anticoncorrenciais – definidas por José Luís Caramelo Gomes²⁵² como qualquer tipo de comportamento adotado por operador ou conjunto de operadores que tenha em vista a obtenção e exploração, singular ou coletiva, do poder de mercado – ao tratarmos do mercado da contratação pública, o arranjo entre operadores econômicos talvez seja dos vícios mercadológicos mais conhecidos, ensejando verdadeiros riscos a todas as entidades adjudicantes, posto que resultam em graves

²⁵¹ Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito da Concorrência*”. Coimbra: Almedina, 2016 (Reimpressão da edição de 2010). pág. 45/46.

²⁵² Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 54.

ineficiências econômicas e um elevado custo à Administração Pública, impondo-se um menor nível geral de bem-estar²⁵³.

A formação de cartéis, como prática de concorrência desleal das mais conhecidas e adotadas, e que cresce diariamente principalmente no âmbito da contratação pública, se dá quando um determinado grupo de operadores econômicos, ao invés de disputarem o mercado de forma saudável e concorrencial, resolvem loteá-lo de maneira a que todos possam se beneficiar igualmente²⁵⁴, na maior parte das vezes em detrimento daquilo que seria o objetivo norteador da Administração Pública, ou seja, o efetivo atendimento ao interesse público.

Estas atividades podem revelar-se através do método de *apresentação de propostas idênticas*, *rotação de propostas vencedoras*, ou ainda *transferência lateral de pagamentos*²⁵⁵.

Ainda segundo João Moreira²⁵⁶, o cartel apresenta-se como um acordo entre uma pluralidade de empresas fática e legalmente independentes, participantes no mesmo setor de produção ou comercialização com vista a restringir a concorrência, tendo como típicos objetos a definição de preços, a divisão de mercados ou a limitação de volumes de produção, permitindo aos concorrentes substituírem a necessidade de tomarem riscos e competirem, através de novos produtos ou preços mais baixos, por uma situação estável no mercado.

A metodologia prática de atuação mais comum nesse tipo de arranjo na esfera das contratações públicas é a da repartição do mercado²⁵⁷, que se dá de maneira relativamente simples: os participantes do grupo conluiado decidem prévia e conjuntamente os contratos que cada membro pretende ganhar junto à Administração Pública, e, todos cientes dos interesses já manifestados por cada um de seus pares no arranjo, apresentam propostas – com apontamentos técnico-operacionais e financeiros pré-definidos – ajustadas de forma

²⁵³ Conforme João Loreto Ilhão Moreira. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*” em Estudos de Contratação Pública – III. 1a Edição. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer Portugal). 2010, pág. 201/259 (p. 202).

²⁵⁴ João Loreto Ilhão Moreira. *Cartelização em Contratação Pública*. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves. Coimbra. 2010. Pág. 50.

²⁵⁵ Para a melhor compreensão acerca da distinção de cada uma delas, verificar João Loreto Ilhão Moreira. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão...*” cit. Pág. 243/245.

²⁵⁶ João Loreto Ilhão Moreira. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão...*” cit. Pág. 204/205.

²⁵⁷ A respeito do assunto, verificar José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*” cit. Pág. 59.

tal que, aquela que provavelmente²⁵⁸ se sagrará a vencedora será justamente a que vier a ser apresentada pelo membro do grupo que já havia manifestado seu interesse por aquele contrato oriundo daquele determinado procedimento de adjudicação promovido pela Administração Pública.

Com a adoção desta metodologia, as demais propostas apresentadas no procedimento de adjudicação, em verdade, tem apenas a serventia de “cobrir” aquela que virá a ser a proposta vencedora. E, nesse sentido, por óbvio que os referidos apontamentos técnico-operacionais e financeiros dessas demais propostas não de ser menos atrativos à entidade adjudicante, de maneira que esta descarte-as e se veja “forçada” a escolher aquela proposta que o grupo conluiado previamente decidiu que seria a vencedora em função do interesse que o membro participante do grupo manifestara em relação à conquista daquele contrato.

Ao escolher a proposta que, em tese, melhor atende suas conveniências, a Administração Pública, em geral, a aceita da maneira como foi apresentada, com todos os elementos nela descritos, inclusive aqueles de ordem financeira, cabendo-lhe por sua vez, no máximo, promover tentativas de negociação do preço apresentado, de forma a tentar reduzi-lo no que puder.

Ocorre que, em situações como esta – conluio – raramente a entidade adjudicante obtém êxito nessa tentativa, já que o operador econômico privado, elevado a uma posição dominante²⁵⁹, tem ciência de que, ainda que não reduza o preço inicialmente proposto, provavelmente o mesmo será aceito em razão da ausência de uma efetiva concorrência que conferisse à Administração Pública alguma possibilidade de adjudicar o contrato a outro participante do concurso.

²⁵⁸ Falamos “provavelmente” porque não se pode afirmar categoricamente que tal resultado de fato ocorrerá, face à sempre possível participação de outros operadores econômicos do mercado que atuam isoladamente ao grupo cartelizado. Ainda assim, sua vitória no concurso é difícil tendo em vista todas as possibilidades que um determinado operador cartelizado tem de baixar sua proposta a preços e condições tais que inviabilizem uma efetiva concorrência, compensando seus eventuais prejuízos nesse contrato mais disputado com as vantagens que pode possuir em outro contrato já adquirido através da prática cartelizada realizada com o auxílio do grupo conluiado.

²⁵⁹ De acordo com a Comissão Europeia, a posição dominante foi definida como sendo uma posição de poder econômico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo consumidores, em razão do ineficaz grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita, conforme definido na Comunicação da Comissão Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02) J.O. de 24 de fevereiro de 2009. Bruxelas:2009.

Na medida em que esta metodologia de atuação cartelizada promove verdadeira combinação de intenções, conseqüentemente também permite a efetiva combinação de preços a serem apresentados à Administração Pública para promover a contratação pretendida, dando assim azo à outra categoria de arranjo horizontal também muito típica nos cartéis – a fixação de preços²⁶⁰.

E esta combinação de preços traz imensas vantagens econômicas aos cartéis, já que ajustando previamente como cada um dos membros deverá se portar em cada um dos procedimentos de adjudicação que participam, e tendo o prévio conhecimento acerca das propostas e preços a serem apresentados por cada um dos seus pares conluiados, conseguem praticamente ter o efetivo controle acerca do valor pelo qual cada um dos contratos será formalizado.

Neste sentido, passam a ter condições de majorarem os preços que efetivamente virão a ser apresentados nos concursos públicos, e praticados no mercado da contratação pública, fazendo da Administração Pública verdadeira refém da sua forma de atuação, satisfazendo assim a pretensão não só de cada um dos seus membros, mas por via de consequência do próprio grupo conluiado, eis que todos os seus participantes receberão aquilo que pretendiam desde o início, evitando assim a real concorrência pública, o que acaba por macular a transparência que o certame concursal requer.

A troca de informações entre esses operadores econômicos é a grande arma por eles utilizada, de forma a inviabilizar uma verdadeira concorrência que possibilite uma disputa de preços saudável e coerente, cuja última finalidade seria permitir uma contratação pretendida ao melhor custo possível.

Segundo José Luís Gomes²⁶¹, a troca de informações propriamente dita não configura uma prática anticoncorrencial, mas serve, no entanto, como instrumento para a concertação de estratégias comerciais e eventuais práticas restritivas de fixação de preços, repartição de mercados, restrição da oferta e outros arranjos. Por tal motivo, tendem a ter efeitos negativos na concorrência e conseqüentemente no bem-estar geral²⁶².

No momento em que todos os participantes desse “arranjo” mercadológico possuem o prévio conhecimento acerca dos preços e propostas que seus pares devem

²⁶⁰ Para melhor compreensão acerca do assunto, verificar José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 57.

²⁶¹ Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 62.

²⁶² Conforme João Loreto Ilhão Moreira. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão...*” cit. Pág. 228.

apresentar à entidade adjudicante que conduz o procedimento de contratação pública, ao mesmo tempo em que fragilizam a concorrência esperada no certame, também dificultam a verdadeira compreensão do custo que aquele determinado serviço / produto representa para os operadores econômicos, e que deve ser arcado pela Administração Pública para possuir aquilo de que necessita, inviabilizando assim a transparência que deveria nortear o procedimento.

E ainda que o CCP preveja a possibilidade de efetiva exclusão de propostas cuja análise revele fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência²⁶³, nem sempre essa análise se dá de forma fácil, ou resulta numa certeza absoluta por parte da entidade adjudicante que lhe confira a segurança necessária e suficiente a promover a exclusão de determinado operador econômico participante de concurso público, e assim criar-lhe restrição – ainda que legítima – do exercício de seu direito material de acesso à contratação pública²⁶⁴.

É que a análise desses indícios muitas vezes demanda especial atenção à participação de cada operador econômico em cada concurso em que se apresentou para disputar a contratação, o que, dada a quantidade de *players* nesse mercado, muitas vezes torna-se inviável, notadamente se muitos forem os concursos públicos pretéritos a serem analisados para se distinguir o comportamento adotado por cada operador econômico em cada um dos procedimentos de adjudicação em que participou.

Outra forma de análise acerca desse tipo de indício tangencia a avaliação de preços apresentados por esses *players* nos concursos em que participam. Se os padrões comportamentais e os preços apresentados por todos forem sempre os mesmos, então não é difícil identificar o *animus* daquele grupo conluiado em falsear a concorrência. Entretanto, se os contratos públicos por eles perseguidos forem “loteados”, por certo que em cada um dos concursos serão apresentados preços distintos, com padrões comportamentais de cada um desses operadores também distintos, o que certamente dificultará a avaliação segura da Administração Pública quanto à efetiva tentativa de falsear a concorrência que se espera dos procedimentos de adjudicação.

²⁶³ Art. 70º, n. 2, alínea “g” do CCP.

²⁶⁴ O que pode acabar ensejando arguições quanto à inobservância aos princípios da isonomia – igualdade em amplo sentido, considerando aqui a igualdade de tratamento, igualdade de chances entre os operadores econômicos, e a não discriminação – da imparcialidade, e da concorrência propriamente dita.

Portanto, não se mostra simples a responsabilidade da entidade adjudicante em adotar todas as medidas necessárias à correta tramitação do procedimento de adjudicação pretendido, atentando, simultaneamente, para todas essas cautelas de análise de circunstâncias que tendem a viciar o resultado do concurso público, e ainda tendo que atender à celeridade que alguns procedimentos requerem, sendo-lhe mais factível, ao nosso ver, a adoção de outras providências, de maneira prévia, que certamente lhe facilitariam o exercício de avaliação de indícios de falseamento concorrencial do mercado quando esses se apresentarem, já que suas marcantes características estariam mais claramente evidenciadas.

6.1.2 – Sobrepreços nos contratos

Primeiramente imperioso tecer breve comentário acerca da utilização da expressão *sobrepreços*, e não *superfaturamento* de contratos, como comumente se ouve falar.

Utilizando os conceitos ensinados por José dos Santos Carvalho Filho²⁶⁵ o *sobrepreço* se define como um preço significativamente superior aos praticados referencialmente no mercado, normalmente inflado indevida e artificialmente, enquanto o *superfaturamento* espelha situações mais ligadas à execução do contrato, como medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; deficiência na execução de obras ou serviços, gerando redução da qualidade, vida útil ou segurança; alterações contratuais que causem desequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado; alterações financeiras que provoquem antecipação de recebimentos, ofensa ao cronograma físico-financeiro e prorrogação injustificada do prazo contratual com ônus adicionais ao poder público.

Feita tal consideração, cabível portanto a indicação nesse trabalho do termo *sobrepreço*, eis que tratamos de formação de valores contratuais, ou seja, em momento prévio à efetiva execução do contrato.

Assim sendo, cabe ressaltar que propostas com preços excessivos – sobrepreços – também podem prejudicar em demasia o mercado da contratação pública, seja pela

²⁶⁵ José dos Santos Carvalho Filho. “*Manual de Direito...*”. cit. pág. 192/193.

possibilidade de gerarem margens financeiras contratuais que favoreçam atos de corrupção, seja pela possibilidade de permitir a efetiva prática de preços abusivos que, em verdade, acaba sendo o objetivo final de qualquer conduta anticoncorrencial²⁶⁶ que objetive lucros empresariais desmedidos.

Do ponto de vista da corrupção, as propostas de preços abusivos, conforme já antecipado, tem o condão de alterar a realidade do custo pecuniário da contratação realizada em relação à contraprestação contratual que dela se espera, e assim criar margens financeiras alargadas nos contratos públicos que, ao final, permitem ao operador econômico repassar parte do dinheiro amealhado na adjudicação inflacionada para o agente público que será corrompido.

Nesse sentido, ainda que a realidade europeia seja muito melhor do que a de nações em desenvolvimento, a corrupção no âmbito da contratação pública na UE enseja preocupações. Estima-se que cerca de 120 mil milhões de euros anuais, ou seja, aproximadamente 1% do Produto Interno Bruto – PIB – da União Europeia seja direcionado para custear a corrupção²⁶⁷.

Saliente-se que o fenômeno da corrupção, para ocorrer, em geral precisa ser precedido de situações tais que confirmam ao ato, ou contrato *viciado* um revestimento de pseudolegalidade, para que então o agente público corrompido, ou que venha a se corromper, conduza a medida que atenderá a outros interesses que não apenas o público.

Nesta seara, ao tratarmos de contratos públicos, mostra-se usual que a vantagem a ser recebida pelo agente público corrupto se configure de natureza pecuniária, geralmente custeada por valores adicionados àqueles efetivamente necessários a perfazer o efetivo custeio financeiro total da contratação realizada, de forma que o agente privado, percebendo maior soma numérica do que aquela efetivamente necessária ao cumprimento do contrato e à obtenção de seu lucro, não necessite, sequer, desembolsar outras quantias que lhe serviriam para praticar o ato de corrupção, utilizando-se deste valor a mais incorporado ao valor do contrato.

²⁶⁶ Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 67.

²⁶⁷ Conforme Comunicação COM(2011) 308 final, Luta contra a corrupção na UE, 2011, acessado em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0308_/com_com\(2011\)0308_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0308_/com_com(2011)0308_pt.pdf), em 30 de abril de 2019.

Assim é que, de acordo com a Comissão Europeia, os custos adicionais de um contrato em resultado de práticas corruptas podem elevar-se de 20% a 25%, podendo chegar, em alguns casos, a 50% do custo total do contrato²⁶⁸.

Segundo a própria Comissão Europeia, e também a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – as situações de irregularidades praticadas no âmbito de uma contratação pública, e que permitem o ensejo de brechas e margens para o cometimento de corrupção por operadores económicos e agentes públicos se dão não apenas na própria decisão de contratar conduzida pelo agente público, mas também – e o que mais nos interessa no presente trabalho – na elaboração das peças do procedimento de adjudicação que o fundamentam.

Nesse sentido, a escolha da modalidade de procedimento de adjudicação a ser conduzido, bem como o planeamento do procedimento em si, com a elaboração de um caderno de encargos que não reflita a correta realidade financeira da contratação pretendida obviamente podem ser campos férteis ao cometimento de irregularidades administrativas que, ao final, criem um ambiente propício à prática de corrupção. Isto porque tais fases são justamente aquelas prévias, de preparação ao efetivo trâmite do processo de contratação pública que há de ser manejado pela entidade adjudicante. E, em sendo campos férteis para a malsinada prática, imperioso que nelas se estabeleçam regras e procedimentos mais transparentes, responsáveis e coesos aos princípios financeiro-administrativos a serem observados pela Administração Pública na contratação pretendida.

Ainda que muitas medidas já tenham sido pensadas e aplicadas pela Comissão Europeia com vistas a prevenir e reprimir as práticas de corrupção²⁶⁹ no âmbito dos procedimentos de Contratação Pública conduzidos nos seus Estados-Membros, e ainda que o Estado Português também já tenha dado um grande passo nesse mesmo sentido, através da criação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC)²⁷⁰, por meio da Lei n. 54/2008,

²⁶⁸ Conforme Relatório COM(2014) 38 final, Relatório Anticorrupção da UE, 2014, acessado em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-38-PT-F1-1.Pdf>, em 30 de abril de 2019.

²⁶⁹ Conforme Comunicação COM(2003) 317 final, Sobre uma Política Global da UE contra a corrupção, 2003; Comunicação COM(2011) 308, final, Luta contra a corrupção na UE, 2011, Relatório COM(2014) 38 final, Relatório Anticorrupção da UE, 2014.

²⁷⁰ Registre-se que o CPC tem dado particular atenção a esta área, relativamente à qual formulou várias recomendações, em ordem a prevenir os riscos potenciais, de acordo com José F. F. Tavares. “*O Código dos Contratos..*”. cit. pág. 204. Cumpre frisar que o Conselho de Prevenção à Corrupção é bastante ativo em Portugal, atuando junto ao Tribunal de Contas, já tendo editado, por exemplo, recomendações interessantes de prevenção à corrupção no âmbito de procedimentos de contratação pública, como a Recomendação n. 1, de 7 de janeiro de 2015, que determina à Administração Pública *reforçar a atuação na identificação, prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas nos contratos pública*,

de 4 de setembro, outras providências de natureza procedimental / metodológica ainda podem ser adotadas, de maneira complementar, com vistas a aumentar o espectro de prevenção que se espera da Administração Pública quando o assunto é corrupção.

Assim sendo, imperioso que o ente público adote providências cabíveis e necessárias ao maior conhecimento quanto à efetiva realidade econômica do contrato que se pretenda formalizar, eliminando-se desta forma a maior possibilidade de criação de margens e brechas que facilitem a atuação do operador corruptor e do agente corrompido. É que ao melhor compreender os efetivos custos de uma pretendida contratação, pode a Administração Pública antever essas lacunas desvirtuadas, muitas vezes deliberadamente criadas / deixadas nos cadernos de encargos por aqueles agentes que dela poderão se beneficiar, e assim reduzir²⁷¹ as margens de manobra que, num ambiente propício, facilitam as condução de práticas corruptoras.

Medidas de caráter preventivo tendem a ser mais eficientes, menos dispendiosas e mais objetivas em relação àquelas de natureza eminentemente repressivas, normalmente adotadas quando o ato ilícito já ocorreu, e quando as chances de recuperar ou minimizar os prejuízos ocasionados ao erário em razão de prática de atos de tal índole nem sempre se mostram tão eficazes.

De outro modo, porém ainda de acordo com os problemas que a apresentação de preços abusivos podem ensejar à Administração Pública, mostra-se primordial que se aborde a questão do sobrepreço deliberado de contratos por parte de operadores econômicos do mercado conluiados, ainda que esta postura não esteja necessariamente relacionada à uma prática de corrupção que envolva agentes públicos, mas tão somente à criação de um ambiente que favoreça lucros atroz, desmedidos ou desproporcionais ao empresariado, em detrimento dos antagônicos prejuízos que isso pode gerar ao erário público.

Nesse sentido, é importante ressaltar que parece evidente a facilidade de a Administração Pública, ao se deparar com uma proposta com preço excessivo, apresentada

quanto à sua formação e execução, devendo, em especial, fundamentar-se sempre a escolha do adjudicatário, acessado em 29 de maio de 2019, no sítio de internet http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20150107.pdf.

²⁷¹ Diante da realidade do mundo atual, seria demasiada pretensão concluir pela perfeita inevitabilidade da prática de corrupção utilizando-se, tão somente, de metodologias procedimentais que visem reduzir as discricionariedades dos agentes públicos a partir de uma maior elucidação de todos os pormenores de um procedimento de adjudicação, e também restringir o poder de atuação dos operadores econômicos privados.

isoladamente por um determinado operador econômico que domina determinado mercado, ou ainda que desse possua uma importante parcela, poder facilmente constatar-la e assim excluí-la do procedimento de adjudicação ao qual foi revelada.

Contudo, se considerarmos tal hipótese num espectro maior, onde diversas empresas conluiadas para lotear o mercado apresentam propostas de preços com valores excessivos, criando a ilusão de que aqueles valores expostos à entidade adjudicante seriam os valores correntes do mercado para aquele tipo de contratação, então se torna muito mais difícil o trabalho da Administração Pública em identificar quais as propostas apresentam valores abusivos, de maneira a excluí-las do concurso público. E, levada tal hipótese às suas últimas consequências, determinados procedimentos de adjudicação poderiam simplesmente terminarem desertos, ou seja, sem concorrente que possua uma proposta efetivamente justa à luz da contraprestação contratual a ser cumprida, ou, no pior caso, com uma obrigatoriedade de o ente público contratante adjudicar um contrato a um preço muito superior àquele que seria o justo para aquele pacto, prejudicando desnecessariamente o erário público.

Com isso, esses agentes do mercado conseguem maximizar seus lucros com prática ineficiente e, conseqüentemente, mas lesiva do ponto de vista da eficiência, seja na afetação, seja no bem-estar geral²⁷².

Assim, inevitável pensarmos que, em se tratando de cartéis, essa mesma metodologia de apresentação de propostas combinadas pode efetivamente ser utilizada em inúmeros procedimentos de adjudicação dos quais o mesmo grupo conluiado participe, ocasionando, por conseguinte, o risco efetivo de contaminação de todo o mercado de contratação pública.

E, neste sentido, a mera avaliação do valor do contrato ou do *Preço Base* do procedimento de adjudicação com base em contratações similares anteriormente promovidas – conforme preconizado pelos artigos 17º, n. 7; e 47º, n. 3, ambos do CCP – pode não ser suficiente à Administração Pública para deter o efetivo conhecimento necessário acerca do valor financeiro com o qual deverá se comprometer para promover a contratação pretendida.

Tão pouco a utilização da *Consulta Preliminar ao Mercado* trará satisfatórias condições à entidade adjudicante de ter a real noção quanto ao efetivo custo monetário do

²⁷² Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 67/68.

procedimento de adjudicação do qual lançará mão para obter o produto / serviço de que necessita para atender ao interesse público norteador de suas atividades, eis que, num mercado cartelizado, as informações que por ele lhes serão prestadas acerca dos preços “usualmente” praticados para contratações similares àquela que está a ser preparada possivelmente serão informações maculadas pelas reais intenções que subjazem às práticas do grupo econômico conluiado.

Assim, aquelas informações que serviriam de supedâneo à entidade adjudicante para melhor preparar e fundamentar seu procedimento de adjudicação poderão ser repassadas de forma viciada pelos membros do cartel que atua no mercado da contratação pública, possivelmente inflacionando os valores normal e efetivamente praticados, de maneira a induzir a Administração Pública a erro na hora de valorar a contratação então pretendida.

E, de acordo com o passar do tempo e a permanente utilização dessa metodologia por parte do grupo cartelizado, num espectro maior, isso permitirá a construção de uma base de dados informativos integralmente viciada, que estará disposta às entidades adjudicantes ao longo do tempo, e que virá a ser por elas utilizada para sopesar os valores de novos contratos similares que pretendam disponibilizar aos operadores econômicos, contribuindo para um incessante ciclo vicioso de definição de novos *Preços Base* de procedimentos de adjudicação que, deliberadamente inflacionados pelos cartéis, continuarão em total desacordo com a efetiva realidade do mercado, impondo, desta forma, gastos infundados e desnecessários do erário público para o alcance do interesse público que buscam.

Por outro lado, um prévio e bem estruturado planejamento de contratação pode enfraquecer esse *modus operandi* dos *Cartéis*, na medida em que permite à Administração Pública melhor enxergar as bases que fundamentarão seus procedimentos de adjudicação, restringindo assim as “margens duvidosas” criadas pela prática frequente desses grupos e observadas nos concursos públicos, e que são utilizadas como verdadeiras lacunas ao cometimento de condutas reprováveis com fito de beneficiar um determinado particular²⁷³, e em total detrimento do interesse público.

²⁷³ Na verdade acaba beneficiando a todos que se encontram conluiados, na medida em que acordam previamente os “lotes” que cada um vai ganhar nos procedimentos de adjudicação em que participam.

E, de todas essas “margens duvidosas”, aquelas de natureza financeira são as mais utilizadas por esses arranjos atentatórios à coisa pública, principalmente porque costumam ensejar a contratação com um “vencedor” que oferece preços normalmente superiores aos efetivamente praticados no mercado, forçando a entidade adjudicante a custear um contrato que, financeiramente, poderia ser mais barato e mais proveitoso ao interesse público. Por outras palavras, é dizer que a prática de combinação de preços nas contratações públicas acaba forçando o ente público a pagar valores superiores aos que usualmente são pagos no mercado comum, prejudicando desnecessariamente o erário público.

Assim, uma das formas práticas de melhor estruturar um procedimento de adjudicação para evitar esse tipo de ocorrência é trabalhar de maneira mais inteligente e eficaz na apuração mais fidedigna do *Valor Estimado* do contrato pretendido, conduzindo-o a um patamar mais condizente com a realidade, reduzindo assim essa “margem duvidosa” financeira da qual os *Cartéis* se beneficiam.

Destaque-se que a definição de valores genuínos acaba por forçar a redução dos limites de lucros a uma grandeza verídica e proporcional à contraprestação contratual demandada, criando-se assim um primeiro degrau de proteção contra adjudicações ruinosas à Administração Pública²⁷⁴.

Uma estimativa de preços mais factível e ilibada impede deliberados sobrepreços de contratos públicos, evitando, por conseguinte, malversações do erário público, e a escassez de recursos que, finitos, devem ser utilizados de forma produtiva e eficiente para a prossecução do interesse público, atendendo às inúmeras finalidades sociais para as quais são destinados.

Por outro lado, contingenciar valores de contratações públicas, de forma a serem utilizados para custear despesas proporcionais às contraprestações contratuais é medida não apenas protecionista à coisa e ao interesse público, mas também evita eventuais distorções que o mercado acaba gerando na sobrevalorização de produtos ou serviços para além daquilo que efetivamente significam sob uma ótica financeira, eis que o preço destes deve ser determinado de acordo com a verdadeira grandeza monetária que eles representam para o mercado, evitando a inflação de valores a eles agregados.

A longo prazo essas medidas poderão reduzir a quantidade de contratos públicos intencionalmente inflacionados pelos cartéis, e que, por sua vez, deixarão de ser utilizados

²⁷⁴ João Loreto Ilhão Moreira. *Cartelização...* . cit. Pág. 62.

como parâmetros para a valoração de novos *Preços Base* a serem assim definidos em novos procedimentos de adjudicação similares que se seguirão.

A fiabilidade dos números praticados nas adjudicações, além de beneficiar o interesse público – na medida em que não compromete os recursos público-financeiros além do necessário – é ferramenta de defesa do gestor público, verdadeiro responsável pelo gerenciamento do erário na prossecução do interesse público, que deve utilizá-lo da melhor forma possível, na perspectiva da *boa administração* e da *boa gestão financeira*.

A tarefa de estimar os valores contratuais dentro de uma realidade financeira plausível e de acordo com o mercado apenas favorece a concorrência entre os operadores econômicos interessados em formalizar contratos junto ao ente público, na medida em que lhes permite terem a exata noção dos limites a que estarão sujeitos no âmbito do concurso em disputa, submetendo-se à elaboração de propostas de preços pautadas pela realidade daquilo que deverá ser executado contratualmente, sem a possibilidade de se utilizarem de artifícios para incharem os valores de suas propostas na tentativa de obter ganhos além dos verdadeiramente justos e proporcionais às contraprestações contratuais demandadas.

6.1.3 – A prática de preços predatórios

Porém, as práticas anticoncorrenciais vão além dos conluios para inflacionar o mercado e assim possibilitar a disseminação de sobrepreços que tendem a beneficiar apenas alguns operadores do mercado.

Noutro sentido, estas podem também configurar-se através da prática de preços predatórios²⁷⁵, seja por parte de um único operador econômico que financeiramente se mostra demasiadamente forte em relação aos demais, seja por parte de um grupo econômico que vise eliminar sua concorrência²⁷⁶, e assim dominar todo o espaço mercadológico onde atua.

A metodologia de tal prática no âmbito da contratação pública também é simples: se utilizando do folego financeiro que possui, o operador econômico lança mão de

²⁷⁵ José Luís Caramelo Gomes, em “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 68, entende que a execução de preços predatórios não poderia ser considerada, por si só, como prática anticoncorrencial, existindo, sim, o perigo de aumentar o poder de mercado de determinado operador que pratique preços predatórios, por alteração da estrutura do mercado, mas esse fato, em si, não seria nocivo para a concorrência.

²⁷⁶ João Loreto Ilhão Moreira. *Cartelização...* . cit. Pág. 98.

propostas com preços bem abaixo daqueles usualmente praticados no mercado, e assim vai angariando contratos públicos e retirando seus concorrentes das disputas, uma a uma, até que estes, menos favorecidos do ponto de vista financeiro, perdem por completo a capacidade de sobrevivência no mercado, deixando assim aos mais fortes o espaço que antes ocupavam.

Ressalte-se que, ainda que existam fórmulas e testes para a identificação de preços predatórios²⁷⁷ no âmbito dos concursos públicos, fato é que para a utilização de qualquer uma delas é imperioso que a Administração Pública consiga demonstrar quais seriam os custos médios para aquele tipo de contratação em que a proposta anticoncorrencial teria sido apresentada, para, só então, legitimar-se a promover sua exclusão do procedimento de adjudicação no qual fora apresentada.

No caso da adoção de preços predatórios por parte dos cartéis, muitas vezes esse tipo de prática acaba sendo predecessora àquela outra acima apontada – apresentação de propostas com sobrepreços – justamente para eliminar a maior parte da concorrência mais fraca do mercado, e assim obter mais espaço de atuação, para, então, eliminar os demais concorrentes mais fortes.

O ápice dessa prática – ou seja, a eliminação quase total da concorrência mais fraca – acaba então conferindo ao operador econômico, ou ao cartel um ambiente totalmente favorável, momento a partir do qual se inverte a metodologia de atuação, e começa-se a realizar medidas que conduzirão ao inflacionamento do mercado, através do conluio na apresentação de propostas mais inchadas no ponto de vista financeiro, que assim darão origem aos contratos com sobrepreços que, em último caso, configuram seu principal objetivo²⁷⁸.

Ora, no mundo da contratação pública esse tipo de prática não é incomum, ainda mais quando, por vezes, o principal critério para a adjudicação de um contrato num concurso público é a proposta apresentada que detém o menor valor. Nesse caso, percebe-se que os procedimentos de adjudicação acabam sendo um campo bem fértil para esse tipo de prática anticoncorrencial, cuja finalidade, repita-se, é apenas preparar o terreno para

²⁷⁷ Conforme João Loreto Ilhão Moreira. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão...*” cit. Pág. 235/236.

²⁷⁸ Apesar de José Luís Caramelo Gomes entender que a execução de preços predatórios não poderia ser considerada, por si só, como prática anticoncorrencial, conforme indicado na nota de rodapé n. 186, compreende, por outro lado, que tal prática configura-se verdadeira conduta de perigo que poderia facilitar uma prática de preços abusivos no futuro, consoante “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 68/69.

esses operadores conluiados através da eliminação da concorrência para, após, dominarem o mercado e praticarem os preços que lhes convier.

Desta forma, passaria a Administração Pública a ficar refém desse tipo de prática e desses operadores econômicos conluiados, promovendo procedimentos de adjudicação que, ao final, não seriam conduzidos com a devida observância aos princípios da concorrência e da transparência.

Assim é que a adoção de medidas por parte das entidades adjudicantes, que visem reduzir o espaço de dúvidas acerca das informações das quais necessitam para prepararem e promoverem seus procedimentos de contratação pública de maneira saudável, seja do ponto de vista concorrencial, seja do ponto de vista financeiro, se mostra primordial. E, nesse sentido, mais uma vez não lhe cabe limitar-se à mera utilização das informações oferecidas pelo mercado através da *Consulta Preliminar ao Mercado*, como também não deve confiar integralmente no histórico de preços que praticara em contratações similares anteriores, eis que, conforme já dito, podem configurar um base de dados já viciada pelo eventual comportamento deturpado e anticoncorrencial do mercado.

Logicamente que a utilização de ambos os procedimentos reduz em muito as chances de práticas anticoncorrenciais, mas não as elimina por completo, tampouco garante à Administração Pública que estará promovendo uma contratação cujo preço seja, de fato, condizente com a contraprestação contratual demandada e que, assim, observe a todos os princípios jurídicos inerentes a um correto e responsável procedimento de adjudicação.

Por outro lado, a adoção de outras diligências podem vir a auxiliá-la na melhor preparação e fundamentação de seus procedimentos de adjudicação, assim como poderão garanti-la de que, de fato, adotou todas as providências que estavam ao seu alcance para promover a contratação da forma mais concorrencial, transparente e financeiramente responsável possível.

Assim sendo, um prévio conhecimento acerca do valor estimado efetivamente necessário para facear a contratação pretendida conferirá à entidade adjudicante melhores condições de perceber eventuais distorções que visem apenas falsear a concorrência, além de lhe permitir enxergar valores que se mostrem evidentemente impossíveis de serem praticados à luz da contraprestação a eles relacionada, ou ainda que visem, simplesmente, eliminar a concorrência do certame.

E, sendo a *Concorrência* princípio de elevada relevância na contratação pública, razão maior não há para que seja incentivada através da utilização de todos os meios possíveis à concretizá-la, num ambiente de transparência, igualdade e imparcialidade, em que se respeite a boa-fé e a realidade financeira da contratação pretendida.

6.1.4 – Os preços anormalmente baixos / Propostas Inexequíveis

Outro evidente problema que pode ser facilmente observado nos procedimentos de adjudicação, e que cada dia mais torna-se frequente nesse mercado é a apresentação de propostas com preços anormalmente baixos.

No dia a dia da contratação pública não se mostra incomum a existência de aventureiros que se insurgem em procedimentos de adjudicação despreocupados com a responsabilidade que a prestação de um serviço público impõe ao operador econômico contratado, e intencionados apenas na formalização do contrato público a qualquer custo.

Na maior parte das vezes, esses mesmos aventureiros agem de maneira impulsiva em razão da situação em que se encontram, acreditando ser a formalização de um contrato público a solução – ainda que momentânea – dos seus problemas financeiros.

Outras vezes acabam adotando medidas “desesperadas” ávidos por conseguirem uma nova relação jurídica contratual, apresentando propostas inexequíveis²⁷⁹ na tentativa de ganhar folego num ambiente de desfavorecimento econômico mundial²⁸⁰.

Ocorre que, nessa ânsia de conquistar esse “porto seguro”, esses mesmos aventureiros, adotando tais práticas “desesperadas” acabam causando transtornos de todas as ordens às entidades adjudicantes, seja do ponto de vista administrativo, seja do ponto de vista financeiro. Isto porque a incapacidade operacional do operador econômico contratado de dar continuidade à execução do serviço em razão de insuficiência de recursos financeiros acaba tendo o potencial de, por vezes, levar à concreta paralisação daquele serviço – em prejuízo do serviço público – o que, conseqüentemente, pode demandar da Administração Pública medidas que visem rescindir o contrato com preço então

²⁷⁹ Expressão comumente utilizada no Brasil, cujo sentido visa demonstrar a impossibilidade de execução contratual baseada nos custos financeiros inexpressivos apresentados na proposta, frente à contraprestação contratual a que se demanda.

²⁸⁰ Conforme ensina Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos...*”. cit. pág. 16; e João Amaral e Almeida. “*As Propostas de preço anormalmente baixo*” em Estudos de Contratação Pública – III. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer Portugal). 2010. Pág. 87.

inexequível, e promover novo procedimento de adjudicação – o qual demanda custos – para substituí-lo por outro cujo preço ajustado venha a ser efetivamente plausível e condizente com a realidade daquela contratação anterior.

Situações como esta acabam criando um ambiente de contratação pública desfavorável à todas as partes, principalmente às próprias entidades adjudicantes, quando instadas a lidar com operadores econômicos financeiramente deficientes, e ainda assim tendo que adotar medidas que visem sua auto proteção, já que dotadas de legitimidade para prosseguir o interesse público.

Tanto que o legislador português manifestou expressamente no CCP²⁸¹ sua preocupação em relação aos preços anormalmente baixos que são apresentados em procedimentos de adjudicação, justamente em função dos muitos desdobramentos que tal prática pode acarretar para a Administração Pública, impondo às entidades adjudicantes uma série de medidas administrativas que visem definir parâmetros que sirvam de base comparativa, bem como analisar e avaliar propostas que se apresentem nesse sentido.

Se anteriormente se discutia acerca do tipo de mecanismo que deveria ser adotado pelas entidades adjudicantes para se promover a exclusão de uma proposta de preço anômala – discricionário ou automático²⁸² – com a mudança legislativa se densificou a ideia de que uma exclusão de proposta automática poderia ser muito mais prejudicial à concorrência pública do que a utilização de um critério mais coeso, respeitando-se a ampla defesa e o contraditório, os quais devem ser observados em qualquer procedimento administrativo.

Desta forma o CCP²⁸³ dispôs expressamente quanto à necessidade de esclarecimentos por parte do operador econômico acerca da proposta apresentada no procedimento de adjudicação que se mostre eventualmente anômala aos olhos da Administração Pública, optando assim o legislador por dar preferência à ampla defesa e ao contraditório em relação a uma possível atuação unilateral por parte do ente público – mesmo que esse agisse em estrita observância ao interesse público.

Aliás, nesta seara, vale observar o interessante julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Administrativo, que prolatou Acórdão no âmbito do processo n.

²⁸¹ Conforme artigos 71º; 132º, n.2; e 189º, n. 3, todos do CCP.

²⁸² A respeito do assunto, verificar João Amaral e Almeida. “*As Propostas de preço...*”. cit.. pág. 91/92.

²⁸³ Artigo 71º, n. 3 do CCP;

0487/18²⁸⁴, por meio do qual se discutiu se determinada proposta apresentada por concorrente em determinado concurso, cujo valor apontado era dois cêntimos inferior àquele que teria sido fixado como parâmetro de preço anormalmente baixo – 20% – em relação ao preço base estipulado no programa do procedimento, deveria, ou não ter sido automaticamente excluída do concurso.

Segundo entendeu aquele STA, “(...) Iguamente, sendo o limiar do preço anormalmente baixo aquele, dúvidas não existem de que o preço constante da proposta da aqui Recorrida tinha de ser qualificado como anormalmente baixo, contrariamente ao que acontecia com o preço constante das propostas dos concorrentes admitidos e graduados nos cinco primeiros lugares. É certo que a diferença do preço proposto pela Recorrida em relação àquelas propostas é de apenas €0,02 e que aquele preço é apenas €0,01 inferior ao preço considerado anormalmente baixo; enquanto aquelas propostas admitidas são superiores ao limite do preço anormalmente baixo apenas em € 0,01. Mas é o critério para a fixação do preço anormalmente baixo em 20% em relação ao preço base fixado no PP, que resulta das regras do concurso, sendo um valor objectivo, matematicamente determinável, em termos perfeitamente proporcionais e razoáveis e aplicáveis a todos os concorrentes, que determina que o valor de €1.274.763,58 seja o limiar de tal preço anormal (não havendo lugar a qualquer arredondamento, que não está previsto nas regras do concurso). Carecia, como tal, de justificação qualquer proposta nesse montante ou em montante inferior, sob pena de exclusão, atento o disposto no art. 19º, nº 1 als. f) e i) do PP e arts. 57º, nº 1, al. d), 70º, nº 2, al. e) e 146º, nº 2, al. d) do CCP.

E continuou: “(...) fica sem se perceber bem se o júri desconsiderou a “nota justificativa do preço proposto” apresentada por não ter a menção de que se destinava a justificar o preço anormalmente baixo, ou se, tendo-a tido em conta não a considerou suficientemente concretizada (cfr. ponto 20 do probatório, parte final) (...)”, para concluir: “(...) Tem, pois, o acto de exclusão da proposta que ser anulado (o que acarreta obviamente a anulação da adjudicação e do contrato de empreitada se já celebrado – pedidos i) e ii), alínea b) – art. 145º da petição inicial) para que o júri dê cumprimento ao citado art. 71º, nº 3 do CCP, pedindo os esclarecimentos que considere relevantes face à

²⁸⁴ Acórdão no processo n. 0487/18, prolatado pela 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo em 13/09/2018, sob a relatoria da juíza Teresa de Sousa.

“nota justificativa do preço proposto” apresentada, avaliando a proposta face aos mesmos, admitindo ou excluindo a proposta conforme a consideração que fizer desses esclarecimentos (cfr. art. 70, nº 2, al. e), 2ª parte do CCP), seguindo-se os ulteriores termos do procedimento, de acordo com as regras do concurso e do CCP aplicáveis.”

Interessante que não obstante o STA ter entendido que, de fato, a proposta apresentada teria um preço “anormalmente baixo” à luz do que dispunham as regras do concurso, compreendeu também que a mesma, por sua vez, não poderia ter sido automaticamente excluída porque teria sido apresentada acompanhada de “Nota de Justificativa do Preço Proposto”, o que demandaria da Comissão de Júri do Município de Oliveira de Frades, antes de qualquer coisa, solicitar os cabíveis esclarecimentos para, só então, apresentar a devida fundamentação que a autorizaria a promover a referida exclusão, o que não o fez, consoante se observa do posicionamento daquele STA.

Nesse caso, primeiramente, há de se avaliar que parte da discussão travada pesava sobre o fato de se a pequena diferença de dois cêntimos de euro eram capazes de definir quanto à efetiva exequibilidade financeira, ou não, da proposta apresentada, diante do cálculo aritmético simples que se realizou para se definir que o preço anormalmente baixo daquele concurso seria equivalente à vigésima parte percentual do *preço base* definido no programa do procedimento de adjudicação.

Porém, outra parte da discussão remanesce na análise acerca da exclusão automática da referida proposta no âmbito do próprio procedimento de adjudicação, tendo em vista sua natureza de preço anormalmente baixo – definida puramente com base em critérios aritméticos.

E, ainda que o STA tenha compreendido pela natureza de preço anormalmente baixo da proposta apresentada no certame concursal, mesmo assim determinou que se anulasse a decisão de exclusão automática da citada proposta, não em razão do preço nela contido, mas simplesmente porque a solicitação de esclarecimentos acerca do referido preço apresentada não fora efetivamente realizada, o que contraria a disposição legal contida na legislação aplicável.

Ora, conforme pode se depreender da leitura do art. 71º do CCP, nomeadamente dos números um e dois do dispositivo legal, competirá à Administração Pública definir os parâmetros para que os preços indicados em uma proposta venham a ser considerados anormalmente baixos – tendo em vista os demais preços apresentados no concurso –

fundamentando a necessidade de fixação desses parâmetros, designadamente com os preços médios obtidos numa consulta preliminar ao mercado anteriormente realizada, além de também lhe competir, por força do art. 132º, n. 2 do mesmo Diploma Legal a possibilidade de indicar no programa do concurso as situações em que o preço de uma proposta pode ser considerado anormalmente baixo.

É de se notar a preocupação do legislador em atribuir à Administração Pública providências para definir os parâmetros que deverão ser utilizados com o objetivo de visualizar os “limites de corte” que eventualmente necessitará utilizar numa tomada de decisão acerca da exclusão de uma proposta de preços anômala.

Ora, essa atribuição legal evidentemente confere à entidade adjudicante a obrigação de conhecer minimamente os valores aos quais estará vinculada no procedimento de adjudicação por si conduzido, mesmo que a ideia acerca de tais parâmetros financeiros seja oriunda exclusivamente da Consulta Preliminar ao Mercado que venha realizar.

E, nesse caso, retornaríamos à situação descrita no capítulo 5 acima esposado, no qual tratamos acerca da efetiva utilidade da mencionada ferramenta, mas também ponderando quanto à sua eventual ineficácia em um ambiente mercadológico já contaminado por práticas anticoncorrenciais, ou pelo total desconhecimento sobre o efetivo custo da contratação pretendida.

Desta forma, parece-nos evidente a necessidade de a Administração Pública se dotar de conhecimento mínimo acerca do real custo da contratação pretendida, de maneira prévia à abertura do concurso público, posto que somente assim estará efetivamente resguardada para definir parâmetros financeiros condizentes com o que se espera da contratação pretendida, realizando de forma muito mais segura suas atividades administrativas acessórias na condução do procedimento de adjudicação, inclusive em relação à uma eventual análise quanto à existência ou não de proposta anômala apresentada no certame, que não seja baseada, tão somente, num simples cálculo aritmético em que um ou dois cêntimos de euro sejam o diferencial para se considerar uma proposta inexequível, consoante se observou no julgado acima apresentado – mesmo porque, racionalmente resta evidente que tal diferença é irrisória do ponto de vista financeiro.

A condução de providências que visem melhor conhecer os verdadeiros limites financeiros de uma determinada contratação pretendida acabam tendo o condão não só de

auxiliar a própria Administração Pública na preparação de um procedimento de adjudicação necessário, mas também de lhe permitir melhor indicar no programa do concurso os limites financeiros a partir dos quais os preços propostos poderão ser considerados anormalmente baixos – à luz do que dispõe o art. 132º, n. 2 do CCP – e assim, por conseguinte, evitar diversos problemas que lhe podem surgir no decorrer do concurso, notadamente relativos a propostas de preços anormalmente baixos em geral oriundas das dificuldades financeiras que os operadores econômicos do mercado venham a apresentar.

A execução de tais medidas administrativas preventivas, com vistas à uma melhor fundamentação de um procedimento de adjudicação economicamente saudável a todas as partes nele envolvidas, através da adoção de estudos e metodologias diferenciadas de orçamentação de contratos públicos com bases e limites financeiros mais bem definidos, pode permitir à Administração Pública prever o impacto que tal contratação causará no seu orçamento – erário público – e também instar os operadores econômicos a elaborarem propostas de preços dentro de uma realidade condizente com o serviço / produto a ser fornecido, à luz daquilo que a própria entidade adjudicante já previu, evitando assim as margens de discricionariedade desse operador econômico quanto à apresentação de uma proposta de preços irreal apenas com o intuito de seduzir a administração pública com “preços baixos” para conquistar *a qualquer custo* o contrato em questão²⁸⁵.

Além disso, esse conhecimento prévio acerca da expressão financeira aproximada no contrato pretendido tende a verdadeiramente resguardar a entidade adjudicante quanto à eventual necessidade de promover medidas de socorro a operadores econômicos em situação deficitária, que, por sua pontual condição financeira hipoteticamente desfavorável, acabam impondo à Administração Pública riscos à continuidade de execução contratual²⁸⁶, consoante também já esclarecido no capítulo 5 acima.

²⁸⁵ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos...*”. cit. pág. 5/49; e João Amaral e Almeida. “*As Propostas de preço...*”. cit., pág. 87/148.

²⁸⁶ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Gestão de contratos públicos...*”. cit., p. 34.

6.2 – Do auxílio interdisciplinar do Direito da Concorrência junto à Contratação Pública no combate aos vícios inerentes ao mercado

Diante desses muitos problemas que podem ser observados nos processos de contratação pública, e cuja frequência de constatação parece aumentar diariamente, acaba tornando-se necessária a maior comunicação entre diferentes sistemas jurídico-normativos em busca de soluções rápidas e objetivas que visem conferir maior segurança jurídica não só à Administração Pública, mas também aos próprios operadores econômicos do mercado.

É o caso, por exemplo, da interação que ocorre entre o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência quando vícios típicos do mercado passam a se tornar comuns no âmbito dos procedimentos de adjudicação. Aumentando a frequência com que tais problemas passam a ser observados nesse ambiente, inevitável que um ramo do Direito acabe buscando auxílio em outro ramo que, mais adaptado a lidar com certos distúrbios, demonstra uma capacidade mais concreta de apresentar soluções práticas para cada caso.

Diante dessa necessidade cada dia mais constante, a interação entre ambos os sistemas jurídico-normativos vem ganhando maior relevo e atenção, notadamente nos pontos de maior convergência entre eles, de onde se extrai regras e princípios jurídicos comuns que permitem o auxílio mútuo e complementar das normas para uma finalidade específica.

Ainda assim, a necessidade de, por vezes, um ramo do ordenamento jurídico ter que buscar auxílio nas regras de outro para trazer soluções aos impasses observados não é tarefa fácil ou simplória, eis que acaba demandando dos operadores do Direito e das instituições públicas ou privadas envolvidas na controvérsia um esforço maior para o alcance do objetivo pretendido, demandando também, por conseguinte, mais gastos.

Assim é que, ao nosso ver, o primeiro ponto de convergência entre o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência, que há de ser observado com as devidas cautelas, e que pode demonstrar a frequente interação que ocorre entre esses dois sistemas normativos está no próprio *princípio da concorrência*, talvez por ser uma norma principiológica de elevadíssimo relevo em ambos os ordenamentos jurídicos.

Desta forma, forçoso repetir, consoante já dito em momento anterior, que elevado à condição de verdadeiro corolário da própria contratação pública²⁸⁷, o princípio da concorrência traz consigo a ideia subjacente acerca dessa necessária interação entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública – como sub-ramo do Direito Administrativo. Se assim não fosse, maior sentido não faria que tal princípio estivesse expressamente previsto no CCP. A partir daí podemos avançar na demonstração de que outros pontos de convergência também são observáveis em ambos os ramos do Direito.

Nesse sentido, segundo José Luís Gomes²⁸⁸, a relação entre Direito da Concorrência e Direito Administrativo foi expressamente manifestada por David Gerber, quando, em 1992, publicou no *American Journal of Legal History* o artigo “The origins of European Competition Law in Fin-de-siècle Austria”, no qual constatava que a maioria das várias legislações europeias acerca da concorrência apresentava traços comuns, em que o Direito da Concorrência apresenta-se como um híbrido de direito público e privado, que evidenciava características liberais e intervencionistas em simultâneo, e aplicava-se segundo uma lógica de Direito Administrativo (execução pela Administração Pública sob controle judicial).

Na esfera dos ensinamentos acerca dessa interação jurídico-normativa, Nuno Cunha Rodrigues²⁸⁹ afirma que o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública derivam de uma lógica idêntica, a qual considera que contratos públicos celebrados de harmonia com o princípio da concorrência e respeitando o direito da concorrência produzem benefícios para a economia e para a sociedade. E conclui afirmando que o Direito da Contratação Pública constitui o próprio Direito da Concorrência aplicado às compras públicas, sendo, todavia, instrumental a política de concorrência relativamente a outros objetivos, motivando afinidades com regras de contratação pública traduzidas em princípios comuns, como a liberdade de acesso, a não discriminação e a transparência²⁹⁰.

Por outro lado, Pedro Gonçalves²⁹¹ ensina que a referenciação da concorrência como um eixo em volta do qual se movimentam dois sistemas normativos demonstra que estamos em face de um *princípio cardinal* na ordem jurídica, um verdadeiro princípio

²⁸⁷ Expressamente disposto no rol dos princípios a serem observados nos procedimentos de formação e execução dos contratos públicos, conforme art. 1º-A, n. 1 do CCP;

²⁸⁸ Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 93.

²⁸⁹ Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 326.

²⁹⁰ Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 327/328.

²⁹¹ Conforme Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. pág. 138.

geral de direito, aplicável à Administração nas relações de Direito Administrativo que estabelece com os particulares, mas também aos particulares, nas relações de direito privado que entre eles se desenrolam.

Frise-se que essa interação dos sistemas normativos não se restringe tão somente à aplicação do princípio da concorrência – notadamente porque este se mostra com facetas relativamente distintas em ambos os sistemas normativos²⁹². Ainda assim, cabe enfatizar que esse relacionamento pode ser verdadeiramente observado com a concreta aplicabilidade de tal princípio – efetiva concorrência – no mundo prático, tanto da concorrência mercadológica observada no direito privado, quanto da concorrência numa contratação pública a que a Administração Pública dá acesso aos operadores econômicos que possuem tal interesse.

Exemplo disso é o que acontece quando a entidade adjudicante, ao aplicar o princípio da proporcionalidade no procedimento de adjudicação com fito de limitar qualquer abuso de sua posição dominante, em verdade, busca enaltecer não só uma evidente preocupação concorrencial no âmbito da contratação pública, mas também o efetivo respeito ao próprio Direito da Concorrência, aferindo e reprimindo casos de “abuso de posição adjudicante”²⁹³.

Assim é que o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública tem sido desenvolvidos paralelamente, com influência recíproca mas sem, no entanto, excluir as idiosincrasias próprias, sendo dois regimes compostos por conjuntos normativos distintos, porém com objetivos paralelos – ainda que diferentes – ensejando uma relação mais de convergência ou de cooperação do que de divergência²⁹⁴.

Esclareça-se que, ainda que o Direito da Contratação Pública busque salvaguardar a satisfação dos interesses públicos subjacentes a um procedimento de adjudicação que tem por finalidade dar acesso à Administração Pública a um determinado serviço / produto do qual necessite para o desenvolvimento de suas atividades, e que o Direito da Concorrência, por sua vez, objetive garantir o melhor equilíbrio possível nas relações mercadológicas, certo é que, se as regras mínimas concorrenciais não forem observadas no procedimento

²⁹² A respeito dessa distinção, verificar Conforme Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 138.

²⁹³ Conforme Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos Públicos*”. cit. 2018. pág. 368.

²⁹⁴ Conforme Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 329.

concurral de adjudicação, efeitos negativos poderão advir no âmbito da concorrência que se espera de qualquer processo de aquisição realizado no mercado.

Noutro giro, evidente que situações hipotéticas podem ocorrer ensejando curiosidades, notadamente na avaliação jurídica que esses mesmos acontecimentos poderiam receber de ambos os ramos do Direito aqui indicados.

É o que pode acontecer, por exemplo, quando, no âmbito do Direito da Contratação Pública – como sub-ramo do Direito Administrativo – são permitidos eventuais episódios de concessões públicas com concentração de empresas – seja em razão da finalidade do procedimento de adjudicação em apreço, seja pela magnitude do referido concurso público. Avaliada tal circunstância estaríamos diante de hipótese fática que legitimaria a aceitação dessa efetiva formação de posição dominante por parte do grupo empresarial concentrado, configurando-se assim a legalidade de tal prática.

Entretanto, essa mesma situação, quando analisada à luz do Direito da Concorrência, e no ambiente de um mercado comum, poderia representar, de fato, conduta evidentemente anticompetitiva, a qual poderia, inclusive, macular o próprio mercado em que ocorresse.

Esse exemplo prático apenas se destina a demonstrar como uma mesma conjunção fática pode ensejar uma divergência de lógica jurídica observável por ramos distintos do Direito, mas que há de ser avaliada tendo como pano de fundo o ambiente e a forma como se dão, podendo então haver uma interação desses sistemas normativos para solucionar o problema real que surgirá a partir da ocorrência de fatos até então juridicamente controversos.

Assim, parece evidente que, apesar de se auxiliarem de maneira complementar, esse auxílio há de se dar através de uma verdadeira interação de entendimentos normativos para se alcançar uma solução para determinada problemática observada. E é justamente essa interação de entendimentos que nem sempre se dá de forma fleumática, ou totalmente associada, denotando-se daí as dificuldades que muitas vezes se depreende da necessidade de se buscar um denominador comum de entendimentos entre distintos ramos do Direito acerca de uma mesma situação.

Frise-se que essa divergência de lógica jurídica que pode ser observada no mundo prático de distintos ramos do Direito – nomeadamente no Direito da Concorrência e no

Direito Administrativo – foi objeto de manifestação de José Luís Gomes²⁹⁵ quando, ao tecer comentários acerca dos estudos realizados em 1894 pelo professor de Direito em Viena, Adolf Menzel, acerca da análise dos cartéis e suas consequências para os mercados, aponta quanto ao entendimento daquele jurista de que nem todos os cartéis eram efetivamente nocivos ao mercado, já que alguns teriam efeitos benéficos, pelo que se tornava necessário legislar numa lógica de Direito Administrativo, rompendo com as soluções de Direito Privado ou criminal, para impedir os efeitos nocivos dos cartéis sem perder os benefícios que lhes poderiam ser atribuídos do ponto de vista do interesse coletivo.

Daí que, ainda que ambos os regimes jurídicos possam caminhar alinhados paralelamente, e até mesmo convergir para relacionarem-se mutuamente em situações específicas – principalmente o Direito da Concorrência auxiliando diretamente o Direito da Contratação Pública – eventuais distinções de concepção não de ser observadas no mundo prático do ambiente em que ocorrem e em que são avaliadas. De qualquer forma, a interação de ambos os sistemas normativos acaba ocorrendo, seja de maneira natural, seja de maneira forçosa, mas ambos com a finalidade precípua de sempre solucionarem situações que, a priori, configuram-se como fatos antijurídicos no âmbito desses mesmos ordenamentos.

Ainda acerca das distinções entre ambos os ramos do Direito aqui estudados, e que podem impactar diretamente no ambiente da Contratação Pública, porém sob outro ponto de vista, é possível ainda indicar que, enquanto o Direito da Contratação Pública atua de forma *ex ante* – já que por suas regras tem por objetivo conformar a atuação das entidades adjudicantes através de um sistema normativo específico e complexo – o Direito da Concorrência, por sua vez, intervém usualmente de maneira *ex post*, assumindo uma natureza mais repressiva, pouco compatível com a lógica do Direito da Contratação Pública²⁹⁶.

Ainda assim, o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência, não sendo sucedâneos, constituem ramos do direito intrinsecamente conexos e complementares, exigindo cada um desses ramos uma aplicação concomitante sistemática, eis que nem as regras sobre contratação pública, pura e simplesmente, defendem, de forma

²⁹⁵ José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 95.

²⁹⁶ Conforme esclarece Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 331.

eficiente, a concorrência nos contratos públicos, nem o direito da concorrência isoladamente permite acautelar a concorrência nos contratos públicos²⁹⁷.

Não fosse assim, sentido maior não faria para que o próprio CCP manifestasse sua preocupação de maior relevo em relação à concorrência esperada num procedimento concursal de adjudicação, ao ponto de determinar, expressamente, à Administração Pública que promova a devida comunicação à Autoridade da Concorrência quando constatar indícios de práticas restritivas da concorrência ao analisar as propostas de um procedimento de contratação pública²⁹⁸.

Entretanto, inquestionável que tal obrigação imposta à entidade pública traz como consequência inevitável um certo transtorno à máquina pública, eis que demandará de outros órgãos providências para corrigir um distúrbio observado no mercado da contratação pública, o que, por si, traz subjacente a ideia de um efetivo gasto público para que esse distúrbio seja, de fato, avaliado e reparado.

Daí que a própria interação de ambos os ramos do Direito, quando necessária para ajustar uma determinada situação fática à legalidade que dela se espera acaba mostrando-se uma consequência custosa para a Administração Pública, porquanto pode demandar uma movimentação maior da máquina pública para se atingir o objetivo.

Assim, evitar essas situações hipotéticas que podem ocasionar divergências jurídicas que demandem um movimento maior da máquina pública é medida que se impõe à própria Administração Pública em respeito ao princípio da eficiência administrativa, motivo pelo qual a adoção de diligências no sentido de melhor planejar e preparar o procedimento de adjudicação com bases financeiras mais fidedignas à realidade da contratação pretendida, através de uma apuração mais precisa do preço base a ser indicado no caderno de encargos, é providência forçosa para que, de forma eficiente, a entidade adjudicante – como parte da máquina pública – alcance a eficácia do procedimento por ela pretendido.

²⁹⁷ Conforme esclarece Nuno Cunha Rodrigues em “*Contratação Pública...*”. cit. p. 331.

²⁹⁸ Conforme art. 70º, n. 4 do CCP.

6.3 – A necessidade de interferência de outros órgãos públicos numa contratação pública maculada por prática anticoncorrencial

Frise-se que a supracitada comunicação à Autoridade da Concorrência estabelecida pela Legislação de contratos públicos não é merca faculdade conferida ao ente público em razão de um capricho do legislador. A obrigatoriedade da medida é patente quando analisado o comando do dispositivo legal que inquestionavelmente conduz à entidade adjudicante a um dever de agir, cujo objetivo maior é justamente noticiar à autoridade pública competente acerca da ocorrência de fatos que tendem a prejudicar o mercado – ainda que apenas o da contratação pública num primeiro momento.

Assim, fica muito evidente que a cautela legislativa com a concorrência no ambiente da contratação pública extrapola a esfera de aplicação teórica do *princípio*, revelando uma necessidade prática de efetivamente dar-lhe o devido relevo nos procedimentos de adjudicação conduzidos pelas entidades adjudicantes.

Eventos desta natureza – práticas anticoncorrenciais no mercado da contratação pública – têm o potencial de trazerem consigo efetivos riscos de prejuízos num ambiente de seleção concorrencial que objetive uma saudável competição inerente a um procedimento concursal com a possibilidade de promoção de uma contratação que se pautar pela fidedigna observância ao princípio do interesse público financeiro subjacente ao procedimento em si²⁹⁹. Daí que se imponha à Administração Pública a adoção de medidas administrativas com vistas à prevenção de novas ilicitudes do tipo, através da comunicação do fato à Autoridade da Concorrência, responsável por regular e fiscalizar as atividades no setor³⁰⁰.

Cumprido esclarecer que a Autoridade da Concorrência, em Portugal, tem a função de fiscalizar e aplicar o Direito da Concorrência conforme estabelecia o Decreto-Lei 10/2003, de 18 de janeiro, posteriormente revogado por força do Decreto-Lei n. 125/2014, de 18 de agosto, atualmente em vigor.

Dentre suas atribuições principais, compete-lhe (i) os poderes regulamentares – que traduzem-se na faculdade de aprovar ou propor a aprovação de regulamentos, recomendações e diretivas genéricas e códigos de conduta e manuais de boas práticas de

²⁹⁹ Conforme Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 29.

³⁰⁰ Conforme Pedro Costa Gonçalves, “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. pág. 578.

empresas ou associações de empresas; (ii) os poderes de supervisão – traduzidos na faculdade de proceder à realização de inquéritos, inspeções ou auditorias, instrução e decisão de procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras da concorrência e instrução e decisão de procedimentos administrativos respeitantes à operações de concentração de empresas; e (iii) os poderes sancionatórios – traduzidos na faculdade de identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for o caso, as sanções previstas na lei e adotando medidas cautelares, quando necessário³⁰¹.

Ainda que assumamos o risco de sermos repetitivos, vale aqui traçar breve observação acerca de dois dos poderes específicos da Autoridade da Concorrência acima indicados, quais sejam os poderes de supervisão e os sancionatórios. Isto porque, à luz do Direito da Contratação Pública, consoante exposto no item 6.2 acima, tais poderes são justamente aqueles que deverão ser exercidos pela autoridade pública da concorrência para avaliar a eventual ocorrência de prática anticompetitiva no âmbito de um procedimento de adjudicação, cabendo-lhe, em último caso, proceder à aplicação de sanções aos infratores, caso reste efetivamente comprovada a condução de práticas anticoncorrenciais em procedimentos de contratação pública.

Tal fato, por si, apenas reforça a ideia de interação entre os distintos sistemas normativos – Direito da Concorrência e Direito da Contratação Pública – num ambiente de contratação cujo objetivo maior é a prossecução do interesse público, que possa eventualmente vir a ser maculado por operadores económicos mal intencionados.

Sendo a Autoridade da Concorrência uma pessoa coletiva de direito público³⁰², portanto de natureza institucional, dotada de património e de autonomia administrativa e financeira³⁰³, trata-se de verdadeiro órgão público que, considerado entidade administrativa independente que, ainda assim, faz parte do grande corpo público-administrativo Estatal, com atribuições e estrutura próprias.

Ora, se levarmos tal fato em consideração, e também o fato de que um determinado ente público, ao constatar indícios de práticas anticoncorrenciais conduzidas

³⁰¹ Conforme José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 227/228.

³⁰² Conforme art. 3º, n. 1 da LQER.

³⁰³ Conforme ensina José Luís Caramelo Gomes. “*Lições de Direito...*”. cit. Pág. 225.

no âmbito de um procedimento de adjudicação, por força de norma legal³⁰⁴ deve comunicar o caso a outro órgão público – Autoridade da Concorrência – para que este possa apurar a efetiva ocorrência de tal suspeita, evidentemente que estaremos diante de uma hipótese em que a Administração Pública deve agir por meios próprios, buscando proteger seus específicos interesses – além de efetivamente proteger o mercado – mesmo quando atentados contra instituição distinta, mas que também pertença à sua macroestrutura.

Por óbvio que, num caso como esse, conforme já antecipado no item acima, para executar suas tarefas haverá a autoridade pública da concorrência de também promover gastos financeiros para permitir que sua máquina administrativa realize as atividades que lhe competem – também por força de lei – para, só então, identificar se, de fato, houve ou não ato atentatório ao regime concorrencial que se espera de um procedimento de adjudicação manejado pela Administração Pública para perseguir o interesse público maior.

Ora, havendo a necessidade de promoção de novos gastos públicos para apurar a existência, ou não, de hipótese de tentativa de frustração do regime concorrencial numa contratação pública, logicamente que estará a Administração Pública compelida a executar duplamente despesas financeiras que poderiam ser evitadas se outras medidas pudessem ser adotadas pelos outros entes públicos – também pertencentes à estrutura macro público-administrativa – ainda na fase de preparação dos procedimentos de adjudicação que promovem, e que poderiam obstaculizar a adoção de certas práticas anticoncorrenciais mais comumente observadas no âmbito das contratações públicas.

Assim, entendemos que a adoção de procedimentos, por parte da entidade adjudicante, com vistas a melhor conhecer e mensurar mais realisticamente os gastos necessários à uma determinada contratação pública por si pretendida é providência que se impõe – ou que deveria se impor – à Administração Pública em respeito aos princípios financeiro-administrativos inerentes a um procedimento de adjudicação, objetivando evitar gastos desnecessários e despropositados que poderão advir de uma contratação pública mal planejada, em que operadores econômicos do mercado possam intentar medidas objetivando aumentar seus lucros a despeito do impacto que tais condutas efetivamente venham a ocasionar aos cofres públicos.

³⁰⁴ Conforme art. 70º, n. 4 do CCP.

CAPÍTULO 7 – OS AVANÇOS DO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRO EM ATENDIMENTO À NECESSIDADE DE MAIOR CONTROLE FINANCEIRO NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO

Diante das grandes dificuldades de se promover saudáveis procedimentos de contratação pública do ponto de vista financeiro, justamente em função dos vícios mercadológicos acima indicados, foram necessários avanços no Direito Administrativo brasileiro com vistas a tentar reduzir os impactos que tais vicissitudes causam às entidades públicas, e, por conseguinte, aos cofres públicos.

Registre-se que o ordenamento jurídico brasileiro já previa na Lei de Licitações disposições legais³⁰⁵ acerca da necessidade de os preços a serem propostos na contratação pública pretendida estarem atinentes àqueles efetivamente praticados no mercado, o que somente pode ser apurado por meio da competente pesquisa de preços.

Em perfeita consonância com a legislação, também a doutrina brasileira indica pela necessidade de uma efetiva pesquisa feita no mercado de maneira que a Administração Pública possa ter conhecimento quanto à realidade dos valores mercadológicos praticados para determinado tipo de contratação pretendida, evitando assim incompatibilidades entre aquilo que verdadeiramente apura nas diligências por si realizadas nesse sentido, e nas propostas, muitas vezes díspares, que são avaliadas quando da tramitação do procedimento de licitação³⁰⁶.

A respeito disso Flávio Amaral Garcia³⁰⁷ esclarece que até a presente data não há qualquer disciplina legal sobre o tema, ficando a matéria a critério de cada órgão ou entidade, sendo de suma importância tal regramento à luz da relevância que esta questão possui no âmbito dos procedimentos de licitação brasileiros, o que torna recomendável que a disciplina sobre a pesquisa de preços seja objeto de regramento em cada entidade, determinando os parâmetros aceitáveis e apontando uma direção uniforme e segura para os servidores responsáveis por esta tarefa.

³⁰⁵ Artigo 15, V, e §1º, e artigo 43, IV, ambos da Lei n. 8.666/93.

³⁰⁶ Conforme José dos Santos Carvalho Filho. “*Manual de Direito...*”. cit. pág. 192; e Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos Administrativos – Casos e Polêmicas*”. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 194.

³⁰⁷ Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 194.

Por seu turno, do ponto de vista da responsabilização por eventuais danos causados ao erário em razão de procedimentos de contratação mal conduzidos³⁰⁸, a pesquisa de preços configura-se verdadeiro “instrumento de defesa” não só aos cofres públicos, mas principalmente aos agentes públicos que atuam em tais processos, eis que, consoante ensina Maria Sylvia Di Pietro³⁰⁹, a compra de bens por preços superiores aos de mercado caracteriza uma das hipóteses de nulidade que enseja propositura de ação popular³¹⁰, além de poder ensejar responsabilidade solidária do fornecedor do bem e do agente público responsável pela contratação indevida³¹¹.

Portanto, evidente que a utilização de uma boa pesquisa de mercado pelos agentes públicos responsáveis pela condução de um processo de contratação pública, além de beneficiar as finanças públicas, ainda confere respaldo à legalidade da atuação do referido agente, além da legalidade do procedimento em si.

Ainda assim, as diligências realizadas pelas entidades adjudicantes brasileiras nesse sentido, apenas com fundamento nas disposições legais expressas na Lei de Licitações brasileira, não são suficientemente satisfatórias no que tange ao efetivo apuramento do real valor mercadológico para determinadas contratações. Não só em razão de eventuais interesses escusos dos operadores econômicos em inflacionar o *valor estimado*³¹² a ser apontado no Projeto Básico / Termo de Referência³¹³ que dá fundamento ao procedimento de Licitação em si, mas também em função da frequente ausência de respostas por parte destes mesmos operadores que, muitas vezes conluiados, adotam tal postura no intuito de dificultar à Administração Pública a obtenção de elementos suficientes que lhe permita enxergar a realidade de preços do mercado, dando assim início a procedimentos de contratação financeiramente infundados e frágeis.

³⁰⁸ Nesse âmbito, Flávio Amaral Garcia defende que alguns parâmetros devem ser considerados para fins de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que atuam nas licitações e na gestão dos contratos administrativo, conforme Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 201.

³⁰⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. cit. pág. 482.

³¹⁰ Conforme dispõe o artigo 4º, V, “b” da Lei n. 4.717/65, legislação que regula a Ação Popular no Brasil.

³¹¹ Conforme dispõe o artigo 25, §2º da Lei n. 8/666/93. Nesse sentido vale apontar que, não obstante o referido dispositivo legal indicar a responsabilização no caso específico de prejuízos causados ao erário em razão de aquisição de bens com sobrepreço através inexigibilidade de licitação, a responsabilização por danos ao erário público ainda é prevista em outros dispositivos da própria Lei n. 8.666/93, tais como: artigo 7º, §6º; artigo 14; artigo 59, Parágrafo Único; e artigo 82; eis que, conforme entendimento extraído do próprio artigo 37, §§4º e 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, a responsabilização pelo ressarcimento de prejuízos causados ao erário público se dá de forma imprescritível.

³¹² A nomenclatura aqui utilizada tem a exata conotação do que seria o instituto do *Preço Base* previsto no Código dos Contratos Públicos português.

³¹³ As nomenclaturas aqui utilizadas têm a exata conotação do que seria o instituto do *Caderno de Encargos* previsto no Código dos Contratos Públicos português.

Flávio Amaral³¹⁴ corrobora tal assertiva, esclarecendo que a pesquisa de preços junto aos fornecedores de mercado revela-se não raro como mecanismo infrutífero para aferir o real preço de mercado do bem ou dos serviços, porquanto é muito comum que as sociedades empresárias manipulem esses valores no momento da cotação, podendo tal prática configurar-se como abuso de poder econômico, caso venha a ser demonstrada intenção de fraudar e manipular os preços na licitação. O Professor ainda registra que, por vezes, estes operadores do mercado não se sentem confortáveis em abrir seus preços ainda no momento preliminar da licitação, o que acaba dificultando a obtenção das referidas cotações para o alcance da média de preços que deve fundamentar o *valor estimado* da contratação³¹⁵.

Por outro lado, o grande número de casos de corrupção e malversação da coisa pública que sistemicamente assola o ambiente da Administração Pública brasileira talvez tenha sido o outro importante motivador para que as instituições públicas de controle interno e externo, e outras que também compõem a estrutura organizacional da grande máquina pública brasileira com funções de auxílio na execução e fiscalização das atividades público-administrativas buscassem – ou ao menos tentassem – soluções jurídicas com objetivo de combater condutas reprováveis no setor público, através da promoção de medidas de cunho jurídico-administrativo que freiem ou obstaculizem tais práticas.

Assim, em razão de todas essas dificuldades diariamente observadas nos últimos anos, o ordenamento jurídico brasileiro – ao menos na seara do Direito Público – vislumbrou a necessidade de avançar em relação à referida defasagem de normas procedimentais para a realização de determinadas atividades por parte da Administração Pública, notadamente as *pesquisas de preços* nos processos licitatórios, permitindo a criação de regras de natureza administrativa que visam auxiliar as entidades públicas no fiel e efetivo cumprimento da lei, norteadas pela necessidade de primordial atendimento ao interesse público.

³¹⁴ Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 194/195.

³¹⁵ Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 194/195.

7.1 – Da participação do Tribunal de Contas da União brasileiro na busca pelo melhor controle financeiro nos procedimentos de licitação

Mas essa medida não poderia partir tão somente das próprias entidades públicas, eis que, ainda que dotadas de autonomia administrativa – e muitas vezes financeira – não detêm competência para “legislar” na criação de regras próprias que vinculem os interessados, ao risco de ferirem um dos princípios motrizes do Direito Público: a legalidade.

Assim, coube aos órgãos federais de controle brasileiros, na esteira dos respectivos procedimentos de auditoria de suas competências, mapearem o maior âmbito de ocorrência de irregularidades nos procedimentos de contratação pública instaurados na esfera federal da Administração Pública para, a partir de então, promoverem recomendações aos demais entes da máquina pública no sentido de promoverem esforços conjuntos para dotar as entidades públicas federais de maior capacidade de controle e gestão dos riscos *interna corporis*, com objetivo de combater, ou ao menos reduzir os casos de irregularidades administrativas que, por consequência lógica, ensejam ambientes favoráveis ao cometimento de ilícitos.

Tal como Portugal, o Brasil também possui suas Cortes de Contas, estas responsáveis, em geral, por realizar o controle externo das contas públicas, em auxílio ao poder legislativo da esfera estrutural federativa a que se encontram vinculadas³¹⁶.

Distinção maior entre Brasil e Portugal nesse âmbito, todavia, diz respeito ao fato de, tratando-se o Brasil de uma República Federativa, possui entes federativos de diferentes esferas públicas: federais, estaduais e municipais. Tal organização estrutural reflete-se, também, na existência de uma Corte de Contas específica a cada um dos três níveis federativos brasileiros.

Nesse sentido, e tomando aqui por base a experiência prática de anos de trabalho junto à administração pública federal, por questões objetivas trataremos exclusivamente da Corte de Contas Federal brasileira, ou seja, Tribunal de Contas da União – que possui as mesmas competências básicas do Tribunal de Contas português – de maneira a demonstrar como este importante órgão de controle conseguiu caminhar bem perante o escorregadio e

³¹⁶ Conforme entendimento extraído da leitura combinada dos artigos 71 e 75, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

tortuoso ambiente da contratação pública na esfera federal da Administração Pública brasileira.

Em razão do processo de Representação n. TC 006.156/2011-8 proposto pela já extinta Secretaria de Planejamento e Procedimentos da própria Corte de Contas, o TCU, juntamente com o Ministério do Planejamento brasileiro, a Advocacia-Geral da União – AGU, o Ministério da Fazenda brasileiro, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal constituíram então um grupo de estudos para discutirem questões relacionadas aos procedimentos licitatórios, à gestão dos contratos firmados pela Administração Pública e o encerramento destes mesmos contratos, usando como elemento norteador dos estudos os contratos de prestação de serviços de natureza contínua que eram formalizados pela Administração Pública Federal e os operadores econômicos privados.

Cabe esclarecer que, ainda que num primeiro momento, ao que parece, a principal razão para a constituição de tal grupo de estudos tenha se devido às dificuldades de fiscalização e controle de contratos de prestação de serviços com fornecimento de mão-de-obra com dedicação exclusiva ao órgão público contratante, notadamente no encerramento do pacto – quando da necessidade de comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias do operador econômico então contratado juntos aos funcionários cedidos à Administração Pública³¹⁷ – no decorrer dos trabalhos observou-se a efetiva necessidade de recomendações de natureza geral nos procedimentos prévios de formação de contratos – licitação – e posteriores – fiscalização – tendo em vista as inúmeras irregularidades passíveis de ocorrer, e a quantidade de pontos frágeis existentes na gestão dos contratos.

Desta feita, o referido grupo de estudos elaborou relatório minucioso explorando cada ponto vulnerável do procedimento de licitação – desde a documentação exigida no procedimento, até a real capacidade demonstrada por cada um dos proponentes no procedimento – bem como cada dificuldade observada pela Administração Pública para conseguir promover uma fiscalização eficiente e eficaz, condizente com a realidade do contrato fiscalizado.

³¹⁷ Importante esclarecer que no Brasil a Administração Pública pode ser responsabilizada subsidiariamente em relação às obrigações trabalhistas, bem como solidariamente em relação às obrigações previdenciárias do empregador terceirizado para com os seus funcionários contratados e cedidos à Administração Pública para a prestação de serviços em regime de dedicação exclusiva, consoante disposto no artigo 71, §1º da Lei n. 8666/93 em interpretação conjunta com a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro e Acórdão no Recurso Extraordinário n. 760.931/DF, de 30/03/2017, proferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro; e artigo 71, §2º da Lei n. 8.666/93, respectivamente.

Não obstante a importância da integralidade do relatório elaborado pelo citado Grupo de Estudos, para efeitos de sua análise no âmbito do Direito Financeiro-Administrativo limitar-nos-emos a avaliar o ponto de maior interesse daquele relatório para o trabalho aqui desenvolvido, qual seja, a questão da orçamentação do contrato pretendido pela Administração Pública, não somente quando da preparação para o procedimento de licitação necessário ao atendimento do interesse público, mas também quando da prorrogação dos mesmos contratos, após já formalizados.

Nesse sentido, segundo o relatório do próprio TCU – elaborado com fundamento no relatório do citado grupo de estudos – alguns elementos que compõem a planilha de custos do serviço prestado, e que servem de base na orçamentação do serviço³¹⁸ devem ser muito bem analisados quando da fiscalização da execução contratual, de maneira que a Administração Pública pague apenas por aquilo que efetivamente foi realizado. E, dentre tais elementos, alguns representam maior, outros menor impacto no custo total final do contrato fiscalizado.

Ainda segundo o TCU, a análise do impacto financeiro de tais elementos deve ser ponderada e sopesada na oportunidade da prorrogação do contrato administrativo, de maneira que se verifique a real necessidade de eventual nova promoção de pesquisa de preços junto ao mercado³¹⁹ para se apurar se o preço do contrato já firmado continua, ou não, sendo vantajoso à Administração Pública, o que, por sua vez, a depender do elemento de composição da planilha de custos que estejamos tratando, pode demandar demasiado tempo e até recursos da própria estrutura público-administrativa para ser avaliado.

Assim, o TCU, ao julgar aquele processo de representação, exarou o acórdão n. 1.214/2013 – TCU – Plenário, de 22 de maio de 2013, indicando não apenas parâmetros, mas também metodologias procedimentais a serem adotadas pela Administração Pública Federal para que se efetue uma melhor fiscalização nos contratos administrativos já firmados, o que pode trazer maior celeridade no procedimento de prorrogação contratual que eventualmente venha a ser pretendido.

³¹⁸ Conforme dispõe o artigo 7º, §2º, II da Lei n. 8.666/93.

³¹⁹ O artigo 30, §2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 2/2008 – norma regulamentadora dos procedimentos de contratação e fiscalização da execução contratual no âmbito da Administração Pública Federal brasileira – hoje já revogada e substituída pela IN SLTI/MPOG n. 05/2017, estabelecia a necessidade de realização de pesquisa de preços junto ao mercado quando da oportunidade de cada prorrogação contratual, objetivando conferir à Administração Pública Federal a noção quanto à manutenção da vantajosidade na contratação precedida que se pretenda dar continuidade.

Por outro lado, ao agraciar a Administração Pública com tais orientações, a Corte de Contas acabou permitindo a possibilidade de se pensar na utilização dessa mesma didática de auditoria de fiscalização dos contratos já firmados também no momento de preparação das novas contratações que venham a ser realizadas pelas entidades públicas, já que munidas de informações e capacidade de avaliação prévia acerca dos elementos financeiros que devem compor a planilha de custos para a prestação de determinado serviço / aquisição de determinado bem, passam a ter condições de antever as despesas com as quais necessariamente precisarão arcar para ter a prestação contratual pretendida.

Mas não foi só. A partir de tal julgamento, foi também conferido às entidades da Administração Pública Federal brasileira a segurança jurídica necessária para se promover prorrogações de contratos administrativos sem a necessidade de realização de novas pesquisas de preços – o que até então era uma exigência de norma regulamentadora – cuja finalidade única e exclusiva seria a demonstração da manutenção da vantajosidade econômica na continuidade da contratação a ser prorrogada, desde que determinadas condições já estivessem previstas no Edital de Licitação, e também no corpo do próprio contrato administrativo.

Restou evidenciado no julgamento, portanto, que se uma boa pesquisa de preços junto ao mercado fosse bem conduzida pela entidade pública licitante no momento de preparação da licitação, com comprovada vantajosidade econômica na contratação dos valores apurados em diligências realizadas previamente à elaboração do Edital de Licitação, essa vantajosidade poderia ser automaticamente mantida nos momentos subsequentes de prorrogação contratual, desde que pré-estabelecidas no próprio contrato determinadas condições de reajustamento de preços, sendo assim dispensadas novas pesquisas quando das pretendidas prorrogações contratuais.

Ocorre que, em razão de todas as recomendações³²⁰ expedidas pela Corte de Contas da União ao Ministério do Planejamento brasileiro em razão do julgamento da

³²⁰ Acerca das ditas “recomendações” se mostra importante uma análise mais acurada acerca de sua natureza jurídica, tendo em vista os potenciais efeitos que causa, e as consequências de sua inobservância, o que denota tratar-se de “*um corolário do exercício de uma função de controlo com igual dignidade de um ato de natureza jurisdicional – apenas de não o ser – e, por ventura, com exigências acrescidas, resultantes do próprio quadro legal que lhe é aplicável, sendo ainda uma forma útil e exigente do exercício do controlo, nas perspectivas de quem controla e de quem é controlado, com todos os efeitos positivos para os beneficiários – cidadãos, máxime, os cidadãos contribuintes*”, consoante as palavras de José F. F. Tavares. “*Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das recomendações do Tribunal de Contas*” em Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, pág. 717/739 (p. 734).

citada representação, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação daquele Ministério não apenas se viu obrigada a promover alterações em sua norma regulamentadora anteriormente expedida para auxiliar às entidades públicas federais em seus procedimentos de preparação de formação de contratos³²¹, e fiscalização de execução contratual, como também instada a elaborar outra nova norma³²², de mesma natureza regulamentar, que trouxesse em seu âmago regras mais consistentes acerca da metodologia de realização dessa mesma *pesquisa de preços* junto ao mercado, de forma que a segurança jurídica almejada pelo TCU quanto à dispensa de novas pesquisas mercadológicas quando das prorrogações contratuais fosse realmente percebida, com a efetiva manutenção da vantajosidade dos preços anteriormente pesquisados para a formação do contrato que se pretenda dar continuidade.

Por sua vez, considerando este mesmo contexto de instituições que promovem recomendações e orientações que visem auxiliar as entidades públicas na condução de seus procedimentos de adjudicação, se faz imperioso destacar que a Europa também conta com a participação ativa de importante instituição que se debruça sobre o assunto Contratações Públicas, instituição essa constituída e composta através da participação de uma série de países membros – e também outros participantes – que trabalha para dotá-los de conhecimentos, tecnologias e capacidade para solucionar seus problemas internos em busca de desenvolvimento econômico e social. Trata-se da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Por se tratar de organização internacional existente há cerca de sessenta anos, e que atua junto aos governos, formadores de políticas e cidadãos, trabalha no desenvolvimento e estabelecimento de normas internacionais, na busca de soluções baseadas em evidências para uma série de desafios sociais, econômicos e ambientais, melhorando o desempenho econômico e criando empregos, promovendo conhecimentos exclusivos para dados e análises, troca de experiências, compartilhamento de práticas recomendadas e aconselhamento sobre políticas públicas e definição de padrões globais³²³.

Nesse sentido, a OCDE nos últimos tempos vem aperfeiçoando metodologias próprias de boas práticas no âmbito das contratações públicas, com vistas a melhorar a

³²¹ Norma que será melhor esclarecida no item 6.2.

³²² Norma que será melhor esclarecida no item 6.2.

³²³ Atualmente a organização, com sede em Paris, conta com cerca de trinta e seis países membros efetivos, apesar de manter contato com muitos outros espalhados por quase todo o mundo, conforme informações disponíveis em <https://www.oecd.org/about/>.

performance dos países membros nas aquisições públicas por eles realizadas. Assim desenvolveu a metodologia MAPS³²⁴, já usada em mais de sessenta países, permitindo que esses possam aumentar a eficácia, a eficiência e a transparência dos sistemas de contratação pública – esta é uma preocupação constante dos governos e da comunidade internacional de desenvolvimento – já que todos reconheceram que aumentar a eficácia do uso de fundos públicos, incluindo fundos fornecidos por meio da assistência oficial ao desenvolvimento (ODA), requer a existência de um sistema nacional de aquisições adequado que atenda aos padrões internacionais e que funcione conforme pretendido³²⁵.

Não se pode aqui afirmar – e nem seria possível – que a metodologia desenvolvida pela OCDE seja suficiente para garantir uma boa orçamentação contratual, e que, por conseguinte, confira à Administração Pública do Estado que a utiliza a segurança jurídica suficiente a evitar conluios empresariais, eventos de corrupção, sobrepreços contratuais ou outros problemas inerentes ao mercado da contratação pública.

Porém, a utilização do procedimento metodológico desenvolvido pela citada Instituição é de fundamental importância à luz das finalidades a que se destina, cabendo, tanto à OCDE, quanto às próprias entidades públicas, por outro lado, continuarem buscando aprimoramentos e inovações não apenas à essa metodologia, mas também à qualquer outra que eventualmente venha a ser desenvolvida em razão da infundável prossecução do interesse público, e a necessidade de contínua promoção de procedimentos de contratação pública financeiramente saudáveis e que atendam às necessidades que os ensejem, tal como também vem sendo continuamente tentado no Brasil por meio do TCU e dos demais órgãos de controle com tais competências.

³²⁴ A metodologia MAPS – Methodology for Assessing Procurement Systems – ou Metodologia de Avaliação de Sistemas de Aquisições (em português) fornece uma ferramenta comum que os países, assim como os parceiros de desenvolvimento, podem usar para avaliar a qualidade e a eficácia dos sistemas de aquisição pública que promovem, conforme informações obtidas em 29/05/2019 no sítio de internet acessado em <http://www.oecd.org/gov/ethics/benchmarking-assessment-methodology-public-procurement-systems.htm>.

³²⁵ Conforme se observa em <http://www.oecd.org/gov/ethics/benchmarking-assessment-methodology-public-procurement-systems.htm>.

7.2 – As normas administrativas regulamentadoras brasileiras, de natureza infra-legal, e o auxílio no controle financeiro nos procedimentos de licitação

Consoante já dito anteriormente, algumas regras procedimentais foram expedidas por órgãos da grande estrutura da máquina pública federal brasileira, com o fito de auxiliar a Administração Pública Federal na formação de contratos e fiscalização de sua respectiva execução.

Algumas se configuram verdadeiras medidas muito bem concebidas para a melhor utilização do erário público, com vistas a favorecer a produtividade da Administração Pública de acordo com os recursos que lhes são disponíveis. Outras apenas visam conferir ao ente público orientações acerca de procedimentos que devam ser adotados com vistas a reforçar os princípios da transparência, imparcialidade, legalidade e da moralidade administrativa.

Tais normas de ordem infra-legal, por óbvio, não têm o condão de constituir ou desconstituir quaisquer direitos ou deveres à Administração Pública³²⁶, tão pouco aos administrados, sejam estes servidores públicos, ou mesmo agentes privados que diretamente ou indiretamente possuam algum tipo de relação com o ente público. Por outro lado, possuindo natureza de atos regulamentares³²⁷ têm a serventia de criar regramentos procedimentais que visem regulamentar as disposições legais a serem observadas pela Administração Pública, e por quem com ela se relaciona.

Assim, ao serem editadas tiveram de estar em perfeita harmonia com as disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro, sob risco de ferirem de morte a legalidade que se espera – e se impõe – à própria Administração Pública.

Exemplo desse tipo de norma foi a edição da antiga Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 2/2008, que esteve vigente até 26 de setembro de 2017, quando então veio a ser substituída pela Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2017, de 26 de maio de 2017. A norma foi expedida de maneira a conferir à Administração Pública Federal maiores orientações acerca das boas práticas procedimentais a serem adotadas no âmbito

³²⁶ Conforme orienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. Cit. pág. 135.

³²⁷ Os regulamentos, como atos normativos, além de fonte de Direito, são sobretudo uma forma importante de administrar, já que são atos normativos da própria administração pública, conforme entendimento esposado por José F.F. Tavares. “*Atos Políticos e Atos...*”. cit. pág. 24;

da formação e da fiscalização da execução dos contratos administrativos, em total conformidade com o que expõe a Lei n. 8.666/93.

Já no corpo da referida IN n. 2/2008, dentre várias orientações administrativas que complementavam as diretrizes jurídicas já estabelecidas pela Lei de Licitações brasileira, havia a obrigatoriedade³²⁸ – e continua havendo na nova norma³²⁹ – de a entidade licitante brasileira promover *pesquisas de preços* juntos ao mercado com vistas à obtenção de preços condizentes com o contrato pretendido, de maneira a fundamentar o *Valor Estimado*³³⁰ da licitação em questão.

Porém, ainda que as regras procedimentais estivessem muito bem descritas na referida norma administrativa, e que melhores resultados tivessem sido percebidos quanto aos preços então licitados pelas entidades públicas federais, ainda assim eram insatisfatórios à luz do total dos gastos praticados na contratação dos produtos/serviços adquiridos.

Assim, em função das recomendações emanadas pelo TCU por meio do Acórdão n. 1.214/2013 – TCU – Plenário acerca da desnecessidade de realização de novas *pesquisas de preços* junto ao mercado na oportunidade das prorrogações contratuais – quando tais pactos administrativos houvessem sido formalizados respeitando determinadas orientações também expedidas por aquela mesma Corte de Contas – de maneira a conferir maior segurança jurídica à própria Administração Pública – e, por conseguinte, aos agentes públicos que dela fazem parte – entendeu o Ministério do Planejamento brasileiro, por meio da sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, quanto à necessidade de também melhor elucidar as regras procedimentais para que a citada *pesquisa de preços* junto ao mercado fosse realizada de forma satisfatória, e garantida pela mesma segurança jurídica exigida pelo TCU que permitiria a posterior dispensa da realização de novas diligências no mesmo sentido.

Foi então editada a Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 5/2014, de 27 de junho, que trazia em seu seio regras acerca de procedimentos administrativos básicos para a realização de *pesquisa de preços* para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral que visem instruir um *Projeto Básico / Termo de Referência – Caderno de Encargos*

³²⁸ Artigo 15, XII, “b” da IN n. 2/2008.

³²⁹ Artigos 24, VI, e 30, X, da IN n. 5/2017.

³³⁰ O instituto aqui deve ser compreendido à luz do Direito Administrativo brasileiro, configurando-se como equivalente ao *Preço Base* previsto no Código de Contratos Públicos português.

– de um procedimento de licitação, tendo em vista aquilo que já dispunham os artigos 40, X, e 43, IV, ambos da Lei n. 8.666/93.

Na prática, a edição da norma administrativa permitiu às entidades públicas pertencentes à estrutura da Administração Pública Federal melhorar seus critérios de realização de diligências para se apurar os preços praticados no mercado em contratações similares àquelas por elas pretendidas. E, conforme orientação contida no art. 2º da referida norma administrativa, a realização de tais diligências passaram a se dar não apenas através da busca de informações diretamente junto aos operadores econômicos do mercado, mas também por meio da utilização de um painel de preços disponibilizado em específico sítio de internet³³¹, ou publicados em mídia especializada, ou ainda junto à outras entidades público-administrativas, devendo, porém, serem utilizados prioritariamente alguns dos parâmetros acima indicados, com a adoção de preços referenciais médios apurados nas pesquisas³³².

Neste quesito vale apenas registrar que dentre os procedimentos indicados pela normativa brasileira, apenas dois parecem ser similares àquelas ferramentas previstas no CCP português aptas a cumprir o mesmo objetivo: Contratações similares de outros entes públicos³³³ e Pesquisa com os fornecedores³³⁴.

Evidente, portanto, que o intuito da normativa brasileira foi criar uma ferramenta para auxiliar a Administração Pública na instrução de seus procedimentos licitatórios, demonstrando a legalidade que deve ser observada no decorrer dos mesmos. A mudança metodológica trazida pela IN SLTI/MPOG n. 5/2014 foi importante porque permitiu aos agentes públicos seguirem regras procedimentais expressamente delineadas pelo próprio poder executivo, conferindo a estes a necessária segurança jurídica que precisam para realizarem as atividades que lhes são atribuídas num determinado procedimento de contratação pública, sem maiores preocupações quanto às suas respectivas responsabilizações, previstas na Lei n. 8.666/93 – conforme já indicadas na nota de rodapé n. 234 – em razão de eventuais distorções de preços que o mercado pode naturalmente ocasionar nos certames público-concursais.

³³¹ Disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>.

³³² Conforme determina o artigo 2º, §§1º e 2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 5/2014.

³³³ Artigo 17º, n. 7 do CCP.

³³⁴ Artigo 35º-A do CCP.

Contudo, ainda que a regra tenha trazido maior conforto e segurança aos agentes públicos, não consegue, por outro lado, alcançar a essência subjacente àquela recomendação emanada pelo TCU acerca da segurança jurídica de se prorrogar um determinado contrato administrativo sem a necessidade de realização de novas *pesquisas de preços* no mercado quando estas já tenham sido realizadas de forma satisfatória no momento de formação do pacto, e quando neste mesmo contrato já conste as previsões necessárias à garantir um reajustamento de preços pautado por parâmetros específicos. Tampouco permite a percepção de uma efetiva redução dos gastos públicos nas contratações promovidas no âmbito das instituições da Administração Pública Federal.

Isto porque, mesmo que as *pesquisas de preços* sejam realizadas seguindo *ipsis litteris* a *receita* indicada na Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 5/2014, ainda assim dificilmente a Administração Pública consegue obter resultados satisfatórios e aptos a demonstrar a coesão entre os preços apurados e aqueles que são – ou deveriam ser – efetivamente justos para determinada contratação.

Isto se deve ao fato de ser praticamente inevitável a utilização de parâmetros equivocados disponibilizados à Administração Pública nas pesquisas que realiza junto ao mercado, já que criados a partir de um ambiente muitas vezes corrompido por práticas antirrepublicanas e já eivado de vícios mercadológicos anticoncorrenciais, com grande parte dos operadores econômicos já há muito atuando de forma conluiada – combinando preços e repartindo o mercado – tendo se criado, por conseguinte, um histórico já viciado de preços praticados em contratações similares anteriores.

Essa prática acaba mantendo os entes públicos à mercê das obscuras intenções dos agentes privados, os quais, por vezes, além de grandes lucros, também visam satisfazer interesses escusos dos agentes públicos que, responsáveis por conduzir tais procedimentos, o deturpam para se locupletarem financeiramente em contrapartida ao atendimento dos interesses daqueles operadores privados, em detrimento dos interesses públicos.

Evidente que, diante deste cenário, toda aquela segurança jurídica apontada pelo TCU em suas recomendações não consegue ser alcançada, o que impõe à Administração Pública o poder / dever de buscar outras formas de solucionar tal problema, de maneira à resguardá-la na condução de seus processos de licitação.

Ocorre que, no mesmo Acórdão n. 1.214/2013 o TCU também fez recomendações que servem de orientações para um adequado procedimento de fiscalização de execução

contratual, nomeadamente no que se refere à análise e avaliação dos custos financeiros efetivamente realizados na execução do contrato. E, nesse sentido, aconselhou aquela Corte de Contas brasileira quanto à possibilidade de uma apreciação mais rigorosa acerca da composição dos custos que são necessários à execução de determinado contrato, permitindo assim a melhor visualização dos gastos realizados e efetivamente comprovados, em relação àqueles que são apresentados como sendo supostamente devidos na oportunidade do pagamento, mas que não conseguem ser, de fato, demonstrados.

Ora, se indicou o TCU ser possível a utilização dessa metodologia de avaliação e composição de custos no decorrer da fiscalização da execução do contrato, nada impede que também possa ser utilizada pela própria Administração Pública quando dos estudos preparatórios para a abertura de um novo procedimento de licitação que pretenda realizar, já que, de fato, confere ao ente público a prerrogativa de conhecer previamente a forma de execução de uma determinada contratação.

Do ponto de vista ético-moral, a composição de custos, como metodologia para apuração do valor de parâmetro estimado da contratação parece fazer todo o sentido, tendo em vista os princípios público-financeiros aplicáveis à realização da despesa pública, evitando assim a promoção de gastos excessivos e desnecessários. Todavia, questão que pode surgir a partir disso é a identificação do alicerce da legalidade quanto à utilização de tal metodologia na orçamentação de um novo procedimento de licitação.

Nesta seara, imperioso primeiramente indicar que, tanto no ordenamento jurídico brasileiro³³⁵, quanto no ordenamento jurídico português³³⁶, a legalidade, como princípio norteador do Direito Público, impõe à Administração Pública agir em estrita conformidade àquilo que a lei lhe autoriza. Por outras palavras, é dizer que os entes públicos somente podem fazer aquilo que a lei autorize que seja feito³³⁷.

Assim, para que a metodologia de composição de custos fosse utilizada de maneira satisfatória pela Administração Pública Federal, e com a segurança jurídica necessária a garantir e salvaguardar os interesses público-administrativos nos processos de

³³⁵ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. cit. pág. 135; Marçal Justen Filho. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 242; e José dos Santos Carvalho Filho. “*Manual de Direito...*”. cit. pág. 48.

³³⁶ Conforme Diogo Freitas do Amaral. “*Curso de Direito...*”. cit. p. 50/51; e Pedro Costa Gonçalves. “*Direito dos Contratos...*”. cit. 2015. Pág. 151.

³³⁷ Em evidente contraponto ao princípio da legalidade para o cidadão comum, que lhe autoriza fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba, conforme orienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “*Direito Administrativo*”. Cit. pág. 135.

contratação pública, evidentemente que teria que estar minimamente enquadrada dentro dos demais procedimentos de orçamentação previstos pela IN SLTI/MPOG n. 5/2014.

Ocorre que a referida norma regulamentadora não previu em seu art. 2º a *composição de custos* como metodologia apta a ser utilizada na *pesquisa de preços* para orçamentação de um contrato. Ao menos não de maneira expressa.

Porém, de outra forma, o §3º do referido dispositivo legal³³⁸ prevê a possibilidade de a Administração Pública poder utilizar outros critérios ou metodologias para apuração de preços, desde que devidamente justificados pela autoridade competente dentro do processo administrativo, o que acaba representando uma verdadeira salvaguarda da norma regulamentadora para que a Administração Pública Federal tenha certa liberdade para desenvolver técnicas de orçamentação, agindo assim em respeito os princípios jurídico-administrativistas e jurídico-financeiros, e em prol do atendimento ao interesse público.

Por óbvio que a legalidade administrativa para adotar tal metodologia não poderia restar configurada tão somente na referida norma regulamentadora, tendo em vista que, consoante já dito, essa não possui legitimidade para criar direitos que não estão previstos em lei, ou restringir aqueles legalmente já previstos em normas legais, mas tão somente criar regras procedimentais que corporifiquem aquilo que a lei já pré-estabeleceu.

Nesse sentido, imperioso destacar que, à luz do Direito Administrativo brasileiro, a legalidade para a promoção de uma análise mais minuciosa acerca dos gastos verdadeiramente realizados pelo operador contratado, quando da fiscalização de execução do contrato, encontra guarida no artigo 59, Parágrafo Único da Lei n. 8.666/93, de onde se extrai o princípio que veda o enriquecimento sem causa, seja por parte da Administração Pública, seja por parte do contratado, devendo pois serem pagas tão somente as despesas que efetivamente foram necessárias ao fiel cumprimento das obrigações contratuais pactuadas.

Ora, do entendimento não pairam dúvidas acerca da necessária avaliação acerca daquilo que efetivamente foi gasto na execução contratual, de forma que seja devidamente pago ao contratado. Assim, se a norma principiológica serve para preservar qualquer das partes contra eventuais abusos que a outra tente praticar no âmbito de uma relação de obrigações contratuais, pode – e deve – ser observada em qualquer circunstância que

³³⁸ Artigo 2º da IN SLTI/MPOG n. 5/2014.

circunde essa relação, seja no momento de formação contratual, seja no momento de execução do mesmo.

Por outro lado, se a própria Lei n. 8.666/93 exige a necessária apresentação da planilha com detalhamento de custos nas licitações para contratação de obras ou serviços³³⁹ – que demandam maior complexidade na análise financeira em relação às meras aquisições de bens – não faria qualquer sentido que o estudo da composição de custos de uma contratação outra, como verdadeira metodologia de *pesquisa de preços* com fito de orçamentação, não pudesse ser realizado pela Administração Pública no momento de preparação do próprio procedimento de licitação.

Imperioso destacar que não se discute se a adoção de tal metodologia procedimental gera, ou não, mais uma obrigação à entidade pública, ou se lhe confere, ou não, mais uma atribuição. O que se assevera é que tal prática deve ser encarada como uma prerrogativa do ente público, e que pode auxiliá-lo na melhor preparação, e consequente fundamentação do procedimento de contratação que pretenda realizar.

Assim, pensamos que compete aos gestores públicos das entidades adjudicantes que se comprometem com os princípios e valores de Direito Público envidar todos os esforços para lutar contra as falhas do mercado – e da própria Administração Pública – e que dificultam a árdua tarefa de promover contratações públicas que respeitem todos os princípios jurídicos de ordem pública, conferindo maior eficiência, fiabilidade e saudabilidade financeira aos procedimentos de adjudicação que vêm sendo realizados, de modo a salvaguardar os interesses públicos, e os próprios recursos já escassos, diante de tantas malversações que ocorrem.

Esforços esses que, aliás, também devem ser empregados no âmbito do ordenamento jurídico português, diante das novas mudanças trazidas ao CCP a partir da transposição das Diretivas de 2014 oriundas da UE quanto às contratações públicas. Notadamente se considerarmos o instituto da *Consulta Preliminar ao Mercado* como uma ferramenta que pode ser utilizada numa proveitosa pesquisa de preços junto aos operadores econômicos com fito de auxiliar a entidade adjudicante no planeamento e fundamentação de um novo procedimento de adjudicação.

Ainda assim, tal ferramenta, por si só, não garante à Administração Pública a segurança e os resultados que dela se esperam, principalmente se avaliarmos as

³³⁹ Conforme o artigo 7º, §2º, II da Lei n. 8.666/93.

preocupações demonstradas pela Comunidade Europeia quanto aos vícios de mercado que devem ser combatidos, conforme expostos nos termos das Diretivas de 2014 – os quais, por sua vez, justificaram a própria criação da citada ferramenta.

Para se chegar a tal conclusão basta uma simples análise daquilo que há muito ocorre no Brasil em relação a esse assunto, e a forma como se tenta lidar com os problemas gerados no âmbito de um procedimento de contratação pública onde se luta contra vícios mercadológicos de todos os tipos, e que maculam os processos de forma tal que acabam inviabilizando uma contratação financeiramente saudável e segura, e que respeite todos os princípios e preceitos jurídicos que a ela seriam inerentes. A simples *pesquisa de preços junto ao mercado* – similar à *Consulta Preliminar ao Mercado* no que se refere à possibilidade de obtenção de informações mercadológicas para preparação de um procedimento de adjudicação – não foi – e não é – suficiente para evitar a ocorrência dessas máculas.

Desta forma, soluções devem ser pensadas de maneira antecipada e preventiva, para que os efeitos negativos dos vícios do mercado não sejam tão agressivos, e possam ser, se não evitados, ao menos reduzidos, para que não comprometam em absoluto o ambiente da contratação pública no território europeu.

Ora, se a novidade – *Consulta Preliminar ao Mercado* – foi trazida ao seio do CCP no início de 2018 por força das Diretivas da UE de 2014, há que se prenciar os efeitos de sua utilização, vislumbrando-se quais as falhas que tal ferramenta não consegue evitar / corrigir, e antecipar-se à estas, criando mecanismos que visem acautelar os interesses públicos que motivam os procedimentos de adjudicação.

Nesse sentido, a possibilidade de utilização dessa metodologia de composição de custos de maneira prévia ao início do procedimento de adjudicação não se mostra insensata, tampouco descabida, ou impraticável, já que o próprio CCP abre guarida a uma avaliação acerca dessa orçamentação ao impor à Administração Pública a obrigatoriedade de analisar a decomposição dos custos relativos a uma proposta apresentada por um concorrente no âmbito de um procedimento de adjudicação que possa refletir um preço anormalmente baixo, e que, por essa condição, deva ensejar sua exclusão imediata, em conformidade com o que dispõe o artigo 71^o, n. 4, “F” do CCP³⁴⁰.

³⁴⁰ A respeito dessa obrigatoriedade e suas consequências, vale trazer a este trabalho outra interessante jurisprudência prolatada pela 1^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo – Acórdão no processo 06/17 – em 18 de janeiro de 2018, sob a relatoria da senhora Juíza Ana Paula Portela, que conduziu

Ora, se pode – e deve – ser atribuída à Administração Pública a prerrogativa – obrigação – de avaliar a decomposição de custos de uma proposta de preços com suspeita de inexecuibilidade financeira – preço anormalmente baixo – nada impediria que essa mesma entidade pública promovesse diligências prévias acerca da composição dos custos de uma contratação por si pretendida, objetivando melhor conhecer os valores aproximados a serem efetivamente praticados para tal execução contratual, e assim mais seguramente estabelecer os limites financeiros aos quais a referida contratação estaria adstrita, como medida de saudável controle dos recursos público-financeiros que lhes são disponíveis para o fiel atendimento ao interesse público que motiva qualquer procedimento de adjudicação.

Mesmo porque, se num ambiente de contratação pública extremamente complexo como o brasileiro, a medida apontada pôde trazer efeitos positivos de todas as ordens – reduziu gastos públicos, permitindo a melhor otimização dos recursos financeiros disponíveis; reduziu a participação de operadores econômicos conluiados, permitindo uma maior concorrência de outros operadores do mercado em procedimentos de adjudicação; reduziu a responsabilização financeira de gestores públicos em relação (i) à irregularidades cometidas nos procedimentos de adjudicação, e (ii) à má utilização de recursos públicos que ensejaram prejuízos ao erário; e diminuiu os limites de “discricionariedade” destes

juízo em sede de Recurso de Revista de caso em que a entidade adjudicante promoveu a exclusão da proposta de determinada concorrente num procedimento de adjudicação concursal realizado, por entender que aquela concorrente não apresentou Nota de Justificativa do Preço Proposto para justificar o valor que apresentou na citada proposta, o que poderia denotar uma eventual ilegalidade da proponente no que tange ao possível descumprimento de obrigações trabalhistas vinculantes em função de normas legais. Nesse sentido, orientou o STA que *uma coisa é entender-se que apesar de o preço proposto não poder integrar em abstracto os custos que resultariam de vinculações legais tal não significa que as mesmas não vão ser cumpridas, outra coisa é saber se a parte na justificação dos preços propostos assume que não vai cumprir vinculações legais*. E assim manteve a decisão administrativa proferida pela entidade adjudicante de promover a exclusão da proposta que fora apresentada sem Nota de Justificativa do Preço Proposto, já que essa era uma exigência apresentada no caderno de encargos.

Ainda que o *decisum* tenha sido julgado com fundamento nas disposições legais do CCP que vigiam à época dos fatos ocorridos – antes de janeiro de 2018 – o cerne da questão é deveras interessante e até curioso. E a curiosidade do *decisum* não está na exclusão, ou não, da proposta em si, mas sim no fato de que dúvidas pairaram sobre a exequibilidade financeira da proposta apresentada pela concorrente em função de se desconhecer a real composição dos custos que efetivamente seriam necessários para integralizar o preço de uma determinada prestação de serviços pretendida à contratação. Nesse sentido é que dizemos que, caso a entidade adjudicante conheça previamente a composição dos custos mínimos inerentes à determinada contratação por ela pretendida, mais facilmente poderá identificar se eventual proposta apresentada mostra-se exequível do ponto de vista financeiro, ou não, independentemente de eventual predisposição do concorrente em assumir prejuízos naquela determinada contratação com fito exclusivo de obter aquele contrato e assim melhorar sua carteira de clientes – prejuízo esse que, ao nosso ver, somente pode recair sobre a margem de lucro da qual eventualmente esteja disposto a abrir mão na proposta apresentada, em razão dos custos mínimos obrigatórios de uma determinada prestação de serviços.

mesmos agentes, reduzindo não só as margens financeiras inexplicáveis nos contratos firmados pela Administração Pública, como também, por conseguinte, as chances de cometimento de ilícitos de corrupção – que dirá no âmbito da contratação pública portuguesa – possivelmente até europeia – onde os vícios do mercado, apesar de existirem tal como em outros lugares do mundo, ainda não se incorporaram à essência sistêmica do procedimento, de maneira a tornar-se praticamente parte indissociável de um mecanismo desenfreado e descontrolado que se auto-alimenta, maculando a própria natureza das entidades públicas, e trazendo imensos prejuízos de todas as ordens públicas.

Nesse sentido, acreditamos que competiria ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção – IMPIC³⁴¹ – por suas competências naturais no Estado Português, a elaboração de normas / regras regulamentadoras que auxiliem às entidades adjudicantes em seus procedimentos de adjudicação.

Isto porque, entidade formalmente instituída com tal nomenclatura somente em 2015, por meio do Decreto-Lei n. 232/2015, de 13 de outubro, o IMPIC atualmente possui como missão regular o sector da construção e do imobiliário, e regular os mercados públicos ou contratos públicos, assim como o licenciamento, a monitorização e a fiscalização das plataformas eletrônicas de contratação pública, a produção de manuais de boas práticas sobre contratos públicos de aquisição de obras, de bens e de prestação de serviços e ainda a análise de queixas e denúncias de cidadãos e empresas, assim como de participações de entidades públicas sobre a aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos³⁴².

Em função de tais atribuições, parece-nos que o IMPIC – tal como a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento no Brasil – possui todas as competências para continuar promovendo o desenvolvimento de regras procedimentais – por meio de regulação no setor – a serem observadas pelas entidades adjudicantes, e que a estas venham a propiciar um contínuo melhoramento na operacionalização de seus procedimentos de adjudicação, através da concessão de orientações que as auxiliem na melhor preparação e fundamentação destes, tal como o fez

³⁴¹ Acerca da Instituição, outras informações podem ser obtidas no sítio de internet <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/informacao-institucional/sumula-historica>.

³⁴² Conforme se observa em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/informacao-institucional/sumula-historica>, acessado em 30 de maio de 2019.

quando da elaboração de Manuais de Boas Práticas na Contratação Pública³⁴³ – Guia de boas práticas de combate ao conluio na Contratação Pública (2016 - Autoridade da Concorrência); Guia prático de Contratação Pública da UE; e Guia sobre as Diretivas Europeias de Contratação Pública de 2014 –, bem como as diversas Circulares Informativas³⁴⁴, Informações e Deliberações³⁴⁵ e Orientações Técnicas³⁴⁶ emanadas nos últimos anos.

Portanto, medidas jurídicas devem ser antecipadamente pensadas e adotadas, de maneira que a Administração Pública possa verdadeiramente se prevenir de eventuais infortúnios inerentes às novas ferramentas e tecnologias trazidas ao CCP, e que podem, sim, muito contribuir para melhorar os procedimentos de adjudicação pública realizados, mas que, entretanto, não garantem a perfeita higidez e integridade das contratações a serem conduzidas com o respeito e a observância a todos os princípios jurídicos administrativistas e financeiros a elas aplicáveis.

³⁴³ Disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/circulares-e-informacoes/manuais-de-boas-praticas>, acessado em 30 de maio de 2019.

³⁴⁴ Disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/circulares-e-informacoes/circulares-informativas>, acessado em 30 de maio de 2019.

³⁴⁵ Disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/circulares-e-informacoes/informacoes-e-deliberacoes>, acessado em 30 de maio de 2019.

³⁴⁶ Disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/circulares-e-informacoes/orientacoes-tecnicas>, acessado em 30 de maio de 2019.

CAPÍTULO 8 – AS DIFICULDADES DE CONTROLE FINANCEIRO NA ORÇAMENTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS NA BUSCA POR INOVAÇÃO (PRE-COMERCIAL PROCUREMENT) E NAS CONTRATAÇÕES DE GRANDES PROPORÇÕES

Ainda que a metodologia indicada no capítulo 7 seja possível e relativamente eficaz no âmbito da Administração Pública Federal brasileira – e que pode também o ser na esfera da Administração Pública portuguesa – imperioso salientar, consoante também já esclarecido, que trata-se de metodologia procedimental bem aplicável na contratação de serviços continuados, pouco importando o tamanho do respectivo contrato.

Por outro lado, mesmo que tal metodologia fosse pensada para outros tipos de contratação sua aplicação estaria adstrita à possibilidade de se avaliar, previamente, a composição dos custos usuais de determinada modalidade contratual. Não que a realização de tal tarefa seja inviável, ou impossível para qualquer outro tipo de contrato. Ocorre que, se avaliada a natureza de cada contratação promovida pela Administração Pública, facilmente se percebe que algumas possuem maior grau de complexidade, ou ainda especificidades técnicas em relação a outras, o que, por sua vez, altera a sistemática da prestação de serviços em questão.

É o caso, por exemplo, da contratação de parceria para inovação, ou seja, quando a Administração Pública busca métodos inovadores para solucionar determinada problemática por ela exposta, diante de seu desconhecimento técnico para conseguir soluções distintas daquelas por si já conhecidas e tentadas.

Nesse aspecto, o CCP confere à Administração Pública a possibilidade de utilizar-se da *Consulta Preliminar ao Mercado* para obter informações junto aos operadores econômicos de maneira que, dotada de tais esclarecimentos, possa promover a preparação de um novo procedimento de adjudicação por si pretendido.

Destaque-se que, nesse caso, a *Consulta Preliminar ao Mercado* terá um papel importante no que se refere à implementação de parcerias para inovação, em que a entidade adjudicante desconhece, em concreto, o que pretende, ou ainda desconhece se o que pretende já pode ser fornecido pelo mercado, por se tratar de verdadeira inovação, conforme ensina Raquel Carvalho³⁴⁷.

³⁴⁷ Raquel Carvalho. “*Consultas Preliminares...*”. cit. Pág. 414.

Paralelamente a isso, Voda & Jobse³⁴⁸ entendem que a utilização da *Consulta Preliminar ao Mercado* confere à entidade adjudicante a possibilidade de perceber se o projeto inovador que buscam é viável e se o mercado pode fornecer-lhe de maneira bem sucedida.

Assim, ao se tratar de contratação de algo inovador, dificilmente a Administração Pública terá condições de avaliar, prévia e antecipadamente, a forma de execução daquele determinado serviço, o que, logicamente, inviabiliza a utilização da metodologia de composição de custos acima referida, por exemplo, para auxiliá-la na melhor orçamentação da contratação pretendida e, por conseguinte, na sua melhor preparação e fundamentação, eis que os métodos inovadores que podem vir a ser propostos pelo mercado podem se distinguir em demasia das sistemáticas já conhecidas pela Administração e que lhe permitiriam, em outro momento, antecipar-se na avaliação orçamental prévia que viesse a realizar para definir os parâmetros financeiros da contratação pretendida.

Outro exemplo que dificulta a aplicação da referida metodologia diz respeito à contratação de obras de grande magnitude.

Nesse caso, não apenas o tamanho do contrato poderia dificultar a análise prévia acerca da decomposição de seus custos de execução, mas principalmente o grau de complexidade técnica envolvida em tal contratação.

Aliás, nesse sentido, a orçamentação de determinados tipos de serviços, à luz do Direito Administrativo brasileiro, torna-se tão complexa que nem mesmo pesquisas de mercado normalmente utilizadas são capazes de permitir à Administração Pública identificar um valor mais próximo da realidade do que deverá gastar para firmar o contrato por si pretendido.

Quanto a isto, importante indicar, por exemplo, que a própria Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2014, expedida pelo Ministério do Planejamento brasileiro para auxiliar a Administração Pública Federal a promover uma eficiente e eficaz *pesquisa de preços* juntos ao mercado, possui expressa disposição regulamentar acerca da dispensa de sua utilização por parte do gestor público quando da orçamentação de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos do orçamento da União³⁴⁹.

³⁴⁸ Conforme Oana Pantimlimon Voda e Carolien Jobse. “*Rules and Boundaries...*”. cit. pág. 180.

³⁴⁹ Conforme determina o artigo 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 5/2014.

Cabe indicar que a previsão da regra administrativa expressamente exclui de seu âmbito de aplicação tais obras e serviços, estabelecendo, por outro lado, a indicação de que estes devem ser tratados – inclusive do ponto de vista de sua orçamentação – por legislação própria no ordenamento jurídico brasileiro – Decreto n. 7.983/2013 – provavelmente em virtude da especificidade técnica desse tipo de tarefa. Assim a disposição da regra denota o grau de dificuldade de realização de *pesquisa de preços* para efeitos de orçamentação de contratos com complexidade de execução.

Neste caso, a legislação aplicável³⁵⁰ confere à Administração Pública Federal brasileira uma metodologia própria para elaboração do orçamento de referência e estabelece parâmetros para o controle da aplicação dos referidos recursos – ainda que tal metodologia também possua natureza de verdadeira *composição de custos*.

Vale ainda apontar que, quando se tratar de serviços ou obras de engenharia a serem contratados através da Lei n. 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratação (RDC) – e não pela Lei n. 8.666/93, a elaboração de seu orçamento de contratação deverá respeitar as normas estabelecidas por outra Legislação – Decreto n. 7.581/2011, que regulamenta o RDC – consoante se extrai da leitura do próprio Decreto n. 7.983/2013³⁵¹.

Outrossim, imperioso destacar que “obras e serviços de engenharia”, da forma como sempre estiveram dispostos na referida norma regulamentadora, não deveriam se confundir com “serviços comuns”³⁵² de engenharia que também são executados por empresas do ramo, eis que a execução desses últimos, não obstante estar efetivamente relacionada à área da engenharia, nada tem de tão tecnicamente específico que não possa ser categorizado como um serviço de ordem “comum”, como era o caso da contratação de serviço de manutenção predial no Brasil, por exemplo, até pouco tempo atrás.

Neste caso, a aplicação da IN SLTI/MPOG n. 5/2014 era impositiva, com a respectiva utilização da Lei n. 10.520/2002 – Lei que estabelece as regras da modalidade

³⁵⁰ Conforme o artigo 1º, Parágrafo Único do Decreto 7.983/2013.

³⁵¹ Conforme o artigo 18 do Decreto 7.983/2013.

³⁵² A conceito jurídico de “serviços comuns”, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, encontra-se previsto no art. 1º, Parágrafo Único, da Lei n. 10.520/2002, que estabelece as regras para a aplicação da modalidade de licitação denominada “pregão”, para a aquisição de bens e serviços comuns. Flávio Amaral Garcia ainda define “bens e serviços comuns” como sendo aqueles que estão disponíveis no mercado e que não guardam nenhuma especificidade ou característica que os torne singularizáveis, ou seja, aqueles que não reclamam, na sua descrição, nenhuma adaptação ou adequação para o atendimento da necessidade do ente público, coincidindo a demanda da Administração Pública com a usual disponibilidade do bem ou do serviço no mercado, conforme Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 154.

do Pregão – para se promover a contratação desse tipo de serviço, o que facilitava a atuação público-administrativa na orçamentação do serviço que pretendia contratar.

Ocorre que, curiosamente, em 03 de maio deste ano de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União brasileiro³⁵³ normativa regulamentar – Resolução n. 1.116/2019 – editada pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia brasileiro – CONFEA – orientando que todo e qualquer serviço de engenharia³⁵⁴ deve ser considerado como um serviço de natureza técnica específica, o que os coloca numa condição de serviços excluídos da possibilidade de aplicação da referida IN SLTI/MPOG n. 05/2014, em razão da disposição daquela própria norma que assim o determina.

Tal situação impõe que todo e qualquer serviço de engenharia, inclusive aqueles de natureza simples, que anteriormente eram considerados “comuns”³⁵⁵ à luz da própria legislação ordinária pertinente, agora devam ser orçados conforme as disposições legais contidas no Decreto n. 7.983/2013, as quais, por sua vez, não permitem à Administração Pública proceder com uma metodologia procedimental de análise prévia da composição dos custos do serviço pretendido baseada numa avaliação de custeios de execuções contratuais similares, possibilitada através das recomendações emanadas pelo Tribunal de Contas da União através do supracitado acórdão 1.214/2013³⁵⁶.

Da mesma forma como também obrigou que estes mesmos serviços de engenharia – inclusive aqueles de natureza notoriamente simples, e portanto “comuns” – venham a ser licitados pela modalidade de concorrência convencional, conforme disposto no art. 22, I da Lei n. 8.666/93, e não mais por pregão, através das disposições previstas na Lei n. 10.520/2002, de forma muito menos burocrática, de menor dificuldade procedimental e muito mais célere – e, portanto, menos onerosas à Administração Pública.

Vale registrar que a edição da referida Resolução, além de inevitavelmente criar maiores dificuldades à Administração Pública Federal brasileira na orçamentação de serviços através de metodologias mais eficazes e eficientes permitidas pelo Tribunal de Contas da União e por normativa público-administrativa, ainda cria, no nosso

³⁵³ Disponível no sítio de internet <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-1.116-de-26-de-abril-de-2019-86523311>, acessado em 16/05/2019.

³⁵⁴ Todos aqueles que demandem a emissão de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART.

³⁵⁵ Em conformidade, inclusive, com a definição apresentada por Flávio Amaral Garcia para o referido instituto, conforme Flávio Amaral Garcia, “*Licitações e Contratos...*”. cit. pág. 154.

³⁵⁶ Conforme item 7.2.

entendimento, um verdadeiro embaraço no âmbito da regulação pública brasileira relativa especificamente a este assunto.

Isto porque, consoante já indicado, a Lei n. 10.520/2002 conceitua “serviço comum” como sendo todo *aquele cujo padrão de desempenho e qualidade possa ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*³⁵⁷. Ora um serviço de engenharia com tais características, v.g. o serviço de manutenção predial convencional, poderia ser evidentemente enquadrado com tal natureza.

Ademais, vai de encontro com entendimento esposado pelo próprio Tribunal de Contas da União no mesmo sentido, quando, no âmbito do Acórdão n. 2.658/2017 – TCU – Plenário, identificou tais serviços como sendo aqueles que, a despeito da complexidade técnica envolvida para sua realização, sua execução seria homogênea e com a utilização de técnicas já conhecidas por todos no mercado.

Todavia, a partir da edição da citada norma regulamentadora, todo e qualquer serviço de engenharia – inclusive as manutenções prediais convencionais, cuja execução é de conhecimento comum no mercado – passaram a ser caracterizados como serviços técnicos especializados – ainda que efetivamente não possuam tais características.

Entendemos que as referidas normas entram em rota de colisão frontal, já que, ainda que um serviço prestado por uma empresa de engenharia possua todas as características daquele tipo previsto na Lei n. 10.520/2002 – e que, por isso, poderia ser considerado um “serviço comum” – na prática o mesmo acaba tendo sua natureza reconfigurada por meio de uma norma regulamentadora – Resolução administrativa.

Ao que nos parece, tal situação pode evidenciar uma afronta direta da norma regulamentadora àquilo que a legislação ordinária previamente estabeleceu, hipótese que, salvo melhor juízo, impreterivelmente fere o princípio da hierarquia das normas, já que tais atos normativos não possuem a mesma hierarquia, posto que não se situam num plano de horizontalidade entre eles, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide normativa, impondo-se uma inaplicabilidade das normas hierarquicamente inferiores contrárias à normas de hierarquia superior³⁵⁸.

Por tudo isso, mostra-se bastante evidente a dificuldade de se promover orçamentação de obras públicas e serviços públicos de engenharia no Brasil, eis que muitas

³⁵⁷ Conforme Art. 1º, Parágrafo Único, da Lei n. 10.520/2002.

³⁵⁸ Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho. “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”. 7ª Edição 2ª Reimpressão), Coimbra: Almedina, 2000. pág. 675.

são as regras dispostas no ordenamento jurídico brasileiro a serem observadas, utilizadas e respeitadas ao considerarmos as questões específicas para cada tipo de contratação que se esteja a tratar, nomeadamente aquelas cuja natureza mostre-se de inquestionável especificidade técnica, e cuja magnitude, por si só, dificulta a utilização de qualquer metodologia de precificação prévia por parte da própria Administração Pública, objetivando se desvencilhar das desnecessárias amarras e obscuridades que os orçamentos apresentados isoladamente pelos operadores econômicos do mercado podem conter.

Ainda assim, é imperioso que as entidades públicas, na esteira dos princípios jurídicos que devem respeitar na condução de seus atos, pensem de forma preventiva, e desenvolvam medidas para se anteciparem a tais obstáculos e dificuldades, de maneira a salvaguardarem o interesse público que subjaz as contratações por si realizadas, sem deixar ao mero alvedrio dos particulares a determinação dos parâmetros que estabelecerão os limites financeiros de seus procedimentos de adjudicação, sob pena de se exporem aos riscos originados pelas vicissitudes do mercado – cujo combate foi justamente o motivador para as alterações do CCP – o que, em último caso, pode torná-las reféns dos interesses particulares, em total detrimento dos interesses públicos.

CONCLUSÃO

Se muitas são as dificuldades impostas à Administração Pública para promover seus procedimentos de adjudicação de maneira a alcançarem seus objetivos delimitados pelo atendimento ao interesse público maior, conseqüentemente muitos são os esforços a serem por ela envidados nesse sentido, contornando os obstáculos que lhe surgem no meio do caminho.

Desse modo, a idealização de novas ferramentas no ordenamento jurídico português, por força das preocupações expressadas pela Comunidade Europeia, tende a muito auxiliar essa mesma Administração Pública na prossecução de seus interesses, na medida em que estes nada mais são do que um reflexo do interesse público geral.

Assim o Direito Administrativo Português vem avançando nas questões relacionadas à contratação pública, principalmente após as alterações promovidas no CCP por meio das Diretivas emanadas pela União Europeia com vistas a melhorar a circulação de mercadorias e serviços não só no espaço público-administrativo europeu propriamente dito, mas sim no mercado comum europeu como um todo.

Exemplo desse avanço foi a concepção da *Consulta Preliminar ao Mercado* como instituto que configura verdadeiro instrumento auxiliador às entidades adjudicantes, cuja função é melhorar suas atividades de preparação / planejamento e fundamentação de novas contratações pretendidas, a partir de um refino nos métodos de estimativa de valores contratuais que servirão de limitadores financeiros na definição do *Preço Base* do procedimento de adjudicação a ser promovido, para que, ao final, a Administração promova uma adjudicação contratual financeiramente responsável e saudável.

Para tanto, a realização dessa estimativa de valores dever se dar sempre com estrita observância aos princípios de Direito Administrativo e de Direito Público-Financeiro – já inerentes às contratações públicas – motivo pelo qual as cautelas da entidade adjudicante com o erário público devem ser proporcionais à importância que a contratação pretendida denota à luz do interesse público a ser satisfeito.

Assim, imperioso que os recursos públicos sejam gastos de forma responsável e eficiente, demandando da Administração Pública a adoção de medidas que lhe confirmem a possibilidade de realizar procedimentos prévios à própria contratação com vistas a um

planejamento mais apurado e condizente com a efetiva realidade do mercado, evitando gastos despiciendos e desnecessários para se alcançar a finalidade a que se destinam.

Nesse sentido, além dos métodos que já previstos no CCP para orçamentação de uma nova contratação, a *Consulta Preliminar ao Mercado* foi pensada com o condão de, não só permitir às entidades públicas obterem informações do mercado acerca de soluções inovadoras para suas dificuldades, mas também realizarem pesquisas acerca de elementos financeiros que deverão ser considerados e sopesados para a preparação de um novo procedimento de adjudicação.

Contudo, em função dos vícios naturais que permeiam o mercado, a utilização da *Consulta Preliminar ao Mercado*, seja de forma isolada, seja conjuntamente a outros métodos de apuração de preços contratuais já previstos no CCP podem não ser bastantes para que as entidades adjudicantes tenham informações suficientemente satisfatórias para melhor planejarem e fundamentarem um novo procedimento de adjudicação pretendido, já queda forma como o mercado se comporta, a busca por informações de caráter financeiro pode resultar numa base de dados deliberadamente deturpada pelos próprios operadores econômicos que tendem a preterir os interesses públicos em relação aos seus próprios interesses.

Desta forma, impõe-se que a Administração Pública se antecipe a tais infortúnios, e busque outros métodos que lhe auxiliem na apuração dos parâmetros financeiros que servirão de alicerce para a definição de um *Preço Base* condizente com a realidade da contratação pretendida. Ainda que não seja uma tarefa fácil, essa atuação antecipada pode partir de uma análise acerca de alguns avanços obtidos no Direito brasileiro que permitiram à Administração Pública Federal do Brasil caminhar de maneira relativamente eficiente e eficaz em algumas contratações promovidas nomeadamente na área da saúde pública.

Para tanto, foi fundamental a atuação conjunta de uma série de órgãos de controle da Administração Pública Federal brasileira, que, por meio de um grupo de estudos conseguiu visualizar os nichos de maior dificuldade de controle num ambiente de contratação pública, a partir de uma análise mais dedicada quanto à forma de fiscalização de execução dos contratos firmados, ainda que com características específicas – contratos de prestação de serviços continuados.

Dessa análise, o TCU prolatou acórdão paradigma, que não apenas conferiu recomendações de suma importância acerca dos métodos de fiscalização de execução de contratos administrativos, como também acabou permitindo se pensar na adoção prévia dessas mesmas medidas de controle, justamente no momento de preparação de uma nova contratação.

Assim, vislumbrou-se a possibilidade de se utilizar uma nova metodologia de orçamentação contratual nos processos de adjudicação da Administração Pública Federal brasileira, antes mesmo de sua abertura ao mercado para que os operadores manifestassem interesse em dele participar, sem que tal orçamentação fosse baseada exclusivamente nos valores propostos pelos mesmos agentes privados do mercado, ou com fundamento num banco de dados formado por preços praticados em contratações similares anteriores.

Tal cautela de orçamentação através da *composição de custos* visa justamente evitar que as informações vindas do mercado sejam utilizadas de maneira imediata e sem uma análise crítica acerca de sua higidez à luz do mesmo tipo de contratação fornecida a outros clientes, eis que usual – ao menos no Brasil – um comportamento mercadológico dos agentes privados de inflar os preços que serão apresentados à Administração Pública, para posteriormente dele se beneficiarem.

Com isso, criou-se um fortalecimento da concorrência entres os operadores privados efetivamente interessados em contratar com Administração Pública Federal brasileira³⁵⁹, com a possibilidade de redução das usuais práticas de conluio, além de conferir maior segurança jurídica aos gestores públicos responsáveis pelos citados procedimentos, permitindo então ao órgão gastar menos dinheiro para contratar aquilo de que realmente necessitava, e, por conseguinte, otimizar seu orçamento total, melhorando sua produtividade no atendimento ao interesse público.

Ainda que a referida metodologia de orçamentação contratual possa não ser ideal para todo tipo de procedimento de adjudicação, tem a capacidade de ser eficaz quando usada na contratação de serviços continuados, mostrando-se uma ferramenta eficiente para auxiliar o ente público no planejamento e na fundamentação de novas contratações necessárias, o que faz de tal método de precificação contratual evidente instrumento de

³⁵⁹ Situação efetivamente observada no âmbito do serviço de saúde pública federal no estado do Rio de Janeiro.

controle financeiro por parte do gestor público que se preocupa com a responsável utilização do orçamento que lhe é disponível para custear as atividades do órgão dirigido.

Na mesma proporção em que as novidades são trazidas ao mundo jurídico da Contratação Pública, necessárias também são as medidas preventivas que a própria Administração Pública deve promover para evitar os reveses que essas mesmas novidades podem ensejar, de maneira que a finalidade a que se destinam possa ser efetivamente cumprida, possibilitando ao Ente Público executar sua função com integral respeito aos princípios jurídicos de Direito Público que devem nortear suas atividades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografias

- AFONSO, António; ARCANJO, Manuela; PEREIRA, Paulo Trigo; SANTOS, José Carlos Gomes. “*Economia e Finanças Públicas*”. 5ª Edição Revista e Atualizada. Lisboa: Escolar Editora, 2016;
- ALMEIDA, Aníbal. “*Sobre a racionalidade do ‘Estado’ ou ‘Governo’ como operador económico*” em **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra: Coimbra, Volume XLIII. Separata. 2000;
- ALMEIDA, Teresa. “*A relação qualidade ambiental-preço (custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos*” em **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra: Coimbra, Volume LVIII. 2015. Pág. 279/333;
- _____. “*Crítérios de Adjudicação – O (novo) Conceito de Oferta Economicamente mais Vantajosa*” em **Revista de Contratos Públicos**. n. 13. Coimbra: Almedina, 2016. pág. 109/141.
- _____. “*Compras Públicas Ecológicas: A internalização de externalidades ambientais negativas na política europeia de Contratos Públicos*”. Tese de Doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Económicas, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Senhor Professor Doutor Manuel Carlos Lopes Porto. Coimbra. 2015;
- AMARAL, Diogo Freitas do. “*Curso de Direito Administrativo – Volume I*”. 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Almedina. 2016;
- AMARAL E ALMEIDA, João; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. “*Definição do preço base como critério de exclusão de propostas contratualmente inaceitáveis*” em **Temas de Contratação Pública I**. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2011 pág. 353/369;

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. “*Lições de Direito Administrativo*”. 4a Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015;
- _____. “*Algumas alterações recentes ao Código de Procedimento Administrativo Português*” em **As Reformas do Setor Público: Perspectiva Ibérica no contexto pós crise**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Pág. 99/107;
- _____. “*A propósito do regime do contrato administrativo no ‘Código dos Contratos Públicos’*” em **Estudos de Contratação Pública II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 7/39;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”. 7ª Edição 2ª Reimpressão), Coimbra: Almedina, 2000.
- _____.; e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa anotada*”. 4ª Edição revista (reimpressão). Coimbra: Coimbra Vol. II, 2014;
- CARVALHO, Raquel. “*Consultas Preliminares ao Mercado no CCP*” em **Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos**. Lisboa: AAFDL, 2017, pág. 413/436;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. “*Manual de Direito Administrativo*”. 31ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.
- FRANCO, António L. de Sousa. “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”. 4ª Edição (14ª Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2012.
- GARCIA, Flávio Amaral, “*Licitações e Contratos Administrativos – Casos e Polêmicas*”. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

- GIL, José Luis Meilán. “*Derecho Administrativo Revisado*”. San Tiago de Compostela: Andavira. 2016;
- GOMES, José Luís Caramelo. “*Lições de Direito da Concorrência*”. Coimbra: Almedina, 2016 (Reimpressão da edição de 2010);
- GONÇALVES, Pedro Costa. “*Direito dos Contratos Públicos*”. Coimbra: Almedina, 2015;
- _____. “*Direito dos Contratos Públicos*”. 3ª Edição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2018. Vol. 1.
- _____. “*Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*” em **Estudos de Contratação Pública – III**. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer Portugal). 2010, pág. 5/49;
- _____. “*A Reforma Europeia da Contratação Pública*” em **Revista de Contratos Públicos**, n. 11. Coimbra: Almedina. 2016. Pág. 07/23;
- _____. “*Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”. Coimbra: Coimbra. 2013;
- _____. “*Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance*” em **Revista de Direito Público da Economia**, n. 42. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013. Pág. 141/169;
- GUIMARÃES, Rui Mesquita; PEREIRA, Pedro Matias. “*Os Contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos*” em **Boletim de Ciências Económicas** (Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes). Coimbra: Coimbra, Volume LVII. Separata. 2014;

- JUSTEN FILHO, Marçal. “*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*”. 12ª Edição. São Paulo: Dialética, 2008;
- _____. “*Curso de Direito Administrativo*”. 4ª Edição em e-book baseada na 12ª Edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016;
- LAVOURAS, Maria Matilde Costa, “*Natureza Jurídica do Orçamento – Breves Reflexões*” em **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra: Coimbra, Volume XLV, 2002, pág. 419/454;
- MARTINS, Licínio Lopes. “*Empreitada de Obras Públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*”, Coimbra: Almedina, 2014;
- _____. “*A invalidade do acto administrativo no Novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*” em **Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo**. 4ª Edição. Lisboa: AAFDL, 2018;
- _____. “*Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*” em **Estudos de Contratação Pública III**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pág. 339/394;
- MARTINS, Maria d’Oliveira. “*Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*”. 3ª Edição Revisada e Atualizada. Coimbra: Almedina, 2015;
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “*Curso de Direito Administrativo*”. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. “*Curso de Direito Administrativo*”. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MOREIRA, João Loreto Ilhão. “*Cartelização em Contratação Pública*”. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Doutor Pedro Costa Gonçalves. Coimbra. 2010;
- _____. “*Cartelização em Contratação Pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*” em **Estudos de Contratação Pública – III**. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer Portugal). 2010, pág. 201/259;
- MUNIZ, Ana Raquel Gonçalves. “*Princípios da Contratação Pública*” em **Revista de Contratos Públicos**, n. 11. Coimbra: Almedina. 2016. Pág. 25/68;
- DE OLIVEIRA, Mário Esteves; DE OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. “*Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*”. 2ª reimpressão da Edição de Maio de 2011. Lisboa: Almedina. 2016;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “*Direito Administrativo*”. 30ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017;
- PRIETO, Luis María Cazorla. “*Derecho Financiero y Tributario*” (Parte General). Navarra: Aranzadi. p. 96;
- RAIMUNDO, Miguel Assis, “*Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*” em **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**. Vol. 1. 4ª Edição. Lisboa: AAFDL, 2018. pág. 257/294;
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. “*Lições de Finanças Públicas*”. 5ª Edição Refundida e Actualizada (Reimpressão). Coimbra: Coimbra, 1997.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. “*A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*”. Coimbra: Almedina. 2013.

- SILVA, Suzana Tavares da. “*O Princípio da Transparência: Da revolução à necessidade de regulação*” em **As Reformas do Setor Público: Perspectiva Ibérica no contexto pós-crise**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. Pág. 149/174;
- _____. “*O Princípio da Razoabilidade*” em **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**. Vol. 1. 4a Edição. Lisboa: AAFDL, 2018. pág. 295/322;
- TAVARES, José F. F. “*Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das recomendações do Tribunal de Contas*” em **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues II**. Coimbra: Coimbra Editora, separata. 2001, pág. 717/739;
- _____. “*Atos Políticos e Atos de Administração – Reflexões sobre os critérios de distinção das funções do Estado e das demais Entidades Públicas*” em **Estudos em Homenagem a Rui Pena (NO PRELO)** Lisboa. 2018 (via física do artigo fornecida pelo autor);
- _____. “*O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas – Notas sobre a natureza, enquadramento e fiscalização dos contratos públicos*” em **Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos**. Lisboa: AAFDL, 2017. Pág. 197/214.
- _____.; e BARROS, Manuel Freire, “*Ratificação, reforma e conversão do ato administrativo: uma faculdade ou um dever da Administração Pública*” em **Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. 1ª Edição, Coimbra: Almedina. 2017, pág. 155/173;
- TAVARES, Luís Valadares. “*O Guia da Boa Contratação Pública*”. Oeiras: OPET. 2017;

- VIANA, Claudia. “*O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública*” em **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto Ano VII**. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011, pag. 301/311;
- VODA, Oana Pantimlimon; JOBSE, Carolien. “*Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks*”. EPPPL, 2016, Pág. 179/193;

Outros documentos

- Comunicação da Comissão (2009/C 45/02) – <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Comunicação COM(2003) 317 final – acessado em 29 de maio de 2019, em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0317&from=EL>;
- Comunicação COM(2011) 308, final – acessado em 29 de maio de 2019 em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0308_/com_com\(2011\)0308_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0308_/com_com(2011)0308_pt.pdf);
- Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas de Portugal – <https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/manuais/map/Glossario.pdf>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Relatório COM(2014) 38 final – acessado em 29 de maio de 2019 em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-38-PT-F1-1.Pdf>;

Diplomas Legais e outras Normas

- Constituição Espanhola – <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Constituição Federal Brasileira de 1988 – acessado em 29 de maio de 2019, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm;
- Constituição da República Portuguesa – acessado em 29 de maio de 2019, em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>;
- Decreto n. 7.581/2011, de 11 de Outubro – Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações – RDC – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581compilado.htm, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto n. 7.689/2012, de 02 de Março – Estabelece limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços no âmbito do Poder Executivo federal – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7689.htm, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto n. 7.983/2013, de 08 de Abril – Estabelece regras e critérios de orçamentação de obras e serviços de engenharia – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7983.htm, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto Legislativo n. 50, de 18 Abril 2016 – Codice dei Contratti Pubblici – https://www.codiceappalti.it/documenti/CodiceAppalti.it_Ultimo_aggiornamento.pdf, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto-Lei n. 4/2017, de 07 de Janeiro – Código do Procedimento Administrativo – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis, acessado em 29 de maio de 2019;

- Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro – Código de Contratos Públicos – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto-Lei n. 55/95, de 29 de Março, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/173688/details/maximized?perPage=100&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto-Lei n. 59/99, de 02 de Março, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/152526/details/maximized>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Decreto-Lei n. 197/99, de 08 de Junho disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/311259/details/normal?l=1>, acessado em 29 de maio de 2019;
- Diretiva n. 2014/24/UE – acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>;
- Diretiva n. 2014/23/UE – acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0023>;
- Diretiva n. 2014/25/UE – acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32014L0025>;
- Diretiva n. 2004/17/CE – acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0017>;
- Diretiva n. 2004/18/CE – acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>;
- Instrução Normativa n. 2/2008, de 30 de Abril – IN n. 2/2008 – <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes->

normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008, acessado em 29 de maio de 2019;

- Instrução Normativa n. 5/2014, de 27 de Junho – IN n. 5/2014 –
<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/301-instrucao-normativa-n-5-de-27-de-junho-de-2014-compilada>, acessado em 29 de maio de 2019;

- Instrução Normativa n. 5/2017, de 26 de Maio – IN. n. 5/2017 –
<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 8/90, de 20 de Fevereiro – Lei de Bases da Contabilidade Pública –
<https://dre.pt/pesquisa/-/search/332895/details/normal?l=1>, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 98/97, de 26 de Agosto – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 4.717/65, de 29 de Junho – Lei que regula a Ação Popular –
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 8666/93, de 21 de Junho – Lei de Licitações e Contratos Públicos –
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 9.784/99, de 29 de Janeiro – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 10.520/2002, de 17 de Julho – Lei que regulamenta a modalidade de Licitação denominada Pregão – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm, acessado em 29 de maio de 2019;

- Lei n. 12.462/2011, de 04 de Agosto – Estabelece o Regime Diferenciado de Contratações – RDC – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm, acessado em 29 de maio de 2019;

- Resolução n. 1.116/2019 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA – <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-1.116-de-26-de-abril-de-2019-86523311>, acessado em 29 de maio de 2019;

- Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro – <http://www.tst.jus.br/sumulas>, acessado em 29 de maio de 2019;

- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, acessado em 29 de maio de 2019;

Acórdãos

- Acórdão prolatado pela 1ª Sessão do Tribunal de Contas, em Setembro de 2016, no âmbito do processo n. 1414/2016, de relatoria do juiz Conselheiro José Mouraz Lopes – Acessado em 26 de novembro de 2018 no sítio de internet <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/1sss/ac012-2016-1sss.pdf>;

- Acórdão prolatado pela 1ª Sessão do Tribunal de Contas, em Janeiro de 2019, no âmbito do processo n. 2908/2018, de relatoria do juiz Conselheiro Mário Mendes Serrano – Acessado em 29 de maio de 2019 no sítio de internet <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2019/1sss/ac001-2019-1sss.pdf>;

- Acórdão no processo 0487/18, prolatado pela 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo em 13 de setembro de 2018, sob a relatoria da juíza Teresa de Sousa – Acessado em 30 de maio de 2019 no sítio de internet disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/64bc74743097d9658025830b003fb863?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,contrata%C3%A7%C3%A3o,p%C3%BAblica,princ%C3%ADpios#_Section1.

- Acórdão no processo 06/17, prolatado pela 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo em 18 de janeiro de 2018, sob a relatoria da senhora Juíza Ana Paula Portela – Acessado em 30 de maio de 2019 no sítio de internet disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/854e876ddadd5209802582360052b507?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,contrata%C3%A7%C3%A3o,p%C3%BAblica,princ%C3%ADpios#_Section1;

- Acórdão no Recurso Extraordinário n. 760.931/DF, de 30/03/2017, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312704677&tipoApp=.pdf;

- Acórdão n. 1.214/2013 – TCU – Plenário, de 22/05/2013, prolatado pela seção plenária do Tribunal de Contas da União brasileiro, acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=1dff7f40-82f6-11e9-a35d-c784b3fea9d0;

- Acórdão n. 2.658/2017 – TCU – Plenário, de 29/11/2017, prolatado pela seção plenária do Tribunal de Contas da União brasileiro, acessado em 29 de maio de 2019, disponível no sítio de internet em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2658%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=1dff7f40-82f6-11e9-a35d-c784b3fea9d0;