U.PORTO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO PORTO

PAULA GADÊLHA CLÁUDIO PALHETA

OS EFEITOS DA NÃO ADJUDICAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS – UM COMPARATIVO ENTRE OS ORDENAMENTOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Administrativas

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Juliana Manuela Alves Ferraz Coutinho e coorientação do Professor Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida

Porto, setembro de 2019

RESUMO

A dissertação que ora oferecemos tem por objetivo geral efetuar uma análise comparativa entre os ordenamentos português e brasileiro acerca dos efeitos jurídicos ocasionados por decisões de não adjudicação nos procedimentos pré-contratuais – ou, no caso do Brasil, nos procedimentos licitatórios, sobretudo no que se relaciona com as indemnizações dos custos realizados pelos operadores econômicos – ou licitantes – e dos demais prejuízos eventualmente sofridos por estes concorrentes. O ordenamento jurídico português, por estar inserido na União Europeia e por ser objeto de recorrentes alterações propostas pelas Diretivas Comunitárias, permite-nos ter acesso ao que há de mais recente sobre as contratações públicas no âmbito europeu, por esse motivo e somando à isto o facto de que no Brasil a Lei de Licitações – procedimento administrativo que viabiliza as Contratações Públicas – ser do ano de 1993 e ao longo desse período ter sofrido algumas poucas alterações, nos coloca diante de dois ordenamentos díspares, com mais de duas décadas de diferença. Consequentemente, a análise comparativa tem por escopo ajudar a identificar as soluções mais atuais, modernas e justas nos procedimentos licitatórios em Portugal e no Brasil, em especial no tocante às consequências da não adjudicação desses procedimentos, através do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência mais atual sobre o tema em Portugal e no Brasil. O estudo procura contribuir para a compreensão das diferenças e semelhanças entre os ordenamentos português e brasileiro nesta específica temática, viabilizando, ao final da pesquisa, concluir pelas soluções mais atuais e justas quanto à tutela indemnizatória dos concorrentes, à luz dos princípios da Boa-fé e da prossecução do interesse comum.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão de não adjudicação, procedimento pré-contratual, licitação, indemnização, Boa-fé, interesse comum, comparação, Portugal, Brasil.

ABSTRACT

The dissertation that we offer now has the general objective of making a comparative analysis between the Portuguese and Brazilian orders about the legal effects caused by non-adjudication decisions in the pre-contractual procedures - or, in the case of Brazil, in the bidding procedures, especially in what concerns it relates to compensation for costs incurred by economic operators - or bidders - and any other losses that may be suffered by these competitors. The Portuguese legal system, being inserted in the European Union and being the subject of recurrent amendments proposed by the Community Directives, allows us to have access to the latest on public procurement in the European scope, for this reason and adding to this the The fact that in Brazil the Procurement Law - an administrative procedure that enables Public Procurement - dates from 1993 and has undergone a few changes during this period, puts us in front of two disparate systems, with more than two decades of difference. Consequently, comparative analysis is intended to help identify the most current, modern and fair solutions in bidding procedures in Portugal and Brazil, in particular with regard to the consequences of not awarding such procedures through the study of the most relevant legislation, doctrine and jurisprudence. on the topic in Portugal and Brazil. The study seeks to contribute to the understanding of the differences and similarities between the Portuguese and Brazilian order in this specific subject, enabling, at the end of the research, to conclude for the most current and fair solutions regarding the compensation of competitors, in the light of the principles of good faith. and the pursuit of the common interest.

KEYWORDS: Non-award decision, pre-contract procedure, bidding, compensation, Good faith, common interest, comparison, Portugal, Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 6

PARTE I – PRELIMINARMENTE, O ORDENAMENTO PORTUGUÊS

1. A decisão de não adjudicação 8

1.1. As causas de não adjudicação 8

1.2. Margem de apreciação na decisão de não adjudicação 12

1.2.1. A apreciação das circunstâncias imprevistas e supervenientes como causas de não adjudicação 14

1.2.2. A apreciação das circunstâncias imprevistas e supervenientes relacionadas às propostas como causas de não adjudicação 17

1.3. Causas de caducidade da decisão de adjudicação 19

1.4. Correlação com a decisão de contratar 22

2. Consequências da decisão de não adjudicação 24

3. Indemnização dos custos realizados pelos operadores econômicos ocasionada pela decisão de não adjudicação 26

3.1. Perda de *chance* no âmbito dos procedimentos pré-contratuais 31

3.2. Aplicabilidade dos princípios da responsabilidade e da boa administração à tutela indemnizatória dos concorrentes lesados pela decisão de não adjudicação …….40

PARTE II – POSTERIORMENTE, O ORDENAMENTO BRASILEIRO

1. Hipóteses legais para não adjudicar – anulação ou revogação da licitação 46

1.1. O caso da participação de apenas um licitante e a possibilidade de revogação da licitação 50

2. Efeitos da "não adjudicação" – anulação ou revogação da licitação 53

3. Indemnização pela não adjudicação – desfazimento da licitação 64

PARTE III – POR FIM, UMA ANÁLISE CONJUNTA DAS DIFERENÇAS E SIMILARIDADES ENTRE OS ORDENAMENTOS SUPRA

1. Principais diferenças 75

2. Tocantes similaridades 81

3. Solução mais justa quanto à tutela indemnizatória dos concorrentes, à luz dos princípios da Boa-fé e da prossecução do interesse comum, entre os ordenamentos analisados …….....83

CONCLUSÃO 89

BIBLIOGRAFIA 93

ABREVIATURAS E SIGLAS

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

art. – Artigo

CCP – Código de Contratos Públicos – Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro

Cit. por – Citado por

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPA – Código de Procedimento Administrativo - Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

Des. – Desembargador

Ed. – Edição

Min. – Ministro

n.º – número

Pág. – Página

Proc. – Processo

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandando de Segurança

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TCA – Tribunal Central Administrativo

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

vs – Versus

INTRODUÇÃO

A Administração atravessa um longo caminho na busca pela aproximação dos seus comportamentos e de suas prerrogativas aos interesses e direitos dos indivíduos, procura demonstrar e ser mais eficiente, desburocratizando-se e aproximando-se cada vez mais os serviços prestados aos particulares e dando maior economicidade à sua atuação.

Por outro lado, tem ocorrido também uma acentuada "cobrança" por parte dos administrados em relação àquilo que a Administração tem apresentado. Os indivíduos não toleram mais, como antes, que a Administração atue de forma puramente autoritária e que desconsidere direitos e interesses dos particulares no exercício de suas atividades, que atue de forma proposital e desnecessariamente burocrática, afastando os serviços dos particulares ou até mesmo que atue sem ser ou sem buscar ser eficiente e de forma anti-econômica.

Sobre esta realidade factual que apresentamos acrescentam-se ainda as vicissitudes presentes no Direito Administrativo[1], que encontra-se em um estado de constante atualização e modernização, adaptando-se às demandas que a sociedade apresenta em cada época, assim como ocorre noutros ramos jurídicos.

Em consequência do que se referiu, a escolha do tema versou sobre os efeitos jurídicos que as decisões de não adjudicação de procedimentos pré-contratuais apresentam, em especial a indemnização dos custos realizados pelos operadores econômicos e dos eventuais prejuízos sofridos por estes, isto quando estivermos a falar do ordenamento português, já que em relação ao ordenamento brasileiro, por serem diferentes as terminologias jurídicas utilizadas e o próprio procedimento em si, tratamos do desfazimento da licitação, seja por anulação ou revogação do procedimento, e suas consequências jurídicas, sobretudo as consequências advindas aos licitantes que depositaram expectativas legítimas na seriedade dos atos administrativos tendentes à realização da licitação e para a conclusão do certame, mas que, por alguma razão, não chegou ao fim.

Além disso, o ordenamento jurídico português reflexamente nos permite ter acesso ao que há de mais recente no campo das contratações públicas no âmbito da União Europeia. Por esse motivo, e somando à isto o facto de que, no Brasil, a Lei de Licitações – procedimento administrativo que viabiliza as Contratações Públicas – ser do ano de 1993, - mais de 25 anos

[1] "O direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade." - Cit. por HUMBERTO ÁVILA, Teoria da Segurança Jurídica. Malheiros Editores: 2011, p. 65.

– e ao longo desse período ter sofrido algumas poucas alterações, nos coloca diante de dois ordenamentos díspares, separados por mais de duas décadas.

O estudo proposto abrangeu então uma análise comparativa entre os ordenamentos português e brasileiro, buscou demonstrar as similaridades e diferenças entre os dois sistemas jurídicos, e concluiu pelas soluções mais atuais nessa temática, encontradas nos ordenamentos estudados.

Por essa razão, a análise comparativa ajudou a identificar soluções mais atuais, modernas e justas nos procedimentos pré-contratuais em Portugal e nos procedimentos licitatórios no Brasil, em especial no tocante à não adjudicação desses procedimentos, por meio do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência mais atuais sobre o tema, em Portugal e no Brasil.

Para tanto, procuramos tratar também de figuras, conceitos e princípios básicos, como a tutela da confiança, o princípio da boa-fé aplicado às relações jurídico-administrativas, além de princípios mais modernos, como o princípio da boa-administração e o princípio da responsabilidade, previstos expressamente após recente alteração ao CPA.

Demonstramos, ao final, a viabilidade de um caminho alternativo que pode ser percorrido pelos entes e órgãos administrativos para a assunção de responsabilidade civil pelo Estado em sede ainda administrativa e pela sua possibilidade em ambos ordenamentos jurídicos, viabilizando, assim, o atendimento aos princípios gerais e sendo ainda minimamente dispendiosa, consoante àquilo que é esperado pelos administrados.

É, com esta vertente, que nos propomos a fazer uma análise cuidada, numa primeira fase, em relação ao ordenamento português e, numa segunda fase, em relação ao ordenamento brasileiro, para na terceira fase e por fim realizarmos uma análise crítica e conjunta dos ordenamentos para os fins a que nos dispussemos.

O objeto desta dissertação é viabilizar a obtenção de um ponto de vista crítico sobre os regimes jurídicos, assim como das construções doutrinárias, jurisprudencias e legais em ambos ordenamentos, para ao final dispor sobre as conclusões que parecerem-nos pertinentes. Além disso, comparar ordenamentos jurídicos, demonstrando os pontos de contato e suas diferenças, nos permite ter uma visão mais globalizada acerca das soluções propostas em realidades geográficas e culturais diferentes mas que, nem por isso, deixam de ser semelhantes e influenciadas mutuamente.

Assim, terminado o exórdio, poderemos começar pela abordagem inicial do ordenamento português, especificamente sobre a decisão de não adjudicação.

PARTE I – PRELIMINARMENTE, O ORDENAMENTO PORTUGUÊS

1. A decisão de não adjudicação

Para falarmos em decisão de não adjudicação, antes de tudo, convém-nos tratarmos e conceituarmos o termo "adjudicação". Segundo o art. 73.º do CCP, "A adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas."

Conforme Bernardo Azevedo, o ato adjudicatório é um ato administrativo constitutivo de direitos[2], que finaliza a sequência jurídico-procedimental complexa do procedimento adjudicatório. O autor alerta ainda que este ato não é dotado de força suficiente para fazer emergir o vínculo contratual, que deverá ocorrer apenas com a celebração formal do contrato (caracterizando a celebração contratual em uma formalidade *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*).[3]

Dentro de suas competências, quando a entidade adjudicante se depara com alguma causa de não adjudicação, esta decisão é tomada pela via negativa, - não adjudicando o procedimento - , dando lugar a uma série de efeitos que serão tratados nesta pesquisa.

Por questões metodológicas, analisaremos inicialmente as causas de não adjudicação para, em seguida, tratarmos dos efeitos advindos a partir desta, sobretudo, as indemnizações (porventura existentes em sede administrativa) aos concorrentes.

1.1. As causas de não adjudicação

As causas de não adjudicação no ordenamento jurídico português encontram-se previstas no art. 79º do CCP, com a última alteração[4] neste artigo específico introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto[5].

---

[2] Quanto ao ato de adjudicação ser qualificado como ato constitutivo de direitos, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, diz ser "o acto de adjudicação um acto constitutivo de direitos que cria na esfera jurídica do destinatário o direito de ser co-contratante da Administração". Cit. por BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 227 (nota 05).

[3] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de* Contratação Pública, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 225 e 226.

[4] Embora a última alteração ao CCP tenha se dado com o Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, este não introduziu alterações ao art. 79º do diploma.

[5] Para maiores desenvolvimentos quanto às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto ao art. 79º do CCP, JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017.

Entre as causas, o referido artigo, elenca as seguintes, dizendo que não haverá lugar à adjudicação, extinguindo-se, por conseguinte, o procedimento quando: a) Nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta; b) Todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas; – essas duas primeiras alíneas, são causas objetivamente verificáveis, por esse motivo facilmente detectadas pela entidade adjudicante, sendo classificadas como causas impeditivas da adjudicação – c) Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento; d) Quando circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem; e) Nos casos a que se refere o nº5 do art. 47.º (quando não existe um preço base fixado para o procedimento), a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis; f) No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante; g) No procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas, ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso.

Desde logo, podemos levantar a seguinte questão: seriam as causas de não adjudicação previstas no art. 79.º, um rol taxativo ou, por outro lado, seria um elenco meramente exemplificativo?

Muito já se discutiu a esse respeito, inclusive já se entendeu que se trataria de um rol taxativo, para sustentar que o ato de adjudicação era um ato estritamente devido e que, portanto, haveria um dever de adjudicação para a entidade[6]. Neste caso, as hipóteses previstas no art. 79º do CCP eram consideradas como um elenco restrito de situações nas quais a entidade adjudicante poderia não adjudicar. Por conseguinte, fora dessas hipóteses, estaria estritamente vinculada a decidir pela adjudicação.[7]

Ainda para afirmar que o ato de adjudicação tratar-se-ia de um ato estritamente devido, usava-se como fundamento o disposto no art. 76.º do CCP, porque este dispositivo fala

[6] Salientamos que este verdadeiro e estrito dever de adjudicação existe nos casos da adjudicação subsidiária quando a causa de caducidade da decisão de adjudicação for imputada ao adjudicatário (cfr. artigo 86.º, n.º 4 do CCP, entre outros: "4 - Nos casos previstos nos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente."). Com isso, busca-se evitar o uso ilegítimo da decisão de não adjudicação nesta fase do procedimento com o intuito de rejeitar o concorrente classificado em segundo lugar, por exemplo.

[7] Em sentido coincidente, quando diz que em uma primeira aproximação o Código apontaria para uma restrição das situações em que poderia haver uma decisão de não adjudicação, BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 227 e 228.

expressamente que há um "dever de adjudicação", muito embora, agora e já há um tempo, se entenda que tal dispositivo legal apenas impõe o dever de notificação da decisão de adjudicação ou de não adjudicação aos concorrentes até o final do prazo da obrigação de manutenção das propostas. O referido artigo apenas fixa à Administração um prazo para a tomada de decisão.[8]

Todavia, hoje entende-se, por maioria de razão, que o legislador não quis, e mesmo que o desejasse, não seria capaz de prever todas as causas nas quais a entidade adjudicante é levada a não adjudicar um procedimento[9], já que, em muitos casos, poderá estar em causa um grave prejuízo ao interesse público, a verificar apenas posteriormente, conforme a situação concreta subjacente ao procedimento pré-contratual[10].

Por essa razão o elenco ali presente é meramente exemplificativo, sendo, portanto, admitidas pelo legislador cláusulas de não adjudicação ou, até mesmo, a opção pela não adjudicação quando estiver em causa o interesse público[11]. Convalidando o entendimento

---

[8] Nesse sentido, BERNARDO AZEVEDO, "Acresce que, de acordo com uma hermenêutica metodologicamente adequada do art. 76.º do CCP, se conclui que o legislador, quando se reporta ao famigerado «dever de adjudicação», quer somente clarificar que a decisão em causa, a ocorrer, tem que forçosamente ser adoptada e comunicada aos concorrentes até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas ..." Cfr. BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, página 237.

[9] Conforme BERNARDO AZEVEDO "...o objetivo precípuo que move o Código no seu art. 79.º, n.º 1, não é, decididamente, o de esgotar o enunciado de causas possíveis de denegação do acto de adjudicação, mas antes o de individualizar as hipóteses, mais comuns e relevantes, em que pode haver lugar para um desfecho do procedimento administrativo pré-contratual mediante uma resolução (necessariamente fundamentada) de não adjudicação." BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 241.

[10] Advertimos que entre as causas de não adjudicação podem estar ainda a defesa pela concorrência efetiva entre os concorrentes, sendo este um interesse público comunitário, defendido no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – *Metalmecanica Fracasso SpA* – Proc. n.º C-27/98 de 16 de setembro de 1999, (disponível em www.eur-lex.europa.eu) em que admitiu a legalidade da decisão de não adjudicação nos casos em que apenas uma proposta não tenha sido excluída do procedimento ou apenas uma proposta tenha sido apresentada, o que frustra por completo a concorrência efetiva, almejada pelo interesse público comunitário.

[11] Sobre a análise do interesse público suficiente para fundamentar a decisão de não adjudicação, na discussão se esse interesse teria que ser superveniente ou se poderia também ser uma revisão das razões de interesse público que determinaram a decisão de contratar originária, BERNARDO AZEVEDO entende que "(...)em regra, a entidade adjudicante deva circunscrever-se a razões supervenientes de interesse público para renunciar à emissão do acto de adjudicação (sendo esta, aliás, a situação de longe mais comum), não cremos, contudo, que tal possa legitimamente constituir-se como um imperativo absoluto, uma vez que não se pode excluir, aprioristicamente, a eventualidade de também uma «diversa apreciação da situação pré-existente» (CONSIGLIO DI STATO), desde que congruente e devidamente fundamentada, poder consubstanciar um factor inteiramente admissível de denegação da adjudicação (...)". BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 246 e 247 (nota 29). Entretanto, em sentido contrário, entendendo que apenas interesses públicos supervenientes justificam e são suficientes para fundamentar uma decisão de não adjudicação, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, **A anulação de um concurso público – acto recorrível. Acto ilícito?**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 32, 2002, pág. 39 e 40. Nessa temática, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07 de janeiro de 2009, Proc. n.º 0912/08, (disponível em www.dgsi.pt): "II - É, assim, ilegal o despacho que anula o procedimento ao abrigo do referido preceito legal, sem que as circunstâncias invocadas fossem imprevisíveis ou supervenientes, na data da sua abertura."

exposto acima, o legislador, com a última alteração ao CCP, permaneceu sem encerrar o elenco destas causas, o que fez acertadamente.[12]

Sustentando esse entendimento, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de outubro de 2013, Proc. n.º 10318/13[13], considerou o elenco do art. 79.º meramente exemplificativo, embora tenha salientado que a regra é de que a "...adjudicação é um acto tendencialmente devido...". Permitiu que, em situações excepcionais, causas não previstas expressamente no art. 79.º sejam utilizadas para fundamentar a decisão de não adjudicação de um procedimento.

Acrescenta-se ainda o disposto no n.º 4 do art. 79.º do CCP, que, para acautelar a expectativa legítima dos concorrentes quanto à adjudicação do procedimento pré-contratual, e em atendimento aos princípios da confiança e da boa-fé, nos casos em que a adjudicação não aconteça nos termos das alíneas c) ou d) do n.º1 do art. 79.º do CCP, prevê que a entidade adjudicante indemnize os concorrentes pelos encargos que estes comprovadamente incorreram com a elaboração das propostas.

Em sentido equivalente, se raciocinarmos segundo a lógica na qual "aquele que pode o mais, pode o menos" e ao usarmos o método de interpretação sistemática do ordenamento, podemos concluir que se a entidade pode resolver o contrato por motivos de interesse público após a efetiva realização deste (cfr. art. 334º, n.º1 do CCP), por iguais motivos poderá também não adjudicar[14], mediante justa indemnização, quando for o caso (nos termos do art. 79.º, n.º4 do CCP). Uma vez que o ato de não adjudicação será menos lesivo de direitos e expectativas quando comparado à resolução unilateral do contrato.[15]

Configurado assim como um poder-dever de não adjudicação, e não como um ato estritamente devido de adjudicação, poderá ocorrer fora das situações previstas no art. 79.º do

---

[12] Sendo visto como "um poder que se encontra absolutamente cerceado à Administração enquanto faculdade de alcance geral capaz de operar à margem das hipóteses normativas contempladas no n.º 1 do seu art. 79.º" BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 232.

[13] Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de outubro de 2013, Proc. n.º 10318/13 (disponível em www.dgsi.pt).

[14] Conforme J. M. SÉRVULO CORREIA, **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, 1987 p. 702 a 703, "Não faria sentido que, ocorrendo tais motivos após a abertura do concurso mas antes da celebração, tivesse a Administração de celebrar primeiro para logo em seguida modificar ou rescindir".

[15] Em idêntico sentido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de outubro de 2013, Proc. n.º 10318/13 (disponível em www.dgsi.pt): "(...)Se a entidade contratante pode unilateralmente resolver o contrato por imperativos de interesse público, terá também que poder decidir pela não adjudicação, quando em causa estejam tais imperativos e fundamente suficientemente a sua decisão(...)".

CCP[16], como já vimos, sobretudo quando estiver em causa o interesse público[17] pela não adjudicação, ligado à conveniência da sua atuação. Mas e quando estiver em causa uma ilegalidade ou invalidade no procedimento pré-contratual, será possível também optar-se por não adjudicar invocando estas causas?

Entendemos que sim, sobretudo nos casos em que não seja possível resolver o problema com a anulação das anteriores decisões administrativas e, seja revelada a ilegalidade ou invalidade apenas no momento da adjudicação, pondo esta última em causa. De facto, não faz sentido que se pratique um ato de adjudicação já se sabendo de antemão que posteriormente este será anulado, por existir uma ilegalidade ou invalidade no procedimento pré-contratual.

Esse entendimento é reforçado pelo facto do ato de adjudicação ser configurado juridicamente como um ato administrativo constitutivo de direitos e por essa razão a decisão de adjudicação colocaria os beneficiários no direito de serem indemnizados também pelos danos anormais que sofressem e que fossem decorrentes desta posterior anulação, nos temos do art. 168.º, n.º 6 do CPA. Por esses motivos, entende-se que não faz sentido praticar um ato – adjudicação – cujo resultado será a sua posterior anulação[18], além de se revelar mais oneroso.

1.2. Margem de apreciação na decisão de não adjudicação

Inicialmente recordemos o que supra falamos quando listamos as causas de não adjudicação elencadas no artigo 79.º, n.º1 do CCP: i) no tocante às alíneas a), quando não há nenhum candidato ou quando nenhuma proposta seja apresentada e ii) na alínea b) quando todas as candidaturas ou todas as propostas sejam excluídas: desde o início, alertamos para o facto de

[16] Sustentando que o poder de não adjudicar corresponde à "(...) um princípio geral (...) aplicável àqueles contratos em que vigore a *cláusula de sujeição*, em cujos termos, designadamente, se reconhece à Administração o poder de impor ao outro contraente modificações nas prestações convencionais e, sobretudo, o poder de rescisão unilateral do contrato por imperativos de interesse público." J. M. SÉRVULO CORREIA, **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, 1987 p. 702.

[17] Validando esse posicionamento o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04 de fevereiro de 2004, Proc. n.º 02/04 (disponível em www.dgsi.pt): "entendemos que, estando em causa a realização do interesse público e inexistindo proibição expressa que impeça a Administração de não adjudicar uma obra posta a concurso nada impede que ela - verificado o erro, a sua prejudicialidade e a possibilidade legal da sua correcção - tome as iniciativas que melhor salvaguardem esse interesse, designadamente através da não adjudicação da empreitada ou da interrupção, temporária ou definitiva, do procedimento concursal, tanto mais quanto é certo que muito embora a actividade da Administração, em sede de concursos públicos, se desenvolva no domínio de poderes vinculados não quer significar que não goze de uma certa margem de discricionaridade na conformação do procedimento concursal e que esta, por principio e na ausência de norma expressa impeditiva, não lhe permita interrompê-lo sempre que o interesse público o exigir."

[18] Entendimento sustentado por JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 581 e 582.

que estas duas primeiras alíneas trazem causas objetivamente verificáveis e, por essa razão, serem de fácil percepção pela entidade adjudicante, impedindo que a adjudicação ocorra[19].

Neste rol adicionamos a alínea g) que prevê a não adjudicação nos casos em que o número de candidaturas ou propostas apresentadas ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso, no procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades.

Estas três alíneas são concretamente verificáveis e não revelam uma margem de apreciação na decisão de não adjudicação, pois são causas que impedem que esta ocorra. Justamente por isso, a única alternativa que restará à entidade adjudicante nestes casos será **não adjudicar**!

Haverá, portanto, uma simples aplicação mecânica das soluções previstas em norma. Não existirá opção entre adjudicar ou não adjudicar porque simplesmente essa adjudicação se torna impossível de ocorrer.

Neste passo, trataremos das demais alíneas que, de modo contrário às supra tratadas, exigirão maior desenvolvimento interpretativo e uma análise técnica mais acentuada, pois o sentido e alcance destas normas serão identificados concretamente, exigindo para tanto uma maior tarefa interpretativa e integrativa pelas entidades adjudicantes.

Em relação às restantes alíneas, quais sejam, - as alíneas c), d), e) e f) -, haverá um maior grau de esforço interpretativo e integrativo pela entidade adjudicante, já que estas situações dispostas abarcam cláusulas abertas, seja na alínea c) quando fala em "circuntâncias imprevistas", ou na alínea d), por tratar das "circunstâncias supervenientes", e ainda na alínea e), por dispor dos "preços inaceitáveis" e, por fim, na alínea f), por tratar da satisfação das "necessidades e das exigências da entidade".

Nestes casos, à entidade adjudicante caberá concretizar as causas de não adjudicação conforme o caso concreto, para em seguida optar pela adjudicação ou não, conforme a prossecução do interesse público e o pleno atendimento ao princípio da legalidade, ou a outros princípios especiais aplicáveis aos concursos públicos.

É preciso entender, e bem, que nestes casos, não há um impedimento de adjudicar como ocorre nos casos das alíneas a), b) e g), o que há, por sua vez, é uma opção dada à entidade adjudicante para adjudicar ou não, em razão da prossecução do interesse público ou do

[19] Segundo BERNARDO AZEVEDO, nas alíneas a) e b) do artigo 79.º do CCP "ocorre uma autêntica *impossibilidade objetiva de adjudicação"* BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 234.

atendimento aos demais princípios aplicáveis às contratações públicas, por isso, nestes casos a não adjudicação não se impõe como um dever mas sim como um poder/dever.

Exemplificando, na alínea c), quando se fala que, por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento, deve-se levar em consideração que em alternativa a entidade adjudicante poderá prorrogar o prazo para a apresentação das propostas (cfr. art.s 64.º, nº 2 e 175.º, n.º 2 do CCP), configurando uma outra opção à não adjudicação.

Neste caso, haverá um alternativa disponibilizada à entidade para não adjudicar ou prorrogar o prazo, enquanto que nas demais alíneas restará sempre à entidade adjudicante a opção de ponderar entre adjudicar ou não, conforme se prossiga o interesse público e se respeite o princípio da legalidade e demais princípios, como o princípio da concorrência efetiva, ou o princípio da boa-fé.

1.2.1. A apreciação das circunstâncias imprevistas e supervenientes como causas de não adjudicação

A decisão de contratar ocorre e é levada a cabo com base e tendo em consideração as circunstâncias que a cercam na data em que está ocorre, determinando assim os interesses em questão.

No entanto, nada impede que algumas destas circunstâncias não sejam previstas no momento desta decisão (embora, possam ser sim previsíveis, relevando para efeitos de apuração de responsabilidade civil e disciplinar da pessoa competente para tomar a decisão de contratar) e, consequentemente, apenas sejam conhecidas após o anúncio ou convite – estas são as circunstâncias imprevistas.

Pode ocorrer ainda das circunstâncias se alterarem após a decisão de contratar, e consequentemente mudarem de forma determinante os interesses levados em consideração na decisão de contratar, interferindo fatalmente – estas são classificadas como circunstâncias supervenientes, que se diferenciam das imprevistas pelo momento da sua ocorrência. As circunstâncias imprevistas já tinham ocorrido antes do anúncio ou convite, e, por sua vez, as supervenientes apenas ocorrem após a decisão de contratar.

Em relação às **circunstâncias imprevistas**, estas podem ser conhecidas em dois momentos: i) antes do anúncio ou convite ou ii) após o anúncio ou convite, em cada caso, haverão soluções distintas para a entidade adjudicante.

Desse modo, se as circunstâncias imprevistas forem conhecidas antes do anúncio ou convite, a entidade adjudicante poderá alterar a decisão de contratar, quando houver a necessidade de se celebrar outro tipo de contrato ou um contrato com conteúdo diferente, ou simplesmente optar por não publicar o anúncio ou convite, quando não existir mais a necessidade ou interesse em contratar.

Por sua vez, se estas circunstâncias imprevistas forem conhecidas apenas após o anúncio ou convite, dependendo do momento em que esta seja revelada, restará à entidade adjudicante outras opções, entre estas: i) não adjudicar quando implicarem alterações fundamentais às peças do procedimento, neste caso a decisão de contratar se manteria a mesma se as circunstâncias tivessem sido conhecidas e consideradas, conforme art. 79.º, n.º 1, alínea c) do CCP; ii) retificar ou alterar as peças do procedimento e prorrogar o prazo de apresentação das propostas, para posteriormente adjudicar o procedimento, nos termos dos art.s 50.º, n.º 5 e 7, 64.º, n.º 2 e 175.º, n.º 2 do CCP, ou ainda, iii) anular a decisão de contratar quando as circunstâncias implicarem em erro sobre os pressupostos de facto sob os quais a decisão de contratar foi tomada, que fundamenta sua anulação[20].

A opção i) supra, nos permite considerar que a decisão de contratar permanece inalterada, uma vez que o n.º 3 do art. 79.º do CCP, prevê a obrigatoriedade em dar início a novo procedimento no prazo de seis meses da notificação da decisão de não adjudicação. Justamente por isso, nos permite confirmar que o interesse público na contratação permanece, não obstante a possibilidade de adoção da decisão de não adjudicação por não ser possível aplicar a opção ii), quando as peças do procedimento não possam ser alteradas ou retificadas.

Por sua vez a opção iii) – anulação da decisão de contratar –, deve ser adotada pela entidade quando não houver mais interesse nem necessidade da contratação, porque, se as circunstâncias imprevistas tivessem sido conhecidas e consideradas, aquela decisão de contratar não existiria, ou seria diferente daquela que foi adotada originalmente, não sendo possível, por esse motivo, o aproveitamento dos atos já praticados, com a aplicação do princípio do aproveitamento dos atos administrativos (cfr. art. 163.º, n.º 5 do CPA), porque esta é substancialmente diferente da que seria, se as circunstâncias tivessem sido conhecidas, desde o início.

[20] Concluí-se, portanto, que estes poderes/deveres não se confundem, nem se prejudicam. Haverá situações em que será possível anular as anteriores decisões e outras que não será possível anulá-las. Por isso que este poder/dever (de anular ou declarar a nulidade do procedimento por se estar adstrito ao princípio da legalidade administrativa) não se confunde ou prejudica o poder/dever de não adjudicação por razões de interesse público.

Por isso, a solução passará, nestes casos, pela anulação da decisão de contratar, o que não implicará, por sua vez, na obrigação de dar início à um novo procedimento no prazo de seis meses, porque neste caso a decisão de contratar não permaneceria a mesma ou sequer existiria, se aquelas circunstâncias, agora reveladas, tivessem sido levadas em consideração desde o princípio.

Apenas para restar claro, o erro sobre os pressupostos de facto sob os quais a decisão de contratar foi tomada, ocasiona um vício material relativo ao conteúdo do ato administrativo, que por sua vez implica na invalidade do ato, tendo por consequência sua anulabilidade, porque, como já dito, a decisão de contratar não seria a mesma sem este erro.

Neste caso, a entidade deve levar em consideração, além da prossecução do interesse público, a vinculação ao princípio da legalidade, para decidir pela anulação da decisão de contratar ao invés de decidir pela não adjudicação (cfr. art.s 165.º n.º 2 e 168.º do CPA), pois, dessa forma, não estará obrigada a abrir novo procedimento no prazo de seis meses, na hipótese de não existir mais interesse ou necessidade na contratação.[21] Estará protegendo o interesse público atual e o princípio da legalidade para além de não se submeter à regra do art. 79.º, nº 3 do CCP, conforme supra mencionado.

Por sua vez, e agora tratando-se das **circunstâncias supervenientes**, estas podem levar à não adjudicação quando relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem ou simplesmente pode levar à revogação da decisão de contratar, podendo a entidade adjudicante optar entre uma solução ou outra.

Não será toda e qualquer circunstância superveniente que levará à não adjudicação de um procedimento: estas circunstâncias devem ser analisadas pela entidade adjudicante, para determinar em que medida influenciam ou alteram substancialmente os pressupostos sob os quais a decisão de contratar foi tomada. Desse modo, estas circunstâncias devem ser suficientes para justificar a alteração substancial dos pressupostos que fundamentaram a decisão de contratar, após a reavaliação do interesse público envolvido, não deixando de lado o princípio da concorrência e o da boa-fé[22], para só então decidir se adjudica ou não o procedimento.[23]

---

[21] Assim entende JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 590.

[22] Cfr. art. 10.º, n.º 1 do CPA, "1- No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé."

[23] Sobre o tema destacamos o seguinte trecho do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de outubro de 2012, Proc. n.º 01735/11.8BEBRG, (disponível em www.dgsi.pt): "esta causa de não adjudicação quando invocada pela entidade adjudicante, impõe um dever especial de fundamentação da decisão de não adjudicação; Deverão ser enunciados e justificados não apenas os motivos da imprevisibilidade das alterações verificadas, como a sua repercussão em aspectos fundamentais da contratação em curso", entendimento que se

A fundamentação da decisão de não adjudicação, sobretudo nestes casos, deve ser especialmente reforçada, para justificar a decisão adotada, viabilizando a compreensão, fiscalização e controle jurisdicional *a posteriori.*

1.2.2. A apreciação das circunstâncias imprevistas e supervenientes relacionadas às propostas como causas de não adjudicação

Quando as circunstâncias imprevistas e supervenientes ocorrem em relação à Administração, a lei é expressa quanto à possibilidade de não adjudicação e não há grandes dificuldades para entidade adjudicante em considerá-las como causas de não adjudicação, não obstante o especial dever de fundamentação exigido nestes casos (cfr. art. 79.º do CCP).

Entretanto, quando estas circunstâncias imprevistas ou supervenientes ocorrem em relação aos concorrentes e às suas propostas, não servirá a aplicação do artigo 79.º do CCP, e aqui surgirá um problema a ser resolvido pela hermenêutica jurídica. Porque em certos casos, a base da proposta alterou-se ou até mesmo ocorreu um erro na proposta apresentada, e a celebração do contrato ou a sua execução com aquele concorrente pode ser impossível ou pode gerar graves prejuízos à ambas as partes.

Neste caso: será adequado entendermos que o contrato deve ser celebrado e executado a todo custo? Usando como fundamento, no caso da resposta ser positiva, a manutenção e permanência do interesse público, considerando que este manteve-se intacto e a entidade adjudicante ainda pretende celebrar o contrato, não obstante, em relação ao concorrente, este contrato possa vir a causar graves prejuízos ou mesmo ser de difícil ou impossível execução.[24] Não seria também, neste caso, o interesse público atingido reflexamente e em última análise?

Não podemos deixar de concluir que em uma relação contratual o equilíbrio deve ser a base entre as partes co-contratantes, sob pena de haver prejuízo para ambas as partes se sobre uma delas o ônus se tornar exagerado ou desequilibrado[25].

---

colhe da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 02.06.2005, Proc. n.º C-394 /02, caso Comissão vs. Grécia)."

[24] Nesse sentido JULIANA FERRAZ COUTINHO fez os seguintes questionamentos "…mas será de admitir à luz do princípio da prossecução do interesse público que a entidade adjudicante suporte parte desses prejuízos? Ou que se sinta obrigada a celebrar um contrato cuja execução sabe que enfrenta obstáculos irremovíveis? Não será isso contrário ao princípio da prossecução do interesse público na medida em que afeta o interesse público atual que o artigo 79.º procura salvaguardar?" - **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos. Lisboa. AAFDL. 2017, página 596.

[25] "Ignorar que as dificuldades do concorrente vencedor afetam o interesse público equivale a ignorar a natureza sinalagmática da relação jurídica contratual que se procura construir." JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 597.

Por essa razão, quando o concorrente vencedor demonstrar que ocorreu erro na proposta apresentada (circunstância imprevista que não foi considerada no momento da sua elaboração) ou que ocorreu alguma circunstância superveniente que alterou a base sob a qual a proposta foi formulada inicialmente, a Administração encontrará fundamentos jurídicos suficientes para não desconsiderar estes factos que envolvem a proposta, desde que tenham sido levados ao seu conhecimento, em consonância com o princípio da boa-fé[26].

Além disso, as dificuldades acrescidas à execução da proposta ou mesmo a impossibilidade de execução afetará reflexamente o interesse público em última análise, podendo causar eventualmente graves prejuízos ou mesmo exigindo a realização de novo procedimento contratual para uma segunda contratação.

Nesse sentido, se estas circunstâncias forem levadas ao conhecimento da entidade adjudicante pelo concorrente antes da adjudicação, fará sentido que adjudicar o contrato a este, ao passo que se saiba que não poderá executar a proposta naqueles termos propostos ou sequer poderá executá-la, mesmo estando este de boa-fé? Ou ainda que se adjudique a proposta com prévio conhecimento de que posteriormente está decisão caducará nos termos do art. 87.º-A do CCP? Ou, por sua vez, a opção mais acertada seria adjudicar o contrato à proposta subsequente evitando prejuízos ao interesse público pela execução defeituoso ou imperfeita, ou até mesmo, pela não execução contratual?

Ficamos com esta última opção, porque é a que mais atende ao interesse público e a que está em consonância com as regras da boa-fé nas relações administrativas com os particulares (cfr. art. 10.º, n.º 1 do CPA), além de ser este o resultado que conduziria a aplicação do art. 87.º-A do CCP, que prevê algumas causas de caducidade da decisão de adjudicação relacionadas com o adjudicatário e que impõe a adjudicação subsidiária à proposta colocada em lugar subsequente. Porque adjudicar sabendo que em seguida este ato irá caducar, seria praticar desde logo um ato inútil.

Outra solução, que de antemão alertamos não ser a melhor opção, seria uma decisão de não adjudicação, mas justamente pelos efeitos desta (revogação da decisão de contratar e extinção do procedimento pré-contratual) não se apresenta como a mais adequada nestes casos, pois o interesse público na contratação permanece inalterado. O que vem à confirmar e

[26] Quanto à aplicação do princípio da boa-fé no âmbito administrativo, COLAÇO ANTUNES entende que "não pode ser transposto de plano, tal como foi e é configurado pelos privatistas para o direito público e, em particular, para o direito administrativo." COLAÇO ANTUNES, **A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa: O Novo Contrato Natural**. Coimbra. Almedina (2006), pág. 81 e 82.

fundamentar que a melhor opção é a solução acima apontada – adjudicar a proposta colocada em lugar subsequente.[27]

1.3. Causas de caducidade da decisão de adjudicação

Além das hipóteses em que a adjudicação não é possível ou não é tomada pela entidade adjudicante, existem outras situações que tornam àquela decisão de adjudicação ineficaz por consequência de evento ocorrido posteriormente, são as chamadas "causas de caducidade da adjudicação".

Encontram-se previstas nos art.s 86.º, 87.º, 87.º-A, 91.º, n.º 1, 93.º, n.º 1, 105.º, n.º 1, 161.º e 180.º, n.º 1 do CCP, sendo que nos art.s 86.º, 87.º, 91.º, n.º 1, 93.º, n.º 1, 105.º, n.º1, 161.º e 180.º, n.º1, as causas se relacionam com factos imputáveis ao adjudicatário, pressupondo uma atuação culposa deste. Por sua vez, o art. 87.º-A do CCP, representa uma novidade importantíssima, advinda com o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que veio trazer hipóteses que não dependem da atuação com culpa do adjudicatário, como veremos de seguida.

Por não se encontrarem concentradas em um único dispositivo, listaremos as causas de caducidade da decisão de adjudicação, subdividindo-as em causas relacionadas com factos imputáveis ao adjudicatário que atua com culpa e, posteriormente, as causas que não dependem da atuação culposa deste. Sendo indispensável termos em consideração, liminarmente, que as causas de caducidade não são taxativamente previstas em lei, sendo assim, pela natureza de ato administrativo da decisão de adjudicação, aplicáveis ainda as causas gerais de caducidade do ato administrativo.

Passando-se à análise das causas expressamente previstas em lei, a caducidade da decisão de adjudicação ocorrerá nas seguintes hipóteses – relacionadas com factos imputáveis ao adjudicatário: i) não apresentação dos documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento ou no prazo definido pela entidade adjudicante – art. 86.º, n.º 1, alíneas a) e b); ii) não apresentação dos documentos redigidos em língua portuguesa, ou não acompanhados de tradução devidamente legalizada – art. 86.º, n.º 1, alínea c); iii) a falsificação de qualquer documento de habilitação ou a prestação culposa de falsas declarações – art. 87.º; vi) não prestação do caução exigido, em tempo e nos termos estabelecidos – art. 91.º, n.º 1; v) não confirmação dos compromissos no prazo fixado – art. 93.º, n.º 1; vi) não comparecer para outorga do contrato, no dia, hora e local fixados – art. 105.º, n.º 1, alínea a); vii) não remeter o

[27] Defendendo esta solução JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 603.

contrato assinado eletronicamente, no prazo fixado – art.105.º, n.º 1, alínea b); viii) a não associação dos membros no caso do adjudicatário ser um agrupamento – art. 105.º, n.º1, alínea c); xi) não apresentação dos documentos de habilitação no prazo de dois dias a contar da data da notificação da adjudicação, no âmbito do concurso público urgente – art. 161.º; x) a revogação, invalidade ou extinção da declaração bancária apresentada em fase de pré-qualificação – art. 180.º, n.º 1.

Estas primeiras causas, para serem consideradas para fins de caducidade da decisão de adjudicação, dependerão sempre da verificação dos factos ocorridos (objetivamente) e da correspondente imputação subjetiva ao adjudicatário (juízo valorativo), pois referem-se ao incumprimento culposo de uma obrigação por parte deste, pressupondo, assim, uma atuação com culpa por ação ou por omissão, para que se determine a caducidade da adjudicação. Em alguns casos terá relevância também para a aplicação de sanções contraordenacionais ao adjudicatário, nos termos dos art.s 455.º a 464.º-A do CCP.

Além disso, a caducidade da decisão de adjudicação, nestes casos, dependerá sempre da prática de um ato administrativo expresso, constitutivo, precedido de audiência prévia, pois a entidade adjudicante tomará uma decisão de declaração da caducidade da adjudicação por um incumprimento de uma obrigação por parte do adjudicatário, devendo haver o direito de participação e defesa por parte deste, nos termos dos art.s 267.º, n.º 5 da CRP, que prevê a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito, dentro da atividade administrativa, assim como nos art.s 12.º e 121.º, n.º 1 do CPA, que prevêem, respectivamente, o princípio da participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respectiva audiência, e o direito de audiência prévia dos interessados antes da respectiva decisão. Garante-se, desse modo, que ocorra a audiência prévia nos casos supra mencionados, não obstante o art. 86.º, n.º 2, tenha previsto-a expressamente apenas para os casos do n.º 1 do mesmo artigo. [28]

[28] Inclusive, nesse sentido, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 23 de junho de 2017, Proc. n.º 02801/16.9BEPRT (disponível em www.dgsi.pt): "(...) a caducidade da adjudicação não opera automaticamente perante a ausência de apresentação dos documentos de habilitação por parte do concorrente a quem a empreitada tenha sido adjudicada. Efetivamente, a caducidade só operará se, por facto imputável ao adjudicatário, não forem apresentados os documentos de habilitação, circunstância que terá de ser apurada. Assim, perante a ausência de apresentação tempestiva por parte do adjudicatário dos documentos de habilitação, deverá o mesmo ser notificado para que, em prazo não superior a 5 dias, se possa pronunciar, ao abrigo do direito de audiência prévia. 2 - Quando em função da ausência de apresentação tempestiva dos documentos de habilitação por parte do adjudicatário, se verificar que a respetiva causa resulte de factos que lhe não sejam imputáveis, ser-lhe-á concedido um prazo adicional para a apresentação dos documentos em falta. 3 - **Não tendo sido facultada tempestivamente a audiência prévia** prevista no Artº 86º nº 2 do CCP, há um manifesto **vício procedimental**, capaz, só por si, de comprometer todo o procedimento, pois que a ausência de realização dessa diligência no procedimento administrativo invalida os atos praticados sem a mesma." (Grifo nosso)

Caso não haja uma atuação (por ação ou omissão, com culpa) por parte do adjudicatário, ou seja, quando as causas não sejam imputáveis à este, o órgão competente para a decisão de contratar deve conceder-lhe, em função das razões invocadas, um prazo adicional para a apresentação dos documentos em falta ou para sanar qualquer incumprimento que não tenha dado causa culposamente, sob pena de caducidade da adjudicação (cfr. art. 86.º, n.º 3).

Além destas causas de caducidade que dependerão da imputação subjetiva ao adjudicatário, o art. 87.º-A do CCP prevê expressamente a caducidade da adjudicação ligada às circunstâncias supervenientes que inviabilizem a celebração do contrato, enunciando, em rol não taxativo, as possíveis circunstâncias supervenientes, quais sejam: i) a impossibilidade natural ou jurídica; ii) a extinção da entidade adjudicante/adjudicatário; iii) a insolvência do adjudicatário; para em seguida, no n.º 2 do artigo prever o dever de adjudicação subsidiária ao concorrente subsequentemente ordenado.

Entre as circunstâncias supervenientes que inviabilizam a celebração do contrato podemos considerar a verificação de quaisquer dos impedimentos constantes no art. 55.º (são os impedimentos às entidades de serem candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento), ou então as circunstâncias supervenientes à proposta que inviabilizem o seu cumprimento ou, inclusive, nos casos em que a proposta tenha sido apresentada com base em erro (circunstâncias imprevistas), e tenham sido revelados apenas neste momento, tornando a execução do contrato difícil ou impossível, e, por consequência, prejudicando a satisfação do interesse público e ofendendo o princípio da boa-fé no caso da efetivação desta contratação.

Em complemento ao ponto 1.2.2. supra, podemos concluir que quando estas circunstâncias supervenientes ou imprevistas que tenham ocasionado o erro na base da proposta, sejam revelados antes da decisão de adjudicação, será mais adequado que se adjudique a proposta ordenada subsequentemente, pois já se sabe que posteriormente o resultado será o mesmo (ou seja, caducará a decisão de adjudicação nos termos do art. 87.º-A, pela ocorrência de circunstâncias supervenientes ou pela revelação de erro na base da proposta que inviabilizam a realização do contrato com aquele adjudicatário, tendo por consequência final a adjudicação subsidiária ao concorrente subsequentemente colocado).

Que sentido faria então, como já referimos supra, adjudicar uma proposta que já sabemos que mais à frente inviabilizará a celebração de um contrato por aplicação do art. 87.º-A? Por essas razões, optamos pela conclusão apresentada no ponto 1.2.2 supra, desde que se verifique sempre, com a maior cautela, as razões invocadas pelos concorrentes, de modo que se evite a utilização abusiva desta figura por parte destes, no sentido de distorcer a finalidade

precípua que se busca, utilizando-a, por sua vez, como instrumento para desistir da proposta, não obstante a obrigação expressa de manutenção desta nos termos e prazo do art. 65.º do CCP.

Além disso, diante do conceito aberto do dispositivo legal, quando fala em "circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato" podemos e devemos considerar incluída neste, as circunstâncias que embora não tornem o contrato impossível de ser celebrado, torna-o de difícil execução, e que ocasione um desequilíbrio na relação contratual, prejudicando em último plano a satisfação das necessidades públicas, a eficiência e eficácia, a salvaguarda da boa-fé do concorrente, porque, de outro modo, a celebração e execução seriam excessivamente onerosas para o concorrente, mas também para o interesse público, além de ofender igualmente o princípio da boa-fé.

1.4. Correlação com a decisão de contratar

A decisão de contratar e a decisão de adjudicação ou de não adjudicação estão procedimentalmente conectadas, uma vez que esta última decisão (adjudicação ou não adjudicação) implicará, ou terá como principal consequência, a revogação daquela primeira (cfr. art. 80.º, n.º 1 do CCP).

Por esse motivo, a correta e perfeita fundamentação da decisão de contratar é elemento essencial para a confirmação da prossecução do interesse público no seio do procedimento pré-contratual, desde o seu início, confirmando-se ao final com a decisão de adjudicação ou revogando-a com a decisão de não adjudicação.

A fundamentação da decisão de contratar, por essa razão, poderá ser utilizada pelos concorrentes, em sede de impugnação, para fundamentar, por exemplo, um pedido de anulação do ato de não adjudicação, quando não estiver devidamente fundamentado ou contiver alguma contradição em relação à decisão de contratar que foi tomada inicialmente.

Por esse motivo, entende-se que a decisão de adjudicação é determinada pela decisão de contratar, porque, se o interesse público subjacente à decisão de contratar permanecer o mesmo, a entidade adjudicante deverá adjudicar o contrato à entidade que apresentou a proposta que mais atender às necessidades e interesses públicos (com exceção dos casos de impedimento de adjudicação, em que não há margem de discricionariedade administrativa).

De forma equivalente, a decisão de não adjudicar também encontra-se determinada pela decisão de contratar mas de modo inverso, ou seja, quando aquela necessidade ou interesse na contratação não mais existe, pelas causas elencadas em rol não taxativo no art. 79.º do CCP, ou

por causas similares ainda que não expressamente previstas, a entidade adjudicante não adjudicará o procedimento, implicando, por fim, na revogação da decisão de contratar.

Esse entendimento exige que a decisão de contratar seja considerada um ato administrativo [29], conferindo o poder unilateral de revogação ou anulação às entidades adjudicantes, além de outros aspectos do regime jurídico específico aplicável aos atos administrativos. Tudo isso para que haja a interpretação e aplicação dos art.s 79.º e 80.º do CCP no sentido exposto.

E para que seja considerada um ato administrativo é preciso compreendermos que a decisão de contratar produz efeitos jurídicos externos, com caráter regulatório, e não apenas efeitos intra-administrativos.

Toda a discussão em torno de considerar-se a decisão de contratar como ato administrativo gira em torno do momento da sua produção dos efeitos jurídicos externos. A pergunta que se faz é: a partir de qual momento a decisão de contratar enquanto ato administrativo produzirá seus efeitos?

O CPA nos seus Arts. 155.º e 157.º dispõe sobre a produção de efeitos dos atos administrativos, dizendo que os atos administrativos produzem efeitos desde a sua prática ou podem ainda depender de trâmite procedimental ou da verificação de requisito que não seja um requisito de validade.

Dessa forma, entendemos que a decisão de contratar dependerá do anúncio ou do convite para produzir os efeitos jurídicos externos respectivos, entretanto estes não podem ser considerados requisitos de validade do ato em questão, significando unicamente que, após o anúncio ou convite, a entidade adjudicante ao alterar ou extinguir a decisão de contratar poderá ser responsabilizada pelos danos que causou, ao contrário do que ocorre antes do anúncio ou convite, em que poderá alterar ou extinguir o ato sem essas consequências indemnizatórias.

Podemos, salvo melhor juízo, considerar que a decisão de contratar é um ato administrativo com eficácia diferida ou condicionada, nos termos do art. 157.º do CPA, pois para a produção de efeitos jurídicos externos dependerá do anúncio ou do convite, que a partir daí abrirá o procedimento pré-contratual à apresentação de propostas pelos concorrentes.

[29] Entendendo de forma diversa, qualificando a decisão de contratar como acto interno "(...) livremente revogável, não sendo contenciosamente recorríveis (...)" JOÃO PACHECO DE AMORIM, **As garantias administrativas no Código dos Contratos Públicos,** in *Estudos de Contratação Pública – II*. Coimbra. Coimbra Editora (2010), páginas 211 e 212.

Por sua vez, não podemos considerar que o anúncio ou o convite integram a decisão de contratar em um ato administrativo composto, pois nada dizem respeito aos requisitos intrínsecos de validade da decisão de contratar.

Logo, a decisão de contratar é o elemento estruturante e basilar do procedimento pré-contratual, é o que fundamenta todo o procedimento, o que sustenta e confirma a necessidade dos atos administrativos seguintes no faseado procedimento pré-contratual. É na decisão de contratar que a entidade colhe e realiza a análise das informações, individualiza os factos relevantes coletados e pondera o interesse público naquele caso, para então decidir contratar prosseguindo determinado interesse público.

Por ser um elemento estruturante do procedimento pré-contratual é primordial que se cumpra com maior zelo, o dever de fundamentação previsto expressamente no art. 36.º, n.º1 do CCP, para permitir que em um controle judicial posterior, por exemplo, se percebam todos os pressupostos da decisão de contratar, assim como a conveniência e necessidade de ocorrer a contratatação em determinado caso, tendo em vista a prossecução do interesse público.

A importância da fundamentação da decisão de contratar permitirá que esta seja, em primeiro lugar, utilizada como critério interpretativo de uma possível causa de não adjudicação, designadamente nas alíneas c) e d) do art. 79.º n.º1, para considerar imprevistas ou supervenientes as circunstâncias e avaliar o peso destas na decisão de contratar e consequentemente na decisão de não adjudicação, ou ainda como critério de controle da ponderação realizada pela entidade adjudicante levando em conta o interesse público prosseguido, e por fim como critério de controle de legalidade da decisão de não adjudicação[30], quando contiver, por exemplo alguma contradição com a decisão de contratar, ou quando sua fundamentação seja insuficiente em relação àquela, evitando, assim, a utilização abusiva e ilegítima da decisão de não adjudicação.

2. Consequências da decisão de não adjudicação

Há dois principais efeitos ou consequências que advém com a decisão de não adjudicação: i) o primeiro e principal efeito, como já dito, será a revogação da decisão de contratar[31], nos termos do art. 80º, n.º 1 do CCP, ii) e o segundo, não menos importante, que

[30] Cfr. JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 587.
[31] Podendo concluir-se que equivalerar-se-à em uma decisão implícita de revogar a decisão de contratar.

será objeto de análise em tópico seguinte, a indemnização dos custos realizados pelos operadores econômicos ocasionada pela decisão de não adjudicação.

No primeiro efeito – revogação da decisão de contratar - o que ocorrerá é a revogação e não a anulação, por isso, para essa distinção é importante recordarmos que conforme preceitua o art. 165º do CPA, a revogação se diferencia da anulação, esta ocorre com fundamento em uma invalidade, por sua vez, aquela ocorre por razões de mérito, conveniência ou oportunidade.

Dessa forma, ao tratar deste efeito, o legislador regulamentou a proteção do interesse público atual, que está sendo analisado no momento da decisão de adjudicação, em comparação com o anterior interesse público, que foi levado em consideração no momento da decisão de contratar, partindo de uma segunda análise da situação: i) ou por haverem circunstâncias imprevistas que tenham sido reveladas no primeiro momento, ii) ou pela ocorrência de circunstâncias supervenientes que alteram aquela decisão inicial de contratar, iii) ou apenas pela simples impossibilidade de praticar o ato de adjudicação, como é o caso das alíneas a) e b) do art. 79º do CCP.

Além disso, outro efeito associado à decisão de não adjudicação é o dever de indemnizar expressamente previsto no art. 79.º, n.º 4 do CCP, segundo este dispositivo quando o órgão competente decida não adjudicar com fundamento nas alíneas c) e d) do n.º 1 do mesmo artigo – ou seja, por circunstâncias imprevistas ou supervenientes – deve indemnizar os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas pelos custos comprovadamente realizados com a elaboração das propostas.

A tutela da personalidade proíbe a equiparação global entre interesses públicos e privados, impedindo que os cidadãos possam ser utilizados para fins estatais no desempenho de funções organizacionais e de responsabilidades públicas. As relações jurídicas são uma condição para o nascimento de direitos subjetivos e também constituem a estrutura na qual eles se desenvolvem. Assim, o direito subjetivo delimita a obrigação da Administração indemnizar os administrados.[32]

Tudo isso porque, os contratos públicos – ou os procedimentos pré-contratuais – não podem ser vistos como oportunidades de negócios para a Administração Pública à custa das entidades privadas, colocando em causa os princípios da boa-fé e do interesse público e

[32] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 93 e 94.

estabelecendo o retorno do paradigma de administração pública que não cabe no Estado de Direito Democrático.[33]

Acrescentamos a estas premissas apresentadas a realidade factual que encontramos em Portugal, onde verificamos a existência de uma sensível diferença entre o número de procedimentos iniciados *vs* o número de contratos celebrados. No ano de 2016, por exemplo, foram iniciados 625.403 procedimentos, mas, por sua vez, foram celebrados no mesmo ano 432.450 contratos, representando aproximadamente um terço a menos do que a quantidade de procedimentos iniciados naquele ano[34].

Embora esta proporção (procedimentos iniciados *vs* contratos celebrados) tenha diminuído no ano de 2017[35], verificamos que este dado não permanece estável no decorrer dos anos, sendo, pelo contrário, bastante oscilativo entre os anos de 2013 e 2017. Além disso, ocorrem ainda situações nas quais um único procedimento pode dá margem à celebração de vários contratos, como é o caso dos contratos por lotes ou de contratos realizados nos procedimentos de acordos-quadro, podendo configurar-se numa demonstração factual distorcida da realidada.

Daí a especial importância deste trabalho, por serem frequentes e recorrentes as situações nas quais os procedimentos iniciados não chegam a alcançar o objetivo fim, seja por não haverem concorrentes participantes no procedimento, seja pela simples falta de outorga do contrato ou ainda por uma decisão de não adjudicação da entidade adjudicante; ocasionando, em certos casos, o dever de indemnização à Administração e, sob a perspectiva contrária, o direito à serem indemnizados aos concorrentes lesados.

3. Indemnização dos custos realizados pelos operadores econômicos ocasionada pela decisão de não adjudicação

Conforme mencionamos supra, o art. 79.º, n.º 4 do CCP prevê expressamente o dever de indemnização nos casos em que não ocorra a adjudicação. Entretanto, antes de tudo, alertarmos que diferente será a situação na qual a entidade adjudicante, após adjudicar o

[33] Cfr. JULIANA FERRAZ COUTINHO, **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa. AAFDL. 2017, página 604.
[34] **Contratação Pública em Portugal 2016**. Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., novembro, 2017. Pág. 21 e 22 [consult. 28 Mar. 2018] (disponível em http://www.impic.pt/impic/pt-pt/relatorios-e-dados-estatisticos/relatorios-de-contratacao-publica).
[35] **Contratação Pública em Portugal 2017**. Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., setembro, 2018. Pág. 19 e 20 [consult. 04 Dez. 2018] (disponível em http://www.impic.pt/impic/pt-pt/relatorios-e-dados-estatisticos/relatorios-de-contratacao-publica).

contrato a um concorrente, não promove a celebração do contrato, neste caso, apenas haverá direito à indemnização àquele concorrente ao qual foi adjudicado o contrato e não mais em relação aos concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas.

Até que sobrevenha a adjudicação todos têm expectativa na adjudicação do contrato e, portanto, confiam nessa expectativa, mesmo sabendo que apenas uma proposta será adjudicada, de modo contrário, após a adjudicação, apenas o concorrente ao qual foi adjudicado o contrato tem a expectativa de que o contrato seja celebrado, o mesmo não existindo em relação aos demais concorrentes.[36]

A situação acima descrita – indemnização ao adjudicatário no caso de não outorga do contrato – não será objeto de análise neste trabalho, não obstante exista a possibilidade de mencionarmos um ou outro ponto no decorrer deste.

Além do art. 79.º, n.º 4 do CCP que prevê especificamente a indemnização nos casos da decisão de não adjudicação, outro dispositivo relevante, mas que também não deve ser confundido com este, é o art. 76.º, n.º 3 do CCP, que prevê o dever de indemnização nos casos em que a entidade adjudicante decida adjudicar, mas o faça fora do prazo de obrigação de manutenção das propostas (que poderá ser de 66 dias ou outro prazo previsto no programa do procedimento ou no convite) e o adjudicatário recuse a adjudicação.

Neste caso, o adjudicatário será ressarcido dos encargos que comprovadamente tenha incorrido com a elaboração da proposta, porque não haverá mais obrigatoriedade de manutenção da sua proposta após o decurso daquele prazo. Esclarecidas estão as situações que podem ser confundidas com a que trataremos especificamente.

Considerando que houve uma acentuada alteração de sentido sofrida pelas regras da contratação pública, sobretudo com o desprendimento da sua inicial condição de instrumento ao serviço dos interesses administrativos para mecanismo cujo objetivo principal é a tutela dos interesses dos operadores económicos privados envolvidos em procedimentos concursais.[37] Foi

---

[36] Sobre a indemnização ao concorrente que teve sua proposta adjudicada, mas que posteriormente a entidade adjudicante não celebrou o contrato, o seguinte trecho do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de outubro de 2009, Proc. n.º 0557/08 (disponível em www.dgsi.pt) é pertinente: "Este, ao invés dos restantes candidatos, obteve a almejada vitória no concurso, ao ser-lhe adjudicada a empreitada. Pelo que aquele fundamento de ilicitude (violação da confiança por não celebração do contrato) é que conforma a lesão sofrida e confere ao lesado o direito a ser indemnizado por essas despesas que têm realmente a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efectiva conexão com a sua apresentação a concurso, com a (por todos) almejada perspectiva da sua escolha como adjudicatário, e, por todas essas razões, com a violação, pelo dono da obra, da tutela da confiança *in contrahendo*. Integram, assim, para o candidato escolhido como adjudicatário, e porque contraídas na perspectiva de ganhar a adjudicação, o "prejuízo resultante da frustração das expectativas de conclusão do negócio" (citado Ac. STA de 31.05.2001), sendo pois dano indemnizável."

[37] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 234 e 235.

viabilizada a tutela indemnizatória aos concorrentes, nos casos da prolação de uma decisão de não adjudicação, de uma decisão de adjudicação fora do prazo previsto para manutenção das propostas ou de uma não celebração do contrato com o adjudicatário.

Ademais, o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais têm permitido ao direito administrativo proteger direitos e interesses dos indivíduos através da acentuação de sua dimensão subjetivista. Desse modo, toda ação individual ou procedimento administrativo tem que considerar os direitos e interesses, - legalmente protegidos -, dos administrados afetados, pois alguns inclusive integram a categoria dos direitos fundamentais.[38]

A solução que garantirá a preservação e conciliação dos interesses em presença (interesse público e interesse privado dos concorrentes) perpassará pela não obrigatoriedade de adjudicação de um contrato público pela Administração, quando estiver em causa relevantes interesses públicos relacionados à satisfação do bem comum, mas, por outro lado, será garantinda a tutela indemnizatória aos concorrentes que forem lesados nas suas posições jurídicas substantivas "injustamente (ainda que licitamente)"[39].

Soma-se a isto, a revogação do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que estabelecia o princípio da estabilidade, segundo o qual a entidade não poderia desistir de contratar quando já houvessem sido apresentadas propostas (salvo nos casos previstos no mesmo diploma), confirmando a opção pelo equilíbrio entre os interesses em causa, já citados acima, em relação à não obrigatoriedade de adjudicação e respectiva contratação[40], mas, por outro lado, com a previsão indemnizatória aos lesados, estabelecendo-se um equilíbrio entre os interesses em causa.

Na prática, não podemos estabelecer uma separação total entre interesses públicos e privados. Embora se saiba que o interesse público seja definido pelo legislador na lei, conforme critérios fixados na CRP. Pois, com frequência, interesses públicos e privados se movem em paralelo, à curta distância, e se apoiam entre si, entrelaçando-se uns com os outros e sendo reciprocamente influenciados.

---

[38] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 89.

[39] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 242.

[40] Na jurisprudência portuguesa já no ano 2000 entendia-se que "I - A autoridade que abre um concurso não tem obrigação de adjudicar o contrato respectivo a qualquer dos concorrentes, embora, se decidir pela adjudicação, deva fazê-la ao candidato que se posicionou em primeiro lugar." Acórdão do Superior Tribunal Administrativo de 23 de maio de 2000, Proc. n.º 040313 (disponível em www.dgsi.pt).

Assim, pode ocorrer da ponderação enfrentar uma série de interesses públicos e privados, naquele momento conectados entre si com outro grupo de interesses estruturado da mesma forma. Os interesses públicos não são magnitudes pré-determinadas e estáticas, mas se desenvolvem ao longo do procedimento administrativo.[41]

Pois bem, da conjunção de todos os interesses em questão se busca alcançar o bem-estar geral (bem comum), entendido como o interesse comum formado a partir da conjunção de muitos interesses especiais, públicos e privados.[42]

Além disso, o ato de não adjudicação será sempre, em todo caso, considerado um ato lesivo com eficácia externa, impugnável pelos destinatários do mesmo (ou seja, concorrentes que participaram do procedimento pré-contratual e que não tiveram suas propostas excluídas), devendo conter a respectiva indemnização aos concorrentes pelos encargos que comprovadamente incorreram com a elaboração das propostas (através de verba fixada pela entidade adjudicante[43]), apenas aos concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas, frisa-se (cfr. art. 79.º, n.º 4 do CCP).

Este ato administrativo é considerado lesivo pois atinge as expectativas depositadas pelos concorrentes de boa-fé na futura adjudicação e posterior contratação com a entidade adjudicante.

Amparados nesta expectativa, os concorrentes realizam despesas com a elaboração de suas propostas, e embora apenas uma destas seja ao final adjudicada, o facto de não ocorrer o ato de adjudicação em relação a quaisquer dos concorrentes, põe por inúteis todos os esforços até então intentados por estes, encerrando a concorrência que um dia existiu, e consequentemente frustrando a confiança (nos termos do *princípio da tutela da confiança*) que os concorrentes tinham em relação à conclusão daquele procedimento e consequente a chance de ter a sua proposta adjudicada ao final – ocorrerá, portanto, a frustração das expectativas e da confiança ali depositada, além da perda de *chance*[44] de ter sua proposta adjudicada.

---

[41] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 166.

[42] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 166.

[43] Sem prejuízo de, posteriormente, os concorrentes lesados demandarem judicialmente o ressarcimento de outros prejuízos ou a correção da verba fixada administrativamente à título indemnizatório.

[44] Conforme RUTE TEIXEIRA PEDRO "O objecto do ressarcimento, no dano da perda de chance, é a esperança (perdida) de obter um ganho ou a possibilidade (frustrada) de evitar um dano." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 208.

A lesividade deste ato é ainda confirmada pela obrigatoriedade de notificação a todos os concorrentes (interessados) nos termos do art. 79.º, n.º 2 do CCP, que permitirá a posterior e eventual impugnação administrativa ou judicial por parte destes, justificando-se o especial dever de fundamentação desta decisão, que permitirá um posterior controle judicial efetivo e pleno [45].

Em *análise comparativa com os ordenamentos mais próximos ao português*, Bernardo Azevedo, alerta que o CCP é um caso isolado, caracterizado por ser excessivo e alheio às necessidades de uma sociedade em permanente transformação. Deste modo, faz uma comparação com o direito francês, no qual há um permissibilidade da entidade adjudicante à todo tempo desistir de adjudicar por razões de interesse público, não conferindo ainda qualquer direito à indemnização aos concorrentes lesados (cfr. art.s 59.º, IV, 64.º, IV, 66.º, VI e 67.º, XI, do *Code des Marchés Publics*); com o direito italiano, que permite à entidade adjudicante decidir não adjudicar quando nenhuma das ofertas apresentadas for conveniente ou idônea em relação ao objeto do contrato (cfr. Atual art. 95.º, n.º 12, do *Codice dei contratti pubblici - Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*); e em comparação com o ordenamento espanhol. Neste caso, salienta que a renúncia à celebração do contrato ou a desistência do procedimento somente podem ocorrer antes da adjudicação provisória (considerando que a adjudicação definitiva equivale ao acordo perfeito entre as partes e estabelece a relação contratual no ordenamento espanhol, já a adjudicação provisória em tal ordenamento equivale ao ato de adjudicação no ordenamento português). A renúncia à celebração do contrato impedirá o lançamento de novo procedimento enquanto as razões de interesse público subsistirem, o mesmo não ocorrendo no caso da desistência do procedimento que ocorre por infração insanável de normas, podendo ser aberto novo procedimento porque o anterior continha erro insanável (cfr. art. 139.º, n.ºs 2 a 4 da *Ley 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos del Sector Público*). [46]

---

[45] Quanto ao dever de fundamentação o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 15 de outubro de 2010, Proc. n.º 00420/09.5BEBRG (disponível em www.dgsi.pt) preleciona que – "Conforme é jurisprudência uniforme e constante a fundamentação é um conceito relativo que varia em função do tipo concreto de cada acto e das circunstâncias concretas em que é praticado, cabendo ao tribunal, em face de cada caso, ajuizar da sua suficiência, mediante a adopção de um critério prático que consiste na indagação sobre se um destinatário normal face ao itinerário cognoscitivo e valorativo vertido nos actos em causa, fica em condições de saber o motivo porque se decidiu num sentido e não noutro. Com tal dever de fundamentação visa-se captar a transparência da actividade administrativa, sendo que tal dever, nos casos em que é exigido, constitui um importante sustentáculo da legalidade administrativa e um instrumento fundamental da respectiva garantia contenciosa, para além de um elemento fulcral na interpretação do acto administrativo."

[46] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 250 e 251 (em especial nota 36).

Destacamos ainda, no tocante ao ordenamento espanhol, a previsão do n.º 2 do art. 139.º da *Ley 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos del Sector Público*, no sentido de, em ambos os casos (seja na renúncia à celebração do contrato, seja na desistência do procedimento) haver uma compensação dos gastos que os candidatos concorrentes houverem incorrido nos termos do anúncio, de acordo com os princípios gerais que regem a responsabilidade da Administração.

Outro dispositivo interessante, a nível europeu é o art. 114.º do Regulamento (UE, Euratom), n.º 966/2012, de 25 de outubro (relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento - CE, Euratom - n.º 1605/2002) , que prevê que "Até à assinatura do contrato, a entidade adjudicante pode renunciar à celebração do contrato ou anular o procedimento de adjudicação sem que os candidatos ou proponentes possam exigir qualquer indemnização." Esta previsão é, entretanto, contrária às atuais alterações do CCP em Portugal e ainda ao que seria a solução que permitiria a preservação e conciliação dos interesses em questão.

Além disso, a indemnização prevista no art. 79.º, n.º 4 do CCP apenas operará após a publicitação ou envio do convite a contratar, pois será a partir deste momento que a decisão de contratar operará seus efeitos externos, como supra mencionamos, criando direitos e expectativas na esfera jurídica dos particulares.

3.1. Perda de *chance* no âmbito dos procedimentos pré-contratuais

A origem da figura da perda de *chance* remonta à jurisprudência e doutrina francesa[47] no contexto de um caso de patrocínio judiciário[48], sendo posteriormente, reconhecida sua aplicação nos mais diversos domínios[49], inclusive no âmbito das relações administrativas e, em especial, nas contratações públicas e nos procedimentos pré-contratuais.

Conforme preleciona Rute Teixeira Pedro "Na verdade, a problemática que suscita a aplicação da noção da perda de *chance* é constituída por situações, em que o sujeito se encontra num estado que lhe propicia a possibilidade – a *chance* – de alcançar um determinado resultado

---

[47] "As suas primeiras aplicações, em França, remontam ao fim do século XIX." - RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 192.

[48] Para maiores desenvolvimentos no que diz respeito à origem e evolução histórica da figura da "Perda de Chance", RUI CARDONA FERREIRA, **Responsabilidade Pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance**, in *Responsabilidade Civil do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, 2014. [consult. 15 Out. 2018]. (disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf.)

[49] "A noção da perda de chance apresenta-se, assim, transversal ao ordenamento francês, valendo, quer no âmbito do direito privado, quer no âmbito do direito público." - RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 193.

favorável, e em que, em virtude de um comportamento de um terceiro, essa possibilidade fica irremediavelmente perdida – perda da *chance*."[50]

Entretanto, subsistem grandes dificuldades ao direito na medida em que surgem pedidos ressarcitórios da perda daquela chance/possibilidade de se obter o resultado favorável esperado, sobretudo porque não existe certeza[51] quanto à consumação daquele resultado final almejado.

Em breve resumo, a perda de *chance* ocorrerá sempre que desaparecer a possibilidade/viabilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem, ainda que esta vantagem não seja certa: o facto de o sujeito ter a *chance* de obtê-la faz com que a perda dessa possibilidade gere na esfera jurídica do lesado o direito a ser indemnizado.

Contudo, a *chance* tem que ser séria e real[52], embora não haja certeza de que viria efetivamente à ocorrer a situação favorável ou a vantagem, haveria uma grande possibilidade real de vir à ocorrer, e não apenas uma qualquer chance de ocorrer em uma mera situação hipotética. A demonstração da seriedade da chance será indispensável para os fins indemnizatórios ao lesado[53], assim como a demonstração dos demais pressupostos gerais de responsabilidade civil por parte do lesado (facto lesivo, dano e nexo de causalidade entre dano e facto lesivo).

Dessa forma, ao aplicarmos essa figura nas relações administrativas, sobretudo no caso em análise – no qual a entidade adjudicante decide por não adjudicar o procedimento pré-contratual – haverá em relação aos concorrentes a perda da chance individualmente de ser adjudicatário e de obter os ganhos que adviriam com a decisão de adjudicação (caso esta tivesse

---

[50] RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 185.

[51] Segundo RUTE TEIXEIRA PEDRO "A questão apresentará, ainda assim, algumas certezas que constituirão outros tantos pontos de apoio – a existência efectiva de uma possibilidade e o seu malogro definitivo." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 185.

[52] Embora exista corrente minoritária que entenda que a seriedade ou probabilidade da chance não corresponda à pressuposto para a obrigação de indemnizar, sendo apenas relevante para determinação do *quantum* indemnizatório nos casos de aplicação desta figura.

[53] Nesse sentido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 04 de novembro de 2011, Proc. n.º 00213/06.1BELLE (disponível em www.dgsi.pt) entendeu que "VI. O direito à indemnização fundado na responsabilidade civil pré-contratual impõe que o requisito relativo ao nexo de causalidade se mostre preenchido com a demonstração/prova da "possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato". VII. Trata-se na terminologia legal duma "possibilidade" e não duma "efectiva" atribuição real do contrato ao lesado, o que corresponde a conceito que é necessariamente menos exigente que este último, porquanto o lesado para ser indemnizado apenas terá de provar aquela possibilidade e não de que o mesmo seria o efectivo seleccionado no acto de adjudicação e viria a outorgar o contrato. VIII. **Exige-se que aquela possibilidade seja "real" e, como tal, não se basta com uma possibilidade "hipotética"**, o que afasta necessariamente do preenchimento do requisito aquelas situações, nomeadamente, em que o lesado apresentou proposta que se mostra graduada/posicionada em lugar que o afaste claramente da vitória no concurso ou ainda cuja proposta não cumpra o caderno de encargos visto nestes casos estarmos em face duma possibilidade meramente hipotética e nunca real. IX. **A demonstração daquela "possibilidade real" recai por lesado** e não sobre a entidade adjudicante." (Grifos nossos)

efetivamente ocorrido). Seria uma situação de aplicação da perda de *chance* por se ter perdido a possibilidade/chance de um ganho[54].

Além de terem sido frustradas as expectativas dos concorrentes em relação àquela chance, haverá uma ofensa à confiança depositada pelos concorrentes no procedimento e na futura contratação, porque estes, confiando na seriedade e na viabilidade do procedimento, fizeram um investimento em suas propostas (que, a depender do objeto contratual, pode ser maior ou menor) com a finalidade última de tornarem-se adjudicatários.

Para que seja feito esse enquadramento – indemnização pela perda da *chance* de um ganho –, devemos realizar o preenchimento de determinados pressupostos específicos de ressarcibilidade do dano da perda de *chance*, observando que estes pressupostos foram elaborados doutrinalmente com base em decisões jurisprudenciais fornecidas[55] (ou seja, por meio de evolução não legislativa), e são resumidamente os seguintes: i) primeiramente deverá haver a possibilidade de, no futuro, verificar-se um determinado resultado positivo (não se exigindo que este resultado seja certo) e que este resultado traga uma vantagem – ganho – ou que não traga uma desvantagem – perda; ii) também será necessário que a pessoa se encontre investida em uma situação que lhe garanta a possibilidade de vir a alcaçar o resultado positivo, sendo suficiente a demonstração de apenas alguns dos requisitos que lhe permitam a obtenção deste resultado e, por outro lado, afaste-se a presença de facto impeditivo ou extintivo desses resultados; iii) por fim, deverá existir uma ação ou omissão de terceiro capaz de ocasionar a sua responsabilidade por ter eliminado definitivamente a possibilidade de o resultado positivo vir a se verificar no futuro, ou seja "… de um só golpe… destrói as expectativas existentes e inviabiliza a obtenção do resultado esperado."[56];

Além destes pressupostos, o nexo causal deverá levar em consideração não propriamente o resultado final, mas sim as possibilidades desse resultado ser atingido (devendo haver aleatoriedade no resultado e não certeza deste). O prejuízo considerado para fins de preenchimento do nexo causal será a frustração das chances causada pelo comportamento de terceiro e não a frustação do próprio resultado final.

---

[54] Conforme sistematização dos núcleos de aplicação da figura da perda de *chance*, segundo Holger Fleisher, em Perda de *Chance* de ganho, Perda de *Chance* processual e Perda de *Chance* de cura ou sobrevivência - RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 187-192.

[55] Seguiremos o elenco dos pressupostos para a ressarcibilidade da perda de *chance* (perda de *chance* de ganho) elencados por RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 198-205.

[56] RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 203.

Segundo François Chabas[57] devem ser respondidas duas questões para que se afirme existir o nexo causal nos casos de aplicação da figura da perda de *chance*, são elas[58]:

a) O lesado tem a chance? (Mas é necessário que sejam apenas possibilidades, que haja aleatoriedade)
b) Está provado que, por causa do agente e como resultado disso, o lesado não tem mais nenhuma chance?

Se a resposta para as perguntas for positiva, poderá se afirmar que existe nexo causal entre o comportamente de terceiro e a perda das possibilidades/chances existentes, operando-se a responsabilidade civil por perda de *chance*.

Considerando o caso abstratamente estudado – ocorrência de uma decisão de não adjudicação e consequente revogação da decisão de contratar – elencamos o preenchimento dos pressupostos conforme acima referimos:

i) A possibilidade de no futuro ocorrer a adjudicação em relação a algum dos concorrentes do procedimento pré-contratual, embora não se tenha certeza quanto à ocorrência desta decisão em relação à um determinado concorrente – possibilidade de no futuro haver um resultado positivo, com aleatoriedade.
ii) O concorrente deve estar participando efetivamente como concorrente no procedimento, não pode ter tido a proposta excluída, porque nesta situação não estará mais em condição que lhe garanta a possibilidade de vir à alcançar o resultado positivo[59];
iii) A decisão de não adjudicação que elimina a possibilidade do resultado positivo de um dos concorrentes no procedimento vir a ser adjudicatário e obter os ganhos atrelados à essa qualidade;

Além do preenchimento destes três pressupostos, podemos ainda responder afirmativamente às duas perguntas propostas por François Chabas, de forma que podemos afirmar a existência do liame causal nos casos em que haja uma decisão de não adjudicação em

[57] Cit. por RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 203-204.
[58] "a) la vittima avveva delle chances? (Ma è necessario che non siano che delle possibilità; che abbiano un´aleatorietà) b) è dimostrato che per colpa dell´agente e in conseguenza di essa, la vittima non eveva più alcuna chance?" - Cit. Por RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 203-204.
[59] "…sem que seja concomitantemente provada a presença de qualquer facto impeditivo ou extintivo desses resultados. Se for feita a prova de facto desta última indole, não se poderá falar de chance de consecução da finalidade pretendida, porque o mesmo impossibilita a sua existência." - RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 199.

um procedimento pré-contratual, já que as chances de um dos concorrentes vir a ser adjudicatário deixa de existir, assim como a própria ocorrência do resultado final – uma decisão de adjudicação de uma das propostas dos concorrentes.

A legislação portuguesa, nestes casos, apenas garante, expressamente, o direito à indemnização àqueles concorrentes que não tiveram suas propostas excluídas (porque os que tiveram as propostas excluídas não possuem mais a *chance* séria e real de serem adjudicatários – a menos que comprovem posteriormente que a exclusão de sua proposta do procedimento tenha sido ilegal – , e, justamente por isso, não haverá uma perda de *chance* indemnizável pela decisão de não adjudicação).

"A figura da perda de *chance* permite, assim, assegurar ao lesado *alguma* indemnização, quando a verificação do dano final se apresenta aleatória, mas é ainda possível constatar uma probabilidade *séria* da respectiva ocorrência."[60] No caso em análise, a probabilidade séria de um deles – entre aqueles concorrentes que ainda não foram excluídos do procedimento – vir a ser adjudicatário e futuro co-contratante com a entidade adjudicante dará direito a uma indemnização pelos custos comprovadamente realizados com a preparação da proposta e participação no procedimento, nos termos do art. 79.º, n.º 4 do CCP, ou seja, uma indemnização pelo interesse contratual negativo[61] (dano emergente[62]), uma vez que não mais ocorrerá ou será possível ocorrer a celebração do contrato, nem mesmo é possível demonstrar com certeza qual daqueles entre os concorrentes iria ser o adjudicatário e co-contratante.

Desse modo, na específica situação tratada, nos casos em que não há uma decisão de adjudicação, o dano emergente ressarcível corresponderá aos custos que os concorrentes incorreram com a elaboração e apresentação das propostas e não ao lucro cessante que corresponderia ao ganho que seria proporcionado pela contratação[63].

---

[60] RUI CARDONA FERREIRA, **Responsabilidade Pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance**, in *Responsabilidade Civil do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, 2014. [consult. 15 Out. 2018]. (disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf.)

[61] "I - Na responsabilidade pré-contratual o lesado tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos (dano da confiança), isto é, pelos danos que não teria se não tivesse celebrado o contrato, não se incluindo na medida do dano ressarcível o lucro esperado com o cumprimento do contrato." - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 01068/08 (disponível em www.dgsi.pt)

[62] Descartando a possibilidade de configuração do dano da perda de *chance* no âmbito dos lucros cessantes, RUTE TEIXEIRA PEDRO fundamenta que "Aceite a configuração, atrás delineada, da chance como uma realidade autónoma e parte integrante do património, parece que há, apenas uma qualificação possível para o dano decorrente da sua perda – a de dano emergente "*da perdita di possibilita attuale e non di un futuro risultato utile"*." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 224-225.

[63] O STA recusou a indemnização dos lucros cessantes, invocando que a procedência do pedido pressupunha a demonstração de que o concorrente requerente seria, com certeza, vencedor do certame - "Para seguir a linha sugerida pela requerente tornava-se necessário poder afirmar que se o aresto tivesse sido executado e, portanto, se o concurso tivesse prosseguido, ela requerente sairia necessariamente ou, pelo menos, provavelmente vitoriosa do

Segundo Rute Teixeira Pedro[64], "…através da indemnização da perda da *chance*, não se pode permitir o ressarcimento pela frustação de meros sonhos." A chance meramente hipotética não merece ser ressarcida. Ainda é defendido pela autora que a seriedade da chance deverá ser considerada suficiente quando for maior do que zero (embora exista outra corrente que defenda que a chance só seria considerada séria quando fosse superior à 50% ou quando as possibilidades de sucesso fossem maiores do que as chances de insucesso), devendo o lesado provar os factos que constituem a mínima probabilidade, sem que seja provado pelo lesante a existência de factos impeditivos da consumação da chance, justificando ainda que a seriedade da chance não poderia ficar adstrita à "…uma fórmula abstrata, traduzida num número…"[65].

Para determinação do *quantum* indemnizatório nestes casos, nos parece que a solução mais correta é considerar a probabilidade de se obter o resultado final para determinação do montante à ser indemnizado[66].

O STA, no uso de juízo equitativo para determinação do *quantum* indemnizatório, estabeleceu alguns fatores a serem observados para fins de determinação do valor ressarcitório (considerou que não era possível determinar se aquele concorrente seria vencedor e adjudicatário no procedimento e que também não era possível atender à indemnização dos gastos na preparação do concurso), assim estabeleu os seguintes critérios: "a) O número de concorrentes que chegaram à fase final de apreciação, por isso, todos com a possibilidade abstractamente considerada de terem podido vencer; b) O pouco relevo do posicionamento obtido na graduação que precedeu o acto anulado, exactamente porque, tendo havido anulação do acto por razões formais, a execução, a ter sido possível, tanto poderia ter conduzido à subida da requerente na classificação como à descida; c) O valor da proposta apresentada pela requerente, mais que o valor da proposta vencedora e do que o valor da obra. Em função desse

---

mesmo, sendo-lhe adjudicada a obra. Mas essa conclusão, como se viu, não se pode tirar." - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de novembro de 2005, Proc. n.º 041321A (disponível em www.dgsi.pt).

[64] RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 215.

[65] RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 216-218.

[66] De forma suscinta, para não nos estendermos ainda mais acerca de uma matéria tão vasta e complexa, no tocante à determinação do *quantum* reparatório do dano da perda de *chance* RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Para tal, torna-se necessária uma dupla avaliação – por um lado, da utilidade económica que seria alcançada com a verificação do resultado final e, por outro lado, da probabilidade de o alcançar. O *quantum* da indemnização corresponderá ao valor daquela utilidade reduzida em proporção a um coeficiente que traduza o grau desta probabilidade." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 229-230.

valor, uma estimativa de benefício (observando-se que não vem contestada directamente uma estimativa de benefício na ordem de 17,68%); d) O tempo decorrido."[67]

Importante atentarmos ainda que a lei só fala expressamente que as causas de não adjudicação que geram essa obrigação de indemnizar à entidade adjudicante são aquelas que constam nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, ou seja, as causas de não adjudicação por circunstâncias imprevistas ou supervenientes (conforme tratamos nos tópicos 1.2.1 e 1.2.2). Entretanto, a aplicação da figura da perda de *chance* pode ser utilizada com a finalidade de fundamendar a tutela indemnizatória em outras situações que não estas previstas nestes dispositivos legais.

Contudo, essas situações jamais podem ou devem ser confundidas com os casos de preterição ilícita de candidatos ou mesmo de revogação ilícita do procedimento, já que nestes casos, entendemos que poderá haver uma indemnização pelo interesse contratual positivo e não apenas pelo interesse contratual negativo[68], uma vez que a contratação seria "devida" ou teria sido celebrada se não tivesse ocorrido a revogação ilícita do procedimento ou se o concorrente lesado não tivesse sido ilicitamente preterido na adjudicação e na respectiva contratação.[69]

---

[67] Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de novembro de 2005, Proc. n.º 041321A (disponível em www.dgsi.pt).

[68] Embora este entendimento não seja o que vem prevalecendo nos tribunais portugueses – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de junho de 2013, Proc. n.º 01360/12 (disponível em www.dgsi.pt) - "Não tem sido essa, porém, a jurisprudência largamente maioritária deste Supremo Tribunal. Com efeito, não ignorando que a prática culposa do acto ilícito faz incorrer o lesante no dever de indemnizar todos os danos daí decorrentes, este Supremo Tribunal tem entendido que os danos resultantes da violação das normas concursais ocorrida previamente à celebração do contrato obrigam apenas à reparação do interesse contratual negativo, isto é, dos danos decorrentes da frustração das expectativas de conclusão do negócio, dano de confiança, excluindo, por isso, a reparação do interesse positivo que a celebração de um contrato válido poderiam trazer à outra parte. Ou seja, vem sendo entendido que, por esta via, não poderão ser ressarcidos os lucros que o lesado porventura obteria se o facto ilícito não fosse praticado e o contrato fosse validamente celebrado. Para tanto são invocados dois fundamentos essenciais; por um lado, tratar-se de uma situação onde o valor a proteger é o da confiança pelo que só deverão ser ressarcidos os prejuízos resultantes da violação da frustração ilícita do direito ao contrato e, por outro, considerar-se ser esse o único e verdadeiro dano que atinge o lesado já que "este continua a poder celebrar outros contratos, com a sua capacidade negocial apta a obter o lucro que obteria com a celebração do negócio frustrado. A detenção da capacidade de obter o lucro (noutros negócios) é que determina, em termos de razoabilidade e justiça, que - em regra o dano negativo não compreenda o "lucro esperado" naquele contrato." (Acórdão de 23/09/2003 (rec. 1527/02).). Se assim é, isto é, se o lesado continua com a sua capacidade negocial intacta e, por essa razão, pode alcançar noutros negócios os benefícios que poderia ter obtido com o negócio frustrado não haverá que indemnizá-lo pelo interesse contratual positivo, atenta a inexistência de danos que nessa vertente pudessem ser quantificados e merecer protecção jurídica. Por isso, mais não fora, por força do disposto no artº 8.º/4 do CC, cumpre respeitar essa jurisprudência. Mas, pode ainda acrescentar-se que nesse sentido converge o que se dispõe no art.º 102.º/5 e 6 do Código dos Contratos Públicos onde se lê que se a entidade adjudicante decidir não outorgar o contrato por razões que só a ela devem ser imputadas o lesado pode apenas exigir judicialmente a celebração do contrato e reclamar indemnização por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação de caução. Ou seja, a citada norma, em coerência com o que também se estatui no art.º 79.º/4 do mesmo diploma, limita o ressarcimento dos danos causados pela violação ilícita do direito à celebração do contrato às despesas tidas com a elaboração da proposta e com a prestação de caução."

[69] No primeiro caso haverá a perda da possibilidade/chance de ser adjudicatário, no segundo haverá a perda do próprio resultado final, ou seja, da celebração contratual. Diferenciando as situações, nas ilustres palavras de RUTE

Além disso, como bem lembra-nos Rui Cardona Ferreira ao tratar da evolução da tutela *primária* dos concorrentes em procedimentos pré-contratuais que não foi acompanhada pela tutela *secundária,* ou *ressarcitória*: "…se compulsarmos a jurisprudência dos tribunais superiores da nossa jurisdição administrativa, facilmente se constata que esta tendência não foi acompanhada por um reforço consistente da tutela secundária, ou ressarcitória, dos concorrentes ilicitamente preteridos em procedimentos pré-contratuais. Esta discrepância é, aliás, bem evidente na escassez de decisões que tenham condenado as entidades adjudicantes no ressarcimento do interesse contratual positivo e, em especial, dos lucros cessantes que poderiam ter advindo para o concorrente preterido da regular execução do contrato objeto do procedimento."[70]

São situações distintas porque em um caso existe legalidade na atuação administrativa e noutro há ilegalidade, sendo então indemnizações diferentes na sua gênese e que, portanto, não se confundem e não merecem o mesmo tratamento jurisprudencial no nosso entender, mas que nem por isso deixaram de ser objeto de divergência jurisprudencial nos tribunais portugueses.

Exemplificando essa divergência, em relação à responsabilidade por atos ilícitos administrativos destacamos a importante decisão do STA que consta no Acórdão do dia 08 de fevereiro de 2011 no julgamento de uma ação de responsabilidade civil motivada pela anulação do ato de adjudicação em determinado procedimento pré-contratual para a celebração de um contrato de empreitada de obra pública. O Acórdão revogou a decisão do TAF de Lisboa que calculou a indemnização tendo em consideração que a requerente havia provado que seria adjudicatária não fosse a ilegalidade cometida no concurso (a entidade adjudicante não incluiu elementos subjetivos nos fatores de avaliação das propostas), assim, o valor ressarcitório estimado pelo TAF levou em consideração os lucros cessantes da requerente.

O STA fundamentou sua decisão considerando que a entidade administrativa poderia lançar novo procedimento, sanando a omissão verificada anteriormente, o que poderia levar outra empresa a ser adjudicatária. Ou seja, deu por não provada a certeza de que a requerente

TEIXEIRA PEDRO "De facto, uma coisa é o prejuízo decorrente da perda de uma situação intermediária (por exemplo, da frustração da possibilidade de ganhar o prémio), outra diferente é o prejuízo decorrente do malogro do efeito final esperado (no mesmo exemplo, a perda do próprio prémio)." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 221.

[70] RUI CARDONA FERREIRA, **A responsabilidade das entidades adjudicantes**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 97 (2013), Pág. 11.

seria adjudicatária naquele concurso e estimou a indemnização segundo juízo equitativo, desconsiderando os lucros cessantes diferentemente do que havia feito o TAF de Lisboa[71].

Essa posição não é, por sua vez, uniforme na jurisprudência portuguesa. O TCA Sul e o TCA Norte, por exemplo, detêm decisões nas quais garantem uma indemnização pelo interesse contratual positivo.

O TCA Sul fundamentou que "VI. Apurando-se, mediante um juízo de prognose póstuma, que em execução de sentença a proposta da exequente seria aquela que deveria ter sido adjudicada, atento o critério do mais baixo preço que a sua respetiva proposta apresenta, existe mais do que uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato, por estarmos perante uma "posição de resultado garantido", em que não existe "comportamento alternativo lícito", onde é possível assegurar que a exequente teria realmente vencido o concurso. VII. Neste caso, a possibilidade de a exequente ganhar o concurso não está envolta de qualquer álea ou discricionariedade da entidade adjudicante, pelo que, não constitui um facto imprevisível, nem sequer uma mera expectativa da exequente, sendo a indemnização devida, consequência de o lesado ficar privado da posição em que a Administração o deveria colocar, não fosse a existência de causa legítima de inexecução. VIII. Apurando-se que a adjudicação ocorreria a favor da exequente, impõe-se fixar a indemnização, como correspondente ao valor da perda patrimonial suportada com a inexecução da sentença, que no caso, decorrerá do valor do bem/objeto/direito que não é possível obter, como consequência direta e necessária da execução já não ser possível, isto é, pelos lucros cessantes decorrentes do facto da inexecução, equivalente ao lucro que a exequente deixou de receber pelo facto do incumprimento da sentença. IX. Ao valor do lucro que obteria em consequência da adjudicação, deve deduzir-se o valor das despesas com a elaboração da proposta, pois que este custo, além de não ser consequência direta e necessária da inexecução, é condição para que a concorrente se apresente a concurso, almejando o benefício pretendido, de ser graduada em 1º lugar, de lhe ser efetuada a adjudicação e de celebrar o respetivo contrato, integrando os custos normais da participação

[71] Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 08 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 0891/10 (disponível em www.dgsi.pt) - "I - Anulada a adjudicação de empreitada por na fase de análise das propostas se terem considerado critérios que não podiam ser considerados, e verificando-se, ainda, que não se havia realizado a fase autónoma de selecção qualitativa dos candidatos, haveria que retomar o procedimento concursal superando as ilegalidades detectadas; II - Esse procedimento, com múltiplos concorrentes, haveria de finalizar com nova adjudicação, não sendo possível um juízo de prognose sobre quem seria o adjudicatário; III - Se não é já possível retomar o procedimento por a empreitada se mostrar totalmente executada, o concorrente que obteve a anulação tem direito a uma compensação pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença anulatória lhe teria proporcionado." – uma indemnização pela perda de *chance*, fundamentada na inexecução lícita de sentença anulatória.

num concurso, que são comuns a todos os concorrentes, podendo ser consideradas como despesas próprias do risco de quem quer tentar a sua sorte num concurso, não se englobando quaisquer outros prejuízos que a prática do ato ilegal, anulado judicialmente, tenha causado na sua esfera jurídica."[72]

Por sua vez, o TCA Norte decidiu no mesmo sentido que "(…) em consonância com a jurisprudência comunitária a obrigação de reparação indemnizatória terá a mesma medida do prejuízo e deve o montante da indemnização ter por objecto reconstituir, na medida do possível, o património da vítima, na certeza de que tal jurisprudência aceitando a distinção dano emergente/lucro cessante vem admitindo, por princípio, que ambos são susceptíveis de reparação indemnizatória. XV . Demonstrado pelo lesado o nexo de causalidade entre a adjudicação ilícita/ilegal e o prejuízo relacionado com o lucro que o mesmo obteria com a execução/outorga do contrato julga-se assistir ao mesmo o direito a ser indemnizado pela quantia peticionada aquele título e referente ao benefício económico que para o mesmo derivaria da adjudicação e execução do contrato"[73]

Podemos concluir, após a breve análise supra, que a não uniformização da jurisprudência portuguesa no tocante à responsabilidade das entidades adjudicantes, demonstra uma incerteza quanto ao tema, revelando ainda um certo grau de lacuna legislativa, que merece e deverá ser preenchida por meio de um juízo axiológico interpretativo, de forma que prosperem decisões mais justas, equitativas e uniformes, que garantam o mínimo de segurança jurídica aos concorrentes e demonstrem o real valor das normas nos casos concretos.

3.2. Aplicabilidade dos princípios da responsabilidade e da boa administração à tutela indemnizatória dos concorrentes lesados pela decisão de não adjudicação

A responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas assenta sua base em preceito constitucional, especificamente no art. 22.º da CRP, estabelecendo a responsabilidade civil solidária do Estado, das entidades públicas e dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes "…por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem."

[72] Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22 de março de 2012, Proc. n.º 07045/10 (disponível em www.dgsi.pt)
[73] Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 04 de novembro de 2011, Proc. n.º 00213/06.1BELLE (disponível em www.dgsi.pt)

Por sua vez, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas coletivas de direito público aplicável no âmbito do exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa.

Merece nosso destaque o disposto no n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que determina a responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público nos casos de ações ou omissões ilícitas cometidas com "culpa leve" e determina a concessão de indemnização "às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário."

Segundo Rui Cardona Ferreira "No que se refere à responsabilidade civil das entidades adjudicantes por facto ilícito, o ponto de partida, no plano do Direito positivo, é dado, pois, pelo art. 7.º, n.º 2, do RRCEE."[74] No entanto, quando estamos à tratar de uma decisão de não adjudicação não estaremos diante de um caso de ilegalidade, pois este ato administrativo situa-se dentro das alternativas legais disponíveis à entidade adjudicante, não haverá, desse modo, ilegalidade em não adjudicar um procedimento, pelo menos à princípio não é o que deve haver.

O dispositivo legal destacado caracteriza a violação de norma como ilicitude que preenche, portanto, o pressusposto de responsabilidade extracontratual do Estado. Nesse sentido já entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 31 de janeiro de 2012[75] que "II- Inexistem, portanto, diferenças substancias relativamente aos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil extracontratual em ambos os domínios".

"Nas palavras do emérito administrativista que foi o Prof. Marcello Caetano, relativamente ao Direito Administrativo «quanto aos actos jurídicos, incluindo, portanto, os actos administrativos, consideram-se ilícitos os que «violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis»: quer dizer, a ilicitude coincide com a ilegalidade do acto e apura-se nos termos gerais em que se analisam os respectivos vícios» (M. Caetano, Manual de Direito Administrativo, vol. II, 4ª reimpressão, 1991,pg. 1225). III- Para João Caupers, são pressupostos da obrigação de indemnizar no domínio jurídico-administrativo, acto ilegal (artº 6º do DL 48 051) culpa, prejuízo e nexo de causalidade entre o acto e o prejuízo (J. Caupers, Direito Administrativo, Aequitas Editorial Notícias, 1995, pg. 220). IV- No domínio jurídico-

[74] RUI CARDONA FERREIRA, **A responsabilidade das entidades adjudicantes**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 97 (2013), Pág. 14.
[75] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1840/06.2TJVNF.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

civil, é consabido que ilicitude se define como a violação de um dever jurídico, podendo, nos termos do artº 483º do C.Civil, assumir as formas de violação do direito de outrem e da violação da lei que protege interesses alheios. Porém, como ensinou Antunes Varela, ilicitude e violação de um direito de outrem «não constituem expressões sinónimas, sendo esta violação apenas uma das formas que a ilicitude pode revestir», (A. Varela, Das Obrigações em Geral, I, 10ª edição, pg. 542).”[76]

Além da base legislativa mais genérica que falamos e que estabelece e regulamenta a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das entidades públicas, no específico âmbito administrativo, o princípio da responsabilidade incluído no CPA com a sua última alteração, previsto expressamente no seu art.16.º, representa uma novidade que vem complementar o que já falamos, estabelecendo que “A Administração Pública responde, nos termos da lei, pelos danos causados no exercício da sua atividade.”

A importância deste princípio no âmbito das contratações públicas, se dá sobretudo com a conciliação deste com outro princípio, também considerado dentro da qualificação “novos princípios administrativos”[77], - o princípio da boa administração[78] -, previsto, por sua vez, no art. 5.º do CPA, segundo o qual a Administração Pública deve guiar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade, devendo ser organizada para aproximar os serviços da população de forma desburocratizada.

Conforme entende João Pacheco de Amorim, “o que agora se pretende consagrar enquanto acervo de verdadeiros e imediatos padrões de conduta no n.º 1 do art. 5.º (sob a genérica epígrafe de «Princípio da boa administração») são os critérios de *eficiência, economicidade e celeridade,* erigindo-se no n.º 2, como prévia condição da respectiva

---

[76] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1840/06.2TJVNF.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

[77] No sentido não tão inovador do princípio da boa administração inserido com a última alteração do CPA, SOPHIE PEREZ FERNANDEZ - **A boa administração nas ‘calhas de roda’ dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – ‘Gira, a entreter a razão’…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Pág. 110. - “Anunciado preambularmente como a primeira das “inovações significativas” introduzidas em matéria de princípios gerais da atividade administrativa, o art. 5.º CPA não é, contudo, em razão do seu conteúdo, particularmente inovador: sem prejuízo da “inversão de termos” que procede em comparação com o seu antecessor, o art. 5.º CPA inscreve-se numa linha de continuidade em relação ao art. 10.º do CPA de 1991, para além de acolher os princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços das populações e da desburocratização, como, aliás, confessa o próprio preâmbulo.”

[78] Conforme defende JOÃO PACHECO DE AMORIM, “poderá o princípio da boa administração funcionar também como fator de consolidação e reforço de outros princípios afins e confinantes, como o (já citado) da responsabilidade, os da proporcionalidade, justiça e razoabilidade, o da administração eletrónica, etc.” - **Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 100 (2013). Pág. 19.

efetividade, uma organização desburocratizada da Administração propiciadora da necessária aproximação dos serviços à população."[79]

Por eficiência[80] deve-se entender que a Administração tem o dever de perseguir e atingir os resultados esperados na busca de satisfazer o interesse público, com a maior qualidade possível, cometendo nenhum ou o mínimo de erros possíveis, adequando os meios utilizados aos fins visados, evitando desperdicíos. Este conceito também não admite medidas inúteis ou impertinentes por parte da Administração, porque estas não atenderiam aos critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade.

Estes critérios legalmente estabelecidos para que a Administração desempenhe uma boa administração encontram-se intrisicamente relacionados, dessa forma, o critério seguinte da economicidade impõe que a Administração atue de modo consciente e responsável no gasto do dinheiro dos contribuintes, não se tolerando que a Administração atue desperdiçando tempo, dinheiro ou energia, com atuações inúteis ou protelatórias, assim, deverá sempre atuar com a máxima qualidade e ao mesmo passo utilizando o mínimo de recursos possíveis.

A busca pela eficiência impõe também que a Administração atue com celeridade, porque uma atuação que se prolonga pelo tempo além do razoavelmente esperado e tolerado, nunca alcançará a eficiência administrativa exigida e esperada. Uma atuação tardia, demorada ou protelatória acaba ou poderá acabar sendo considerada inútil e desnecessária ao final, não atingirá os objetivos aos quais se destinava, justamente por ter demorado mais tempo do que era razoavelmente aguardado.

Dessa forma, através da conjunção destes dois princípios, os quais possuem aplicação imediata, podemos concluir que a Administração pode assumir uma responsabilidade por um dano que tenha gerado, e se antecipar ao pagamento deste, não sendo necessário que para isso, os administrados litiguem judicialmente para garantir esse direito.

Por meio desta solução, a Administração, na desburocratização das situações de responsabilização, poderá, por exemplo, fixar no próprio ato administrativo uma quantia a título indemnizatório pelos prejuízos que comprovadamente tenha gerado decorrentes dessa atuação.

---

[79] JOÃO PACHECO DE AMORIM, **Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 100 (2013). Pág. 18.

[80] Em relação ao critério da eficiência SOPHIE PEREZ FERNANDEZ prelecionou que "O legislador de 2015 optou por, na esteira da tradição jurídica portuguesa, associar a boa administração à eficiência administrativa" - **A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Pág. 110.

Esta solução garantirá o atendimento dos critérios de economicidade, eficiência e celeridade estabelecidos pela lei quanto ao princípio da boa administração.

Sophie Perez Fernandez sobre a boa administração com maestria diz que "Com ela pretende-se, em última análise, desconstruir a imagem de uma Administração burocrática, distante, inacessível e rígida, e fomentar práticas que suportem uma Administração fiável, aberta, transparente e responsável suscetível de criar/inspirar um clima de confiança e credibilidade no exercício da função administrativa."[81]

Inclusive, essa solução pode ser adotada nos casos em que a entidade adjudicante decida não adjudicar um procedimento, alegando uma das causas previstas nas alíneas c) e d) do n.º1 do art. 79.º do CCP, e nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, fixando, desde logo (na mesma decisão), uma quantia correspondente aos encargos que comprovadamente tenham incorrido os concorrentes com a preparação das suas propostas a título indemnizatório, não incluindo, por sua vez, os concorrentes que tiveram suas propostas excluídas do procedimento.

Com essa medida será viabilizada uma maior desburocratização e aproximação dos serviços à população, uma vez que os concorrentes lesados pela decisão de não adjudicação não terão que recorrer aos tribunais administrativos para obter uma indemnização que já era de plano prevista expressamente na lei (art. 79.º, n.º4 do CCP) e, portanto, devida pela entidade, desde que sejam ao mesmo passo comprovados os encargos incorridos com a proposta por parte do(s) lesado(s).

A Administração pode assumir essa responsabilidade de anti-mão, nos termos destes princípios, não sendo, então, necessário que se delegue aos tribunais a assunção de uma responsabilidade administrativa nestes casos. A solução garantirá uma maior economicidade dos recursos públicos, pois a cada solução administrativamente encontrada e solucionada para os casos de responsabilização haverá um processo judicial a menos e consequentemente menos gastos públicos, garantindo o atendimento do critério de economicidade para fins de cumprimento do dever de boa administração.

A moderna solução merecerá, entrentanto, ser acompanhada progressivamente – não obstante a natural dificuldade que existirá nesta tarefa – em sede administrativa nos futuros procedimentos pré-contratuais ou em outros procedimentos nos quais a entidade administrativa assuma sua responsabilidade e fixe uma quantia a título indemnizatório. Porque a

[81] SOPHIE PEREZ FERNANDEZ - **A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Pág. 113.

desburocratização não é, e nunca será, um evento rápido e isolado que ocorrerá da noite para o dia, mas sim e por sua vez um processo lento e progressivo que exigirá a mudança de anteriores rotinas e culturas organizacionais, tidas como certas, definitivas e estanques pelos ocupantes de funções públicas, responsavéis pela atividade administrativa.

A solução proposta parece-nos ser a mais justa e moderna, e a que atende melhor e com maior grau diversos princípios administrativos, sobretudo, os tradicionais princípios da boa-fé nas relações administrativas, assim como os "novos princípios administrativos" tratados neste tópico, viabilizando, ainda, uma maior desburocratização administrativa, além de permitir uma maior economia de todo o aparato público, uma vez que mais ações judicias geram maiores gastos públicos, sendo por vezes evitáveis com soluções desburocratizantes como a que aqui propussemos.

Passaremos agora, na parte II do presente trabalho, a analisar o ordenamento brasileiro, estudaremos quais efeitos e quais soluções são adotadas pelas entidades administrativas brasileiras nos casos em que um procedimento licitatório não chega ao fim e nenhum concorrente, por sua vez, se torna adjudicatário. Para isso, iremos utilizar terminologias próprias do ordenamento brasileiro como, por exemplo, "procedimento licitatório", que em termos comparativos equivale ao procedimento pré-contratual no ordenamento português, entre outras terminologias que explicaremos seu sentido e equivalência no decorrer da segunda parte desta pesquisa.

PARTE II – POSTERIORMENTE, O ORDENAMENTO BRASILEIRO

1. Hipóteses legais para não adjudicar – anulação ou revogação da licitação

No ordenamento brasileiro os procedimentos licitatórios, ou simplesmente, "licitações" viabilizam a escolha de quem será o cocontratante em determinado contrato administrativo que irá ser celebrado *a posteriori* (ou outro instrumento equivalente ao contrato).

No Brasil, a lei geral que trata das licitações e dos contratos administrativos é a Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, sendo esta uma legislação que sofreu algumas modificações ao longo das suas mais de duas décadas de vigência, mas que permaneceu com a sua base primária quase inalterada. Além desta lei basilar, coexistem também outras legislações esparsas no ordenamento brasileiro que tratam desta matéria específica das licitações, algumas inclusive estabelecem outras modalidades licitatórias, para além das modalidades tradicionais previstas na lei geral[82].

As normas brasileiras que regulamentam e tratam das licitações ou dos contratos administrativos não foram, até o presente momento, objeto de um processo de codificação como já ocorreu em Portugal com o CCP. Neste sentido as questões relacionadas às licitações, por vezes, não detêm muita precisão em termos de texto legal e também em termos jurisprudenciais, mas possuem extensa base doutrinária, entretanto esta se apresenta imprecisa em diversos temas, por haver grande divergência entre as opiniões exaradas pelos doutrinadores.

As licitações podem ser concluídas com sucesso ou por vezes podem não chegar ao final ao qual pretendiam, ou ainda, quando chegam ao fim, podem não vir a serem celebrados os contratos que dali adviriam. Não obstante, o curso normal de um procedimento licitatório será finalizado com o ato administrativo de "resultado final"[83], cujo conteúdo será a declaração pela Comissão de Licitação[84] de que o certame chegou ao fim e a anunciação de quem foi o vencedor da licitação, ou seja, aquele que apresentou uma proposta e obteve a melhor classificação entre todos os participantes. Este ato de resultado final integra o procedimento licitatório e, por sua

[82] Entre as legislações esparsas podemos citar a Lei n.º 10.520 de 17 de julho de 2002 – que institui a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns; o Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005 – que regulamenta o pregão, na forma eletrônica; a Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011- que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; entre tantas outras.

[83] Entretanto, alguns autores entendem que o ato final de um procedimento licitatório é o ato de adjudicação, entre eles MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 518 - "A adjudicação é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento."

[84] Nos termos do art. 6.º, XVI, da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, considera-se "Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes."

vez, não se confunde com o "ato de adjudicação"[85]. Este último será um ato de competência da autoridade superior responsável também pelo "ato de homologação", que é geralmente a mesma autoridade ordenadora de despesas da entidade licitante.

O principal efeito do ato de resultado final será tornar determinado licitante vencedor e conferir a titularidade a este do direito de preferência no caso da celebração futura do contrato objeto da licitação, em resumo, garantirá àquele(s) vencedor(es) o direito de não ser(em) preterido(s) na ordem de classificação de determinado certame licitatório. Atentando-se que este ato de resultado final não garantirá ao vencedor o direito à celebração do contrato, mas apenas o direito subjetivo de preferência[86] no caso dessa contratação ser efetivamente realizada futuramente.

Falamos supra que o ato de adjudicação é distinto do ato de resultado final, porque o primeiro será de competência da autoridade superior (geralmente ordenadora de despesas e também responsável pela decisão de contratar ou não contratar) enquanto o segundo ato será de competência da Comissão de Licitação e integrará o próprio procedimento licitatório.

Embora essa posição não seja totalmente uniforme na doutrina, entendemos que a lei geral de licitações consolida esse entendimento, já que não incluiu a competência para adjudicar entre àquelas que são as competências da Comissão de Licitação, nos termos do art. 6.º, XVI, da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, e, por sua vez, determinou em dispositivo seguinte que este ato de adjudicação seria função da autoridade competente para homologar a licitação, nos termos do art. 43.º, VI, da mesma lei.[87]

Dessa forma, após o regular curso do procedimento licitatório, a Comissão de Licitação encaminhará o processo para a autoridade superior competente para que, então, seja realizada a aprovação do procedimento por àquela. Neste momento será verificada a legalidade do trâmite procedimental licitatório além de serem verificadas a conveniência e oportunidade na homologação e adjudicação do mesmo, verificando se existe alguma razão de interesse público superveniente que fundamente suficientemente uma decisão de revogação, por exemplo.

Aferida a ocorrência de alguma ilegalidade no procedimento, a autoridade competente deverá, em regra, anular o procedimento (não havendo, então, um ato de adjudicação em relação

[85] Conforme entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 300.
[86] No que diz respeito ao direito subjetivo de preferência interessa-nos a previsão do art. 50.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, no sentido de que "a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade".
[87] Convalidando esse entendimento, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 302.

ao vencedor da licitação), ou se houver, por sua vez, alguma razão de interesse público que decorra de facto superveniente, e este seja ainda pertinente e suficiente para justificar, a autoridade poderá revogar a licitação (cfr. art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993), com um ato expresso que motive esta decisão, existindo nestes casos um especial dever de fundamentação[88].

Diferentemente do que ocorre no ordenamento português, não há, no ordenamento brasileiro, um elenco legal exemplificativo das situações mais comuns que levem a entidade licitante a tomar a decisão de não adjudicação. Essa decisão, no Brasil, será consequência do ato de homologação. Desse modo, quando ocorrer a homologação do procedimento ocorrerá também à adjudicação ao licitante vencedor.

No entanto, se a autoridade competente decidir pela revogação ou se declarar a anulação do procedimento, num caso ou no outro, não haverá uma decisão de adjudicação porque o procedimento foi desfeito por ter sido anulado ou revogado, e outro certame deverá ser realizado, posteriormente, sem as ilegalidades verificadas, ou será realizado um novo certame de maneira diversa (alterando-se o objeto ou a modalidade licitatória) ou até mesmo pode não ser realizado novo procedimento, nos casos em que não exista mais interesse público naquela contratação.

Dessa forma, a autoridade competente para homologar e adjudicar o procedimento licitatório após recebimento do processo terá que tomar uma entre as seguintes decisões: i. Se verificar que ocorreram irregularidades ou vícios sanáveis no processo[89], deve devolver os autos à Comissão de Licitação (ou à pessoa responsável pela condução da licitação) para que as irregularidades ou vícios sejam supridos, ou corrigidos; ii. Se verificar alguma ilegalidade que não seja sanável, deve anular o procedimento no todo ou na parte em que não seja sanável (repetindo-se a licitação ou, nos casos de anulação parcial, repetindo-se o ato viciado e os atos posteriores que foram contaminados pela anulação); iii. Poderá determinar a revogação da

[88] Nos termos do art. 50.º, VIII da Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, segundo o qual "Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (…) VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo."

[89] Segundo o TCU no ACÓRDÃO N.º 701/2007 – Plenário – Rel. Min. Benjamim Zymler – "3. Atos administrativos contendo defeitos sanáveis que não tenham acarretado lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros poderão ser convalidados pela Administração. (...) 16. Nesse sentido, a Lei no 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê em seu art. 55 que: "art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". 17. Destarte, a norma condiciona a convalidação de atos administrativos à inexistência de lesão ao interesse público e a terceiros. Entendo pertinente também, ao caso concreto, a observância do princípio da boa-fé para a preservação dos efeitos do ato administrativo em tela." (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

licitação por razões de interesse público, observados o preenchimento dos requisitos do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993; iv. Se o procedimento licitatório tiver seguido o rito legal e não for verificada nenhuma ilegalidade, deverá homologar a licitação e posteriormente adjudicar a proposta vencedora do certame.

No que refere-se à homologação do certame, pontuamos que esta antecederá, em regra, a adjudicação e terá natureza de ato administrativo de confirmação[90], porque no uso do poder hierárquico, a autoridade superior competente confirmará a validade e legalidade do procedimento licitatório, assim como confirmará/reiterará o interesse público na execução da obra ou serviço, ou na respectiva contratação.

Além disso, devemos ter em vista que a revogação ou anulação do procedimento licitatório poderá ocorrer nos mais diversos momentos e não apenas quando a Comissão de Licitação tenha encerrado o certame e encaminhado o processo para a autoridade superior decidir quanto à homologação e posterior adjudicação.

Entre os momentos nos quais pode ocorrer uma decisão de revogação ou anulação podemos citar, exemplificadamente: i. o momento anterior ao ato de resultado final do procedimento, por exemplo, quando a Comissão de Licitação solicita à autoridade superior, *ex-officio,* a anulação do procedimento, por ter constatado alguma ilegalidade insanável no processo; ii. O momento anterior à abertura das propostas; iii. Após o envio do procedimento à autoridade superior para homologação e adjudicação; ou ainda iv. Após a celebração do contrato, quando, a ilegalidade só é notada nesta altura, induzindo também à anulação do próprio contrato, nos termos do parágrafo 2.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993.

Nestes termos, na medida em que a anulação ou revogação ocorra num, ou noutro momento advirão consequências distintas para a entidade administrativa responsável pela condução da licitação e pela futura celebração do contrato administrativo.

Por conseguinte, o momento em que ocorrer a anulação ou a revogação influenciará nos efeitos e consequências para a entidade administrativa e para os licitantes, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade civil da entidade e das respectivas indemnizações que podem vir a existir.

Para melhor compreensão do exposto, analisaremos estes aspectos nos próximos tópicos 2 e 3 desta parte II do trabalho, sobretudo quando a anulação ou revogação ocorrerem antes da

[90] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 302.

celebração contratual e após a ato de resultado final da Comissão de Licitação (ou do servidor responsável pela condução do procedimento, nos casos da modalidade Pregão Presencial ou Eletrônico[91]).

1.1. O caso da participação de apenas um licitante e a possibilidade de revogação da licitação

Antes de passarmos ao tópico 2 desta parte, falaremos brevemente, no que se refere às causas nas quais as licitações podem não ser concluídas, não serem finalizadas como o esperado, sobre o entendimento que existe na doutrina e jurisprudência brasileira de que seria exigível um número mínimo de participantes nos procedimentos licitatórios, não admitindo, desse modo, que um procedimento fosse concluído quando houvesse sido apresentada uma única proposta ou quando, ao final do prazo para apresentação de propostas, tivesse restado apenas uma proposta apta, tendo sido as demais desclassificadas.[92]

---

[91] Em relação à modalidade Pregão, a licitação será conduzida por um servidor nomeado como pregoeiro, com o auxílio de uma equipe de apoio. A Lei n.º 10.520 de 17 de julho de 2002 instituiu uma modalidade licitatória mais simplificada em relação às modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), na qual entre as principais diferenças procedimentais encontra-se a inversão das fases de habilitação e abertura das propostas, já que no Pregão ocorrerá primeiro a análise das propostas apresentadas para só então serem analisados os documentos de habilitação do concorrente que apresentou a melhor proposta, enquanto que nas licitações tradicionais essa fase é invertida, ou seja, primeiro analisam-se os documentos de habilitação de todos os concorrentes participantes para só depois serem analisadas as propostas apresentadas pelos licitantes devidamente habilitados e não excluídos do certame. Outra diferença entre estas modalidades será ainda a competência expressamente atribuída pela lei ao pregoeiro de proceder a adjudicação do objeto ao licitante vencedor, nos termos do inciso IV do art. 3.º desta lei, segundo o qual "a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e **a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor**." Configurando-se outra diferença em relação ao que acabamos de ver, já que o ato de adjudicação não será competência da autoridade superior e antecederá à própria homologação, por isso alguns autores entendem que essa adjudicação operada pelo progoeiro seria apenas uma proposta à autoridade superior e que dependerá para a produção de efeitos que o certame seja homologado. Nesse sentido entende MARÇAL JUSTEN FILHO - "Aqueles que adotam entendimento diverso são constrangidos a reconhecer que a adjudicação, praticada pela comissão de licitação, não produz efeitos enquanto não houver a homologação, e será desfeita em caso de anulação ou revogação pela autoridade superior. Em última análise, para os que adotam esse entendimento, a adjudicação praticada pela autoridade inferior é apenas uma "proposta" à autoridade superior, devendo reputar-se que a homologação contempla, implicitamente, uma adjudicação subsequente." - **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 580-581.

[92] Entendendo de modo diverso, no sentido de não ser admitido, no ordenamento brasileiro, exigir-se um número mínimo de participantes para conclusão dos procedimentos licitatórios, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 301, fundamentando que "(...) a lei em nenhum momento exigiu número mínimo de interessados para participação e julgamento; só exigiu para a convocação. Depois, porque a revogação do certame ofenderia o princípio da economicidade e da eficiência, já que implicaria maior demora e maiores gastos com outra licitação. Por último, não teria cabimento descartar justamente o único licitante que se interessou em participar da disputa, ou que foi devidamente habilitado por cumprir as exigências legais; a ser assim, estar-se-ia beneficiando os desinteressados ou inabilitados em desfavor do único que se interessou, ou que foi aprovado na fase de habilitação."

Sob este ponto, pende um aparente conflito de princípios, entre os quais, de um lado encontram-se os princípios da competitividade/concorrência e o da seleção da proposta mais vantajosa, já que a exigência de um número mínimo de participantes garantiria, em tese, que ocorreria uma real disputa/competição na licitação e uma efetiva concorrência entre os licitantes, tendo por consequência a garantia de preços mais atrativos para a entidade licitante e a seleção de uma proposta verdadeiramente mais vantajosa entre as que foram apresentadas.

Por sua vez, do outro lado deste conflito aparente de princípios estariam os princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência, segundo fundamenta José dos Santos Carvalho Filho[93], tal exigência além de não constar na lei, sendo apenas uma criação doutrinária, a revogação do procedimento licitatório por esse motivo implicaria na realização de uma nova licitação e, consequentemente, de novos custos com esta (porque o interesse público em contratar aquele objeto permaneceria inalterado) sem, contudo, garantir-se que, numa próxima licitação, surgiriam efetivamente novos interessados em participar do certame, de forma que fosse com certeza existir uma concorrência efetiva no segundo certame. Esse trâmite prejudicaria, ainda, a celeridade dos procedimentos administrativos, já que um novo procedimento licitatório implicaria sempre numa maior demora na seleção do cocontratante, prejudicando a própria eficiência administrativa, a economicidade e a celeridade, prejudicando ainda o cumprimento do dever de boa administração.

Em relação a essa divergência doutrinal, mas agora por sua vez em sede jurisprudencial, os tribunais brasileiros não têm se mostrado uniformes, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região[94] decidiu pela possibilidade de revogação de procedimento licitatório em andamento, em fase de abertura de propostas, por razões de interesse público decorrente de facto superveniente devidamente comprovado, num caso específico onde apenas foi apresentada uma proposta por um licitante "com péssima reputação em contratação anterior (multas e advertências)". Fundamentando, ainda, que "a participação exclusiva de um só licitante poderia frustrar o princípio da competitividade" e consequentemente atingiria o interesse público em último plano, permitindo a revogação da licitação por essa razão.[95]

---

[93] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 301.

[94] Tribunal Regional Federal da 2ª Região (AMS 5931-6, 8a T., Rel. Des. Raudênio Costa, publ. 7.4.2008).

[95] Além desta decisão, outro importante precedente, embora mais antigo, é o que consta no julgamento do Superior Tribunal de Justiça - REsp 46.179/MG, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 01/12/1997, DJ 11/05/1998, p. 64 – "Administrativo. Licitação. Apenas um candidato em condições de participar. Revogação pela administração: possibilidade, pois o interesse publico recomenda que mais de um candidato participe efetivamente da licitação. Recurso não conhecido."

O próprio Superior Tribunal de Justiça é controverso nesta questão, havendo decisões nos dois sentidos, por exemplo, já decidiu pela falta de competitividade quando participaram apenas duas empresas em determinado certame, fundamentando que a "falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido."[96] Em outro caso, decidiu também que "a participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis."[97] Entretanto, de maneira diversa decidiu que "Não há óbice legal a continuação de certame licitatório quando reste habilitado apenas um dos licitantes, desde que cumprido o rito procedimental da licitação."[98]

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União[99] tem entendido no sentido de que a presença de um único participante no certame ou de uma única proposta habilitada não é motivo suficiente que impeça a conclusão da licitação, entre suas decisões destacamos os seguintes entendimentos exarados: "A licitação procedida pelo TRT/PB para aquisição de veículo não pode ser tida como viciada consoante entendeu esta Corte de Contas. As especificações técnicas do veículo definidas no edital da competição por aquele órgão, mesmo tendo restringido o universo de concorrentes, deu ensejo a que mais de um competidor acorresse ao chamamento público. Se apenas uma empresa apresentou proposta, dentro do preço de mercado aceito, isto não significa direcionamento do certame."[100] ; em outro acórdão decidiu também que "no que se refere especificamente à questão do comparecimento de apenas uma empresa quando da realização de licitações na modalidade pregão, entendemos que, de fato, não há impedimento na legislação para que seja concluído o certame, a menos que tal situação tenha decorrido de exigências restritivas à competição(...)"[101]; Em relação à prejudicialidade da competitividade do certame afirmou que "Considerando-se que a apresentação de somente um licitante

[96] STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 23402 PR 2006/0271080-4 T2 - Segunda Turma. DJ 02/04/2008, Rel. Min. Eliana Calmon.
[97] STJ, RMS 23.360/PR, Primeira Turma, DJ 17.12.2008, Rel. Min. Denise Arruda.
[98] STJ, RMS 19662 - SP 2005/0034194-2, Segunda Turma, DJ 27.3.2006, Rel. Min. Castro Meira.
[99] Nos termos do art. 71.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Tribunal de Contas da União auxilia o Congresso Nacional no controle externo.
[100] ACÓRDÃO Nº 145/2002 - TCU – Plenário, voto do Min. Rel. Adylson Motta (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)
[101] ACÓRDÃO Nº 408/2008 - TCU – PLENÁRIO, voto do Min. Rel. Raimundo Carneiro (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

configura indício, mas não evidência, de que a competitividade da licitação teria restado em alguma proporção prejudicada, realizou-se a ora combatida determinação. Note-se que o Tribunal não entendeu serem tais irregularidades bastantes para a anulação do contrato, nem que o comparecimento de apenas um licitante constitui qualquer tipo de óbice à contratação."[102]

Contudo, o mesmo Tribunal (TCU) entende que a participação de um único licitante, embora não seja o bastante para comprovar que ocorreu direcionamento da licitação é um facto que merece ser analisado no conjunto dos factos processuais, sobretudo em relação à existência ou não de exigências que frustraram o carácter competitivo de determinado certame.[103][104]

Podemos concluir que não existe, quer na doutrina, quer na jurisprudência, uniformidade quanto ao tema, assim, a autoridade superior, a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro, deverão analisar concretamente se a existência de apenas um licitante participante ou de apenas uma proposta apta na licitação conduziria a um prejuízo ao erário, ofendendo a economicidade, se levaria a uma contratação com sobrepreço (com um preço além do que é praticado no mercado), ou se, ao invés disso, a abertura de uma nova licitação naquele caso específico traria maiores prejuízos decorrentes, por exemplo, da morosidade, da ineficiência, etc.

Portanto, diante do conflito aparente de princípios, os mesmos deverão ser confrontados no caso concreto específico para que, então, se decida qual ou quais prevalecem naquele determinado procedimento. A continuação do certame garantirá a efetividade do interesse comum? Ou a sua revogação atenderá melhor este interesse? Como se protegerá aquele licitante de boa-fé que participou do certame sem a existência de outros concorrentes? São algumas das questões que deverão ser respondidas concretamente na decisão que for tomada pela entidade administrativa.

2. Efeitos da "não adjudicação" – anulação ou revogação da licitação

Para compreendermos quais efeitos que uma "não adjudicação" de uma proposta pode ocasionar, em decorrência de uma decisão de anulação ou revogação de um procedimento no caso do ordenamento brasileiro, precisamos entender, antes de tudo, quais direitos ou interesses

[102] ACÓRDÃO Nº 1316/2010 – TCU – 1ª Câmara, voto do Min. Rel. Augusto Nardes (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)
[103] ACÓRDÃO Nº 1847/2018 – TCU – Plenário, voto do Min. Rel. Augusto Nardes (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)
[104] Para maiores desenvolvimentos sobre a participação de apenas um licitante, ANIELLO DOS REIS PARZIALE - **A licitação e a presença de apenas um licitante** in *Revista Trimestral de Direito Público.* Ed. n.º 60. São Paulo: Editora Forúm, p. 209 – 225.

determinados atos administrativos geram na esfera jurídica daqueles licitantes que participaram da licitação, ou mesmo do licitante que foi declarado vencedor de determinado certame.

Conforme supra falamos existem determinados atos administrativos que não se confundem e esta diferança trás consigo determinada importância jurídica, pois, conferem diferenciados direitos ou expectativas juridicamente protegidas na esfera dos licitantes, são estes: o ato de resultado final, o ato de homologação e o ato de adjudicação.

Vimos ainda que o ato de resultado final confere ao licitante declarado vencedor o direito subjetivo de não ser preterido na contratação futura, caso esta venha, efetivamente, a ser celebrada. Desse modo, o licitante declarado vencedor não terá direito à contratação, mas apenas o direito subjetivo de preferência na contratação.

O licitante declarado vencedor tem, portanto, uma mera expectativa de que a contratação irá se realizar, mas se não vier a ocorrer a adjudicação ou a própria contratação, por ter sido revogada ou anulada, o licitante não teria, em regra, direito à indemnização, pois, não houve violação de qualquer direito subjetivo[105], e sim uma mera expectativa de direito, portanto, não indemnizável. Esse entendimento, no entanto, não é inteiramente uniforme, conforme veremos adiante.

Todavia, haverá direito a ser indemnizado àquele licitante declarado vencedor pelo ato de resultado final, caso este seja preterido na contratação, porque neste caso o direito subjetivo de preferência na contratação foi efetivamente violado pela entidade administrativa[106].

O ato administrativo seguinte – homologação da licitação – gerará, na esfera jurídica do licitante que foi declarado vencedor, certos direitos, conforme defende José dos Santos Carvalho Filho, "uma vez homologados o resultado e a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada. Desse modo, é correto considerar-se

[105] Decisão relevante do STF nesse sentido prelecionou o seguinte: "Como se viu, o caso não é de anulação (que suporia vício de invalidez), mas de mera revogação do processo licitatório até então válido, antes da homologação, sem repercussão alguma na esfera jurídica dos concorrentes originais" … "Ora, antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório…"– Agravo de Instrumento 228.554/MG, Primeira Turma, DJ 27.08.2004, Rel. Min. Cezar Peluso.

[106] STJ, REsp 1.153.354/AL, Primeira Turma, DJ 02.06.2014, Rel. Min. Ari Pargendler. - "A discricionariedade da Administração não vai além da decisão de contratar; decidindo pela contratação, a licitação do serviço é de rigor, e o resultado desta é vinculativo. (…) A contratação de terceiro que não participou da concorrência pública realizada representa efetiva burla à licitação. Adjudicado o objeto da licitação (…), o prazo previsto para a execução dos serviços já decorreu (…) - situação em que só o pedido sucessivo de indenização pode ser acolhido. Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento em parte para que o Estado de Alagoas seja condenado a responder pelas perdas e danos causados ao Banco Itaú S/A, abrangentes dos danos emergentes e dos lucros cessantes (…)."

que o vencedor tem inafastável direito à adjudicação e, consequentemente, ao próprio contrato."[107]

Segundo o autor após a homologação do resultado final e do próprio procedimento licitatório a mera expectativa de direito do licitante transforma-se em "direito efetivo à realização do contrato"[108], pouco importando, segundo o autor[109], que já tenha ocorrido a adjudicação ou não (porque este entende que a adjudicação é um ato administrativo vinculado[110] caso tenha sido homologado o procedimento).

Desse modo, caso não seja celebrado o contrato após a homologação do certame, o vencedor da licitação terá direito a ser indemnizado[111] pelos prejuízos ocasionados pela omissão administrativa na celebração do pacto contratual.

Nesse seguimento, mas agora em relação ao ato de adjudicação – que seria um ato administrativo vinculado consequente da homologação – entende Marçal Justen Filho quando fala que "Tradicionalmente, afirmava-se que a adjudicação não atribuía direito ao adjudicatário à contratação, mas apenas constituía o direito de não ser preterido pela Administração Pública. (…) Essa construção doutrinária reflete uma concepção autoritária da atividade administrativa, gerando antes efeitos negativos do que positivos para o ente público."[112] Afirmando por último que esse entendimento tradicional levaria os licitantes a incluirem esse risco (de não ser celebrado o contrato) no custo das suas propostas (ainda que isto ocorra apenas em licitações futuras), indicando por último num maior prejuízo ao erário público.

No entanto, o entendimento de que o ato de adjudicação seria vinculado não é totalmente uniforme, pois, existem ainda os doutrinadores que entendem tradicionalmente que o ato de adjudicação seria um ato discricionário, assim como a própria celebração do contrato, não obstante, tenha ocorrido a regular homologação de determinado procedimento licitatório. Esse

---

[107] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 302.

[108] Uma novidade trazida pelo art. 60.º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias) foi a previsão no sentido de haver direito à própria contratação após regular homologação da licitação – "A homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor."

[109] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**– 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 303.

[110] No mesmo sentido MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 518 "Trata-se de ato vinculado, já que as únicas hipóteses em que a Administração pode deixar de efetuar a adjudicação são as de anulação ou revogação do procedimento, conforme previsto no art. 49 da Lei no 8.666/93."

[111] Discute-se neste aspecto sobre a qualificação dessa indemnização, se seria uma responsabilidade pré-contratual ou extracontratual. Independentemente do entendimento adotado, restará sempre ao licitante vencedor comprovar os prejuízos sofridos decorrentes da não contratação/omissão administrativa.

[112] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 581.

entendimento considera e fundamenta a sua tese numa administração completamente autoritária que não encontra uma base sustentável na atual sociedade democrática e que também não possuí fundamento na atual concepção de administração pública.

Além disso, o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais têm permitido ao direito administrativo introduzir uma marcada dimensão individual, uma maior atenção aos interesses dos indivíduos. Assim, por exemplo, toda a ação individual ou procedimento administrativo tem que contemplar os interesses individuais dos afetados, os seus interesses são considerados como interesses tutelados pelos direitos fundamentais.[113]

Dessa forma, em relação ao ato de adjudicação, como falamos supra, há doutrinados que entendem que seria um ato vinculado[114], e outros que defendem a discricionáriedade deste (entendimento tradicional). Neste aspecto, os que defendem quanto à vinculação tanto do conteúdo quanto da prática do ato de adjudicação, argumentam que não faria sentido homologar uma licitação, confirmando-se o interesse público no objeto da contratação futura para, logo em seguida, não adjudicar por razões de conveniência e oportunidade. Ainda sustentam que caso surjam obstáculos inafastáveis à contratação está não deve ser consumada[115], e de modo contrário, não havendo obstáculos deverá ser celebrado o contrato com o vencedor[116], mas não seria o caso de considerar a adjudicação como uma atividade no âmbito da discricionariedade administrativa. Este é, ao nosso ver, o entendimento mais compatível com a atual concepção da atuação administrativa pública que deve contemplar os interesses individuais dos afetados.

---

[113] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 89. – Embora o autor refira-se ao ordenamento alemão, essa análise é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

[114] Entre os defensores da vinculação do ato de adjudicação: HELY LOPES MEIRELLES "Para Hely Lopes Meirelles, a adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado." Cit. Por CYONIL BORGES e ADRIEL SÁ - **Manual de Direito administrativo facilitado**. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 517; MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 579 – "Se não estiver configurada nulidade nem for caso de revogação, a autoridade superior será obrigada a promover a adjudicação e a homologação da decisão."

[115] Nesse sentido CYONIL BORGES e ADRIEL SÁ - **Manual de Direito administrativo facilitado**. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 517 - "Todavia, realizar uma licitação, chegando-se ao vencedor, adjudicando a este o objeto, e, simplesmente, deixar de contratar não é o que se deseja do Estado. Ademais, tendo em conta o estabelecido, se a Administração deixar de contratar, após adjudicar o objeto do certame, deverá promover as necessárias justificativas para tanto, pois a não contratação injustificada fere interesse do adjudicatário."

[116] "A ausência imotivada de contratação configura uma conduta ilícita. Daí decorrerá a responsabilidade civil da entidade licitante, a qual poderá ser evitada se o adjudicatário aceitar promover a contratação em momento posterior. Mas não estará constrangido a tanto, uma vez que o decurso do prazo de validade das propostas produz a liberação de todos os licitantes, inclusive quanto ao próprio adjudicatário." - MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 587.

A corrente doutrinária que entende que a adjudicação atribui ao adjudicatário o direito à própria contratação[117], fundamenta que esse posicionamento traz mais efeitos positivos do que negativos para os entes públicos. Segundo Marçal Justen Filho "Se a Administração Pública não for obrigada a contratar o adjudicatário, então a atividade licitatória será transformada num ensaio destituído de compromisso para ela. Os particulares, cientes de que nem mesmo a adjudicação lhe assegurará a contratação, serão desincentivados de participar do certame. Essa questão adquirirá ainda maior gravidade quando a licitação envolver objetos de grande complexidade, produzindo custos elevados para os licitantes. Todos os licitantes derrotados terão de absorver os prejuízos correspondentes às despesas para participar no certame. Mas esse risco existirá mesmo em relação ao vencedor. Isso conduzirá o licitante a agregar valores à sua proposta, ainda que tal se passe numa licitação futura."[118]

A licitação, entretanto, poderá não ser homologada pela autoridade superior sendo, por sua vez desfeita, por anulação ou por revogação. No ordenamento brasileiro diferenciam-se as consequências que podem advir num ou noutro caso, assim, quando for desfeita a licitação por uma anulação o parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, preleciona que a anulação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indemnizar[119], com a ressalva dos casos em que a anulação é declarada em momento no qual já haviam sido executados serviços por parte do contratado – neste caso haverá dever de indemnizar quando não for o contratado que deu causa à ilegalidade – o dispositivo legal garante que não haja um enriquecimento ilícito por parte da Administração (nos termos do parágrafo único do art. 59.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993).

---

[117] Entre os defensores dessa linha de pensamento, HELY LOPES MEIRELLES "Embora a adjudicação seja ato meramente declaratório, ela já produz alguns efeitos, assim referidos por Hely Lopes Meirelles (1990:153): "a) a **aquisição do direito de contratar com a Administração** nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e a perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação"(Grifos nossos). Cit. Por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 518.

[118] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 581.

[119] CYONIL BORGES e ADRIEL SÁ acrescentam que "Por isso, de modo geral, a anulação não geraria, por exemplo, o dever de a Administração indenizar o particular: como o ato anulado restaura o status anterior ao seu advento, não haveria que se cogitar de indemnização. Entretanto, o mais acertado seria analisar a boa-fé do administrado: caso presente, não haveria razão de não o indenizar." - **Manual de Direito administrativo facilitado**. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 229

Entretanto, há defensores da tese de que esse dispositivo seria inconstitucional, pois, não corresponde ao que preceitua o parágrafo 6.º do art. 37.º da CRFB[120], que estabelece a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, já que tal dispositivo constitucional não preceitua nenhuma exceção à regra. Os defensores dessa tese fundamentam que não caberia ao legislador ordinário estabelecer qualquer exceção, razão pela qual defendem[121] a inconstitucionalidade do dispositivo[122] que estabelece que não haverá obrigação de indemnizar nos casos de anulação de procedimento licitatório por motivo de ilegalidade.

Desde que o licitante não tenha dado causa à ilegalidade que ocasionou a invalidação do procedimento, José dos Santos Carvalho Filho defende que "admitir-se a isenção do Estado quanto ao dever indemnizatório, mesmo quando seus próprios agentes tenham dado causa à anulação do procedimento, parece permitir-lhe que se locuplete de sua própria torpeza."[123]

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho[124] entende ainda que deve se considerar que os atos têm eficácias diferentes, por exemplo, quando forem atos jurídicos inexistentes ou atos jurídicos inválidos, porque a validade e a existência não são requisitos para que ocorra alguma eficácia do ato, embora a eficácia produzida por estes seja diferente da eficácia que produzirá um ato jurídico válido e existente.

O autor entende que este pensamento "é indispensável para afastar uma concepção muito difundida, no sentido de que o ato nulo não produz efeitos jurídicos. Essa asserção é incorreta. Aliás, e tal como já referido, mesmo os atos ilícitos produzem efeitos jurídicos.

---

[120] art. 37.º, § 6º da CRFB - "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

[121] Nesse sentido ALMIRO DO COUTO E SILVA, **Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito administrativo brasileiro** in Revista de Direito Administrativo, 217. Rio de Janeiro, 1999. Pág. 168 – "Sob essa luz, parece desde logo que as regras contidas no art. 49, parágrafos 1º e 2º, da Lei no 8.666/93 - que excluem a obrigação de indenizar na hipótese de invalidação do procedimento licitatório e do contrato, ressalvado, entretanto, o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma Lei - são incompatíveis com o preceito constitucional. Este, efetivamente, não estabelece nenhuma limitação à responsabilidade do Estado, nem autoriza que a legislação ordinária a estabeleça. É por todos sabido que quando a Constituição não dispõe exaustiva ou suficientemente sobre qualquer matéria, costuma usar a cláusula "na forma da lei", ou semelhante, pela qual permite que o legislador ordinário dela trate com maiores minúcias, inclusive estabelecendo condições ou restrições."

[122] Parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993.

[123] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 307.

[124] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 416.

Nessas diversas hipóteses, a peculiaridade reside em que os efeitos jurídicos dos atos ilícitos e inválidos são, usualmente, limitados e restritos"[125].

Marçal Justen Filho fala também que "O ato nulo não produz os efeitos "jurídicos" atribuídos pelo direito para o ato válido e, eventualmente, visados pelas partes. Ainda que nulo, o ato produz efeitos. A questão está em definir quais os efeitos que um ato nulo pode produzir."[126]

Não obstante, os fundamentos fortes, relevantes e plausíveis elencados pelos defensores da tese da inconstitucionalidade do presente dispositivo, tem prevalecido o entendimento na jurisprudência brasileira de que direitos não se originam de atos anulados, inclusive com consagração expressa na Súmula n.º 473 do STF, segundo a qual "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, **porque deles não se originam direitos** ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Grifo nosso). –

Nos termos da Súmula apresentada poderíamos concluir acerca da constitucionalidade da previsão do parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, porque não há nenhum direito violado pela anulação do procedimento, já que preleciona que de atos anulados não advém quaisquer direitos, não havendo, justamente por essa razão, obrigação de indemnizar no caso específico do desfazimento da licitação por anulação.

Nessa linha de pensamento, a indemnização que existe no caso de já terem sido executados serviços pelo contratado, quando a nulidade do contrato tenha sido induzida pela nulidade do processo licitatório, é justificada com base na proibição de enriquecimento ilícito por parte da entidade que realizou a licitação e que celebrou o contrato com base naquele resultado do certame e não com fundamento em violação de direitos por anulação do ato ou do processo.

Podemos elencar agora outra consequência do desfazimento por anulação do procedimento licitatório que será a declaração de nulidade do próprio contrato, quando a anulação seja declarada em momento no qual já houvesse sido celebrado o contrato, porque a anulação é tão grave que contamina todos os atos que foram praticados posteriormente ao vício de legalidade verificado, quando não, pode invalidar também todo o procedimento porque afeta os atos praticados posteriormente ao vício (operando efeitos *ex-tunc*).

---

[125] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 416.
[126] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág.898.

Porém, quando o processo licitatório for desfeito por revogação deverão ser respeitados os direitos adquiridos, porque aquele ato ou processo era válido e eficaz até o momento da sua revogação e por esse motivo, dele produziram-se efeitos válidos e normais, gerando direitos na esfera jurídica dos destinatários ou, no caso específico, na esfera jurídica dos participantes da licitação.

Antes de mais, devemos ter em mente que a revogação só pode ter o seu fundamento em conveniência ou oportunidade, sempre em consonância com o interesse público, tomado por ato discricionário da autoridade administrativa, nos fazendo perceber que o controle judicial que se fará neste ato será apenas o relacionado à legalidade, não podendo, em todo caso, o juiz, na realização de tal controle, adentrar no mérito da decisão de revogação e tomar às vezes da entidade administrativa. Desse modo, respeita-se a separação dos poderes constitucionalmente estabelecida.

A legislação brasileira impõe a observância de certos requisitos/condições para que seja declarada a revogação do processo licitatório, portanto, haverá uma certa limitação na discricionariedade administrativa, classificando-se, por isso, como uma revogação condicionada, que deverá observar os requisitos estabelecidos pelo art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, quais sejam: razão de interesse público originada de facto superveniente[127], devidamente comprovado, que seja ainda pertinente e suficiente para conduzir a revogação.

Tal dispositivo legal ao tratar da revogação dos procedimentos licitatórios condiciona que esta seja decorrente de facto superveniente ao certame, veda-se, consequentemente, que seja realizado novo juízo de conveniência e oportunidade sobre factos que ocorreram antes da abertura daquele certame.

Além disso, caberá sempre à Administração respeitar o direito adquirido quando se deparar com uma situação jurídica já inteiramente consolidada, porque se nem mesmo uma lei posterior pode afetar tais direitos, quem dirá um ato administrativo revogatório. Caracterizando-se, então, como mais uma condição a ser observada pela entidade administrativa para que seja declarada a revogação de determinado ato ou processo administrativo.

[127] Considerando que a falta de recursos orçamentários configura-se como um facto superveniente suficiente para justificar a revogação do ato administrativo, entendeu o STJ que "A ausência de recursos orçamentários suficientes e a necessidade de melhor aproveitamento dos escassos recursos disponíveis, porque reduzidos, são fatos supervenientes, inviabilizadores da contratação da empresa de gerenciamento. Com efeito, "a inexistência de reserva orçamentária é mais que um motivo justo para revogar-se a licitação (Lei 8.666/1993). Nela se traduz um impedimento ao avanço do procedimento" (MS n. 4482/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21/10/1996)." – MS 8.844/DF, Primeira Turma, DJ 04.08.2003, Rel. Min. Franciulli Netto.

A descumprimento, por parte da Administração, das condições impostas pela lei, pode implicar na anulação do próprio ato revogatório (por meio do controle judicial de legalidade do ato de revogação, por exemplo), tal como quando se comprove que as razões de interesse público existem, mas não são supervenientes à decisão de abertura do procedimento licitatório. Aqui reside a especial importância da clara e motivada justificativa, com a exposição de todos os motivos e razões que levaram à revogação de determinado ato ou do processo licitatório.

Além disso, conforme sustenta José dos Santos Carvalho Filho, deverá haver a mesma exposição dos motivos quando, após a revogação de uma licitação, seja aberto novo processo licitatório com o mesmo objeto, "É que só dessa maneira será possível constatar se foram superados os motivos que anteriormente levaram à revogação"[128].

A revogação é um ato administrativo lícito e só poderá ser praticado quando o ato ou processo que se pretende revogar for regularmente válido e perfeito (caso o ato ou processo detenha algum vício insanável será o caso de invalidação por anulação, mas jamais será o caso de revogação), encontra-se ainda no âmbito do poder de autoexecutoriedade administrativa, podendo ocorrer em diversos momentos, como mencionamos no ponto 1 desta parte II do trabalho.

Conforme mencionamos anteriormente, o desfazimento da licitação poderá ocorrer em diversos momentos, no entanto, quando vier a ocorrer após o ato de resultado final e antes da homologação, da respectiva adjudicação e da celebração do contrato, alguns autores defendem que não será devida qualquer indemnização ao licitante vencedor, porque este teria mera expectativa na celebração do contrato, não sendo titular de direito subjetivo e justamente por isso defendem que não teria direito à indemnização.

Vimos também que após a homologação da licitação, alguns autores entendem que a mera expectativa de direitos converte-se em direito subjetivo à adjudicação e à contratação, sendo por isso garantida uma indemnização pelos prejuízos ocasionados por uma revogação do procedimento licitatório ou mesmo pela não celebração do contrato.

Assim se entende, porque os efeitos do ato que se pretende revogar são puramente materiais, dessa forma o direito que assiste ao particular é a indemnização pelos prejuízos ocasionados, pelas perdas e danos, e não a própria impossibilidade de desfazimento do ato ou processo por parte da Administração. O interesse público une-se ao interesse particular na formação de um interesse comum, viabiliza-se o atendimento ao interesse público embora estes

[128] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 308.

atinjam interesses e direitos dos particulares, contudo, ressarcindo-os dos prejuízos ocasionados, ou seja, revoga-se o ato ou processo, mas indemniza-se os particulares pelos danos ocasionados por àquela revogação, dessa forma todos os interesses são tutelados.

Inclusive, conforme sustenta Marçal Justen Filho "é admissível o desfazimento do próprio contrato administrativo por motivo de conveniência - o que corresponderia ao fenômeno da revogação."[129] Garantindo-se sobretudo a indemnização nestes casos, porque sempre se buscará atender o interesse público, mas também o próprio interesse comum nas relações administrativas, não sendo razoável pensar que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular sem qualquer consequência ou condicionalismo, uma vez que numa sociedade democrática[130] não se permite mais tal raciocínio, ou no mínimo, não deveria permitir-se. O objetivo ou finalidade almejada, numa sociedade democrática, deve ser o alcance do interesse comum que une o interesse público ao interesse particular, numa mistura de diversos interesses viabilizando o atendimento ao interesse geral/comum.

Em ambos os casos de desfazimento da licitação haverá sempre direito ao contraditório e ampla defesa (nos termos do parágrafo 3.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993) aos participantes[131], ao licitante declarado vencedor ou ao adjudicatário contratado, conforme seja o momento em que se declare a anulação ou revogação do processo licitatório.

Por isso que, em ambos os casos de desfazimento da licitação (seja por anulação, seja por revogação) haverá sempre um especial dever de fundamentação e motivação, com exposição clara das razões que conduziram àquela decisão, pois, a correta e nítida exposição dos motivos viabilizará o controle judicial de legalidade da anulação e da revogação, quando, por exemplo, não forem demonstradas razões suficientes para o desfazimento do certame, ou

---

[129] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 496.

[130] Nesse sentido MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág.889 - "O processo de democratização ocorrido durante o final do século XX conduziu à afirmação da instrumentalidade do Estado quanto à realização concreta de valores referidos ao indivíduo. Por isso, não se pode mais legitimar a atividade administrativa mediante a mera invocação do conceito de interesse estatal nem com recurso a um abstrato e vazio "interesse público".

[131] Embora já tenha havido decisão no sentido de que esse direito ao contraditório e ampla defesa seja garantido apenas nos casos de desfazimento por revogação, conforme decisão do STJ, REsp 959.733-RJ, Primeira Turma, DJ 19.11.2007, Rel. Min. Francisco Falcão, quando entendeu que " uma vez que se trata de anulação de procedimento licitatório, não se verifica a apontada afronta ao artigo 49, 3º, da Lei de Licitações, acerca da garantia do contraditório, já que o mesmo dispõe sobre "revogação", sendo certo que o reconhecimento da nulidade impõe ao administrador o dever do desfazimento dos atos inválidos." – contudo, esse entendimento não prevalece mais, pois o parágrafo 3.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, fala expressamente em "desfazimento do processo licitatório" o que incluí as duas espécies ou modos de desfazimento: anulação e revogação.

quando as razões não sejam supervenientes e relevantes, poderão conduzir à invalidação do próprio ato anulatório ou revogatório.

Neste ponto, discute-se também o momento em que deve ser concedido esse direito aos interessados, havendo posicionamentos nos dois sentidos: seja antes da prática do ato anulatório ou revogatório, ou apenas após a prática destes. Somos tendentes à posição de que este direito deve ser concedido após o desfazimento da licitação, pois, a Administração no uso do seu poder de autotutela poderá reconsiderar a decisão de desfazimento e retomar a licitação, quando verifique que não haviam razões suficientes que fundamentassem a decisão tomada para desfazimento do processo.[132] Além disso, quando já houver sido declarado o vencedor da licitação, somente a este será assistido o direito ao contraditório e ampla defesa, pois se entende que este é o único interessado no prosseguimento do certame.

Ademais, alertamos também para o facto de que deve ser observado o princípio da proporcionalidade quando do desfazimento dos atos inválidos, analisando se a decisão anulatória do ato ou do processo é a solução mais adequada[133] e se é a medida que mais vai atender o interesse comum.[134]

Embora não estejamos diante de uma discricionariedade ampla na decisão que declara a invalidade dos atos ou processos, estamos diante de uma regra geral (anulação dos atos

[132] Inclusive já decidiu o STF em um caso específico de desfazimento da licitação por revogação, no RMS 24.188-DF, Segunda Turma, DJ de 14.9.2007, Rel. Min. Cezar Peluso – "É lícito à administração pública, com base em fatos supervenientes configuradores do interesse público, revogar motivadamente, mas sem audiência dos concorrentes habilitados, procedimento de licitação antes do início da fase de qualificação das propostas." Pois "...antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório, inspirada por óbvia e declarada conveniência pública, nem tampouco alguma lesão patrimonial de que se lhe irradiasse direito a indenização." Diferenciando, entretanto, os casos em que o desfazimento ocorra por anulação quando diz que "Fosse caso de anulação, não seria desarrazoado reconhecer ao licitante a aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, à vista da situação litigiosa que se instauraria. Não faz sentido, porém, adotar igual exigência à revogação, porque esta é ato discricionário, pautado por juízo de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa."

[133] Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO "Em caráter excepcional, não seria pronunciável o defeito quando a invalidação produzisse efeitos maléficos mais graves do que a manutenção em vigência do ato defeituoso." - **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 894.

[134] Conforme jurisprudência do STJ "1. Demonstrada a suficiente abrangência publicitária da licitação e ausente alegação objetiva de prejuízo, prevalece o interesse público, como chancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida" – REsp 287.727/CE, Primeira Turma, DJ 14.10.2002, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. No mesmo sentido o ACÓRDÃO 2.789/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler – "4) por fim, reputo, ainda, que a declaração de nulidade da licitação e do contrato correspondente deve levar em consideração o custo das indenizações às empresas que tiverem os seus contratos anulados, o qual, certamente, não se limitará ao que tiver sido efetivamente executado, mas também aos custos relacionados com as despesas indiretas envolvidas na mobilização das empresas contratadas para execução dos objetos contratados."

inválidos) e uma exceção alternativa, quando são analisados os efeitos danosos advindos da anulação ou da manutenção do ato inválido[135].

Aliás, todos os interesses (tanto os interesses públicos quanto os interesses privados) devem ser observados quando da anulação do ato inválido ou da não pronúncia do vício de determinado ato, porque numa sociedade democrática devem ser promovidos os direitos fundamentais de todos[136]. Não se justifica uma convalidação de um ato defeituoso com fundamento apenas no atendimento do interesse público, quando o ato tenha, por exemplo, ocasionado danos à terceiros[137]. Não se pode, então, ignorar os interesses particulares e os efeitos lesivos que aquele ato viciado ou processo teve na esfera jurídica privada dos indivíduos, sob o argumento genérico de que "o interesse público se sobrepõe ao interesse particular".

Assim, para preservar os interesses em questão, pode-se, por exemplo, permitir a continuidade da vigência de ato defeituoso, desde que os particulares lesados por aquele ato sejam indemnizados.[138] Dessa forma, se alcançará um equilíbrio entre os interesses postos, viabilizando sobretudo o atendimento do interesse comum/geral.

3. Indemnização pela não adjudicação – desfazimento da licitação

Conforme falamos supra, o desfazimento da licitação poderá ocorrer por revogação ou por anulação, em cada caso será competência da autoridade superior rever os atos praticados no decorrer do certame, sob a égide da legalidade, e ao constatar a ocorrência de vícios ou defeitos insanáveis, invalidar o certame[139]. Será ainda a sua competência observar a existência de factos

---

[135] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 894.

[136] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 894 -895.

[137] Inclusive é o que dispõe o art. 55.º da Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, segundo o qual "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."

[138] Esta solução é defendida por MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 494.; e também por BERNARDO AZEVEDO, Cit. Nota 36, todavia sob um contexto diferente do ordenamento jurídico português, mas com solução similar em relação à não obrigatoriedade de adjudicação com fundamento no interesse público desde que se promova a indemnização aos concorrentes lesados.

[139] Inclusive o STJ já decidiu quanto à vinculação na atuação administrativa quanto à decisão de anulação de ato ou processo licitatório eivado de vícios insanáveis, no REsp 686.220/RS, Primeira Turma, DJ 04.04.2005, Rel. Min. José Delgado – "1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. 2. Marçal Justen: "Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser impedido por direito adquirido. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª ed. Dialética, pp. 465/467)."

supervenientes relevantes que alteraram a conveniência e oportunidade do interesse público na conclusão da licitação e daquela determinada contratação.

Desse modo, nos casos em que forem verificados vícios ou defeitos sanáveis pela autoridade superior, caberá a esta devolver os autos à comissão de licitação ou ao pregoeiro, anulando parcialmente[140] o ato eivado de vício/defeito e ordenando a prática de novo ato sem os vícios verificados, desde que se possa repetir o ato sem ofensa aos princípios específicos das licitações. Não sendo possível repeti-lo(s) sem ofensa à estes princípios especialmente aplicáveis, o processo licitatório deverá ser integralmente desfeito e posteriormente aberto novo certame.

Quando houver uma anulação parcial, a validade do certame será preservada e não ocorrerá o desfazimento da licitação, mas isso poderá levar, por exemplo, à alteração na ordem de classificação dos candidatos concorrentes no certame, não ocasionando, em tese, quaisquer direitos indemnizatórios aos licitantes nesta fase, pelos motivos supra expostos de que neste momento o que há em relação aos concorrentes são apenas expectativas[141], não indemnizáveis neste caso abstratamente considerado, já que neste momento a alteração na ordem classificatória faz parte da própria competição e do "jogo" que se estabelece entre os licitantes.

Sobretudo por que durante o procedimento licitatório a Comissão de Licitação teria incidido em erro que permitiu uma classificação errônea dos concorrentes e a correção desse erro com a prática de novo ato administrativo não é capaz de atingir direitos nem expectativas legalmente protegidas dos licitantes, mas apenas reordena a classificação conforme havia sido previsto inicialmente no Edital, em consonância com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Não haverá, neste específico caso, necessidade dos licitantes arcarem com novos gastos decorrentes da repetição do ato e justamente por isso não haverá, em regra, direito à indemnização decorrente da anulação parcial neste específico caso.

---

[140] Segundo jurisprudência do TCU no ACÓRDÃO N.º 3.344/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes - "Importa frisar que a possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício insanável, aproveitando-se os atos praticados regularmente, tem sido admitida na jurisprudência. Este Tribunal já exarou determinações no sentido de que fossem adotadas medidas visando à anulação de atos constituintes de licitação e o seu refazimento, a partir da fase em que ocorreu o vício identificado, ainda que a licitação já houvesse sido encerrada e o contrato assinado."

[141] O STJ já proferiu decisão na qual considerou que "nos processos licitatórios de qualquer espécie, antes da homologação, têm os concorrentes expectativa de direito ao resultado da escolha a cargo da Administração, não sendo pertinente se falar em direito adquirido." … "Por fim, é importante registrar que, diante do tempo decorrido, o sucesso do impetrante…seria resolvido em indenização, porque já consumado o ato administrativo impugnado, o que, aliás, não poderia ser diferente, em se tratando da execução de um serviço essencial e continuado" – RMS 23.402/PR, Segunda Turma, DJ 02.04.2008, Rel. Min. Eliana Calmon.

Em relação aos custos realizados pelos concorrentes com a participação no certame que foi posteriormente anulado – seja na sua totalidade, seja em termos parciais – não se justifica que os licitantes tenham que arcar com estes custos sob os argumentos vagos e infundados de que apenas um dos licitantes se sagraria vencedor do certame licitatório e os demais concorrentes já iriam arcar naturalmente com tais despesas, com o fundamento de que possuíam apenas expectativas de sagrarem-se vencedores da licitação.

Tal afirmativa não merece prosperar, pois, a anulação de uma licitação implicará na repetição desta na sua totalidade ou mesmo apenas do ato viciado e dos atos posteriores contaminados por aquele vício, e isso poderá trazer como consequência aos licitantes que participaram da primeira licitação anulada ou dos atos anulados, a realização de novas despesas para participarem do novo certame ou mesmo para participarem dos novos atos que serão praticados sem os vícios verificados.

Quando for verificado pela entidade licitante que a repetição dos atos ou do certame resultará na realização de despesas duplicadas pelos concorrentes, principalmente e sobretudo nos casos em que a própria Administração dá causa à invalidade e comete ilegalidade, caracterizando-se uma ilicitude que dá lugar à responsabilização do Estado, deverá indemnizar os concorrentes destas despesas[142].

Uma das principais diferenças entre as modalidades de desfazimento da licitação, será que na anulação haverá sempre, digamos, que um "dever" para a entidade administrativa, enquanto a revogação consistirá em uma "faculdade" em razão de inconveniência ou da não satisfação do interesse público. Essas diferenças entre anulação e revogação dos atos ou processos administrativos encontram-se bem sedimentadas na doutrina e jurisprudência brasileira.

Além desta principal diferença, outra que apontamos é a de que contrariamente ao que ocorre com a revogação (na qual a existência de direitos adquiridos configura-se como uma condicionante a ser observada para que está ocorra[143]), na anulação os "direitos adquiridos" não

---

[142] Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO - "A proclamação do vício importa a necessidade de renovação dos atos. Portanto, os interessados terão de repetir todas as despesas que já haviam efetivado. Renovada a licitação, os vencidos terão de arcar com as despesas. Os licitantes derrotados têm o dever de arcar com as despesas efetivadas para participar da licitação. Não significa o dever de arcar duplamente com despesas (uma vez para a licitação anulada; outra, para aquela válida, em que saíram derrotados)." - **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 902.

[143] Inclusive a Súmula n.º 473 do STF, fala expressamente que "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos ou **revogá-los**, por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos**, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Grifos nossos)

impedirão que se invalide um ato eivado de vícios insanáveis, porque atos administrativos inválidos não geram direitos adquiridos[144].

Também já falamos que a revogação apenas será viável quando o ato que se pretende revogar for válido e perfeito, se, por sua vez, encontrar-se eivado de vícios a Administração deverá efetuar a sua anulação.

Dessa forma, podemos concluir que o ato administrativo que foi revogado era, até aquele momento, um ato válido que produziu todos os seus efeitos na esfera jurídica de terceiros, por isso que, quando estes efeitos tenham gerado direitos adquiridos que não tenham conteúdo econômico, ou seja, direitos consolidados de forma irreversível, não será possível revogar-se o ato – será sempre, portanto, uma condição para que ocorra a revogação.

Nos demais casos, sobretudo quando exista um ato jurídico perfeito ou direito adquirido, mas de conteúdo meramente econômico, a revogação do ato acarretará, em regra, no dever de indemnizar os prejuízos sofridos pelos terceiros decorrentes daquele desfazimento por revogação. Em todo caso, haverá sempre que ser devidamente comprovada a causalidade entre a lesão patrimonial sofrida pelo terceiro e a própria revogação.

Os direitos adquiridos deverão ser observados e respeitados na revogação, dessa forma, quando forem apenas de conteúdo econômico não impedirão que a revogação ocorra, no entanto, será garantido o ressarcimento dos prejuízos aos lesados ocasionados pela revogação. Pois o que ocorre neste caso é uma espécie de desapropriação de um direito. Então o dever de indemnizar surge pela supressão deliberada pela Administração de um direito alheio.

Conforme defende Marçal Justen Filho "o direito à indenização surge não apenas quando exista direito adquirido ou ato jurídico perfeito, de conteúdo econômico. Haverá direito à indenização mesmo em outras hipóteses, na medida em que a revogação for apta a configurar lesão ao patrimônio do particular."[145]

Desse modo, quando for declarada a revogação de determinado certame, a Administração poderá mesmo assim incorrer em responsabilidade objetiva decorrente da sua atuação lícita, pois nem por isso deixou de frustrar expectativas legítimas dos licitantes concorrentes (um dano que decorre da confiança legitimamente depositada nas promessas do Estado).

---

[144] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 900.
[145] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 496-497.

Nesse sentido a jurisprudência do TRF-1ª Região[146] é pertinente e nos parece muito justa, quando decidiu por conceder uma indemnização ao licitante concorrente em certame que foi revogado antes mesmo da adjudicação do objeto da licitação e da respectiva homologação, pois, a requerente havia se classificado em 1ª colocação na ordem geral de classificação: "Lícita, nesses termos, a revogação da licitação, deve-se perguntar se o ato teria, mesmo assim, gerado obrigação de indenizar, sabido que atos lícitos também podem empenhar a responsabilidade objetiva do Estado. A mudança de orientação, que resultou na revogação da licitação, foi ato de planejamento que, se não feriu direito subjetivo, pelo menos frustrou uma expectativa legítima da empresa. A responsabilidade por danos decorrentes da confiança em promessas do Estado, manifestadas em planos e programas (no caso, um edital de licitação), é objeto de estudo de Almiro do Couto e Silva, concluindo que, "conquanto possa sempre o Estado alterar seus planos, há situações, contudo, em que a modificação causa tal prejuízo aos particulares e desmente de forma tão acentuada as promessas firmemente feitas pelo Poder Público que importaria grave lesão à justiça material não reconhecer direito à indenização (...) Há situações em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança (...) Decisivo para concluir-se se os atos do Estado geram mera expectativa ou se deram causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas (...) Cuidando-se de aplicação de princípio genérico, como é o da boa-fé, que não comporta incidência imediata, não é possível ultrapassar, como diretriz para sua realização concreta, os limites estabelecidos pelos requisitos ainda muito abstratos de que a responsabilidade do Estado só surge em razão de promessas firmes e feitas de forma clara e precisa pelo Estado (...). Transportadas essas lições para o caso presente, conclui-se que a autora tem direito ao reembolso das "das despesas realizadas com a participação da Concorrência n. 009/2004", assim como a indenização por eventuais prejuízos efetivos que tenha tido em razão da antecipação de providências (ex.: investimentos) que tenha sido levada a realizar em função da classificação (em 1º lugar) na licitação em referência."

Os atos administrativos aparentemente perfeitos são capazes de gerar expectativas legítimas nos particulares e com base nisso, confiando na validade e perfeição dos atos administrativos, os particulares investem nessa expectativa, realizam despesas e,

[146] TRF - 1ª Região - AC 2006.34.00.031803-3, 5.ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, DJ 30.07.2015.

posteriormente, com a anulação ou revogação do ato, surge a frustração dessa confiança/expectativa – legítima e séria – que foi ali depositada[147].

Conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro "Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros. No direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança; pelo menos não com essa designação, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico. O que está previsto expressamente é o princípio da segurança jurídica."[148]

Embora os atos inválidos não produzam os mesmos efeitos jurídicos atribuídos pelo direito aos atos válidos, não deixam de produzir algum efeito, sobretudo, os efeitos advindos da aparência de validade do ato, porque as pessoas, confiando naquela aparência, determinam as suas condutas como se válido fosse aquele ato – essa aparência é muitas vezes tutelada pelo direito, sobretudo, aos que atuam com boa-fé. É uma forma de se garantir também a segurança jurídica nas relações jurídicas e tutelar o próprio princípio da boa-fé nas relações jurídicas.

No âmbito administrativo, essa aparência da validade do ato administrativo é ainda mais acentuada e incrementada, porque há uma presunção de legitimidade [149] dos atos administrativos, fortalecida ainda mais pelo princípio da autoexecutoriedade, segundo o qual a Administração pode, de ofício e sem provocação externa, anular ou revogar os seus atos, conforme verifique ilegalidades ou inconveniência e inoportunidade, respectivamente.

No âmbito das licitações essa aparência de validade do ato é ainda mais forte e acentuada, porque normalmente a ilegalidade que gera a nulidade do ato apenas é verificada em momento muito posterior à sua prática, por exemplo, e por diversas vezes, a invalidade

---

[147] Para aprofundamento acerca da doutrina da proteção da confiança ou expectativas remetemos para ALMIRO DO COUTO E SILVA. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)** in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, nº 57/Supl. Na doutrina portuguesa MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra : Almedina, 2004.

[148] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 154.

[149] Quanto à presunção de legitimidade dos atos administrativos o STF já decidiu que - "A questão da presunção de legitimidade... O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, foi muito feliz nas oportunidades em que se manifestou sobre a matéria para sustentar que a presunção de legitimidade não existe só em benefício da administração; prevalece também em relação ao particular, em benefício do particular. O Ministro disse isso, por exemplo, no Recurso Extraordinário 158.543/RS, em 30/8/1994, e no Recurso Extraordinário 199.733-8/MG, em 15/12/1998. Se há presunção de legitimidade do ato do DNIT, do ato favorável à administração — o último ato praticado —, também havia anteriormente presunção de legitimidade dos contratos. Então, é uma situação que se coloca nos dois pratos da balança; é argumento do mesmo peso em favor de ambas as partes." – Medida Cautelar na Reclamação 17.466/DF, DJ 09.12.2014 , Rel. Min. Joaquim Barbosa.

encontra-se no edital da licitação, mas apenas é notada pela autoridade administrativa no momento da homologação, ou ainda apenas após a celebração do contrato com o adjudicatário, ou ainda pior, apenas após a execução de parte dos serviços que eram objeto da licitação.

Podemos, então, falar resumidamente que a responsabilidade civil do Estado pelo desfazimento da licitação ocorre em duas situações:

I. Na revogação: Haverá uma obrigação da Administração indemnizar os licitantes pelos prejuízos sofridos, quando a Administração tenha dado causa ao facto que fundamentou a revogação.[150]

II. Na anulação: Não obstante, toda a discussão existente acerca da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, que diz que apenas haveria responsabilidade civil do Estado no caso da anulação da licitação ocorrer após a execução do contrato, não nos parece ser esta a solução mais justa, por ofensa ao parágrafo 6º do art. 37.º da CFRB.

   A prática de atos defeituosos e o reconhecimento da sua invalidade não podem isentar a Administração de reparar os efeitos nocivos que estes atos tenham gerado na esfera jurídica de terceiros, sobretudo quando estes prejuízos forem decorrentes da má atuação do ente administrativo.

   Torna-se essencial distinguirmos agora duas situações: quando os prejuízos são decorrentes do ato ilegal ou quando decorrem do ato de anulação. Na primeira situação o ato ilegal gerou prejuízos aos licitantes, neste caso não há dúvidas acerca da obrigação de ressarcibilidade destes danos pela Administração.

   Segundo Marçal Justen Filho "Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal) configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado"[151]

   Na segunda hipótese, ocorre que o ato ilegal pode não ter gerado quaisquer prejuízos aos licitantes, o que ocasionou os prejuízos foi o próprio ato de anulação, que pôs fim aos efeitos aparentemente válidos que o ato ilegal havia proporcionado. Justamente pela aparência de validade do ato ilegal geraram-se expectativas legítimas nos licitantes e na declaração de anulação deste ato também entendemos que a Administração deverá indemnizar os

[150] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 900.
[151] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 900.

concorrentes, pois a sua atuação aparentemente legítima, válida e legal, gerou confiança e não só isso, gerou um investimento nessa confiança, evidenciada e reforçada pela aparência de validade do ato administrativo. Os licitantes lesados merecem ser ressarcidos com fundamento no princípio da proteção da confiança[152].

Concluímos que ocorrendo uma anulação total ou parcial de uma licitação, haverá o dever da entidade administrativa indemnizar os prejuízos sofridos pelos participantes da licitação (e também aqueles que participaram dos atos praticados posteriormente e que foram contaminados com aquela invalidade).

Todavia, deverá sempre em todo caso ser comprovada a relação de causalidade entre os danos atestadamente sofridos pelos participantes e o ato administrativo viciado[153].

Destacamos ainda o posicionamento adotado por Marçal Justen Filho em relação à indemnização pela não adjudicação (ocasionada pelo desfazimento da licitação – anulação ou revogação), que nos parece a mais acertada, segundo o autor a Administração Pública deve, no mesmo momento em que desfaz o ato ou processo por anulação ou revogação, apurar e fixar quantia a ser paga ao particular à título indemnizatório. Ainda segundo o mesmo "não se admite, em face do regime democrático instaurado pela CF/1988, que a Administração Pública promova unilateralmente o desfazimento do ato e remeta o particular à via judicial para obter a indenização devida".[154]

O mesmo autor ainda defende em outra obra[155] que assim como o ato de anulação não é um exercício de um poder discricionário administrativo, o dever de indemnizar os lesados pela anulação do ato também não será. Dessa forma, entende que a Administração deve anular o ato e no mesmo momento prever a indemnização respectiva aos lesados[156].

---

[152] "Ou seja, tanto quanto o ato inconstitucional, o ato administrativo ilegal *gera* expectativas que afetam o modo de agir dos particulares. Essas expectativas se relacionam à presunção de legitimidade e à autoexecutoriedade dos atos administrativos. Se todos estão obrigados a respeitar os atos administrativos, suportando os seus efeitos, a superveniente decretação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade do ato não pode gerar prejuízos àqueles que os observaram." - MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 484.

[153] Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO "As perdas e danos indenizáveis são aquelas que se relacionam causalmente de modo direto com o ato viciado. Se a Administração verifica defeito no prazo de publicação do ato convocatório, deverá indenizar as despesas que os interessados efetivaram para comparecer na data prevista originalmente." **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 901.

[154] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 494.

[155] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 901-902.

[156] Entretanto, MARÇAL JUSTEN FILHO salienta que o que ocorre frequentemente no âmbito administrativo é a promoção da anulação sem qualquer previsão indemnizatória aos lesados, o que acaba remetendo os particulares para a via judicial, o que afirma ser uma "opção juridicamente insustentável" - MARÇAL JUSTEN FILHO,

A solução apresentada pelo renomado doutrinador brasileiro vai ao encontro e tem o mesmo alcance prático da solução que defendemos em Portugal, sobretudo após a previsão expressa dos ditos "novos princípios administrativos" que tratamos na parte I desta pesquisa, sendo esta a posição que também defendemos em relação ao ordenamento brasileiro.

Ainda mais porque "Desde os primórdios do Direito administrativo, seus pensadores e aplicadores têm, em grau maior ou menor, a consciência da necessidade de se conciliarem as prerrogativas típicas da Administração Pública com os direitos dos indivíduos."[157]

Fernando Dias Menezes de Almeida ao tratar da origem e da teoria dos contratos administrativos no ordenamento brasileiro diz ainda que "Nesse sentido, sem pretender afirmar que se trate de facto inédito, pode-se constatar, com parte substancial da doutrina, que se tem vivido, no Brasil e também ao menos ao dito Mundo Ocidental, mais notadamente nos últimos vinte ou trinta anos, um reforço da busca, por parte da Administração, ao desenvolver suas ações, do estabelecimento de consenso com os indivíduos."[158]

Outra observância importante e pertinente que permitirá a indemnização aos licitantes lesados em sede administrativa é a que faz Marçal Justen Filho na defesa de que nos casos de revogação ou anulação deve ser observado o devido processo legal[159].

O cumprimento do devido processo legal viabilizará a comprovação por parte da entidade administrativa dos pressupostos e condições necessárias para o desfazimento da licitação, seja por revogação ou por anulação, além de permitir que se conceda o direito ao contraditório e ampla defesa aos interessados, propiciando também a apuração de eventual indemnização aos prejudicados, com a possibilidade destes efetuarem a devida comprovação dos prejuízos sofridos decorrentes do desfazimento da licitação, consentindo na possibilidade de se indemnizar os lesados em sede administrativa, não sendo necessário remetê-los para a via judicial.

Entretanto, como referimos no final da Parte I deste trabalho, o acompanhamento dos procedimentos administrativos apresenta certa dificuldade, para não dizer elevada dificuldade, uma vez que a maioria dos processos administrativos ainda acontecem em meios físicos, ou

---

Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 902.

[157] FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Pág. 336.

[158] FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Pág. 338.

[159] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 497.

quando em meios digitais, apresentam certo grau de sigilo ou segurança de difícil acesso ao público comum, por isso que a constatação desta solução é atualmente dificultada.

Apenas podemos dizer que concretamente a solução proposta por Marçal Justen Filho – e a que aqui defendemos – não é o que aparentemente vem acontecendo, uma vez que não temos conhecimento de qualquer decisão administrativa nesse sentido, que conceda aos licitantes lesados pelo desfazimento de uma licitação uma indemnização pela via administrativa ou ainda algum qualquer litígio judical que se discuta, por exemplo, acerca do montante indemnizatório que tenha sido administrativamente fixado em casos de desfazimento de uma licitação.

Isto decorre provavelmente da própria cultura administrativa tradicional – ainda muito enraizada – que tem na sua base o pensamento de uma administração autoritária, que não considera os direitos dos particulares para a tomada de decisões, mas apenas utilizam o argumento genérico para fundamentar muitas das suas decisões de um abstrato e vazio "interesse público"[160], fingindo que não enxergam os direitos dos particulares lesados por sua atuação, ainda que por uma atuação ilícita.

Contudo, quando a anulação da licitação ocorre após ter sido efetivada a contratação com o adjudicatário têm-se verificado a ocorrência da apuração de responsabilidade e indemnização em sede administrativa – provavelmente em razão da previsão expressa do parágrafo único do art. 59.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, segundo o qual "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa." – é o que podemos extrair, por exemplo, do acórdão do STJ[161] " (…) 4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canoltilho: "Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. **Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a**

[160] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág.889
[161] STJ, REsp 658.130/SP, Primeira Turma, DJ 28.09.2006, Rel. Min. Luiz Fux.

boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais". (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição) (…) 8. **Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto è eventual apuração de montante indenizatório.** 9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêia, DJ de 14/11/2002 ;RE 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em conseqüência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473. (…) 10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que **à Administração é lícito** utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita **anular ou revogar seus próprios atos**, quando eivados de nulidades. **Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular.** (…)". (Grifos nossos)

Esta solução administrativamente tratada pode ser configurada como o início de um longo caminho de transformação da cultura tradicionalmente enraizada nas entidades administrativas, podendo ser tratada como um avanço e um espelho para a assunção de responsabilidades em sede administrativa.

Conforme nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro "O princípio da proteção à confiança protege a boa-fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se mantêm atos ilegais ou se regulam os efeitos pretéritos de atos inválidos."[162] Ou ainda, acrescentamos, quando a Administração indemniza as expectativas legitimamente depositadas pelos administrados nos seus atos e processos administrativos, sem a necessidade de remeter os lesados para a via judicial, não sendo, deste modo, necessário que se delegue aos tribunais a assunção de uma responsabilidade nestes casos.

[162] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 155.

PARTE III – POR FIM, UMA ANÁLISE CONJUNTA DAS DIFERENÇAS E SIMILARIDADES ENTRE OS ORDENAMENTOS SUPRA

1. Principais diferenças

Nesta parte do trabalho, após percorrido o estudo individual dos ordenamentos aos quais nos propusemos aprofundar a pesquisa, podemos constatar algumas diferenças entre os ordenamentos analisados: 1. A primeira delas, que trataremos desde logo, refere-se à classificação do ato de adjudicação e os efeitos que dele advém:

1.1. No ordenamento português este ato é classificado como um ato administrativo constitutivo de direitos[163] que cria na esfera jurídica do destinatário o direito de ser co-contratante[164] da Administração e que finaliza a sequência jurídico-procedimental complexa do procedimento adjudicatório ou pré-contratual;

1.2. No ordenamento brasileiro, por sua vez, o ato de adjudicação é classificado, em geral, como um ato meramente declaratório[165], mas que já produz alguns efeitos. Neste ponto é que existe certa divergência, quanto aos direitos que são declarados pelo ato de adjudicação. Há os que entendem que a adjudicação atribuiria ao adjudicatário o direito à própria contratação e os que tradicionalmente afirmam que a adjudicação não atribui direito ao adjudicatário à contratação, mas apenas constituí o direito de não ser preterido pela Administração Pública. Além disso, o ato que finaliza o procedimento licitatório é o ato de "resultado final" cuja competência pertence à Comissão de Licitação, enquanto que o ato de adjudicação não integra o procedimento licitatório, sendo posterior à este e decorrerá do ato de homologação (sendo consequência deste), ambos de competência da autoridade superior e não da Comissão de Licitação.

2. Outra diferança entre os ordenamentos analisados é a que existe em relação às causas que podem ser invocadas para que seja tomada uma decisão de não adjudicação:

---

[163] MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, diz ser "o acto de adjudicação um acto constitutivo de direitos que cria na esfera jurídica do destinatário o direito de ser co-contratante da Administração". Cit. por BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 227 (nota 05).

[164] Inclusive existe previsão no art. 105.º, n.º 4 do CCP quanto à possibilidade do adjudicatário exigir judicialmente a celebração do contrato após ter decorrido o prazo para outorga deste pela Administração. Para um estudo detalhado acerca do tema remetemos para MARCO CALDEIRA, **Da exigibilidade judicial da celebração de contratos públicos,** in *Estudos sobre o contencioso pré-contratual.* Lisboa: AAFDL Editora, 2017. Pág. 317-395.

[165] Nessa linha de entendimento HELY LOPES MEIRELLES "Embora a **adjudicação seja ato meramente declaratório, ela já produz alguns efeitos**, assim referidos por Hely Lopes Meirelles (1990:153): "a) a **aquisição do direito de contratar com a Administração** nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; (…)"(Grifos nossos). Cit. Por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 518.

2.1. No ordenamento jurídico português encontram-se expressamente previstas em elenco exemplificativo do art. 79º do CCP, sendo as seguintes: a) Nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta; b) Todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas; c) Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento; d) Quando circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem; e) Nos casos a que se refere o nº5 do art. 47.º (quando não existe um preço base fixado para o procedimento), a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis; f) No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante; g) No procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas, ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso.

Além destas causas previstas exemplificadamente pela legislação portuguesa, podem ser ainda invocadas como causas possíveis para uma decisão de não adjudicação, o interesse público ou até mesmo ilegalidades ou invalidades (quando não seja possível resolver a situação com a anulação de decisões administrativas anteriores ou a invalidade/ilegalidade seja revelada apenas no momento da adjudicação).

2.2. No ordenamento jurídico brasileiro não há uma lista das situações mais comuns que possam levar a entidade licitante a tomar a decisão de não adjudicação. Essa decisão, no Brasil, será consequência da anulação ou da revogação do procedimento licitatório, consequentemente se este não for anulado ou revogado será necessariamente homologado e adjudicado pela entidade adjudicante.

3. No que diz respeito às duas primeiras causas de não adjudicação elencadas pelo ordenamento português verificamos outra diferença:

3.1. No ordenamento português quando nenhum candidato tenha se apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta ou quando todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas, haverá uma decisão de não adjudicação.

3.2. No ordenamento brasileiro por sua vez, quando nenhum candidato tenha se apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta o procedimento será encerrado, para ser posteriormente repetido nos casos em que essa repetição do certame não ocasione prejuízos para a Administração, ou, havendo prejuízo para a Administração na repetição

do certame, a licitação será dispensada nos termos do art. 24.º, inciso V da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993.

Já quando todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas o art. 48.º, § 3º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993 prevê a possibilidade de fixação de prazo adicional aos concorrentes para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas que motivaram a inabilitação ou desclassificação das propostas ou em alternativa, caso a entidade opte por não conceder prazo adicional, poderá simplemente encerrar o certame.

4. Quanto à vinculação da prática do ato de adjudicação:
   4.1. No ordenamento português não há vinculação à prática do ato de adjudicação, o elenco das causas de não adjudicação é previsto exemplificadamente, podendo a entidade administrativa optar pela não adjudicação quando estiver em causa o interesse público ou até mesmo fazer uso de cláusulas de não adjudicação. Não há um dever de adjudicação mas, por sua vez, há um dever de notificação da decisão de adjudicação ou da não adjudicação aos concorrentes.

   Entretanto, a vinculação à prática do ato de adjudicação existirá nos casos da adjudicação subsidiária quando for verificada a existência de alguma causa de caducidade da decisão de adjudicação imputada ao adjudicatário.

   4.2. No ordenamento brasileiro há divergência doutrinária em relação à vinculação ou não da prática do ato de adjudicação. Entretanto, a doutrina mais moderna aponta para a vinculação[166] à prática do ato de adjudicação que decorrerá do ato de homologação, por que isso trará mais efeitos positivos que negativos à Administração Pública.
5. Outra diferença que podemos verificar é a que existe em relação às causas de não adjudicação previstas na alínea c) e d) do art. 79.º do CCP:
   5.1. No ordenamento português há previsão expressa de ser possível não adjudicar por circuntâncias imprevistas (quando for necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento) ou por circunstâncias supervenientes (que sejam relativas aos pressupostos da decisão de contratar).
   5.2. No ordenamento brasileiro para que ocorra o desfazimento da licitação por revogação exige-se expressamente que as razões decorram de facto superveniente ao certame,

[166] Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO "Trata-se de ato vinculado, já que as únicas hipóteses em que a Administração pode deixar de efetuar a adjudicação são as de anulação ou revogação do procedimento, conforme previsto no art. 49 da Lei no 8.666/93." - **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 518

veda-se, consequentemente, que seja realizado novo juízo de conveniência e oportunidade sobre factos que tenham ocorrido antes da abertura daquele certame. Ou seja, circunstâncias imprevistas não podem ser invocadas como causa de revogação de uma licitação porque não atendem à condição legal de superveniência ao certame.

Dessa forma, com exceção dos casos em que haja um impedimento de adjudicar, ou nos casos em que não seja possível resolver a situação com a anulação de decisões anteriores, a entidade administrativa portuguesa efetuará uma análise do interesse público subjacente à decisão de contratar e se este permaneceu-se inalterado a entidade deverá adjudicar; por sua vez se aquela necessidade ou interesse na contratação alterou-se ou deixou de existir, deverá decidir por não adjudicar, revogando consequentemente a decisão de contratar (não haverá, portanto, anulação da decisão de contratar, porque a anulação tem por fundamento uma invalidade, que não será o caso, embora as ilegalidades e invalidades de decisões administrativas anteriores possam ser invocadas como causas de não adjudicação, como vimos supra).

No ordenamento brasileiro é vedado que seja realizado novo juízo de conveniência e oportunidade sobre factos que ocorreram antes da abertura daquele certame, como falamos supra, mas permite-se que se anule o procedimento com fundamento em ilegalidade ou invalidade.

A decisão de não adjudicação no ordenamento português tem como efeito principal a revogação da decisão de contratar (cfr. art. 80.º, n.º 1 do CCP), enquanto que no ordenamento brasileiro a decisão de não adjudicação decorrerá do desfazimento da licitação por anulação ou revogação quando a licitação seja desfeita em momento anterior à homologação do procedimento licitatório, configurando-se outra diferança entre os ordenamentos.

6. Outra diferença sensível é a que existe em relação à previsão de indemnização dos custos realizados pelos operadores económicos ocasionada pela decisão de não adjudicação:
   6.1. No ordenamento português existe previsão expressa quanto à indemnização dos custos realizados pelos concorrentes para participação do concurso, quando este concurso não chegue ao fim, ou seja, quando haja uma decisão de não adjudicação com fundamento nas alíneas c) e d) do n.º 1 do mesmo artigo – quer dizer, por circunstâncias imprevistas ou supervenientes (art. 79.º, n.º 4 do CCP).
   6.2. No ordenamento brasileiro, entretanto, não existe qualquer previsão legal quanto à ressarcibilidade dos custos que os licitantes concorrentes efetuaram com a participação em um certame que tenha sido revogado ou anulado. O que existe é a previsão expressa

de não haver obrigação de indemnizar nos casos de anulação que se dá por ilegalidade (parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993), embora a constitucionalidade deste dispositivo seja bastante discutida.

Além do mais, no ordenamento português existe inclusive previsão legal quanto ao dever de indemnizar o concorrente nos casos em que a entidade adjudicante proceda à adjudicação fora do prazo previsto para obrigação de manutenção das propostas e o adjudicatário recuse a adjudicação, neste caso, será ressarcido dos encargos que comprovadamente tenha incorrido com a elaboração da proposta, porque não existe mais obrigatoriedade de manutenção da sua proposta após o decurso daquele prazo, podendo optar por ser adjudicatário e celebrar o contrato ou por ser indemnizado pelos custos que teve com a elaboração da proposta (Cfr. art. 76.º, n.º 3 do CCP).

No ordenamento brasileiro não existe previsão correspondente, a lei geral de licitações apenas prevê a liberação dos compromissos assumidos pelos licitantes após decurso do prazo de sessenta dias da apresentação das propostas (Cfr. art. 63.º, § 3.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993 - "Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.")

Para resumir o que foi dito, criamos uma tabela com as diferenças supra verificadas para que desse modo possam ser mais facilmente compreendidas e visualizadas:

Tabela 1: Diferenças entre os ordenamentos português e brasileiro

Elemento de análise	Ordenamento português	Ordenamento brasileiro
Classificação do ato de adjudicação	Ato constitutivo de direitos	Ato declaratório de direitos
Finalização do Procedimento pré-contratual / Procedimento licitatório	Ato de Adjudicação finaliza o procedimento pré-contratual	Ato de "resultado final" finaliza o procedimento licitatório (entretanto, esse entendimento não é totalmente uniforme, pois há autores que defendem ser o ato de adjudicação o ato final do procedimento licitatório, entre eles Maria Sylvia Zanella Di Pietro)
Atribuição do direito ao adjudicatário à contratação pelo ato de adjudicação	Atribuição expressa no art. 105.º, n.º 4 do CCP – "4 – No caso previsto no número anterior, o adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato."	Divergência doutrinária quanto à esta atribuição. (Entretanto, há previsão expressa no art. 60.º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, em relação à atribuição deste direito pelo ato de homologação, embora seja uma lei com aplicação em âmbito específico, representa uma evolução legislativa que caminha no mesmo sentido da legislação portuguesa).

Causas de não adjudicação	Há uma individualização das hipóteses, mais comuns e relevantes, em que pode haver lugar um desfecho do procedimento pré-contratual por uma decisão de não adjudicação. Constam expressamente no elenco exemplificativo do art. 79º do CCP. Entretanto, existe ainda a possibilidade de se invocar o interesse público, a ilegalidade ou invalidade de atos administrativos para decidir-se pela não adjudicação.	Decorrerá sempre do desfazimento da licitação seja por anulação (desfazimento da licitação por ilegalidade) ou por revogação (desfazimento da licitação por inconveniência ou inoportunidade) do procedimento licitatório.
Participação de nenhum concorrente ou quando todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas	Ocorrerá uma decisão de não adjudicação em ambos os casos (alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 79º do CCP).	No primeiro caso: a licitação será encerrada, posteriormente repetida ou dispensada quando houver prejuízo para a Administração na repetição da licitação. No segundo caso: há possibilidade de ser concedido prazo adicional para apresentação de novos documentos ou propostas, ou alternativamente, encerra-se a licitação (não haverá propriamente uma decisão de não adjudicação ou um desfazimento por anulação ou revogação).
Vinculação da prática do ato de adjudicação	Não há vinculação à prática do ato de adjudicação, em regra. Apenas haverá vinculação em relação à adjuciação subsidiária, nos casos de caducidade do ato de adjudicação.	Doutrinadores brasileiros divergem quanto à vinculação. Entretanto, a corrente mais moderna aponta para a vinculação da prática do ato de adjudicação quando tenha ocorrido a homologação do resultado final e da própria licitação.
Circunstâncias imprevistas ou circunstâncias supervenientes	Previsão legal expressa com possibilidade de não adjudicar invocando-se uma das duas hipóteses.	Previsão legal expressa que condiciona o desfazimento da licitação por revogação à superveniência da razão que se invoca, em relação ao certame.
Revogação da decisão de contratar determinada pela decisão de não adjudicação	Previsão expressa da revogação da decisão de contratar ocasionada pela decisão de não adjudicação (art. 80.º, n.º 1 do CCP). Portanto, não ocorrerá a anulação da decisão de contratar por uma decisão de não adjudicação.	A "não adjudicação" será uma consequência, diferentemente do que ocorre no ordenamento português onde a não adjudicação trás consequências revogatórias à decisão de contratar, a "não adjudicação" será consequência do desfazimento da licitação, quando ocorra antes da homologação do processo e depois do ato de resultado final (poderá ocorrer tanto por revogação quanto por anulação do procedimento e da própria decisão de contratar inicial).
Indemnização dos custos realizados pelos operadores	Previsão expressa no art. 79.º, n.º 4 do CCP (quando o órgão competente decida não adjudicar	Não há previsão legal expressa que garanta a ressarcibilidade destes custos, pelo contrário, existe previsão no sentido

económicos ocasionada pela decisão de não adjudicação	com fundamento nas alíneas c) e d) do n.º 1 do mesmo artigo – ou seja, por circunstâncias imprevistas ou supervenientes)	de não haver obrigação de indemnizar nos casos de anulação (não há obrigação legal expressa de indemnizar no caso específico do desfazimento da licitação por anulação).
Indemnização pela adjudicação fora do prazo de obrigação de manutenção das propostas	Previsão expressa no art. 76.º, n.º 3 do CCP garantindo a indemnização em alternativa à aceitação da adjudicação da proposta fora do prazo de obrigação de manutenção desta.	Não existe previsão similar no ordenamento brasileiro. Apenas há previsão da liberação dos compromissos assumidos quando a convocação para celebração do contrato não ocorra dentro do prazo de 60 dias da apresentação das propostas (art. 63.º, § 3.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993).

2. Tocantes similaridades

Não obstante todas as diferenças verificadas e reunidas no tópico anterior, podemos ainda constatar algumas semelhanças sensíveis e importantes nos ordenamentos supra, que passaremos à abordar a partir deste momento.

1. Quanto à vinculação do conteúdo do ato de adjudicação, ambos os ordenamentos são idênticos no sentido do ato de adjudicação ter que ser obrigatoriamente tomado em relação àquele concorrente que tenha obtido a melhor classificação no procedimento, conforme os critérios estabelecidos preliminarmente.

2. Quanto às causas de não adjudicação, há semelhança em relação à possibilidade de não adjudicar invocando-se o atendimento ao interesse público ou invocando-se invalidade/ilegalidade de decisão administrativa anterior no ordenamento jurídico português, quando comparadas com o ordenamento brasileiro, já que neste não haverá adjudicação justamente nos casos de anulação, que ocorre por invalidade ou ilegalidade verificada no procedimento licitatório, ou por revogação, que ocorrerá para atender o interesse público, ou seja, a conveniência e a oportunidade exigíveis para que haja o atendimento deste interesse.

Podemos considerar que existe uma certa proximidade entre a alínea g) do n.º 1 do art. 79.º do CCP "g) No procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas, ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso." Quando comparado com a solução que tratamos nos casos em que apenas um licitante tenha apresentado proposta ou tenha tido sua proposta classificada em determinado certame. Embora, a princípio, pareça-nos que há uma divergência porque no ordenamento português vislumbrou-se a possibilidade de previsão de número mínimo de propostas apresentadas no programa do concurso, mesmo que especificamente para determinado concurso, no Brasil não existe essa previsão em nenhuma lei, nem em relação à

qualquer procedimento. Entretanto, não podemos deixar de notar que em ambos os casos a participação de concorrentes abaixo do número previsto no programa do concurso ou no caso do ordenamento brasileiro, de número que não seja capaz de viabilizar a concorrência efetiva e a seleção de uma proposta mais vantajosa, pode conduzir à uma decisão de não adjudicação (no ordenamento português) ou numa revogação da licitação (no ordenamento brasileiro) que também terá como consequência uma "não adjudicação" da única proposta existente.

3. Outra similaridade entre os ordenamentos é a que existe em relação à causa de não adjudicação "Circunstâncias supervenientes", em Portugal essa circunstância além de ser superveniente deve ser ainda suficiente para justificar a alteração substancial dos pressupostos que fundamentaram a decisão de contratar. No Brasil, da mesma forma, para que ocorra uma não adjudicação por revogação da licitação, deverão ser observados os critérios de superveniência da razão de interesse público, mas não será somente isso, esta razão deverá ainda ser ainda pertinente e suficiente para justificar a decisão de revogação do certame.

Para resumir tudo o que foi dito, da mesma forma que fizemos com as diferenças verificadas entre os ordenamentos, inserimos numa tabela as semelhanças supra verificadas para que possamos compreendê-las e visualizá-las com maior facilidade.

Tabela 2: Similaridades entre os ordenamentos português e brasileiro

Elemento de análise	Ordenamento português	Ordenamento brasileiro
Vinculação do conteúdo do ato de adjudicação	Deve ser emitido em relação àquele concorrente que tenha obtido a melhor classificação no procedimento.	
Causas de não adjudicação	Possibilidade de se invocar ilegalidade/invalidade (que se aproximaria da anulação no ordenamento brasileiro) e também de se invocar o atendimento ao interesse público para decidir por não adjudicar (que se aproxima, por sua vez, da revogação no ordenamento brasileiro)	A "não adjudicação" será consequência do desfazimento da licitação por anulação (ilegalidade ou vício insanável) ou por revogação (conveniência e oportunidade para atendimento do interesse público)
Número de propostas apresentadas inferior ao número mínimo previsto no programa do concurso. Participação de apenas um licitante ou quando reste apenas uma proposta apta, sendo as demais desclassificadas.	Ocorrerá uma decisão de não adjudicação (alínea g) do n.º 1 do art. 79º do CCP – no âmbito dos concursos para celebração de acordo-quadro).	Divergência doutrinal e jurisprudencial quanto à solução. Aparente conflito de princípios à ser analisado concretamente para decisão quanto à revogação da licitação conforme os interesses envolvidos (podendo ter por consequência o desfazimento da licitação – com a consequente "não adjudicação" da única proposta existente ou apta – o que se aproxima da solução

		vista no ordenamento português)
Circunstâncias supervenientes como causa de não adjudicação.	Deve ser suficiente para justificar a alteração substancial dos pressupostos que fundamentaram a decisão de contratar.	Deve ser pertinente e suficiente para justificar a decisão de revogação do certame.

As semelhanças demonstradas entre os ordenamentos estudados relacionadas ao ato de adjudicação e aos próprios efeitos e consequências de uma decisão de não adjudicação não se esgotam, por óbvio, com a análise acima, entretanto, optamos por tratar a principal semelhança constatada entre estes ordenamentos em tópico apartado que seguirá, já que a solução que pudemos visualizar quanto à tutela indemnizatória dos concorrentes licitantes em ambos os ordenamentos são semelhantes e garantem a proteção da boa-fé nas relações administrativas, além de garantirem a prossecução do interesse comum (conciliando interesses públicos e privados), e não apenas do interesse público, caracterizando-se, justamente por isso, na solução mais justa e moderna que pudemos constatar e fundamentar juridicamente em ambos ordenamentos.

3. Solução mais justa quanto à tutela indemnizatória dos concorrentes, à luz dos princípios da Boa-fé e da prossecução do interesse comum, entre os ordenamentos analisados

Em Portugal, houve uma acentuada alteração de sentido sofrida pelas regras da contratação pública, sobretudo com o desprendimento da sua inicial condição de instrumento a serviço dos interesses administrativos para mecanismo cujo objetivo principal é a tutela dos interesses dos operadores económicos privados envolvidos em procedimentos concursais.[167] Isso possibilitou a garantia de uma tutela indemnizatória aos concorrentes nos casos da prolação de uma decisão de não adjudicação, de uma decisão de adjudicação fora do prazo previsto para manutenção das propostas ou de uma não celebração do contrato com o adjudicatário.

No Brasil, por sua vez, as regras de contratação pública não acompanharam as mudanças jurisprudenciais e a evolução doutrinária no sentido de garantir a tutela dos direitos e interesses dos licitantes concorrentes. Não verificamos na legislação geral de licitações qualquer previsão que garanta uma indemnização aos licitantes em situações similares às previstas na legislação portuguesa. Por conseguinte, exemplificadamente, quando a licitação for desfeita, ou até

[167] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 234 e 235.

mesmo quando a Administração for omissa em relação à celebração do contrato, os administrados, neste caso os licitantes lesados, precisam socorrer-se de construções doutrinárias para terem a possibilidade de obterem uma tutela indemnizatória efetiva neste âmbito.

Não obstante, pudemos verificar no decorrer da pesquisa realizada que os ordenamentos português e brasileiro – sobretudo através de construções doutrinárias – acabam por caminhar na mesma direção, no sentido de garantir-se uma tutela indemnizatória pela via administrativa aos concorrentes nos casos em que os procedimentos não sejam inteiramente concluídos. Não se justificando, nesse aspecto e sob a atual concepção da Administração Pública, que está tutela indemnizatória seja viabilizada apenas em âmbito judicial.

Além do mais, conforme nos ensina Eberhard Schimidt-Assmann, o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais têm permitido ao direito administrativo introduzir uma marcada dimensão individual, uma maior atenção aos interesses dos indivíduos. Assim, por exemplo, toda ação individual ou procedimento administrativo tem que contemplar os interesses individuais dos afetados, seus interesses são considerados como interesses tutelados pelos direitos fundamentais.[168]

A Administração, portanto, na condução dos seus processos administrativos, deverá buscar conciliar os interesses em questão, e não poderá mais justificar e fundamentar suas decisões no argumento genérico do "atendimento ao interesse público"[169], desconsiderando os interesses dos administrados e não dando relevância a possível lesão de direitos ou interesses advindos com sua atuação, inclusive nos casos em que haja uma atuação lícita, porque, sobretudo nestes casos, poderá gerar na esfera jurídica dos particulares expectativas legítimas e um investimento na confiança séria e real destes nos atos e procedimentos administrativos.

Especificamente no caso de uma decisão de não adjudicação (no ordenamento português), ou no caso de um desfazimento de uma licitação por anulação ou revogação (no ordenamento brasileiro) as expectativas depositadas pelos concorrentes de boa-fé na futura adjudicação – e também na futura homologação, no ordenamento brasileiro – e posterior

---

[168] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 89 – Afirmações que, embora feitas sob o contexto alemão, podem ser aplicadas perfeitamente nas realidades portuguesa e brasileira.

[169] Nesse sentido MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág.889 - "O processo de democratização ocorrido durante o final do século XX conduziu à afirmação da instrumentalidade do Estado quanto à realização concreta de valores referidos ao indivíduo. Por isso, não se pode mais legitimar a atividade administrativa mediante a mera invocação do conceito de interesse estatal nem com recurso a um abstrato e vazio "interesse público".

contratação com a entidade adjudicante são frustradas e, por essa razão, devem ser consideradas pela entidade adjudicante no momento de sua decisão (considerada um ato lesivo ou potencialmente lesivo), porque as relações administrativas devem ser sempre pautadas pela boa-fé[170] entre as partes.

A solução administrativa deverá, então, ter como principal finalidade garantir a preservação e conciliação dos interesses em presença (interesse público e interesse privado dos concorrentes), podendo, por exemplo, não ser obrigada a adjudicar, quando existirem relevantes interesses públicos, mas devendo, por outro lado, garantir uma indemnização aos concorrentes lesados "injustamente (ainda que licitamente)"[171].

Pois bem, da conjunção de todos os interesses em questão se buscará alcançar o bem-estar geral (bem comum), entendido como o interesse comum formado a partir da conjunção de muitos interesses especiais, públicos e privados.[172]

Nesse sentido, em relação ao ordenamento português, defendemos a solução que determina que na própria decisão de não adjudicação a entidade ajudicante deva prever a respectiva indemnização aos concorrentes pelos encargos que comprovadamente incorreram com a elaboração das propostas (por meio de verba fixada pela entidade adjudicante[173]), apenas aos concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas, frisa-se (cfr. art. 79.º, n.º 4 do CCP), porque aquele concorrente que já teve sua proposta excluída não possui mais expectativa de tornar-se adjudicatário naquele procedimento pré-contratual, devendo arcar normalmente com os custos usualmente necessários à participação no procedimento.

Com essa medida será viabilizada uma maior desburocratização e aproximação dos serviços à população, uma vez que os concorrentes lesados pela decisão de não adjudicação não terão que recorrer aos tribunais administrativos portugueses para obter uma indemnização que já encontra-se prevista expressamente na lei (art. 79.º, n.º4 do CCP) e, portanto, é expressamente

---

[170] Na legislação portuguesa o art. 10.º, n.º 1 do CPA, "1- No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem **agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé**."; Na legislação brasileira o art. 2.º, parágrafo único, IV da Lei n.º 9.784 , de 29 de janeiro de 1999, "Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (…) IV - **atuação segundo** padrões éticos de probidade, decoro e **boa-fé;**".

[171] BERNARDO AZEVEDO, **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 242.

[172] Cfr. EBERHARD SCHIMIDT-ASSMANN, **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003, página 166.

[173] Sem prejuízo de, posteriormente, demandarem judicialmente o ressarcimento de outros prejuízos ou a correção da verba fixada administrativamente à título indemnizatório.

devida pela entidade, desde que sejam comprovados os encargos incorridos com a proposta por parte do(s) lesado(s).

Além disso, conforme sustentamos, a conjunção do princípio da responsabilidade com o princípio da boa administração[174], permite-nos obter uma base jurídica suficiente para fundamentar a solução proposta, pois em última análise aproximará os serviços da população de forma desburocratizada[175] e atenderá os critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

Sophie Perez Fernandez sobre a boa administração diz que "Com ela pretende-se, em última análise, desconstruir a imagem de uma Administração burocrática, distante, inacessível e rígida, e fomentar práticas que suportem uma Administração fiável, aberta, transparente e responsável suscetível de criar/inspirar um clima de confiança e credibilidade no exercício da função administrativa."[176]

Conforme tratamos na Parte I deste trabalho, seria uma situação de aplicação da perda de *chance* por se ter perdido a possibilidade/chance de um ganho[177]. Assim, haverá a aplicação desta figura no caso em análise – quando a entidade adjudicante decidir por não adjudicar o procedimento pré-contratual – porque em relação aos concorrentes a chance individualmente considerada de ser adjudicatário e de obter os ganhos que adviriam com a decisão de adjudicação (caso esta tivesse efetivamente ocorrido) deixam de existir.

Por conseguinte, a probabilidade séria de um deles – entre aqueles concorrentes que ainda não foram excluídos do procedimento –, vir a se tornar adjudicatário e futuro cocontratante com a entidade adjudicante dará direito a uma indemnização pelos custos comprovadamente realizados com a preparação da proposta e participação no procedimento,

---

[174] Conforme defende JOÃO PACHECO DE AMORIM, "poderá o princípio da boa administração funcionar também como fator de consolidação e reforço de outros princípios afins e confinantes, como o (já citado) da responsabilidade, os da proporcionalidade, justiça e razoabilidade, o da administração eletrónica, etc." - **Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 100 (2013). Pág. 19.

[175] JOÃO PACHECO DE AMORIM, **Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. n.º 100 (2013). Pág. 18. – "o que agora se pretende consagrar enquanto acervo de verdadeiros e imediatos padrões de conduta no n.º 1 do art. 5.º (sob a genérica epígrafe de «Princípio da boa administração») são os critérios de *eficiência, economicidade e celeridade,* erigindo-se no n.º 2, como prévia condição da respectiva efetividade, uma organização desburocratizada da Administração propiciadora da necessária aproximação dos serviços à população."

[176] SOPHIE PEREZ FERNANDEZ - **A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Pág. 113.

[177] Conforme sistematização dos núcleos de aplicação da figura da perda de *chance*, segundo Holger Fleisher, em Perda de *Chance* de ganho, Perda de *Chance* processual e Perda de *Chance* de cura ou sobrevivência - RUTE TEIXEIRA PEDRO, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 187-192.

nos termos do art. 79.º, n.º 4 do CCP, ou seja, uma indemnização pelo interesse contratual negativo[178] (dano emergente[179]), uma vez que não mais ocorrerá ou será possível ocorrer a celebração do contrato, nem mesmo seja possível demonstrar com certeza qual daqueles entre os concorrentes iria ser o adjudicatário e co-contratante.

Além de terem sido frustradas as expectativas dos concorrentes em relação àquela chance, há uma ofensa da confiança depositada pelos concorrentes no procedimento e na futura contratação, porque estes, confiando na seriedade e na viabilidade do procedimento, fazem investimentos em suas propostas (que, a depender do objeto contratual, podem ser maiores ou menores) com a finalidade última de tornarem-se adjudicatário e co-contratante. Protegendo-se a confiança se protegerá, consequentemente, a boa-fé nas relações administrativas.

Igualmente, no ordenamento brasileiro também defendemos a solução proposta doutrinariamente[180] (Marçal Justen Filho entende que a Administração deve anular o ato e no mesmo momento prever a indemnização respectiva aos lesados[181]) no sentido de dever ser prevista uma indemnização nos casos de desfazimento por anulação ou revogação no próprio ato administrativo anulatório ou revogatório, porque esta solução preservará a boa-fé nas relações administrativas, trará mais efeitos benéficos que maléficos e garantirá uma maior economicidade de todo o aparato estatal.

Entretanto, a semelhança das soluções propostas transpõe-se ao próprio conteúdo, pois em ambos ordenamentos verificamos que embora possuam relevantes fundamentos e bases jurídicas fortes não encontram-se sedimentadas na atividade administrativa, provavelmente por caracterizar-se numa solução que vem alterar uma antiga cultura organizacional presente e

---

[178] "I - Na responsabilidade pré-contratual o lesado tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos (dano da confiança), isto é, pelos danos que não teria se não tivesse celebrado o contrato, não se incluindo na medida do dano ressarcível o lucro esperado com o cumprimento do contrato." - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 01068/08 (disponível em www.dgsi.pt)

[179] Descartando a possibilidade de configuração do dano da perda de *chance* no âmbito dos lucros cessantes, RUTE TEIXEIRA PEDRO fundamenta que "Aceite a configuração, atrás delineada, da chance como uma realidade autónoma e parte integrante do património, parece que há, apenas uma qualificação possível para o dano decorrente da sua perda – a de dano emergente "*da perdita di possibilita attuale e non di un futuro risultato utile"*." - **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. Pág. 224-225.

[180] MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editra Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. Pág. 494. - "não se admite, em face do regime democrático instaurado pela CF/1988, que a Administração Pública promova unilateralmente o desfazimento do ato e remeta o particular à via judicial para obter a indenização devida"

[181] Entretanto, MARÇAL JUSTEN FILHO salienta que o que ocorre frequentemente no âmbito administrativo é a promoção da anulação sem qualquer previsão indenizatória aos lesados, o que acaba remetendo os particulares para a via judicial, o que afirma ser uma "opção juridicamente insustentável" - MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. (2014). Pág. 902.

enraizada na maioria dos orgãos e entidades administrativas (tanto em Portugal quanto no Brasil), no sentido de que a Administração deve ser e agir de forma autoritária em relação aos administrados, de que é superior aos particulares e por essa razão pode e deve impor sobre quaisquer custos suas decisões desconsiderando os interesses e direitos dos particulares envolvidos e provavelmente lesados ou atingidos por seus atos e decisões.

Talvez porque a desburocratização não é, e nunca será, um evento rápido e isolado que ocorre da noite para o dia, mas sim e por sua vez um processo lento e progressivo que exige a mudança de anteriores rotinas e culturas organizacionais, tidas como certas, definitivas e estanques pelos ocupantes de funções públicas.

Entretanto, não obstante o difícil e lento estado de inserção desta solução nas entidades administrativas portuguesas e brasileiras, a medida proposta em ambos ordenamentos não deixa de ser a mais justa e moderna, e a que vem atender melhor e com maior grau diversos princípios administrativos, sobretudo, os tradicionais princípios da boa-fé nas relações administrativas e da prossecução do interesse comum, garantindo também a preservação da confiança nas relações administrativas.

CONCLUSÃO

Os ordenamentos português e brasileiro quando comparados especificamente no que diz respeito ao objeto desta dissertação, de plano, já apresentam uma diferença em relação à sua atualidade e inovação, enquanto a lei portuguesa que trata das contratações públicas no país Luso tem sua última alteração no ano de 2018, a lei brasileira que trata das licitações e contratos administrativos, por sua vez, datada originalmente em 1993, teve algumas poucas alterações, mas permaneceu durante essas mais de duas décadas com sua base inicial quase inalterada, apesar de existirem projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional brasileiro com a finalidade de alterá-la significativamente.

Entretanto, as diferenças entre os ordenamentos vão muito além da temporalidade das leis em cada país, como é de se esperar, principalmente por estarmos estudando leis com diferenças de idade e elaboradas em épocas tão distintas, somamos ainda a este facto a realidade completamente distinta em que se inserem estas leis, seja geograficamente, seja culturalmente ou ainda temporalmente, como supra falamos.

Não obstante, não podemos deixar de considerar que, embora a lei brasileira esteja "defasada" quando comparada à realidade em que se insere e às demandas e necessidades dos entes e órgãos administrativos e também às demandas dos próprios cidadãos/administrados, estamos também inseridos em uma época na qual a globalização mais do que nunca tem se expressado e assumido um papel importante nos mais diversos setores da sociedade.

Consequentemente, no direito administrativo não tem sido diferente, cada vez mais soluções encontradas por doutrinadores de outras regiões do mundo são usualmente importadas ou exportadas por doutrinadores e juristas brasileiros e portugueses, e virse-versa. Inclusive essa globalização tem influenciado determinantemente para a existência de tantos pontos de contato entre ordenamentos jurídicos com legislações tão diferentes temporalmente e espacialmente.

Esta pesquisa acabou por apontar para uma similaridade bastante importante e moderna entre os ordenamentos, não obstante tenham sido apontados também vários outros aspectos em que os mesmos se afastam em sentidos completamente opostos.

Além disso, eventuais omissões legislativas existentes não podem ser utilizadas como fundamento para atuações desnecessariamente burocráticas, anti-econômicas e injustas por parte da Administração. Exemplificando, o facto de não haver previsão legal expressa, no ordenamento brasileiro, que determine que os entes e órgãos administrativos indemnizem os

lesados ainda na via administrativa, não pode ser utilizado como justificativa para a desconsideração desses interesses e direitos lesados pela própria atuação pública.

Como já é sabido qualquer ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo, por isso a boa-fé nas relações administrativas e a tutela da confiança depositada legitimamente na atuação pública administrativa devem ser fundamentos para que essa indemnização ocorra em sede administrativa, quando da não adjudicação, da anulação ou revogação dos atos ou processos.

Por conseguinte, a não adjudicação de um procedimento pré-contratual ou o desfazimento de uma licitação por anulação ou revogação devem prever pela via reflexa e concomitantemente uma quantia indemnizatória aos eventuais lesados pelos prejuízos causados pela atuação administrativa, e neste caso a tutela da confiança pode ser utilizada para fundamentar esse amparo indemnizatório, garantido, por exemplo, através de um devido processo que garanta o contraditório e ampla defesa aos interessados na continuidade do procedimento pré-contratual ou na continuidade e conclusão da licitação, momento que se apresentará oportuno para a demonstração e comprovação dos prejuízos sofridos por estes.

Além disso, princípios como o da boa-administração e o da responsabilidade, previstos na legislação portuguesa podem amparar, alicerçar e fundamentar juridicamente a solução proposta de garantir-se essa indemnização já na via administrativa no ordenamento português, não sendo necessário remeter os particulares ao âmbito judicial. O próprio princípio da boa-administração é caracterizado pela legislação portuguesa para garantir e consagrar critérios de eficiência, economicidade e celeridade, devendo aproximar os serviços da população de forma desburocratizada.

Sophie Perez Fernandez sobre a boa administração com maestria diz que "Com ela pretende-se, em última análise, desconstruir a imagem de uma Administração burocrática, distante, inacessível e rígida, e fomentar práticas que suportem uma Administração fiável, aberta, transparente e responsável suscetível de criar/inspirar um clima de confiança e credibilidade no exercício da função administrativa."[182]

Dessa forma, com base nas premissas elencadas acima e após a pesquisa desenvolvida, destacamos as seguintes conclusões:

[182] SOPHIE PEREZ FERNANDEZ - **A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Pág. 113.

I. Foram constatadas algumas diferenças sensíveis entre os ordenamentos, entre elas destacamos as diferenças: i) quanto à classificação do ato de adjudicação (constitutivo de direitos vs declaratório de direitos) e os efeitos advindos deste ato (direito de ser co-contratante ou não); ou ainda em relação às causas que podem ser invocadas para a decisão de não adjudicação (expressamente previstas ou não); ii) quanto à vinculação ou não da prática do ato de adjudicação; quanto à possibilidade ou não de utilização de circuntâncias imprevistas para justificar uma decisão de não adjudicação ou no caso do ordenamento brasileiro de uma revogação; iii) quanto à previsão legal expressa ou não de indemnização dos custos realizados pelos operadores econômicos ocasionada pela decisão de não adjudicação ou, adaptando-se à realidade brasileira, por um desfazimento de uma licitação; entre outras diferenças que abordamos na parte III desta dissertação.

II. Embora tenham sido constatadas diversas diferenças entre os ordenamentos, também foi possível identificar muitas semelhanças, das quais podemos relevar as seguintes: i) quanto à vinculação do conteúdo do ato de adjudicação; ii) em relação à possibilidade de não adjudicar invocando-se o atendimento ao interesse público ou invocando-se invalidade/ilegalidade comparando-as à revogação e à anulação utilizadas para desfazer uma licitação no Brasil; iii) quanto à pertinência e suficiência de circunstâncias supervenientes para justificar um desfazimento de uma licitação por revogação ou uma decisão de não adjudicação em Portugal; iv) entre outras semelhanças mencionadas também na parte III desta pesquisa.

III. Foi demonstrada uma importante semelhança entre os ordenamentos quanto à possibilidade de garantir-se uma tutela indemnizatória dos concorrentes licitantes em ambos os ordenamentos ainda em sede administrativa, quando houver uma decisão de não adjudicação ou quando a licitação for desfeita por revogação ou por anulação. Sobretudo através de construções doutrinárias, os ordenamentos estudados acabam por caminhar na mesma direção, garantindo uma tutela indemnizatória pela via administrativa aos concorrentes nos casos em que os procedimentos não sejam concluídos. Não se justificando que está tutela indemnizatória seja viabilizada apenas em sede judicial.

IV. A solução proposta em ambos os ordenamentos de assunção da responsabilidade civil por parte dos entes e órgãos administrativos ainda em sede administrativa e não pela via judicial, garante a desburocratização pública, aproxima os serviços prestados aos administrados, viabiliza uma maior economicidade e dar, por sua vez, uma maior eficiência à atuação pública. Garantem ainda a proteção da boa-fé nas relações administrativas, além de efetivarem a prossecução do interesse comum (conciliando interesses públicos e privados).

V. Essa semelhança entre os ordenamentos é capaz de atender às demandas e "cobranças" dos particulares/concorrentes/licitantes, pois ao determinar uma quantia indemnizatória administrativamente aos eventualmente lesados pela atuação administrativa, levam em consideração interesses e direitos dos particulares além dos interesses puramente públicos, atendendo ao interesse comum na união de interesses mútuos e diversos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Rosan de Sousa; CÂNDIDO, Felipe Fagundes. **As recentes modificações da legislação administrativa e os seus reflexos nos contratos, na sociedade e na administração: (atualização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas pela Lei n. 12.980, de 28 de maio de 2014)**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. 490 p.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência**. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 240 p. ISBN: 978-85-7018-867-0.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço - **A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa: O Novo Contrato Natural.** Coimbra: Almedina. 2006. 320 p. ISBN 972-40-2786-4.

ÁVILA, Humberto, **Teoria da Segurança Jurídica**, 3ª edição, Malheiros, 2011. 728 p. ISBN: 978-85-392-0090-0.

AZEVEDO, Bernardo - **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública – II*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1784-1. (2010), p. 223 – 271.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Manual de Direito administrativo facilitado**. Salvador: Juspodivm, 2017. 2ª Ed. rev., ampl. e atual. 1408 p. ISBN 978-85-442-1 794-8.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil** de 1988.

BRASIL. **DECRETO n.º 5.450,** de 31 de maio de 2005.

BRASIL. **LEI n.º 8.666** de 21 de junho de 1993.

BRASIL. **LEI n.º 9.784** de 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. **LEI n.º 10.520** de 17 de julho de 2002.

BRASIL. **LEI n.º 12.462**, de 4 de agosto de 2011.

BRASIL. **LEI nº 13.303** de 30 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 473**.

CABRAL, Margarida Olazabal - **A anulação de um concurso público – acto recorrível. Acto ilícito? – Ac. do STA de 17.12.1999, P. 40 313**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. ISSN: 0873-6294. n.º 32 (2002), p. 31-40.

CALDEIRA, Marco - **Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos**, in *Estudos de Contratação Pública* – IV. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-2072-8. (2013), p. 447 – 485.

CALDEIRA, Marco - **Um caso de "arrependimento" da Administração antes da celebração do contrato...**, in *DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS – Anotações de Jurisprudência.* Carla Amada e Tiago Serrão (Coord.). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2013. [consult. 15 Out. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/dirrespciv_ebook_completo.pdf>. ISBN 978-989-97834-6-1.

CALDEIRA, Marco - **Da exigibilidade judicial da celebração de contratos públicos**, in *Estudos sobre o contencioso pré-contratual*. Lisboa: AAFDL Editora. ISBN 978-972-629-130-5. (2017), p. 317 – 402.

CARVALHO FILHO, José dos Santos - **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. 1311 p. ISBN 978-85-224-9738-6 ISBN 978-85-224-9739-3 (PDF).

CORDEIRO, Maria Ataíde - **A responsabilidade civil da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público...**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora. ISBN 978-972-629-166-4. (2017), p. 185 – 209.

CORREIA, Cecília Anacoreta - **Decisão de não adjudicação e caducidade da adjudicação**, in *Atas da Conferência A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.* E-book. Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.). Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas [etc.]. 2016. [consult. 29 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/11040/view>. ISBN 978-989-8722-17-1.

CORREIA, José Manuel Sérvulo - **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina. 1987. 822 p.

CORREIA, Sérvulo; TORGAL, Lino; SANCHEZ, Pedro Fernando - **Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública**, in *Estudos de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1898-5. (2010), p. 149 – 200.

COUTINHO, Juliana Ferraz - **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in *Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora. ISBN: 978-972-629-166-4. (2017), p. 577 – 604.

DO COUTO E SILVA, Almiro. **Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito administrativo brasileiro** in *Revista de Direito Administrativo*, 217. Rio de Janeiro (jul./set. 1999), p. 163-171.

DO COUTO E SILVA, Almiro. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)** in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, nº 57/Supl. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971 (Dez. 2003), p. 35-78. ISSN 0101-1480. [Consult. 04 Mar. 2019]. Disponível em WWW:<URL:https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143930-rpge57livrocadernosalmiro.pdf>.

DUARTE, Tiago - **A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês**, in *Estudos de Contratação Pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1648-6. (2008), p. 147 – 180.

EIRÓ, Vera - **Adjudicar, não contratar e... indemnizar...**, in *Cadernos de Justiça Administrativa.* Diretor António Cândido Oliveira. Braga: CEJUR. ISSN 0873-6294. nº 80. (2010), p. 32 – 49.

FERNANDEZ, Sophie Perez - **A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'…?,** *in UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, pp 95-113. Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito – Universidade do Minho. [consult. 12 Fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/>.

FERREIRA, Rui Cardona – **A responsabilidade das entidades adjudicantes**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. ISSN: 0873-6294. n.º 97 (2013), p. 11-25.

FERREIRA, Rui Cardona - **Responsabilidade Pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance**, in *Responsabilidade Civil do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, 2014. [consult. 15 Out. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf>.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. 974 p. ISBN 972-40-2122-X.

GUIMARÃES, Rui Mesquita - **Da adjudicação à celebração do contrato...,** in *Revista de Contratos Públicos.* Diretor Pedro Costa Gonçalves. Coimbra: CEDIPRE [etc.]. ISSN 2182-164X. nº 17. (2018), p. 47 – 80.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2014. 16ª Ed. 1276 p. ISBN 978-85-203-5145-1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016. 4ª Ed. em e-book baseada na 12ª Ed. impressa. 1861 p. ISBN 978-85-203-6930-2.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias - **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 405 p. ISBN 85-7674-617-4.

O NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – CONFERÊNCIAS DO CEJ 2014-2015. [S.l.]. Centro de Estudos Judiciários. 2016. [consult. 19 Dez. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf>.

PACHECO DE AMORIM, João - **As garantias administrativas no Código dos Contratos Públicos,** in *Estudos de Contratação Pública – II.* Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1784-1. (2010), p. 197 – 222.

PACHECO DE AMORIM, João – **Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho. ISSN: 0873-6294. n.º 100 (2013), p. 17-27.

PARZIALE, Aniello dos Reis. **A licitação e a presença de apenas um licitante** in *Revista Trimestral de Direito Público.* Ed.n.º 60. São Paulo: Editora Forúm, p. 209 – 225. ISSN impresso: 2237-1796. ISSN digital: 2448-1505. [consult. 07 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:http://www.editoraforum.com.br/noticias/licitacao-e-presenca-de-apenas-um-licitante/>.

PEDRO, Rute Teixeira **– A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008. ISBN 978-972-32-1636-3. 492 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 31ª Ed. rev. atual e ampl. 1180 p. ISBN 978-85-309-7956-0.

PORTUGAL. **CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa.** D.R. I Série. 86/1976 (10-04-76).

PORTUGAL. **DECRETO-LEI N.º 4/2015**. D.R. I Série. 4 (07-01-15) 50-87.

PORTUGAL. **DECRETO-LEI N.º 111-B/2017.** D.R. I Série. 168/2017 (31-08-2017) 5250-(1894) a 5250-(2052).

PORTUGAL. **LEI N.º 67/2007.** D. R. n.º 251/2007, Série I de (2007-12-31) - 9117 – 9120.

PORTUGAL. Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. - **Contratação Pública em Portugal 2016** [em linha]. Novembro, 2017. [Consult. 28 Mar. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.impic.pt/impic/pt-pt/relatorios-e-dados-estatisticos/relatorios-de-contratacao-publica>.

PORTUGAL. Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. – **Contratação Pública em Portugal 2017** [em linha]. Setembro, 2018. [Consult. 04 Dez. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.impic.pt/impic/pt-pt/relatorios-e-dados-estatisticos/relatorios-de-contratacao-publica >.

SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard - **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA – Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid [etc.]: Instituto Nacional de Administración Pública [etc.]. 2003. ISBN (INAP): 84-7088-613-4. ISBN (Marcial Pons): 84-9768-048-0.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2004). Agravo de Instrumento 228.554/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 27.08.2004 (disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2005). REsp 686.220/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 04.04.2005 (disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2007). RMS 24.188-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 14.9.2007 (disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2014). Medida Cautelar na Reclamação 17.466/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 09.12.2014 (disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1998). REsp 46.179/MG, Segunda Turma. Rel. Ministro Adhemar Maciel, DJ 11/05/1998 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2002). REsp 287.727/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 14.10.2002 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2003). MS 8.844/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 04.08.2003 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2006). RMS 19662 - SP 2005/0034194-2, Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira, DJ 27.3.2006 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2006). REsp 658.130/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.09.2006 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2007). REsp 959.733-RJ, Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.11.2007 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2008). RMS 23402 PR 2006/0271080-4 T2, Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.04.2008 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2008). RMS 23.360/PR, Primeira Turma. Rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.12.2008 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2014). REsp 1.153.354/AL, Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 02.06.2014 (disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/).

BRASIL. Tribunal Regional Federal - 2ª Região (2008). AMS 5931-6, 8a T., Rel. Des. Raudênio Costa, publ. 7.4.2008 (disponível em http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/).

BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1ª Região (2015). AC 2006.34.00.031803-3, 5.ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, DJ 30.07.2015 (disponível em https://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/).

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2002). ACÓRDÃO Nº 145/2002 – Plenário, voto do Ministro Rel. Adylson Motta (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2007). ACÓRDÃO N.º 701/2007 – Plenário, Rel. Min. Benjamim Zymler (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2008). ACÓRDÃO Nº 408/2008 – Plenário, voto do Ministro Rel. Raimundo Carneiro (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2010). ACÓRDÃO Nº 1316/2010 – 1ª Câmara, voto do Ministro Rel. Augusto Nardes (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2012). ACÓRDÃO N.º 3.344/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2013). ACÓRDÃO 2.789/2013 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2018). ACÓRDÃO Nº 1847/2018 – Plenário, voto do Min. Rel. Augusto Nardes (disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/)

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – *Metalmecanica Fracasso SpA* – Proc. n.º C-27/98 de 16 de setembro de 1999, (disponível em www.eur-lex.europa.eu).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07 de janeiro de 2009, Proc. n.º 0912/08, (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 01068/08 (disponível em www.dgsi.pt)

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de junho de 2013, Proc. n.º 01360/12 (disponível em www.dgsi.pt)

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22 de março de 2012, Proc. n.º 07045/10 (disponível em www.dgsi.pt)

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de outubro de 2013, Proc. nº 10318/13 (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04 de fevereiro de 2004, Proc. n.º 02/04 (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de novembro de 2005, Proc. n.º 041321A (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 08 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 0891/10 (disponível em www.dgsi.pt)

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de outubro de 2012, Proc. n.º 01735/11.8BEBRG, (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 23 de junho de 2017, Proc. n.º 02801/16.9BEPRT (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 04 de novembro de 2011, Proc. n.º 00213/06.1BELLE (disponível em www.dgsi.pt)

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de outubro de 2009, Proc. n.º 0557/08 (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Superior Tribunal Administrativo de 23 de maio de 2000, Proc. n.º 040313 (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 15 de outubro de 2010, Proc. n.º 00420/09.5BEBRG (disponível em www.dgsi.pt).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1840/06.2TJVNF.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).