

2º CICLO DE ESTUDOS
CIÊNCIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES DE NÃO ADJUDICAÇÃO.

Lorena Oliveira de Andrade

M

2024



A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES DE NÃO ADJUDICAÇÃO.

Lorena Oliveira de Andrade

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico-Administrativas, realizada sob orientação da **Exma. Senhora Professora Doutora Juliana Manuela Alves Ferraz Coutinho**, relativa ao ano letivo de 2023/2024.

*O texto que aqui se publica comporta correções introduzidas posteriormente à realização das provas públicas.

Porto, 2024.



RESUMO

A dissertação ora oferecida trata da discricionariedade nas decisões de não adjudicação no Código de Contratos Públicos, com inicial abordagem à uma das questões mais antigas do direito administrativo: os princípios como limites da discricionariedade. Partirá-se da análise de diferentes doutrinas administrativas, as quais se contrapõem no que tange a liberdade da administração pública. Busca-se estabelecer um paralelo entre a teoria da ampla liberdade de ação da administração e a da liberdade sempre limitada pela lei e controlada pelos tribunais.

Para isso, far-se-á uma breve introdução para situar o leitor a respeito do estado da arte da discricionariedade administrativa, tanto no direito português quanto no brasileiro. A seguir, traçam-se as noções de adjudicação e de demais conceitos básicos para a compreensão da matéria, assim como uma análise crítica sobre os “conceitos indeterminados” e a função da discricionariedade para o operador do direito.

Debater-se-á diferentes pontos doutrinários acerca da interpretação dos arts. 76 e 79 do Código de Contratos Públicos a fim de entender qual o alcance da discricionariedade nas decisões de não adjudicação, para garantir uma conduta em conformidade com os princípios constitucionais impostos pelo ordenamento jurídico. A metodologia utilizada para este estudo é uma intensa discussão doutrinária acompanhada das jurisprudências cabíveis. No que diz respeito ao direito brasileiro, a dissertação seguirá a mesma linha de abordagem, com análise da nova lei de licitações nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos) e após determinadas as diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos, estabelecer-se-á uma comparação entre as duas conjunturas.

É sobre esta matéria que versa o presente estudo, que tem por objetivo principal a controvérsia doutrinária quanto à admissibilidade e aos efeitos das tradicionalmente designadas cláusulas de não adjudicação, por vezes inseridas nas peças do procedimento, e as consequências que uma análise exclusivamente legalista podem trazer para o interesse público e a dignidade dos administrados.

Palavras-chave: boa administração, discricionariedade administrativa, adjudicação, Código de Contratos Públicos, Lei nº 14.133/21, interesse público, arbitrariedade administrativa, segurança jurídica, licitações.

ABSTRACT

The dissertation offered here deals with discretion in non-award decisions in the Public Contracts Code, with an initial approach to one of the oldest issues in administrative law: principles as limits of discretion. It will begin with the analysis of different administrative doctrines, which oppose each other with regard to the freedom of public administration. The aim is to establish a parallel between the theory of the administration's broad freedom of action and that of freedom always limited by law and controlled by the courts.

To this end, a brief introduction will be made to inform the reader regarding the state of the art of administrative discretion, both in Portuguese and Brazilian law. Next, the notions of adjudication and other basic concepts for understanding the matter are outlined, as well as a critical analysis of “indeterminate concepts” and the function of discretion for the operator of the law.

Different doctrinal points will be debated regarding the interpretation of arts. 76 and 79 of the Public Contracts Code in order to understand the scope of discretion in non-award decisions, to guarantee conduct in accordance with the constitutional principles imposed by the legal system. The methodology used for this study is an intense doctrinal discussion accompanied by applicable jurisprudence. With regard to Brazilian law, the dissertation will follow the same line of approach, with an analysis of the new bidding law nº 14.133/21 (New Bidding and Contracts Law) and after determining the differences between the two legal systems, establishing - there will be a comparison between the two situations.

This is the subject of this study, which has as its main objective the doctrinal controversy regarding the admissibility and effects of traditionally called non-adjudication clauses, sometimes inserted in the procedural documents, and the consequences that an exclusively legalistic analysis can bring. for the public interest and the dignity of those administered.

Keywords: good administration, administrative discretion, adjudication, PublicContracts Code, Law No. 14,133/21, public interest, administrative arbitrariness, legalsecurity, bid

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1 – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES	9
1.1 CONCEITOS INDETERMINADOS.....	9
1.2 FUNÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE PARA O OPERADOR DO DIREITO.....	12
1.3 LIMITAÇÕES AO PODER DISCRICIONÁRIO.....	15
1.3.1 PRINCÍPIOS LIMITANTES DA DISCRICIONARIEDADE	15
1.3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS NO DIREITO LUSO- BRASILEIRO	19
CAPÍTULO 2 – DAS DECISÕES DE NÃO ADJUDICAÇÃO EM PORTUGAL	26
2.1 ADJUDICAÇÃO E PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO: NOÇÕES INICIAIS E VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS.....	26
2.2 TAXATIVIDADE DAS CAUSAS DE ADJUDICAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE PARA NÃO ADJUDICAR?	29
CAPÍTULO 3 - A ADJUDICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	42
3.1 AS MODALIDADES E FASES DA LICITAÇÃO NA LEI Nº 14.133/21.....	42
3.2 A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO E O PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.....	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

A discricionariedade é um dos temas mais antigos estudados pelo Direito Administrativo e inúmeras são as concepções existentes na doutrina, que variam desde a ideia do poder discricionário como liberdade de escolha delimitada pela lei, até a total libertação entre administrador e os aspectos legalistas que regem a Administração.

Conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho, o poder discricionário não possui uma origem ou histórico específico que o definam como uma prerrogativa de direito público atribuída aos agentes administrativos. No entanto, pode ser compreendido como consequência do princípio da separação de poderes entre as autoridades judiciais e administrativas. Esse conceito foi desenvolvido no direito francês anteriormente ao fim da monarquia e à Revolução Francesa, bem como nas décadas subsequentes a esses eventos.¹

Com o advento do Estado de direito, que surge como um Estado Liberal de Direito, balizado nos ideais da Revolução Francesa, foi criada uma nova forma de organização do poder político, na qual o Estado passa a ter um poder limitado a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, a lei substitui a vontade do rei como fonte de todo o Direito e limita em certa medida as arbitrariedades cometidas pelo Estado²(CANOTILHO, 1941).

Segundo José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 47), é no Estado de direito que são feitas indagações como:

“[...] qual é a efetiva zona de liberdade de atuação que possui o administrador público? É possível ou não se reconhecer, no exercício dos poderes administrativos, uma zona de liberdade de conduta? Em caso afirmativo, quais são os limites impostos ao exercício desse poder discricionário? Que técnicas jurídicas devem ser utilizadas para verificação do adequado cumprimento da lei no exercício da função administrativa? Que atos da administração podem ser controlados e revistos pelo Poder Judiciário ou pelos denominados contenciosos administrativos[...]”³

A partir destas questões, passa-se a abordar algumas das principais concepções doutrinárias da discricionariedade e a forma a que ela é atribuída à administração na tentativa

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 18.

² CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1941. p. 110.

³ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Curso De Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp.47.

de compreender até que ponto pode ou não ser flexibilizada. Conforme leciona em seu manual, António Francisco de Sousa, (2019) alude que o poder discricionário é visto para parte da doutrina como uma liberdade de escolha dentre uma pluralidade de soluções igualmente

possíveis, porém sempre limitada ao direito; e em sentido oposto, outra parte compreende a discricionariedade como um espaço de livre atuação com total libertação dos aspectos jurídicos.⁴

A ampla liberdade sem qualquer limitação não é adequada para a forma de atuação da administração dentro do Estado de direito, no qual a administração exerce um poder sempre definido e delimitado pela lei. Os elementos livres da atuação administrativa traduzem uma liberdade de escolha entre várias decisões corretas, sendo que “todas as possibilidades de decisão foram hipotetizadas pelo Legislador e, por isso, são por ele queridas”⁵(SOUZA, 1987).

No entanto, é importante ressaltar que, a opção por uma das alternativas válidas deve ser realizada por meio da interpretação de todo o ordenamento jurídico no qual se insere o facto em concreto, sendo que este sempre indicará quais os caminhos são possíveis ou vedados. Nesse contexto, há de se considerar que uma interpretação do ordenamento jurídico de uma forma única e completa passa pelos princípios constitucionais, principalmente após o fenômeno da positivação dos princípios.

Nesse sentido, é válido mencionar o entendimento de José Eduardo Martins (2005, p. 51):

“De facto, se a interpretação jurídica nos revela um universo de condutas válidas, a definição de qual a melhor alternativa a ser seguida apenas pode ser feita por critérios decisórios advindos de uma política administrativa tida como apropriada pelo administrador público para o caso concreto. Os caminhos indicados pela hermenêutica jurídica apenas nos permitem diferenciar o válido do inválido, o "legal" do "ilegal". A opção entre alternativas igualmente válidas, portanto, jamais poderá ser uma opção construída a partir de uma pura exegese normativa. Será sempre uma opção fundamentalmente política, lastreada na dimensão axiológica daquele que recebeu a incumbência legal de fazer a opção discricionária. Não procederá aqui o argumento de que, dentro do universo de opções válidas que integram o campo discricionário posto pela lei à disposição do administrador seria possível, com base nas regras ou nos princípios de Direito, se escolher "a melhor" alternativa. Se pela exegese do Direito Positivo se constatar a existência objetiva de uma "melhor" alternativa, esta, a bem da verdade, não será propriamente a "melhor" alternativa, mas a única que poderia ser validamente seguida. [...]. Pela exegese da ordem jurídica, se houver um único caminho administrativo jurídico objetivamente capaz de atender ao dever jurídico da boa administração, ou seja, de implementar aquilo que determina o melhor direito à Administração Pública, o caso será de ausência de liberdade de opção (competência vinculada). Ao revés, se a exegese nos revelar que o dever jurídico de boa administração será respeitado em diferentes alternativas, todas elas "ótimas" e "boas" para o Direito e postas de modo a que objetivamente inexistam um critério jurídico-interpretativo capaz de nos conduzir a um caminho "melhor", estaremos diante de um autêntico caso de discricionariedade”.⁶

⁴ SOUSA, António Francisco de. **Manual de Direito Administrativo**. Porto: Vida Económica, 2019

⁵ Idem. **A Discricionariedade Administrativa**. Lisboa: Ed Danubio, 1987. p.330.

Nesse contexto, será importante ressaltar também a função da discricionariedade para o operador do direito, pois frente a conceitos indeterminados e lacunas legislativas, a atuação discricionária é instrumento de inegável relevância para realização da justiça material e do interesse público, desde que exercido dentro dos limites da lei. Essa busca pela melhor escolha para o cumprimento da boa administração demonstra a necessidade de expor brevemente a discussão doutrinária existente acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que é entendido por parte da doutrina como meio de atribuição de discricionariedade à administração sem previsão expressa.

A Administração percorre um complexo caminho para alinhar seus comportamentos às prerrogativas aos interesses e direitos dos particulares, procura não somente ser mais eficiente, como também transparecer tal eficiência, desburocratização e economicidade afim de inspirar a confiança dos administrados. Esta necessidade de não apenas “ser idônea”, mas também de “aparentar ser idônea”, decorre de uma acentuada cobrança e fiscalização por parte dos administrados em relação àquilo que a Administração tem prestado.

Não é mais tolerado, como antes, uma atuação administrativa puramente autoritária e arbitrária que ultrapasse os direitos e as legítimas expectativas dos administrados no desempenho de suas atividades, que atue de forma deliberadamente burocrática, dificultando o acesso dos particulares aos serviços ou até mesmo que atue em qualquer viés que a afaste dos princípios da supremacia do interesse público, eficiência e economicidade.

Além da conjuntura atual que apresentamos somam-se ainda as contrariedades que permeiam o Direito Administrativo⁷, que, por sua natureza de instrumento organizacional da sociedade, encontra-se constantemente se atualizando e modernizando, adaptando-se às novas necessidades dos indivíduos. Em consequência do que se referiu, a escolha do tema tratou sobre a suposta taxatividade do rol de causas de não adjudicação do art. 79 do Código de Contratos Públicos, relacionando os efeitos jurídicos das decisões de não adjudicação de procedimentos pré-contratuais com os princípios constitucionais, isso quando formos tratar do ordenamento português, porém também abordaremos o ordenamento brasileiro, e este utiliza-se de um procedimento e nomenclaturas jurídicas completamente diferentes.

O tema do caráter taxativo ou não das causas de não adjudicação hoje elencadas no

⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Curso De Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.51.

⁷ “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

art. n.º 79.º/1 CCP é há muito tempo controvertida na legislação, na doutrina e na jurisprudência, como rememora João Pacheco de Amorim⁸. Voltando às décadas de 70 e 80 do séc. XX, no que diz respeito à legislação, era esclarecedora nesse sentido a epígrafe “Do direito de não adjudicação” do art.º 92.º do DL. 48.871, de 19/02/69 (I REOP), e que se repetia depois no art.º 95.º do DL n.º 235/86, de 18/08 (II REOP) ao ditar que “[o] dono da obra terá o direito de não fazer adjudicação: ...” no DL. 48.871 e “[o] dono da obra pode decidir não adjudicar a empreitada: ...” no DL n.º 235/86, aos que logo após se seguiam um rol aparentemente fechado de causas de não adjudicação.

Também do art. 71º/1 do DL 55/95, de 29/03 trazia-se em elenco taxativo que “*não há lugar a adjudicação... e) quando no programa do concurso exista cláusula de não adjudicação*”. Como conclui Pedro Fernández Sánchez, esta alínea contradiz a taxatividade ao demonstrar que o poder de não adjudicação continuava à disposição da entidade adjudicante, a qual só ficaria vinculada à proposta presente em seu caderno de encargos voluntariamente: a simples menção da possibilidade de não adjudicação no programa do procedimento seria suficiente para tornar a adjudicação um ato não obrigatório⁹.

Em consonância com as normativas legislativas, a doutrina era, em geral, pacífica, ao abordar a não taxatividade das causas de não adjudicação, e daqui podemos referir a Sérvulo Correia, que em sua maior obra corroborou para a posição tradicional ao afirmar que embora a Administração esteja vinculada a avaliar as propostas com o objetivo de escolher a melhor, não teria de se depreender daí “*a pura e simples inexistência do poder de não adjudicar por razões alheias à qualidade da proposta dos concorrentes*”, por resultar tal poder “*de uma reserva e revogação da proposta inicial da Administração*”¹⁰.

É a partir do final da década de 90 do século XX, no entanto, que se dá uma mudança no entendimento da matéria, com a promulgação do IV REOP (DL nº 55/99, de 02/03) e o DL nº 197/99, de 08/06, que supostamente adotaram o carácter taxativo das causas de não adjudicação, nos arts. n.º 107.º (REOP) e 57º e 58º, respectivamente. Na doutrina, começou a ganhar força a corrente taxativa das causas de não adjudicação, que ironicamente também foi defendida por Sérvulo Correia, que mudou seu entendimento após as alterações

⁸ cf. as **Decisões de adjudicação e não adjudicação no Código dos Contratos Públicos**, Coimbra, 2021, p. 45, ss

⁹ “**A Persistência das Dúvidas acerca do Alcance das Causas de Não Adjudicação em Procedimentos de Contratação Pública (Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Março de 2014)**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, 2015, cit., pp. 53-54.

¹⁰ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra, 1987, p.701-702.

legislativas, e, principalmente com a entrada em vigor do Código de Contratos Públicos. O ilustre Professor de Lisboa aduz que

“ao abrir o concurso, a Administração vincula-se perante o público, ou perante os limitados destinatários quando for esse o caso, a levar avante o procedimento pré-contratual e, designadamente, a apreciar as propostas com intenção de escolher a melhor de entre as que não estiverem aquém dos limites da aceitabilidade¹¹”.

Atualmente, porém, a doutrina não é pacificada, ainda existindo muitas vozes relevantes que contrariam essa corrente vinculativa das causas de não adjudicação.

No contexto brasileiro, ao contrário da não adjudicação, temos o desfazimento da licitação, que pode se dar por anulação ou revogação do procedimento, e as consequências jurídicas destes atos, em especial aos concorrentes do processo, que possuem legítimas expectativas depositadas na seriedade da administração, no que diz respeito à condução do processo.

Num contexto comparativo, temos o ordenamento jurídico português que reflete em certa parte as diretrizes da União Europeia, e dessa forma bebe de uma legislação moderna e sofisticada. Nesse mesmo caminho, a legislação brasileira, em 2021, publicou a Lei nº 14.133/2021: Nova lei de licitações e contratos administrativos, que a partir de janeiro de 2024 revogou a antiga lei de licitações, Lei nº 8.666, que datava de 1993 e há 30 anos não sofria nenhuma alteração substancial. Mesmo que o processo de contratação pública siga ritos diferentes, e até mesmo a terminologia adjudicação tenha significado prático distinto nos dois sistemas jurídicos, é possível traçar similaridades guiadas por princípios comuns e diferenças guiadas por interpretações diferentes do papel da Administração.

Esta dissertação tem como objetivo analisar criticamente os regimes jurídicos, doutrinas, jurisprudências e aspectos legais em ambos os ordenamentos, culminando em conclusões relevantes. Além disso, a comparação entre ordenamentos jurídicos nos permite alcançar uma visão integrada das soluções viáveis em diferentes realidades geográficas, políticas e culturais. Começaremos a partir do ordenamento português, especificamente a decisão de não adjudicação.

CAPÍTULO 1 – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES

1.1 CONCEITOS INDETERMINADOS

¹¹ CORREIA, Sérvulo, **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra, 1987, p.701-702.

Como já brevemente exposto na introdução, a compreensão dos “conceitos indeterminados” é fundamental para a discussão a respeito do cabimento da discricionariedade nos procedimentos administrativos, e, conseqüentemente, para analisarmos a discricionariedade no contexto das decisões de não adjudicação do Código de Contratos Públicos.

Segundo Freitas do Amaral¹², os conceitos indeterminados “*são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou, noutra formulação, que não permitem comunicações claras quanto ao seu conteúdo, seja por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento.*”

É necessário salientar que ao optar pelos “conceitos indeterminados”, o legislador entende que existem certas situações fáticas que não podem ser hipotetizadas ou previstas à época do legislador, ou seja, reconhece-se que a possibilidade da Administração densificar o conceito através de condutas adequadas às realidades supervenientes é o caminho para que certas questões tenham a melhor resolução, sem prejuízo de outros bens jurídicos fundamentais.

Alinhada a essa concepção, temos o uso dos conceitos indeterminados como uma forma de validar a importância da evolução doutrinária e jurisprudencial para a construção da interpretação e hermenêutica jurídica¹³. A partir da análise jurisprudencial portuguesa, depreende-se que a indeterminação dos conceitos é análoga à discricionariedade, legitimando que a Administração goze de liberdade de escolha ponderada entre os elementos adequados para o preenchimento deste tipo de conceito.

Esta liberdade de escolha pode ser entendida como a *liberdade de interpretação* que a Administração é apta a exercer. Por este viés, a Administração estabelece seus limites conceituais pelas regras de hermenêutica. Por tanto, a liberdade em questão é limitada e necessariamente razoável, proporcional e adequada. Em grande parte das situações, a interpretação depende de outros suportes normativos, principalmente quando estes são mais consolidados ou tenham uma hierarquia superior no ordenamento, funcionando como uma guia de interpretação atribuidora de significado.

Outro viés da liberdade de escolha administrativa, que deve ser exercida de maneira subsidiária à *liberdade de interpretação*, isto é, caso ainda haja espaço para a liberdade

¹² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016. 3ª ed., p. 93.

¹³ Reiteram-se as críticas das ideologias pós-positivistas à ambição da Escola da Exegese, no sentido de que era recomendável que os conceitos jurídicos fossem elaborados através de categorias explícitas que deixassem o mínimo de liberdade de interpretação para o Poder Judiciário.

decisória, é a *liberdade de valoração*. Esta exige que a administração pondere os interesses e bens jurídicos envolvidos e os sopesse, em uma análise conjunta e sistemática com os outros princípios jurídicos da Administração Pública¹⁴. A *liberdade de valoração* extingue-se quando do processo de interpretação depreendem-se limites vinculativos, principalmente quando tais limites ou regras de interpretação são pré-definidos por atos normativos aplicáveis à situação em concreto.

Importante ressaltar que esta definição não se constitui como um impedimento ao controle judicial da administração, pois apenas os *aspectos materiais* que integram o conceito podem ser analisados dentro da margem discricionária. No entanto, existem *limites formais* fixos que evidenciam erros grosseiros de aplicação ou interpretação dos princípios, e estes limites estão sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos.

A doutrina não pacificou um entendimento sobre a fixação desses limites e tampouco definiu os contornos da atividade hermenêutica, sindicalizável pelo Poder Judiciário, e da atividade valorativa inerente à Administração. António Francisco de Sousa defende que “a interpretação e aplicação pela administração dos conceitos constitui uma atividade estritamente vinculada”, mas não discorre sobre a existência de uma margem de liberdade de apreciação do conceito que é exclusiva da Administração¹⁵.

Neste mesmo sentido, o jurista defende a ideia de que o uso de conceitos indeterminados pode atribuir discricionariedade à administração, mas não o faz necessariamente, sendo a análise feita a partir da presunção a favor da vinculação. Assim, a discricionariedade seria atribuída à administração por meio dos conceitos indeterminados somente nos casos de inequívoca concessão. Conforme trata António Francisco de Sousa, tais conceitos podem servir de instrumento de atribuição de discricionariedade, mas nada resulta automaticamente do seu emprego. A resposta só poderá ser encontrada pela interpretação da vontade do legislador. (SOUSA, 1994)

Em contrapartida, Diogo Freitas do Amaral, enfatiza que há duas situações distintas referentes aos conceitos indeterminados. Primeiramente quando a indeterminação é remediada através de simples subsunção e interpretação legislativa, “*solucionável através de raciocínios teórico-discursivos*”; para além dessa situação, há casos nos quais as simples operações interpretativas e de subsunção não são suficientes, sendo necessário realizar a valoração com

¹⁴ Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. **A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais**. Almedina, 2012. p. 323.

¹⁵ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 60.

maior ou menor grau de objetividade¹⁶.

A Administração não possui a autonomia ou legitimidade para proceder com uma valoração meramente pessoal, e, por isso, deve ter um adequado nível de objetividade, conforme as referências éticas e morais socialmente relevantes e também de acordo com os valores jurídicos deduzidos a partir dos princípios jurídicos positivados. Dessa forma, é indispensável que a Administração tenha a correta assimilação desse sistema de valores e os leve em consideração durante a sua atividade valorativa. Por fim, cabe ressaltar que a ausência de uma análise criteriosa dos pressupostos fáticos e jurídicos autorizadores da interpretação administrativa, podem acarretar um controle pelos tribunais administrativos, com aconsequente condenação à prática devida.

1.2 FUNÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE PARA O OPERADOR DO DIREITO

O poder discricionário, em contrário aos posicionamentos defendidos pela parte majoritária da doutrina, é instrumento de inegável relevância para realização da justiça material e do interesse público, desde que exercido dentro dos limites da lei. A legislação ainda tem como marco a abstração, o que acarreta na necessidade da análise e ponderação dos seus objetivos por parte do aplicador da norma, para que haja perfeita adequação entre a vontade da lei e o caso concreto. Sem a discricionariedade do operador do direito, a generalidade da lei não se moldará aos contornos da realidade fática, impossibilitando a efetivação da justiça material (SOUZA, 2020).¹⁷

A partir disto, concluímos que a discricionariedade e o Estado de direito não são conceitos conflitantes, desde que utilizemos da discricionariedade com sabedoria e respeitando as suas limitações.

A violação do princípio da imparcialidade, mal que ainda permeia o exercício da função pública, é muito difícil de ser provada no caso concreto, quando confrontadas com lacunas em uma legislação abstrata, que deixa muita margem para o aplicador interpretar a lei da forma mais conveniente para os seus interesses particulares, seja para benefício próprio ou daqueles com os quais tem uma relação estreita e pessoal.

No entanto, a discricionariedade não implica em violação ao princípio da

¹⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016. 4ª ed. Vol. 02.

¹⁷ SOUSA, António Francisco de. A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico). **Revista Ibérica do Direito**, Porto, v. 1, n. 1, p. 25-45, jun. 2020.

imparcialidade ou ao desvio de poder. Como explica Paulo Otero, a natureza voluntária da atividade administrativa não se baseia exclusivamente na conduta desenvolvida pelo órgão de competência decisória. Há de se considerar também que, a vontade psicológica do agente público é um instrumento para a formação da vontade administrativa, mas não é suficiente para a sua constituição plena, independentemente do grau de discricionariedade ou vinculação da competência a exercer.

Ocorre que, a principal e mais relevante diferença entre a vontade psicológica e a vontade administrativa é justamente o ponto chave para o controle da imparcialidade e desvio de poder: a vontade administrativa é totalmente juridificada, ou seja, assenta-se na lei em todos os seus aspectos, sejam esses à sua formação, pressupostos, conteúdo, sentido e fim, mesmo que não resulte em um ato jurídico. A vontade psicológica do agente, por sua vez, é juridicamente irrelevante, e apenas deixa de ser nos casos em que os seus vícios interferem nas condutas administrativas, que é justamente o que acontece nos casos de má administração, quando a vontade seguida é a psicológica, determinada pela prossecução de um fim distinto daquele que vinculado pela lei (desvio de poder).

O desvio de poder se concretiza quando o objetivo pretendido pela lei ao atribuir a competência não corresponde ao fim real que efetivamente determinou a vontade do órgão decisório. Visto que a vontade administrativa deve sempre objetivar a prossecução de um determinado fim de interesse público previsto em lei, o motivo determinante da formação da vontade obrigatoriamente equivale ao fim que em concreto a lei teve em vista ao atribuir aquela competência.¹⁸

A moral e o interesse público são conceitos subjetivos e indeterminados, logo, o que pode constituir como moral para uma pessoa é visto como uma violação de valores para outra, dependendo de diversas variáveis culturais e socioeconômicas, por exemplo. Os estudiosos das ciências sociais sempre tentaram responder à pergunta “o que é a moral? ”, e nunca atingindo uma resposta unânime e objetiva. Isto abre margem para que o administrador tome uma decisão questionável do ponto de vista ético, mas argumente que segundo seu critério interpretativo particular, foi a escolha mais justa.

Em decorrência desses fatores, cabe ressaltar que essa moral que deve pautar as tomadas das decisões administrativas trata-se da moral funcional, que sirva aos interesses da Administração Pública. No âmbito do Estado de Direito, é incompatível que o operador do

¹⁸ OTERO, Paulo. **Direito do Procedimento Administrativo**, volume I, Almedina, páginas 481 e seguintes.

direito se guie por sua moral pessoal, seja em respeito ao seu interesse próprio ou aos seus “ideais”, que podem ser influenciados por diversos fatores alheios ao abrigo da lei, como visão política e religiosa por exemplo.

Ficou evidente a importância de não deixar margem para o aplicador da lei exercer discricionariedade de forma desregulamentada, porque a discricionariedade sem controle poderá resultar em deturpação da justiça, seja pela violação ao princípio da imparcialidade, da supremacia do interesse público, das liberdades dos indivíduos ou de qualquer outro direito fundamental.

Na legislação portuguesa, embora frequentemente possamos encontrar alusão ao termo “discricionariedade”, o legislador nunca se pôs ao papel de defini-la. A ausência de uma conceituação objetiva acarreta um meio de incertezas jurídicas, que se concretiza como um campo fértil para priorização de interesses particulares contrários à finalidade pública. A regulação apropriada do exercício da discricionariedade, deve passar pelo estabelecimento criterioso dos limites do controle jurisdicional por parte do legislador, para que os tribunais tenham mais instrumentos para interpretar e aplicar a lei, de forma mais objetiva que restrinja a possibilidade de desvio de interesses (SOUSA, 2020) .

O risco de materialização de violações aos direitos e liberdades dos cidadãos é inerente ao exercício do poder discricionário, visto que é quase impossível atestar as reais motivações da Administração no seu processo de tomadas de decisões. Em vista disso, o Dr. António Francisco de Sousa traz o seguinte raciocínio lógico para a compreensão do tema:

“Por outras palavras, o poder discricionário significa em princípio menor intensidade do controlo jurisdicional. Isto implica uma importante limitação para o próprio legislador. A atribuição pelo legislador de um poder discricionário significa uma certa exclusão do controlo jurisdicional dos direitos subjetivos, eventualmente fundamentais. Isto obriga ao legislador ter em consideração que, no Estado de direito com separação de poderes, a interpretação final vinculativa da norma e o controlo da aplicação da lei estão, por força da Constituição, reservados aos tribunais.” (SOUSA, 2020)

Dessa forma, conclui-se que o controle da discricionariedade administrativa realizado pelos tribunais é a alternativa proposta para que não haja uma sobreposição dos conceitos de discricionariedade administrativa, necessária para efetivar a justiça material frente às abstrações da lei devendo ser sempre interpretada pelos parâmetros da moral funcional, com a ideia de escolhas arbitrárias, que desconsideram o objetivo principal que deve guiar todas as ações do funcionamento público, que é o bem da maior quantidade possível de administrados, respeitando os direitos e garantias individuais, e a prossecução do interesse público.

1.3 LIMITAÇÕES AO PODER DISCRICIONÁRIO

Embora a discricionariedade desempenhe um papel primordial para a efetivação da justiça material e da vontade do legislador, como acima mencionado, resta claro que a discricionariedade não pode, e nunca se propôs a ser, ilimitada. A seguir faz-se uma breve explanação dos princípios jurídicos, que limitam o exercício da discricionariedade, assim como de outros métodos de controle que asseguram que o seu exercício ocorra de forma limitada e juridicamente viável.

1.3.1 PRINCÍPIOS LIMITANTES DA DISCRICIONARIEDADE

A boa administração foi instituída como princípio jurídico no art. 5º do Código de Procedimento Administrativo¹⁹ e a doutrina nacional majoritária entende que seu conceito remete à doutrina italiana, que nos trouxe o ideal do *bom andamento do processo*²⁰. O *bom andamento do processo* implica que a Administração deve realizar a melhor conduta dentre as hipóteses fático-jurídicas possíveis, para cumprir os seus objetivos, que deve ser sempre, em última instância, a prossecução do interesse público²¹. Ou seja, esse conceito atribuiu validade jurídica à alguns elementos administrativos que geralmente eram guiados pela discricionariedade, mais especificamente a eficácia e eficiência da administração.

O princípio da “Boa Administração” é um conceito indeterminado e, conseqüentemente, abre margem para interpretação no momento da aplicação prática. A indeterminação parte da concepção que o adjetivo “boa” desempenha, que pode convergir para uma discussão filosófica multidisciplinar, que perpassa pelas mais diversas áreas do direito e sua hermenêutica. Apesar disso, existem limitações que devem ser salvaguardadas, de acordo com aquilo que foi positivado no art. 5º do Código de Procedimento Administrativo, com a seguinte redação:

¹⁹ No âmbito da União Europeia, o conceito de *boa administração* se embasa principalmente na jurisprudência do TJUE, mas a jurisprudência nacional só tratou diretamente sobre o assunto quando foi implementada a reforma regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro.

²⁰ O preâmbulo que aprovou o Código de Procedimento Administrativo traz que esse conceito vai “ao encontro do que era sugerido pelo direito comparado, com essa ou outra designação” e de “sugestões da doutrina. A doutrina italiana também exerceu alguma influência na elaboração do conceito na jurisprudência do Tribunal Europeu”. Cf. LANZA, Elisabetta. **The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law.** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523. Acesso em 13 de março de 2024.

²¹ Vieira de Andrade destaca em seu repertório que a “boa administração” é um corolário do princípio da prossecução do interesse público. Cf. ANDRADE, Vieira de. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016, pg. 33-35.

“Artigo. 5º Princípio da boa administração

1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

Desta positivação do princípio, extrai-se mais quatro subprincípios: o princípio da eficiência, economicidade, celeridade e da desburocratização.

Nesse escopo, ressalta-se que o princípio da boa administração não equivale a nenhum destes subprincípios, pois cada um deles possui nuances próprias que os distinguem. Em relação ao subprincípio da *eficiência*, cabe afastar o entendimento de que este se sobressaia aos demais princípios ou que seja equivalente ao princípio da boa administração. Isto porque o subprincípio da *eficiência* engloba uma série de distintos conceitos de ordem macroeconômica como a eficácia e a efetividade que preconizam objetivos diferentes.

A eficácia preconiza o máxima grau de atingimento dos objetivos legal e constitucionalmente determinados e implica que as condutas empregadas pela Administração para o exercício de sua função devem ser adequados e suficientes para alcançar o objetivo, remetendo também ao *princípio da proporcionalidade*²². A efetividade, por sua vez, corresponde ao grau de satisfação dos fins sociais a que as metas e objetivos estabelecidos visam alcançar²³. Sendo assim, é perfeitamente possível que uma ação seja eficaz, se consideramos o grau de realização dos seus objetivos, mas ineficiente, se para atingir esse objetivo tenham sido utilizados recursos em demasia.

O princípio da boa administração português também não tem equivalência direta ao *princípio da persecução ao interesse público*, pois o último relaciona-se aos objetivos que a Administração deve perseguir e não aos meios que o Estado deve utilizar para alcançá-los. Apesar de não serem equivalentes é imprescindível que realcemos o princípio da persecução do interesse público como uma limitação ao poder discricionário. Uma escolha administrativa nunca pode ser verdadeiramente discricionária porque torna-se nula se for de encontro ao interesse público. Desta forma, os *princípios da eficiência e persecução ao interesse público* relacionam-se à medida que o jurista Mario Aroso de Almeida os associam nos seguintes termos: ²⁴

²² RAIMUNDO, Miguel Assis. **Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular**. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 276-281.

²³ Obra citada, pg. 268-276.

²⁴ Vieira de Andrade defende em sua pesquisa científica que a “boa administração” é um corolário do princípio da persecução do interesse público. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016, 4ª ed, pg. 33-35

“Administração tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo.”²⁵

No que diz respeito à *economicidade* temos um princípio que revela valores econômico-utilitários, ditando que a atividade administrativa não deve ser dispendiosa, mas sim manter o menor custo possível, valorando a redução dos desperdícios, sem comprometer os limites legais aplicáveis. Embora tenha íntima relação com a *boa governação*, a *economicidade* é menos abrangente por não ultrapassar quesitos táticos e operacionais administrativos, enquanto a *boa governação* envolve escolhas motivadas, de políticas e de seus atores, que impactam na formulação, execução e controle das condutas administrativas.

O art.59º do CPA traz expressamente o princípio da celeridade, que deve ser aplicado conjuntamente com o dever de celeridade. Através desse princípio, determina-se que as ações administrativas devem ter uma duração razoável, sendo o mais ágil possível de modo a poupar tempo, afinal, o tempo é um aspecto relevante economicamente, ou, como popularmente dito, “*tempo é dinheiro*”. Neste sentido, vê-se que a celeridade também está englobada pelos princípios da *eficiência* e da *economicidade*, e se configura como um dos principais objetivos do princípio da *desburocratização*.

O princípio da *desburocratização*, por sua vez, foi expresso pelo art. 5º, número 2 do CPA e é intimamente relacionado com a *boa governação* no sentido de que busca aproximar a Administração dos administrados, facilitando o acesso do público aos serviços a Administração, mitigando práticas que sejam inflexíveis e despropositais, garantindo a celeridade e a qualidade dos serviços públicos prestados.

A burocracia, em teoria, não é sinônimo de ineficiência ou má administração, e foi concebida por Max Weber como um mecanismo de combate ao nepotismo, corrupção e interposição do espaços e patrimônios públicos e privados por parte dos políticos e administradores, pois estas práticas acarretam uma ineficiência e pouca efetividade para o alcance do interesse público visto que priorizam o benefício de alguns poucos em detrimento da maioria²⁶.

²⁵ ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares**. Almedina, 2012. p 48.

²⁶ RODRIGUES, Carlos. **Governança de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados**. Edições Pedagogo, 2011, pg. 125-132.

No entanto, para a burocracia servir ao seu propósito, Webber propôs parâmetros claros pelos quais ela deveria se embasar²⁷. Não é esta burocratização, sistematizada, controlada e eficiente que o *princípio da desburocratização* visa combater, e sim, a deturpação da burocracia, na qual são criadas regras arrazoáveis e inflexíveis que não ponderam a existências de alternativas mais modernas e econômicas para alcançar as metas, e se atém àquilo que está estipulado pela simples razão de estar. Ou seja, há aqui uma deturpação em que a burocracia deixa de ser um instrumento para garantir a probidade e eficiência administrativa e passa a ser um fim em si mesma, deixando os objetivos finais em um plano secundário.

Pelo facto de regras impessoais serem dogma indispensável do Estado de Direito é extremamente improvável que o princípio da desburocratização seja invocado para aniquilar todos os mecanismos burocráticos, até porque estes se impõem como entrave às condutas patrimonialistas que remetem ao prévio modelo absolutista de Estado. No entanto, o princípio da desburocratização deve ser visto como um guia de análise da Administração, para delimitar os contornos da burocracia eficiente e ineficiente.

Desde a década de 80, há uma movimentação gradativa objetivando dirimir alguns aspectos burocráticos da Gestão Pública para introduzir aspectos gerenciais, que geralmente se aplicam a organizações empresariais. Essa postura remete a ideologia denominada *gerencialismo*, e incluem práticas como: o melhoramento dos sistemas de controles internos, incluindo entre estes o aperfeiçoamento no âmbito português dos Tribunais de Contas, da Inspeção-Geral de Finanças, do Provedor de Justiça e dos órgãos de controle dos Ministérios; a constituição de novas formas de engajamento com os particulares; divulgação transparente da informação, dos processos decisórios; aptidão da gestão financeira; planeamento orçamental cabível; execução de sistemas de avaliação, e controle dos riscos²⁸. Nitidamente, essa tendência tem influências no ramo da ciência jurídica e traspassam tanto no direito europeu quanto no direito administrativo dos países membros, incluindo Portugal.

Para além dos princípios, faz-se um pequeno adendo às causas de ilegalidade objetiva expressamente previstas no artigo 69.º e seguintes do CPA, que elencam hipóteses em que a imparcialidade é presumida pela mera intervenção alguém impedido. Nesses casos, não é

²⁷ Estes parâmetros estão elucidados e desenvolvidos na obra de Carlos Rodrigues, que traz as cinco condições para a burocracia Weberiana em Cf. RODRIGUES, Carlos. **Governança de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados**. Edições Pedagogo, 2011, pg. 125-132. ARAGÃO, Cecília Vescosi de. **Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública**: um ensaio. In: Revista do Serviço Público, ano 48, nº 03, 1997. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391/397>.

²⁸ RODRIGUES, Carlos. **Governança de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados**, Edições Pedagogo. 2011, pg. 125-132.

necessária qualquer prova sobre a sua intencionalidade, bem como sobre a violação efetiva do princípio da imparcialidade, apenas sendo necessária a intervenção de um agente impedido para presumir-se a violação ao princípio da imparcialidade e a consequente ilegalidade do ato.²⁹

1.3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS NODIREITO LUSO- BRASILEIRO

A Administração Pública portuguesa possui dois principais sistemas de controle jurisdicional: jurisdição dupla ou dualidade de jurisdição; e jurisdição una ou única. Esses sistemas administrativos são os tipos de regimes adotados pelo Estado como instrumento para “a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo”³⁰.

No sistema de jurisdição dupla, também conhecido como sistema do contencioso administrativo ou sistema francês, temos uma ordem jurisdicional ordinária e a outra administrativa. A Administração Pública constitui uma jurisdição particular e específica, cuja função é conhecer e julgar as lides em que ela é parte ou terceira interessada³¹. A jurisdição comum e a administrativa coexistem com harmonia e independência. No sistema de jurisdição una ou sistema inglês, por sua vez, todos os processos são resolvidos pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário, independentemente de serem de natureza administrativa ou não.

Enquanto o Brasil adotou o sistema da jurisdição única desde sua primeira República (1891), em Portugal o controle jurisdicional dos atos da Administração é do tipo francês, o que significa que é composto por órgãos autônomos, integrantes da própria Administração e independente dos órgãos judiciais, que se utilizam de um sistema com instrumentos especializados e específicos (Constituição da República portuguesa, Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Lei de Processo nos Tribunais Administrativos).

A Constituição da República Portuguesa de 1976, revista em 2005, estabelece no artigo 266, parágrafo 1º e 2º que a atividade administrativa visa a prossecução do interesse público, respeitando direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, no qual órgãos e agentes administrativos subordinam-se à Constituição e à lei, respeitados os princípios da igualdade,

²⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de Direito Administrativo**, v. I, Almedina, 2020, p. 610 e segs.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53

³¹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2014. p. 205

proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. (MIRANDA, 2021)³²

Isto demonstra um movimento no sentido de positivação dos princípios na Constituição, que acaba por entrelaçar as ideias de justiça material e imparcialidade a legalidade ou ilegalidade dos atos. Em decorrência, o controle da discricionariedade e dos atos administrativos passa a guiar-se por tais princípios de modo que se colocam como limites internos aos poderes discricionários da Administração. Aquele ato injusto, parcial, desproporcional, desprovido de igualdade ou boa-fé passa a ser considerado ilegal e pode ser impugnado contenciosamente.

Embora grande parte da jurisprudência portuguesa se oriente no sentido de analisar o mérito dos atos administrativos com base nos princípios positivados na Constituição, as jurisprudências no âmbito do Supremo Tribunal Administrativo (STA) não são unânimes neste sentido.

O Brasil, como um Estado de direito, estabelece formas de controle de toda atuação administrativa para a defesa da administração, bem como dos direitos dos administrados, uma vez que todas as condutas realizadas pelos órgãos e agentes do Estado devem revestir-se de legitimidade e estarem de acordo com o interesse público.

O controle, conforme leciona Hely Lopes Meirelles (2009, p. 67), “*em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.*”³³

Este controle de atuação da Administração Pública pode ser realizado por ela própria sobre seus atos e agentes, na forma do que se denomina de poder-dever de autotutela, por meio do qual a administração pode anular, revogar ou alterar seus próprios atos e punir seus agentes.

Nesse sentido, trazemos o entendimento sumulado do STF:

“Súmula 473: 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.”³⁴

No entanto, vale aqui mencionarmos que o Brasil não adota o modelo contencioso administrativo, e, não existem, portanto, Tribunais Administrativos que possam julgar, com autoridade de coisa julgada, litígios que envolvam o exercício da função administrativa (CARDOZO, 2005).³⁵

³² MIRANDA, Livian Lorenz de. **Controle Judicial do Mérito Administrativo**. Faculdade de direito da Universidade de Lisboa: 2021. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica Direito Administrativo.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.67.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 473, de 1969.

³⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Curso De Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

Outra forma de controle da atuação administrativa é aquele realizado pelo legislativo. Este mecanismo de controle é eminentemente político e é realizado pelos órgãos legislativos como Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Segundo Meirelles, (2009, p.709) “esse controle deve limitar-se ao que prevê a Constituição Federal, para evitar a interferência inconstitucional de um Poder sobre outro (nesse sentido: STF, RTJ 143/510)” e:

“A Constituição de 1988 deu ao Congresso Nacional competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 49, V). Essa sustação, no âmbito federal, pode ser feita de ofício, pelo Congresso Nacional, ou mediante representação do interessado; no âmbito estadual e municipal dependerá do que constar da respectiva Constituição Estadual e da lei orgânica local.”³⁶

Por fim, o controle da administração pode ser realizado pelo poder judicial. Esse meio de controle é realizado pelos órgãos do Poder judiciário *a posteriori*, onde é verificada a conformidade da atuação administrativa com as normas legais que a regem. Todos os atos praticados pelos órgãos e agentes da administração podem sofrer controle judicial, uma vez que no sistema de jurisdição judicial única existente no Brasil, consagrado pela Constituição Federal, não se pode excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“A Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.”³⁷(2009, p.716)

Conforme trata José de Ribamar Barreiros Soares (2009), conforme a doutrina clássica, o controle judicial do ato administrativo é limitado à análise da legalidade, não podendo o Poder Judiciário adentrar ao mérito do ato administrativo. Melhor explicando, o Poder Judiciário pode realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mas não é legitimado, para esta doutrina, a interferir em questões administrativas de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido:

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.709.

³⁷ Obra citada, p. 716.

“Quanto à questão da legitimidade, entendem alguns autores que ela não abrange apenas a conformação do ato com a lei, mas, também, sua adequação com a moralidade administrativa e o interesse público, elementos estes que devem permear todos os atos do administrador público. Assim, aqueles atos que vão de encontro à moral administrativa ou não satisfazem ao interesse coletivo, atendendo a interesses privados de indivíduos, grupos ou partidos, devem ser considerados ilegais ou ilegítimos, sendo passíveis de anulação [...] A Constituição de 1988 instituiu a moralidade e a eficiência como princípios autônomos. O ato administrativo, para que seja tomado como válido e eficaz, deve também se sujeitar aos princípios da boa administração.” (SOARES, 2009, p.96-98)³⁸

No entanto, nos tempos atuais, a questão quanto a necessidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais ganha cada vez mais importância na construção da democracia, e assim, o Poder Judiciário passa a desempenhar um novo papel na garantia de tais direitos, e a discricionariedade administrativa diminui seu campo de incidência.

Para uma recente doutrina então, não há que se falar em atos discricionários no campo da atividade administrativa pública, sendo os atos administrativos todos vinculados. O que existe são elementos discricionários do ato, ou seja, na prática desses atos são verificáveis procedimentos e particularidades de cunho discricionário, que, ao final, serão na realidade vinculados, pois farão parte de uma totalidade que será sempre vinculada.

O ato é a totalidade, o elemento discricionário é uma fração, uma parte desse todo. Ademais, mesmo a fração discricionária, que permite ao Poder Público decidir conforme critérios de conveniência e oportunidade, deve ser sempre pautada pelo interesse público e pelo princípio da boa administração, de modo que o administrador está obrigado, procedendo a uma apreciação adequada dos factos, a concretizar o atendimento ao interesse público dentro das diretrizes que lhe foram traçadas pelo legislador. *“Encontra-se, implícito no conceito de mérito administrativo, um sentido teleológico, finalístico, ligado à satisfação do fim perseguido pelo legislador, o que se perfaz com a eleição, pelo administrador, dos meios idôneos mais eficientes para atender ao interesse público”*³⁹ (SOARES, 2009, p.100) .

Feita essa análise doutrinária acerca do tema, passamos agora a ver como tem se posicionado a jurisprudência brasileira, sobre o controle do ato administrativo, com enfoque em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU O TEMA 485, DA REPERCUSSÃO GERAL.

³⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais.** Senado Federal. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2009. p. 96-99 Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/184/ril_v46_n184_p93.pdf. Acesso em 20.11.2023.

³⁹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 184, n. 46, p. 93-103, dez. 2009.

AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Plenário desta CORTE, no julgamento do RE 632.853-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 485), fixou tese no sentido de que “não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas”. 2. O Tribunal de origem, contrariando a jurisprudência desta CORTE, entrou no mérito do ato administrativo e efetivamente substituiu a banca examinadora na correção de questões de concurso público, em evidente violação ao princípio da separação dos Poderes. 3. Decisão agravada que deu provimento aos Recursos Extraordinários dos ora agravados, aplicando a tese formada no referido precedente paradigma. 4. Agravo Interno a que se nega provimento.⁴⁰

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.⁴¹

⁴⁰ STF, RE 1223091 AgR / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 11/10/2019. Publicação: 25/10/2019. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019.

⁴¹ STF, RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Publicação: 03/02/2006. Órgão julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

Observa-se a partir das decisões colacionadas, que ainda muito se fala a respeito do mérito administrativo, ou seja, sobre os critérios de conveniência e oportunidade que dá liberdade de escolha ao administrador.

Os impactos dessa mudança de paradigmas do Direito Administrativo sobre o controle dos atos estatais pelo Poder Judiciário foram sintetizados pelo professor Gustavo Binzenbojm:

“A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao menor ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos. (...). Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão. O mérito — núcleo do ato —, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:

a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares) (...). É interessante registrar que a moderna concepção de graus de vinculação à juridicidade não importa em supressão ou controle do mérito do ato administrativo. Trata-se, a rigor, de mero estreitamento do espaço de escolha administrativa. Novamente, convém transcrever a lição do professor Gustavo Binzenbojm: “(...) não se trata de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade. O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Neste sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade. Assim, o resultado do estreitamento do mérito administrativo poderá ser (i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro da juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme à juridicidade (...)”.⁴²

Em suma, tem-se a discricionariedade como instrumento necessário ao exercício da atividade administrativa, mas isso não implica em uma liberdade decisória externa ao direito, e nem um campo imune ao controle jurisdicional, pois a discricionariedade está vinculada aos princípios constitucionais, principalmente ao princípio da boa administração e da prossecução do interesse público. Sendo assim, a conveniência e oportunidade que representem violações grosseiras aos direitos fundamentais são passíveis de impugnação.

⁴² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 222.

CAPÍTULO 2 – DAS DECISÕES DE NÃO ADJUDICAÇÃO EM PORTUGAL

2.1 ADJUDICAÇÃO E PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO: NOÇÕES INICIAIS E VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS.

Primeiramente, é necessário introduzir com uma noção sobre adjudicação e sobre a liberdade de contratar e não contratar. Bem, o art. 73º do Código de Contratos Públicos aduz que:

“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.”⁴³

Sendo assim, percebemos que o objetivo principal da adjudicação é identificar a melhor proposta, seja a economicamente mais vantajosa ou a de preço mais baixo, para melhor atender aos interesses da entidade adjudicante, ou seja, em última instância, para melhor atender ao interesse público.

O núcleo da contratação pública é a estabilidade do procedimento adjudicatório, e aqui, devemos ressaltar a distinção entre o procedimento de contratação pública, considerado de forma ampla e geral, e os subprocedimentos em que se decompõe, nos quais se inclui o procedimento adjudicatório. O subprocedimento adjudicatório integra vários outros, que antecedem a tramitação do procedimento de adjudicação, dentre eles: decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento e aprovação das peças do procedimento.⁴⁴ Para fins dessa dissertação, referimo-nos a procedimento adjudicatório na sua concepção geral. A estabilidade do procedimento adjudicatório perpassa pela relação entre os concorrentes e a entidade adjudicante até à adjudicação ou celebração contratual.

A adjudicação corresponde à decisão final do procedimento de contratação pública, através da qual, a entidade adjudicante, para além de ordenar as propostas apresentadas pelos concorrentes, seleciona aquela que será a melhor proposta. É o ato administrativo que põe fim ao procedimento pré-contratual, atribuindo a celebração do contrato à proposta graduada em primeiro lugar, em detrimento das demais.

Podemos extrair que a real intenção da adjudicação é escolher a melhor proposta, e não o melhor concorrente. A escolha deve ser pautada nos critérios fixados nas peças de

⁴³ PORTUGAL. **Decreto Lei n.º 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. Código dos Contratos Públicos (CCP). Lisboa.

⁴⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**, 5.ª ed., Coimbra, 2021, p. 928.

procedimento, não podendo esta ser uma escolha verdadeiramente discricionária, visto que está vinculada ao verdadeiro interesse da entidade adjudicante, que deve ser sempre o cumprimento do interesse público, para a efetivação da justiça material.

Deste modo, a noção de que a adjudicação se põe como “*ato administrativo pelo qual a Administração individualiza o particular com o qual vai contratar*”⁴⁵ ou “*constitui mera escolha da pessoa do co-contratante*”⁴⁶ é contrária aos princípios que necessariamente limitam a discricionariedade e que pautam todo o funcionamento público. Isso porque, a ideia da escolha se basear no concorrente e não na proposta, pode gerar uma violação ao princípio da imparcialidade. A ideia de que a discricionariedade da administração pública é ilimitada contraria a própria existência do próprio Estado de Direito.

Conforme o renomado Juarez Freitas, a discricionariedade no Estado Democrático é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de ser traduzida em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade. Flagramos vício de imparcialidade quando, na valoração e ponderação entre interesse público e interesse diverso, o interesse particular ultrapassa a pessoa ou órgão decisor e prevalece em detrimento do interesse geral, que beneficiaria o maior número de indivíduos (GRANDO, 2012)⁴⁷.

Em decorrência disso, proíbe-se à entidade adjudicante uma escolha que se oriente pelas características do concorrente, até porque o mesmo concorrente pode apresentar mais de uma proposta, uma economicamente viável para a administração e outra não. A opção da administração deve ser feita de maneira objetiva, com a análise das condições de contratação oferecidas à entidade. A análise da vertente subjetiva da contratação só deve ser considerada nas fases seguintes do *inter formativo* para desqualificar aquele que não preencha requisitos legais necessários à execução do contrato.

O procedimento de adjudicação, nas palavras de Luís Verde de Sousa, é “*o procedimento de formação de contratos públicos que encerra uma fase na qual a Administração identifica a proposta que melhor serve o interesse público, obrigando-se a*

⁴⁵ MELO, Barbosa de/CORREIA, Fernando Alves de (1984). **Contrato Administrativo**, Coimbra, Serviço de Documentação do CEFA, p.33.

⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do (1988). **Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Lic. J.M Sérvulo Correia**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXIX, p.176.

⁴⁷ GRANDO, Artur Antônio. **O Princípio Da Imparcialidade Como Limite Ao Exercício Do Poder Discricionário**. Revista de Estudos Jurídico-Políticos, Porto, v. 21, n. 18, p. 31-55, 2012. Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/20.11.2022>. Acesso em: 01.12.2022

contratar com o seu autor”⁴⁸. A partir dessa conceituação, podemos começar a debater o suposto dever de adjudicação.

O dever de adjudicação fundamenta-se no artº 76/1 do Código de Contratos Públicos, e deve ser analisado juntamente com o art. 79 que prevê as possibilidades de não adjudicação.

Artigo 76.⁴⁹

Dever de adjudicação

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 79.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve tomar a decisão de adjudicação e notificá-la aos concorrentes até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas.

Artigo 79.º

Causas de não adjudicação

1 - Não há lugar a adjudicação, extinguindo-se 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, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 70.º, no que respeita às propostas;
- c) Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento;
- d) Circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem;
- e) Nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º, a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis;
- f) No procedimento de diálogo concorrencial e de parceria para a inovação, 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.

2 - A decisão de não adjudicação, bem como os respetivos fundamentos, deve ser notificada a todos os concorrentes.

3 - No caso da alínea c) do n.º 1, é obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação.

4 - Quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas.

⁴⁸ SOUSA, Luís Verde de, **A Negociação nos procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos**, 2011, p.33. Trata-se do interesse relativo à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade nos termos definidos pelos órgãos políticos constitucionalmente competentes - SILVA, Jorge Andrade da, **Dicionário dos Contratos Públicos**, p.255.

⁴⁹ PORTUGAL. **Decreto Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. Código dos Contratos Públicos (Ccp). Lisboa.

No Código de Contratos Públicos anterior, além das citadas no elenco supostamente taxativo do art. 79º, eram previstas outras causas de não adjudicação, por exemplo a hipótese de todas as propostas serem consideradas inaceitáveis⁵⁰; projetos ou variantes da autoria dos concorrentes, que não se revelarem convenientes⁵¹; quando no programa de concurso existia cláusula de não adjudicação⁵²; motivos imperiosos de interesse público⁵³.

No entanto, surgiu uma nova preocupação por parte da doutrina no sentido dos danos que se pode acarretar às entidades adjudicantes e ao interesse público de forma geral quando se impõe o “dever de adjudicar”, mesmo em face de razões supervenientes que tornem um contrato inadequado ou contrário à satisfação do interesse público. Em vista disso, apresentaremos as discussões e os argumentos que embasam os dois posicionamentos, tanto da taxatividade do roldo 79 do CPP, quanto daqueles que defendem a discricionariedade da Administração pública para não adjudicar, afim de determinar o grau de vinculação da entidade adjudicante frente aos concorrentes, e quais as hipóteses em que é legalmente admitida a desvinculação da administração.

2.2 TAXATIVIDADE DAS CAUSAS DE ADJUDICAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE PARA NÃO ADJUDICAR?

Neste tópico apresentaremos as duas principais correntes (os defensores da taxatividade, e da análise mais discricionária do rol das causas de não adjudicação), conjunta e alternadamente. Esta abordagem é uma estratégia sistemática para que se torne mais didática a compreensão dos argumentos doutrinários, ao apresentarmos no formato de um diálogo jurídico, explicando em que medida uma tese se opõe a outra, e como os doutrinadores traçam este debate.

Dentre os principais defensores do carácter taxativo do art.º 76.º/1 do CCP está o Dr.º João Pacheco de Amorim. Segundo o entendimento do jurista, o teor literal do art.º 74.º/1 e do art.º 79.º/1 CCP, designadamente das suas alíneas c) e d) “*não deixa lugar a dúvidas (...), no que se refere, respetivamente, ao carácter de ato legalmente devido da decisão de*

⁵⁰ Art.º 57.º, n.º1 do **Decreto-Lei n.º 197/99**, de 8 de junho de 1999. Regime Jurídico Realização Despesas Públicas E Da Contratação Pública. Lisboa.

⁵¹ Art.º 107.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99. Tendo em conta a exigência atual da inderrogável apresentação, de uma proposta base (de acordo com o caderno de encargos) a mesma tornou-se irrelevante no que respeita à inconveniência ou inutilidade de todas as propostas mutáveis.

⁵² Art.º 71.º, n.º1 do **Decreto-Lei n.º 55/95** revogado pelo Decreto-Lei n.º 197/99 não encontrando no atual CCP previsão correspondente.

⁵³ Hoje, com assento no art.º 79.º, n.º1 d) «circunstâncias supervenientes ao termo do prazo de apresentação de propostas, relativamente aos pressupostos da decisão de contratar, o justificarem».

*adjudicaçãoe à taxatividade das causas de não adjudicação*⁵⁴”.

Em contradição a este argumento, temos Bernardo Azevedo⁵⁵ argumenta que caso a intenção do legislador fosse tornar o elenco do art.º 79º taxativo, teria feito uso do advérbio “só” no início da frase, de modo que o teor do artigo seria (“Só não há lugar à adjudicação quando:...”). O doutrinador defende que os arts.º 76º e 79º são sim passíveis de uma interpretação que consiga promover a limitação do poder discricionário de não realizar a adjudicação dentro de limites razoáveis, sem, por outro lado, cair na tentação de restringir a Administração de forma inaceitável, obrigando-a a adotar o ato de adjudicação, mesmo que este se revele claramente contrário aos interesses públicos superiores, aos quais deve exclusivamente obedecer⁵⁶.

Em resposta, temos Jorge Andrade e Silva, corroborando com Afonso Rodrigues Queiró e Lourenço Vilhena de Freitas que se complementam na defesa da taxatividade do rol das causas de não adjudicação, ao afirmarem que o argumento de Bernardo Azevedo é um erro interpretativo, pois pode-se alegar o exato oposto: se o legislador pretendesse que o rol fosse exemplificativo bastava acrescentar os advérbios “designadamente” ou “nomeadamente”⁵⁷.

Para além, os poderes conferidos à entidade adjudicante pelo art.º 79º, além de vinculados, são excecionais, ou seja, o dever de adjudicação só poderá ser afastado por aquelas situações excecionais, e não outras. Para isso, Lourenço Vilhena de Freitas elucida: “(...) considerando-se o elenco do art.º 79º do CCP taxativa não apenas em homenagem ao seu teor literal, mas à sua excecionalidade em face da auto vinculação procedimental e à tutela de confiança”⁵⁸. Alegam ainda que, uma interpretação analógica não é cabível no Direito Administrativo, principalmente as normas de carácter excecional em razão do princípio da legalidade.⁵⁹

Uma das vozes mais relevantes na discussão sobre a taxatividade das causas de não adjudicação, Dr. Rui Cardona Ferreira, posiciona-se em apoio a corrente menos discricionária, e, vislumbra que na abertura do concurso público não se configura uma proposta ou oferta ao público, mas sim uma verdadeira promessa pública. Por meio desta, a entidade adjudicante se compromete unilateralmente a realizar uma prestação, vista como a ação jurídica que envolve

⁵⁴ AMORIM, João Pacheco de. **As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2021, pag. 67.

⁵⁵ AZEVEDO, Bernardo. **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in <Estudos de Contratação Pública – II>, coord. Pedro Gonçalves, Coimbra, 2010, pp 240.

⁵⁶ Idem, op. cit, pp.250-252.

⁵⁷ SILVA, Jorge Andrade e. Código dos Contratos Públicos Anotado. 6.ed. Almedina, 2017,p. 283, nota 646.

⁵⁸ FREITAS, Lourenço Vilhena de. **Direito dos Contratos Públicos e Administrativos**. Lisboa: Aafdl Editora / Imprensa Fdul, 2014, p. 302.

⁵⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Lições de Direito Administrativo**, vol. I, Coimbra, 1976, pp.598-599.

a celebração do contrato objeto do concurso, diante de um grupo indeterminado de destinatários. Este é o único instituto que pode explicar satisfatoriamente o fenómeno em questão, e também o único que justifica a existência de um dever de celebração do contrato.⁶⁰. No entanto, este posicionamento de Rui Cardona não exclui o reconhecimento da existência da reserva de revogação, ou de não adjudicação, motivadas pelo interesse público.

Para a corrente doutrinária mais conservadora, não deve haver qualquer discricionariedade em prol do Poder Público, que tem que atuar sempre pautado pelo interesse público e pela soberania popular, de forma que toda ação seja regulada por princípios explícitos previstos legalmente, portanto desviar das causas de não adjudicação, rol taxativo por esse posicionamento, baseada na discricionariedade administrativa seria conduta ilegal passível de impugnação.

Para sistematizar melhor a análise das alíneas do art.º 79º, João Pacheco de Amorim, à semelhança de Assis Raimundo, divide as “razões de interesse público” em dois grupos, sendo o primeiro os motivos de proteção do interesse público que tenham relação com os concorrentes do procedimento, ou seja, quando todos os participantes apresentem propostas completamente inaceitáveis, e, o segundo, quando os motivos de interesse público só dizem respeito a entidade adjudicante, em nada se relacionam com o mercado. O primeiro grupo, na visão deste doutrinador, está abrangido no rol do artigo 79 do CCP pela alínea *b*) enquanto o segundo está implícito nas alíneas *c*) e *d*) do mesmo artigo.

No que diz respeito ao mencionado “primeiro grupo”, é, para Dr. João Pacheco de Amorim, considerado inaceitável a não adjudicação com fundamento numa genérica causa de inaceitabilidade das propostas quando todas, ou parte delas, cumpram os requisitos formais e legais, mas apenas não possuam “*atributos que a tornem minimamente sedutoras*”⁶¹ para a entidade adjudicante.

No entanto, frente à esta hipótese, abre-se possibilidade para uma violação dos princípios da contratação pública, caso haja um dever de adjudicar mesmo em face de propostas inconsistentes. Neste sentido, ressaltamos o argumento do renomado Miguel Assis Raimundo, que defende “um entendimento amplo sobre os fundamentos de exclusão das

⁶⁰ FERREIRA, Rui Cardona. **O dever de contratar e a cláusula de não adjudicação na contratação pública** /Rui Cardona Ferreira Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 82 v. 1-2 (Jan.-Jun. 2022), p. 263-284

⁶¹ MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA & RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, **Concursos e outros procedimentos de contratação pública**, Coimbra, 2016, p.1057.

⁶² RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público**, Lisboa, 2013, pp. 1147-1149.

propostas” que “permita a exclusão das que não sejam credíveis ou cuja adjudicação resultaria numa violação inadmissível dos princípios que tem incidência na contratação pública”⁶²

Mário Esteves de Oliveira & Rodrigo Esteves de Oliveira, por sua vez, reconhecem a complexidade da situação ao afirmarem que frente à falta de um parâmetro base previsto e bem delimitado que assegure os interesses da entidade adjudicante, o que deve prevalecer é a confiança que o concorrente depositou nas “regras do jogo” aprovadas pela própria entidade, e que, se esta não assegurou bem seus interesses, que arque com as consequências.

No entanto, os doutrinadores Esteves de Oliveira são capazes de reconhecer que estas situações podem acarretar na celebração de contratos publicamente desastrosos. Considerando, então, que o legislador já previu em outro caso similar (o das soluções do procedimento de diálogo concorrencial) que é possível a exclusão de soluções “manifestamente desadequadas à satisfação das necessidades ou das exigências identificadas na memória descritiva”⁶³, Mário & Rodrigo Esteves concluíram que é cabível uma solução interpretativa de exceção relativa às normas legais sobre as causas de exclusão que admitisse mais esta hipótese.

João Pacheco de Amorim refuta este posicionamento ao defender que a exclusão destas propostas deve ser feita em momento anterior, sob a salvaguarda do artº. 70º/2 alínea c) do CCP (onde são elencadas as causas de exclusão de propostas), e não enquadradas no artº. 79º/1/b). O doutrinador não afasta a possibilidade de uma exclusão, em casos raríssimos, nos quais uma proposta inconsistente possa “vingar” por não haver uma incompatibilidade formal com os parâmetros base do caderno de encargos, porém ressalta que, nesses casos, deve ser muito estreita a margem de livre apreciação da entidade adjudicante.⁶⁴

Neste ponto, atenta-se ao facto de que as duas primeiras alíneas do art. n.º 79º trazem hipóteses objetivamente verificáveis, e são flagrantes frente à uma análise criteriosa da entidade adjudicante, surgindo aqui um verdadeiro impedimento à adjudicação.⁶⁵ Nesse grupo de alíneas cujo os critérios de não adjudicação são objetivamente verificáveis, adiciona-se a alínea g) que preconiza 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.

⁶³ MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA & RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, op. cit., pp.953-954.

⁶⁴ AMORIM, João Pacheco de. As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2021, p. 78.

⁶⁵ Como ensina BERNARDO AZEVEDO, “ocorre uma autêntica impossibilidade objetiva de adjudicação”, nas alíneas a) e b) do artigo 79.º do CCP. AZEVEDO, Bernardo. Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in Estudos de Contratação Pública, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, p. 234.

A verdade é que, nessas hipóteses das alíneas a), b) e g) do art. n.º 79º não há o que se falar em margem de apreciação, pois são causas completamente impeditivas da adjudicação e de fácil constatação. O que deve ocorrer aqui é uma simples subsunção, aplicação normativa mecânica e sem esse elevado grau de esforço que é demonstrado por parte da doutrina. A única alternativa existente ao constatar que houve: uma ausência de candidatos ou propostas, a exclusão das propostas ou um número inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso, é a não adjudicação. Esses casos tem-se a adjudicação como um ato ilegal, passível de impugnação, que atenta aos princípios da boa administração e da persecução do interesse público.⁶⁶

No que diz respeito ao mencionado “segundo grupo”, ou seja, nas hipóteses em que os motivos de interesse público que podem levar a exclusão de propostas só dizem respeito a entidade adjudicante, e em nada se relacionam com o mercado, voltamos a análise das alíneas c) e d) do art.º 79.º/1 do Código de Contratos Públicos. Nessas alíneas temos a presença de algumas cláusulas mais abertas (podendo-se, talvez, encaixar-se nos “conceitos indeterminados”), que realmente demandam do aplicador da norma um maior esforço interpretativo. A expressão “circunstâncias imprevistas”, na alínea c), e, circunstâncias supervenientes que “justifiquem” a decisão de não adjudicar, na alínea d), não são hipóteses objetivamente verificáveis.

Além de hipóteses das alíneas c) e d), (em que os motivos de interesse público que levam a exclusão de propostas só dizem respeito a entidade adjudicante), verifica-se uma margem de discricionariedade também nos quesitos enumerados pelas alíneas e) e f). Aqui, a margem de apreciação do intérprete é flagrante quando se percebe a maleabilidade dos termos “preços inaceitáveis” e ao tratar da “satisfação” das necessidades e das exigências da entidade, nas alíneas e) e f), respectivamente. Entende-se aqui, que cabe à entidade adjudicante, frente ao caso concreto, analisar essas circunstâncias e concretizar a regra, optando pela adjudicação ou não com base no interesse público, no princípio da legalidade e outros princípios especiais que permeiam os concursos públicos.

Neste ponto, até mesmo João Pacheco de Amorim reconhece haver uma margem de apreciação, mesmo que mínima, na densificação dos fundamentos e na subsunção dos factos. No entanto, este autor ressalta que a folga deve ser muito estreita e que existem *elementos de*

⁶⁶ Como ensina Juliana Coutinho, aqui abre-se uma ressalva para a alínea b), na qual o legislador embora tenha consagrado a não adjudicação como regra, ainda existe uma pequena margem de apreciação por parte da Administração nos casos previstos no nº 6 do artigo 70º do CCP, quando é possível uma escolha entre adjudicar ou não.

verificação vinculada nas hipóteses das alíneas c) e d).⁶⁷

No que diz respeito às circunstâncias imprevistas e supervenientes deve-se estabelecer critérios objetivos de distinção dentre elas, com base nas datas de ocorrência e de conhecimentos das ditas circunstâncias.

Quando essas circunstâncias não são conhecidas no momento da decisão de contratar, mesmo que sejam previsíveis, temos, então, a configuração de uma circunstância imprevista. Quando as circunstâncias mudam após tomada a decisão de contratar, e essa alteração das situações fática ocasionem uma mudança significativa dos interesses relevantes para a decisão de contratar, configura-se a circunstância superveniente. A diferença principal é o momento da sua ocorrência: enquanto a circunstância imprevista ocorre antes do anúncio ou convite, a superveniente ocorre após a decisão de contratar.

No que diz respeito às circunstâncias imprevistas da alínea c), se estas forem conhecidas antes do anúncio ou convite, a entidade adjudicante vê-se frente a duas opções: se houver necessidade de alteração do contrato, seja do tipo ou do conteúdo, pode alterar a decisão de contratar, ou, se não existir mais o interesse em celebrar o contrato, pode optar por não publicar o anúncio ou convite. Se a circunstância imprevista for conhecida somente depois do anúncio ou convite, existem três possibilidades.

As duas primeiras se dão no caso de a decisão de contratar se manter inalterada mesmo com as novas circunstâncias. Nesse caso, se as novas circunstâncias implicarem em alterações fundamentais às peças do procedimento, deverá aplicar-se a não adjudicação baseada na alínea do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, mas se essas alterações não forem fundamentais, permitindo uma mera retificação, nos termos dos arts. 50.º, n.º 5 e 7⁶⁸, 64.º, n.º 2 e 175.⁶⁹, deverá ser feita a adjudicação.

No caso de as circunstâncias imprevistas comprometerem a decisão de contratar, sem que qualquer alteração no tipo ou conteúdo do contrato, ou alteração das peças seja suficiente para manter o interesse na contratação, a solução é uma anulação administrativa fundamentada nos erros quanto aos pressupostos de facto, pois essa situação implica que foram desconsiderados factos essenciais à data da tomada da decisão de contratar, e que se essas circunstâncias tivessem sido conhecidas a decisão de contratar nunca teria existido.

⁶⁷ AMORIM, João Pacheco de. **As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2021, p. 90.

⁶⁸ Com prazo até o termo do segundo terço do prazo para apresentação de propostas.

⁶⁹ Alteradas, mediante a prorrogação do prazo de apresentação das propostas

Neste ponto, temos a discordância de João Pacheco de Amorim. O Autor não enxerga como possibilidade a hipótese de revogação da decisão de contratar, quando não foram postos em causa os seus pressupostos. O doutrinador alega que, a harmonização dos interesses da entidade adjudicante e dos concorrentes alinha-se com uma *“reconfiguração profunda do contrato que se pretende celebrar, e, por conseguinte, a correspondente substancial alteração das peças do procedimento, designadamente do caderno de encargos.”*⁷⁰. Este autor distingue as circunstâncias imprevistas e supervenientes na medida em que, para ele, há uma obrigação de renovar o procedimento nas circunstâncias imprevistas, para não frustrar completamente às expectativas dos candidatos, enquanto as circunstâncias supervenientes *“desobriga o órgão adjudicante de ressuscitar o procedimento”*⁷¹.

Ocorre que, quando a entidade adjudicante baseia sua tomada de decisão *“em representações decisivas para a formação e exteriorização da sua vontade”* que divergem *“à realidade, tal como era possível na altura conhece-la”*⁷² configura-se vício material, (relativo ao conteúdo do ato administrativo). Nessas hipóteses, a teoria geral do direito determina a anulabilidade do ato. Além da prossecução do interesse público atual, tem-se a vinculação ao princípio da legalidade, por isso decide-se pela anulação da decisão de contratar ao invés de decidir pela não adjudicação (cfr. arts. 165.º n.º 2 e 168.º do CPA), e, nesse caso, não implica na obrigação de dar início a um novo procedimento no prazo de seis meses, ao contrário do que dita João Pacheco de Amorim.⁷³

Sendo assim, tem-se que a análise discricionária dessas circunstâncias não se dá de uma maneira arbitrária ou antijurídica, em seu oposto, as condutas cabíveis em cada uma das possibilidades existentes frente a uma circunstância imprevista, são queridas pelo legislador, e considerando os princípios limitadores da discricionariedade, e, acima de tudo, a manutenção da persecução do interesse público atual.

⁷⁰ AMORIM, João Pacheco de. **As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2021, p. 97.

⁷¹ Obra citada, p. 98.

⁷² CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da alteração das circunstâncias**. A concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974, Separata dos estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, AADFL, 1987, p. 37.

⁷³ COUTINHO, Juliana Ferraz. **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in Comentário à Revisão do Código de Contratos Públicos. Lisboa. AAFDL. 2017, p. 590.

No que diz respeito às circunstâncias supervenientes, estas podem conduzir à não adjudicação ou podem levar à revogação da decisão de contratar, estando a entidade adjudicante livre para analisar o mérito com base em alguns critérios. Ressalta-se que não é toda e qualquer circunstância superveniente que legitima a decisão de não adjudicação: deve ser feita uma análise criteriosa para estabelecer em que medida essas circunstâncias influenciam ou alteram fundamentalmente os pressupostos que embasaram a decisão de contratar.

As circunstâncias supervenientes devem ser suficientemente fortes para gerar uma alteração dos pressupostos que embasaram a decisão de contratar, e não podem, em nenhuma hipótese, estarem dissociadas do interesse público envolvido, dos princípios da concorrência ou da boa-fé. Somente preenchidos esses critérios que⁴ pode-se tomar a decisão de adjudicar ou não. Nesse diapasão, evidencia-se o seguinte trecho do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19 de outubro de 2012⁷⁴:

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

Quando as circunstâncias supervenientes dizem respeito à Administração, a possibilidade de não adjudicar torna-se mais clara e de mais fácil aplicação, exigindo apenas uma fundamentação bem detalhada. No entanto, as circunstâncias supervenientes também podem ocorrer em relação aos concorrentes e às suas propostas, não sendo aplicável aqui o artigo 79.º do CCP. Podem ocorrer erros na proposta apresentada, ou até mesmo uma mudança na base da proposta que tornou a celebração ou execução do contrato inviável para ambas as partes.

Nesses casos, não é razoável que o contrato seja celebrado e executado a todo custo, mesmo que o interesse público tenha se mantido intacto, porque, em última instância, o contrato pode vir a causar graves prejuízos ou até mesmo nem ser executado.

⁷⁴ PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte**, de 19 de outubro de 2012, Proc. n.º 01735/11.8BEBRG, (disponível em www.dgsi.pt).

É inevitável que parte desses prejuízos afetem ou sejam repassados à entidade adjudicante, que terá que suportá-los, o que acaba por afetar o interesse público atual. Não é eficiente, célere ou útil de forma alguma, que a administração se veja obrigada a celebrar um contrato que já nasceram impraticáveis.⁷⁵

Sendo assim, caso o concorrente comprove que ocorreu um equívoco na proposta apresentada, seja uma circunstância imprevista não conhecida no momento da sua elaboração ou alguma circunstância superveniente suficiente para alterar os fundamentos sob os quais a proposta foi formulada inicialmente, existem fundamentos jurídicos hábeis para que a Administração não desconsidere tais factos, se estes tiverem sido levados ao seu conhecimento, desde que considerado o princípio da boa-fé.

A partir desta hipótese, enxerga-se como solução mais acertada a adjudicação do contrato à proposta classificada logo abaixo desta proposta impossibilitada, evitando prejuízos ao interesse público e em consonância com as regras da boa-fé (cfr. art. 10.º, n.º 1 do CPA) ao invés de adjudicar a proposta que futuramente caducará pelos termos do art. 87º-A do CCP.

Em resposta, João Pacheco de Amorim alega que ao considerar a natureza negociável dos atos realizados no processo pela entidade que adjudica e pelos concorrentes, um erro na formação da vontade do adjudicatário compromete a decisão de adjudicação, resultando na sua invalidade. Portanto, neste contexto, dever-se-ia proceder à anulação administrativa do ato, com as justas consequências indenizatórias decorrentes dos prejuízos para a entidade adjudicante, caso haja culpa por parte do adjudicatário, de acordo com o estabelecido pelos princípios gerais do direito.

Em contrapartida a corrente mais discricionária, temos João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, que oferecem mais argumentos ao posicionamento que defende a taxatividade do rol de causas de não adjudicação e afirmam que uma decisão de não adjudicação só está plenamente adequada ao ordenamento jurídico quando realizada ao abrigo legal do artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos. Em qualquer caso, tal decisão impõe à entidade adjudicante a obrigação de indenizar aqueles concorrentes cujas propostas não foram excluídas e foram avaliadas para fins de adjudicação, por todos os custos comprovadamente incorridos na elaboração de suas

⁷⁵ Por isso, JULIANA FERRAZ COUTINHO apontou “...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?” e ainda acrescentou “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.” COUTINHO, Juliana Ferraz. **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos. Lisboa. AAFDL. 2017, pp. 596-597.

propostas⁷⁶. Fica implícito um impedimento à Administração Pública de explorar outros argumentos que não os presentes no n.º 1 do artigo 79.º do CCP.

A respeito do tema da cláusula de não adjudicação, o STA⁷⁷ estabeleceu no Decreto-lei.º 197/99, de 8 de junho, nomeadamente através do aresto de 07.07.2005, tirado no processo n.º 352/2004, que vale a pena transcrever aqui na parte relevante, a sua inadmissibilidade. Assim, lê-se no aresto do STA o seguinte:

“Inexiste, hoje, norma jurídica que, em geral, atribua à Administração o poder de, por sua iniciativa, reservar no programa ou no aviso de concurso que resolveu abrir, o direito a não efetuar a adjudicação — como acontecia na vigência do Dln.º 55/95, de 29-03, que no art. 71.º, n.º 1, al. e), previa que não haveria lugar a adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação».

Na verdade, o legislador do DI n.º 197/99, revogando o DI n.º 55/95 e invocando o «objetivo de aperfeiçoar o sistema de garantias para os contratantes» — cf. ponto 10 do preâmbulo —, configurou de novo as situações que podem conduzir à não adjudicação do que foi posto a concurso, distinguindo, pela primeira vez, as causas denão adjudicação (art. 57.º), daquelas que conduzem à anulação da adjudicação (art. 56.º) ou à anulação do procedimento (art. 58.º).

Assim, relativamente às causas de não adjudicação, até então previstas nas cinco alíneas do n.º 1, do art. 71.º, do DI n.º 55/95, apenas manteve como tal as duas primeiras ali previstas, restringindo-as às situações de inaceitabilidade de todas as propostas apresentadas e de presunção de conluio entre os concorrentes — cf. alíneas a) e b), do art. 57.º. em relação às restantes causas de não adjudicação prevista aquela disposição revogada procedeu do seguinte modo:

— as previstas na alíneas c) e d) transformou-as, com alterações de redação, em causas de anulação do procedimento cuja competência atribuiu à «entidade competente para autorizar a despesa» — al. a) e b), do art. 58.º;

— a prevista na al. e), que previa que não haveria lugar à adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação», excluiu-a deixando de consagrar qualquer norma em branco que permitisse à Administração introduzir, por sua livre iniciativa qualquer outra causa que obstasse a que o procedimento concursal não conduzisse à adjudicação.

(...)

Inexistindo, assim, norma jurídica nesse sentido não é possível, hoje, atento o princípio da legalidade, consagrado nos arts. 266.º, n.º 2, da CRP, e 3.º, do CPA, introduzir uma cláusula desse tipo nos documentos dos concursos abertos pela Administração Pública” (Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de junho)

Nessa mesma linha, decidiram respectivamente o STA em Acórdão de 03/12/2015, e oTribunal de Contas no processo n.º 30/2010, de 23/11/2010, processo de fiscalização prévia n.º 455/2010 (Helena Abreu Lopes) trazem que:

⁷⁶ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez. **Temas de Contratação Pública**, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 286.

⁷⁷ Ac. de 7 de julho de 2005, proc.0352/04.

“O legislador optou por consagrar no artigo 76.º, n.º1, do CCP, em dever de adjudicação, que contempla apenas a ressalva das situações previstas no artigo 79.º, n.º1, do CCP. Assim, optou-se por estabelecer um dever de decidir, com prazo definido, que corresponderá ao prazo a que os concorrentes estão obrigados a manter as suas propostas.”; Proc.º 0913/15 (Ana Paula Portela).

“A enumeração das causas de não adjudicação constante do art.º 79.º deve considerar-se exaustiva, não sendo admissível a consagração no Programa do Procedimento de outras causas de não adjudicação para além das previstas na lei.”; Processo de fiscalização prévia n.º 455/2010 (Helena Abreu Lopes).

Mais recentemente e corroborando com este entendimento o Tribunal Central Administrativo Norte, em decisão dos acórdãos de 31/01/2020, Proc.º 00231/19.0 e de 28/06/2019, Proc.º 00744/18.0/15, ambos da Dra Helena Canelas ditam que:

“CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL – CONSULTA PRÉVIA – EXCLUSÃO DA PROPOSTA – DEVER DE ADJUDICAR

Sumário: I – Nos termos dos artigos 70º n.º 2 alínea b), 146º n.º 2 alínea o) e 148º n.º 1, ex vi dos artigos 112º n.º 2 e 124º n.º 2, todos do CCP, no procedimento de Consulta Prévia o júri deve propor a exclusão da proposta, quando se verifique, pela respetiva análise, que ela revela viola aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência.

II – A proposta apresentada em procedimento pré-contratual de Consulta Prévia tem que explicitar, pelo menos minimamente, as condições do serviço que o concorrente se propõe fornecer, para que possa ser averiguado (e demonstrado) que a proposta cumpre os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, pois só assim a proposta pode ser admitida e graduada, nos termos dos artigos 70º n.º 2 alínea

a) e 146º n.º 2 alínea o) do CCP, ex vi do artigo 122º n.º 2 e 124º n.º 1 do mesmo Código.

III – Da mera declaração de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, exigida pelo artigo 57º n.º 1 alínea a) do CCP, não pode singelamente retirar-se que a proposta da concorrente apresenta uma solução técnica que corresponde e cumpre as exigências técnicas estipuladas no Caderno de Encargos.

IV – Perante a ilegalidade da admissão da proposta adjudicada, e tendo a proposta da autora sido admitida e graduada em segundo lugar, emerge como única solução legal possível a de que o contrato deveria ter sido adjudicado à autora, pelo que em tal caso o Tribunal deve determinar, à luz do disposto no artigo 71º n.º 2 do CPTA, como conteúdo do ato a praticar, precisamente, a adjudicação do contrato à autora.

VI – Através da injunção constante no n.º 1 do artigo 76º do CCP, conjugada com a ressalva das situações previstas no artigo 79º n.º 1 que ali é feita, a lei consagra expressamente a existência do dever de adjudicar.” Proc. 00231/19.0 de 31/01/2020 (Helena Canelas), grifo nosso.

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL; DECISÃO DE NÃO ADJUDICAÇÃO

Sumário I – No quadro normativo decorrente da aprovação do Código do Contratos Públicos, é a lei que consagra expressamente a existência do dever de adjudicar, através da injunção constante no n.º 1 do artigo 76º do CCP, conjugada com a ressalva das situações previstas no artigo 79º n.º 1 que ali é feita.

II – **Só não haverá lugar à adjudicação, não recaindo, assim, sobre a entidade de adjudicante o dever de adjudicar, nas situações previstas no n.º 1 do artigo 79º do CPP, a saber:** quando (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 aspetos fundamentais das peças do procedimento; (d) circunstâncias

supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem; (e) nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º, 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.

III – As hipóteses consagradas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 79º do CCP como justificativas de uma decisão de não adjudicação, em particular as contidas nas alíneas c) e d), não integram a falta de valia ou a performance das propostas, sendo de afastar o poder de não adjudicar ou qualquer possibilidade de não adjudicação quando esteja em causa a apreciação do mérito das propostas ou a sua idoneidade para realizar o interesse prosseguido com a decisão de contratar”;
Proc.º 00744/18.0/15 de 28/06/2019 (Helena Canelas), grifo nosso.

Sérvulo Correia defende a impossibilidade de adjudicar fora das causas taxativas do rol do art. 79, afirmando que a fundamentação do dever legal de adjudicar baseia-se na noção de que a entidade adjudicante, ao iniciar um procedimento pré-contratual e divulgar isso ao mercado (seja por convite ou anúncio), fica vinculada a uma forma de "oferta ao público"⁷⁸, não podendo, em nome do princípio da boa-fé, defraudar as expectativas legítimas de contratar que suscitou junto dos operadores económicos. Parece que a imposição do dever de adjudicação impede desde logo a Administração de explorar outros argumentos que não os constantes no n.º 1 do artigo 79.º do CCP.

No sentido contrário ao posicionamento acima apresentado, Bernardo Azevedo nega o carácter taxativo das “causas de não adjudicação” previstas no art.º 79.º/1 do CCP ao afirmar que:

“(…) pese embora a profunda metamorfose de sentido sofrida pelas regras da contratação pública, que passa justamente pelo abandono da sua primitiva condição de instrumento ao serviço dos interesses da Administração e pela correspondente transmutação, sob forte impulso do princípio da concorrência, em mecanismo cuja intencionalidade precípua se consubstancia na tutela dos interesses dos operadores económicos privados envolvidos em procedimentos de natureza concursal, o certo é que, ainda assim, julgamos que subsistem boas razões seja para afastar a construção do acto de adjudicação como «acto incondicionalmente devido» (Marco Lipari), seja, sobretudo para recusar o carácter taxativo ou fechado do elenco de causas de não adjudicação vertido no art. 79.º, n.º 1, do Código dos contratos Públicos”⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. **Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e Serviços** (do início do procedimento à celebração do contrato), 2008, pp. 43 a 46.

⁷⁹ , Bernardo Azevedo, “**Adjudicação e celebração do contrato**”, Estudos de Contratação Pública, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 230 e ss., Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, ob. cit., pp. 1053 e ss., e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, **Direito Administrativo Geral**, Tomo III, Contratos Públicos, 2009, p. 234-235.

Dos argumentos apresentados pelo Bernardo Azevedo, interpretamos que a corrente que

defende a taxatividade das causas de não adjudicação preocupa-se mais com a defesa dos particulares concorrentes em face de um falso detrimento do interesse público que vincula as atividades da entidade adjudicante. É uma tendência doutrinária e jurisprudencial atual voltar-se mais para a defesa das garantias dos interesses individuais dos administrados, no entanto, temos que ressaltar que o Estado em si é uma criação fictícia, e que ao garantirmos propostas que sejam mais benéficas economicamente ao Estado, o dinheiro público que estamos a investir adequadamente é, em última instância, o dinheiro dos contribuintes e particulares.

Juliana Ferraz Coutinho⁸⁰ corrobora com esse posicionamento ao apontar que se nos termos do n.º 1 do artigo 334.º do CCP⁸¹, o contraente público pode resolver o contrato unilateralmente por razões de interesse público, então, por maioria de razão, não será de excluir que a entidade adjudicante opte por não adjudicar por razões de interesse público devidamente fundamentado.

Na jurisprudência, o Tribunal Central Administrativo Sul decidiu em 10 de outubro de 2013 (Processo n.º 10318/13) que “o 79.º do CCP não é taxativo, mas meramente exemplificativo”, defendendo que “em situações excepcionais, que serão as previstas no artigo 79.º do CCP, ou outras similares, a entidade contratante possa revogar a decisão de contratar e não prosseguir o concurso com a correspondente adjudicação”, mais recentemente, o Tribunal Central Administrativo do Norte, decidiu em 28 de junho de 2019 (Processo n.º 00744/18.0BECBR) que

“[a]s hipóteses consagradas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 79.º do CCP como justificativas de uma decisão de não adjudicação, em particular as contidas nas alíneas c) e d), não integram a falta de valia ou a performance das propostas, sendo de afastar o poder de não adjudicar ou qualquer possibilidade de não adjudicação quando esteja em causa a apreciação do mérito das propostas ou a sua idoneidade para realizar o interesse prosseguido com a decisão de contratar”.⁸²

Concluimos que, embora as duas correntes opostas apresentem argumentos válidos juridicamente e que não podem ser de todo descartados, o que deve se sobressair na prática administrativa é um equilíbrio do legislador no que diz respeito à definição dos aspectos vinculados “para além do fim, da competência e do respeito pelos princípios gerais da

⁸⁰ Cfr. “Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão”, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 577 e ss.

⁸¹ Cuja redação é a seguinte: “O contraente público pode resolver o contrato por razões de interesse público, devidamente fundamentado, e mediante o pagamento ao cocontratante de justa indemnização”.

⁸² FREITAS, Duarte Lebre de (2021) - **A decisão de não adjudicação**: rever posições em tempo de crise? Polis. ISSN 0872-8208. 2,3 (jan.-jun. 2021) 41-49.

atividade administrativa, desde logo porque não pode condicionar as decisões a tomar pela Administração Pública ao ponto de tornar irrelevantes as suas circunstâncias e o interesse público atual.”⁸³. Como ensina Juliana Coutinho, o legislador é incapaz de prever com total certeza e abrangência todas as nuances dos casos específicos que possam surgir, e por isso é necessário o uso de conceitos indeterminados e de espaços de discricionariedade à Administração Pública.

CAPÍTULO 3 - A ADJUDICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 AS MODALIDADES E FASES DA LICITAÇÃO NA LEI Nº14.133/21

No ordenamento brasileiro os procedimentos licitatórios, popularmente conhecidos como “licitações”, possibilitam a seleção de um cocontratante para celebrar determinado contrato administrativo. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles traz que “*administração pública deve selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento serviços domésticos e cadeias produtivas*”⁸⁴.

No Brasil, a lei geral que trata das licitações e dos contratos administrativos é a Lei n.º14.133⁸⁵ que foi sancionada em 1º de abril de 2021, sendo esta uma legislação que veio para substituir e atualizar a antiga lei nº 8.666/9386, que estava há quase trinta anos em vigor. Desde janeiro de 2024, a nova Lei de Licitações passou a regular exclusivamente todos os assuntos englobados pela lei 8.666/93, pela Lei do Pregão (lei nº 10.520/02⁸⁷) e a parcela da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11⁸⁸).

Os avanços tecnológicos, assim como as mudanças no cenário brasileiro, ao mesmo tempo em que criaram novas demandas, possibilitaram as alterações na lei, que veio com a proposta de aumentar a transparência e desburocratizar os processos de licitação, além de assegurar a imparcialidade para que as contratações não descaracterizem o interesse coletivo.

⁸³ COUTINHO, Juliana Ferraz. **A decisão de contratar e as suas circunstâncias**. Revista de Contratos Públicos, Porto, v. 23, p. 137, 2020

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 302-303.

⁸⁵ BRASIL, 2021. Lei 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 05 jun. 2024. ⁸⁶ BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 06 de jun. de 2024.

⁸⁷ BRASIL, 2002. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Lei do Pregão**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em 06 de jun. de 2024.

⁸⁸ BRASIL, Lei nº 12.462/11, de 4 de agosto de 2011. **Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em 06 de jun. de 2024.

Dentre os principais princípios que regem a administração estão a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, dentre outros.

Embora seja atualmente regida pela Lei nº 14.133/2021, se considerarmos o espírito da Lei 8.666/1993, percebemos que a licitação, mais do que um processo de seleção de fornecedor, é um meio de atingir os objetivos que ultrapassam a determinação racional-legal do contrato administrativo. Nesse sentido, a nova lei consagra a índole do processo licitatório que volta-se à regulação da economia, afim de fomentar o mercado nacional, a promoção da sustentabilidade e do emprego, com redução da processualidade e com a realização de uma política anticorrupção nos contratos públicos.⁸⁹

De acordo com o art. 11 da referida Lei, o processo licitatório tem por objetivo assegurar e gerar o resultado da contratação mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando a justa competição, afim de evitar contratações com sobrepreços e incentivar a inovação e o desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2021). Sendo assim, as modalidades de licitação estabelecidas na legislação anterior foram reexaminadas, definindo-se a partir da Lei nº 14.133/2021, como modalidades: o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. Percebe-se, então, que a nova lei revogou as modalidades licitatórias a tomada de preço e o convite que existiam na Lei nº 8.666/1993, e ainda vedou a criação de novas modalidades de licitação no art. 28, inciso 2º (BRASIL, 2021). Entretanto, a modalidade do Pregão, previamente instituída pela Lei 10.502/2002, permanece válida nessa nova configuração.

Faz-se então uma breve explanação sobre cada uma das principais modalidades. O Pregão é obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério usado pode ser o menor preço ou maior desconto, conforme o art 6º, inciso XLI, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

A concorrência, por sua vez, é anunciada no inciso XXXVIII do art 6º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) e é uma modalidade de contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujos critérios de julgamento utilizados pode ser menor preço, melhor técnica ou conteúdo, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto.

De acordo com o inciso XXXIX da Lei nº 14.133/2021, art 6º, a modalidade concurso corresponde àquela destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de

⁸⁹ NÓBREGA, T. **A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas.** Revista da AGU, v.18, n. 2, p.349-376, 2019

juízo é a melhor técnica, sendo assim concedido prêmio ou remuneração ao vencedor (BRASIL, 2021). A modalidade de concurso já existia na Lei nº 8.666/1993 e Meirelles (2015, p.385) a definiu como a modalidade de licitação “destinada à escolha de trabalho técnico predominantemente de criação intelectual”. A lei ressalta que o concurso observará as regras e condições previstas no edital, que indicará detalhadamente, nos termos do art 30, I a III da Lei nº 14.133/2021: as qualificações exigidas dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho, as condições de realização do trabalho e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor (BRASIL, 2021).

Apresenta-se agora o Leilão, que se destina à alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance, conforme previsto no art. 6º, inciso XL da Lei nº 14.133/2021. (BRASIL/2021).

Por fim, temos o diálogo competitivo, que surge como uma novidade introduzida pelo art 6º, inciso XLII da Lei nº 14.133/2021. Nesta modalidade, a licitação é utilizada para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realiza diálogo com os licitantes previamente selecionados, mediante critérios objetivos, buscando o licitante que melhor atenderá as necessidades públicas, podendo o licitante apresentar proposta após o diálogo (BRASIL, 2021).

No que diz respeito às fases da licitação, o art. 17º da Lei nº 14.133/2021 dita que:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.[...].

Pode-se destacar que as fases de um processo licitatório se resumem a três diferentes momentos. A fase interna ou etapa preparatória ocorre no domínio interno da administração pública, quando os servidores públicos revisam as necessidades de compra ou contratação e consiste na elaboração do edital até a sua divulgação, elaborado pela comissão de contratação constituída no órgão público para esta finalidade. O segundo e o terceiro momento, já constituem a fase externa e diz respeito às ações públicas que podem ser acessadas por qualquer cidadão. O segundo momento é constituído das etapas de divulgação do edital, da apresentação das propostas, julgamento e habilitação dos participantes. Por fim, o último momento inclui as etapas de recursos dos participantes e homologação dos resultados, constituindo a fase pós- licitação (HASSAN, 2014).

A conclusão das licitações pode alcançar ou não o final ao qual pretendiam, ou ainda, podem não resultar na celebração do contrato, mesmo quando chegam ao fim. Entretanto, o percurso regular de um procedimento licitatório termina com a declaração feita pela Comissão de Contratação ou

Agente de Contratação⁹⁰ do ato administrativo denominado “resultado final”, que declara o fim do concurso e anuncia o vencedor da licitação, ou seja, aquele que apresentou a proposta mais vantajosa para a administração, e, por isso, obteve classificação superior entre todos os participantes.

Este entendimento não é pacificado, visto que vozes relevantes como Maria Sylvia Zanella de Pietro⁹¹, por exemplo, entende que o ato final de um procedimento licitatório é a adjudicação. No entanto, nos alinhamos a corrente que distingue o ato de adjudicação do ato de resultado final, que integra o procedimento licitatório⁹². O ato de adjudicação é de competência da autoridade superior, que também é responsável também pela homologação, enquanto o resultado final é de competência da Comissão ou do Agente de Contratação.

Embora essa posição não seja totalmente uniforme na doutrina, entendemos que a lei geral de licitações consolida esse entendimento, já determinou no art. 71º, inciso IV, que seria competência da autoridade superior, tanto o ato de adjudicar quanto o de homologar a licitação, e no art. 8.º da Lei 14.133/21, que elenca as competências da comissão de contratação, não está elencada a adjudicação.

Sendo assim, encerradas as fases de julgamento e habilitação, a Comissão de Contratação deve enviar o processo para a autoridade superior competente para que esta analise a legalidade e regularidade de todos os atos, e a conveniência e oportunidade na homologação e adjudicação, verificando a existência de qualquer circunstância superveniente que seja forte o suficiente para fundamentar uma possível decisão de revogação. Estando tudo de acordo com a lei, é declarada a aprovação da licitação para que dela surtam os efeitos legais.

Se for identificada alguma ilegalidade no processo licitatório, a autoridade competente deve, em regra, anular o procedimento, o que impede a adjudicação ao vencedor da licitação. No entanto, se surgir uma razão de interesse público devido a uma circunstância superveniente relevante e suficiente para justificar a ação, a autoridade pode revogar a licitação (conforme o artigo 71, inciso II, §2º da Lei nº 14.133/21). Nesses casos, é necessário que a decisão seja formalizada com uma justificativa expressa, observando-se um dever especial de fundamentação.

⁹⁰ Ao contrário da Lei n.º 8.666/93, que tratava em Comissão de Licitação, a Lei nº 14.133/21 considera-se “Comissão de contratação - conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares e Agente de contratação - pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.”

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 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.”

⁹² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**— 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12- 2014. — São Paulo : Atlas, 2015. Pág. 300.

O ato de resultado final “apenas” consagra determinado concorrente como vencedor do certame, e, sendo assim, o torna titular do direito de preferência. Isso significa que, caso seja conveniente para a administração a celebração do contrato objeto da licitação, este contrato não pode ser celebrado com nenhum outro licitante que não o vencedor declarado pelo resultado final, que tem o direito de não ser preterido na ordem de classificação de determinado certame licitatório. No entanto, ressalta-se que este ato de resultado final não atribui ao vencedor o direito à celebração do contrato, mas apenas o direito subjetivo de preferência no caso dessa contratação ser realmente efetivada.

Não existe no ordenamento brasileiro, como há no português, um rol exemplificativo das situações que autorizam a entidade licitante a não adjudicar, e a adjudicação é tida, normalmente, como consequência do ato de homologação. Portanto, ao ser homologado o procedimento licitatório, geralmente, ocorrerá em seguida, a adjudicação ao vencedor do certame.

No entanto, também existe a possibilidade de a autoridade competente decidir pela revogação ou declarar a anulação do procedimento. Em qualquer dessas hipóteses, não haverá uma decisão de adjudicação. Sendo assim, deve ser realizado outro certame, com a retificação das ilegalidades causadoras da anulação ou revogação, ou com a alteração do objeto ou modalidade licitatória, ou até mesmo pode não ser realizado outro procedimento, a depender da conveniência e do interesse público atual.

Dessa forma, frente ao recebimento do processo, a autoridade superior que é a competente para adjudicar e homologar o procedimento licitatório tem que optar por uma dentre três opções. A primeira opção verifica-se nos casos em que foram flagradas irregularidades ou vícios sanáveis no processo⁹³. Nesse caso, remete-se os autos à Comissão ou Agente de Contratação para tratar das irregularidades ou vícios sejam supridos. No caso de se constatar alguma ilegalidade não reparável, temos a segunda opção que é anular o procedimento todo ou as partes que apresentem os vícios insanáveis. Se a anulação for completa, refaz-se a licitação, se a anulação for parcial, refaz-se apenas o ato anulado e os decorrentes e relacionados a este. A terceira opção consiste na revogação da licitação por razões de interesse público, conforme art. 71.º, II, da Lei n.º 14.133/21⁹⁴. Apenas no caso de o procedimento licitatório tiver seguido o rito legal, sem nenhuma ilegalidade, deverá ocorrer a adjudicação e homologação da licitação ao vencedor do certame.

Pontuamos que com a nova Lei de Licitações, houve uma inversão na ordem de adjudicação e homologação. Na lei 8.666/93, a homologação antecedia a adjudicação. O que

ocorre a partir de janeiro de 2024, quando a Lei 14.133/21 passou a ser a única norma a regulamentar as licitações, primeiro adjudica-se e depois homologa-se. Isso porque a homologação impõe-se como um ato de controle posterior, fornecendo uma camada adicional de segurança jurídica, confirmando que o processo foi conduzido de acordo com os princípios da administração pública, o que aumenta a celeridade, a transparência e a confiabilidade no processo.

No caso de a licitação não ser homologada pela autoridade superior, ela pode ser desfeita, por anulação ou por revogação. As consequências decorrentes da anulação ou revogação diferem no ordenamento brasileiro. Assim, caso a licitação seja desfeita por uma anulação por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar, com exceção dos casos em que a anulação é declarada em momento posterior à execução de serviços pelo contratado, e quando não foi o contratado que deu causa a ilegalidade, conforme preceitua o parágrafo único do art. 147 e o art. 149 da Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021.

O objetivo é assegurar as garantias do contratado para que não haja enriquecimento ilícito por parte da Administração.

3.2 A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO E O PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.

O princípio da adjudicação compulsória, embora não seja mencionado explicitamente no caput do art. 5º da Lei 14.133/21, é largamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. Este princípio impossibilita que a Administração atribua o seu objeto a qualquer concorrente que não o vencedor do certame, de acordo com a classificação das propostas. Sendo assim, importa ressaltar que o aspecto visto como compulsório é o conteúdo da adjudicação, ou seja, o direito de preferência do vencedor, e não a celebração do contrato administrativo.

⁹³ De acordo com o ACÓRDÃO N.º 701/2007 do Tribunal de Contas da União – 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. (...)”

⁹⁴ Aqui cabe ressaltar duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, a súmula 346, que determina “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”, e a súmula 473 que dita “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 e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que expressão “adjudicação compulsória” é errônea devido a sua ambiguidade, porque levar o intérprete a assumir que, ao fim da fase recursal, a Administração está obrigada a adjudicar; no entanto a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação, e por isso a entidade não é obrigada a adjudicar. O princípio deve ser compreendido no sentido de que, caso a Administração levar o procedimento até o fim, o contrato só pode ser celebrado com o vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.⁹⁵

Assim, a partir do momento em que o objeto da licitação é adjudicado ao vencedor da licitação, é atribuído a este o direito público subjetivo de não ser preterido. Logo, a única opção da Administração, se esta seguir em frente com a celebração do contrato, é fazê-lo com o vencedor da licitação.

A adjudicação é o ato que formaliza a escolha do vencedor da licitação, por isso que torna-se um ato vinculado a esse vencedor. Uma vez que o vencedor preencha todos os requisitos, a administração deve adjudicar o objeto a este vencedor. A contratação, por sua vez é um ato distinto, e basicamente constitui a efetivação do contrato entre a adjudicação e o vencedor, sendo uma etapa subsequente adjudicação e a homologação.

No que diz respeito aos dispositivos legais, são relevantes para este conceito o artigo 81 e o artigo 71 da nova Lei de Licitações. O artigo 81.º preceitua que a adjudicação do objeto ao vencedor do certame não gera um direito subjetivo a contratação, mas sim uma expectativa, ou seja, desde que ele mantenha todas as condições propostas ao tempo em que ele venceu o certame, a ele deve ser adjudicado o objeto. O artigo 71.º, por sua vez, menciona que a administração pode revogar essa licitação por razões de interesse público superveniente e comprovado, o que não gera direito à indenização ao licitante vencedor.

A obrigatoriedade da adjudicação ao vencedor extingue-se na hipótese de este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo estipulado. É possível que o vencedor solicite prorrogação do prazo para assinatura do contrato, desde que comprove que um facto superveniente motivou a necessidade de alteração, pendente o aceite pela Administração.

O direito do vencedor do certame limita-se à adjudicação do objeto lícitado ao vencedor, mas não alcança o contrato administrativo subsequente. O contrato é suscetível à conveniência e oportunidade da Administração Pública, que pode ser revogar ou anular a

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 625

licitação. Além disso, a adjudicação veda que a Administração inicie um novo processo licitatório enquanto o anterior estiver inconcluso. Existem mecanismos administrativos e judiciais passíveis de utilização face aos atos praticados na fase de adjudicação. Seguinte à adjudicação, tem-se a homologação, que finaliza o procedimento licitatório.

No que diz respeito às indenizações, quando é frustrada apenas uma mera expectativa de direito, sem a violação de um direito subjetivo, ou seja, quando o licitante tem a expectativa de que a contratação vai se realizar, mas esta não se concretiza por motivo de anulação ou revogação da licitação, em regra, não há dever de indenizar. Nesse sentido, o STF já se posicionou nos seguintes termos:

“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.

No entanto, quando o vencedor declarado pelo ato de resultado final é preterido em prol de outro licitante, ocorre uma violação do direito subjetivo de preferência, e por isso, é cabível indenização. Sendo assim, o STJ aduz que:

“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 (...).” STJ, REsp 1.153.354/AL, Primeira Turma, DJ 02.06.2014, Rel. Min. Ari Pargendler.

Importa apontar que, embora esta seja a aplicação do princípio visto na prática judicial, parte da doutrina tem um entendimento diverso. Justen Filho por exemplo, assim como uma parcela cada vez maior dos doutrinadores, defende que esta corrente da facultatividade da contratação do adjudicatário tornou-se impraticável, tendo em vista que a administração possui mecanismos legais para anular uma licitação, ou seja, ela tem o direito de revogar o processo licitatório. Mesmo após a homologação estar formalizada, a Administração pode realizar a revogação devido a factos novos. No entanto, não é aceitável que a Administração desconsidere os efeitos jurídicos de seus próprios atos, minando a seriedade e a reputação do processo licitatório⁹⁶. Para este autor, o entendimento tradicional incentiva que os concorrentes

adicionem o custo do risco de não ser celebrado o contrato, no valor das propostas, o que traria dano ao patrimônio e interesse público⁹⁷.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho defende que a homologação do resultado atesta o interesse do Estado no objeto do contrato, seja esse uma obra, serviço ou compra. Apesar de alguns posicionamentos discordantes, o autor entende que, em virtude da aplicação dos princípios da boa-fé e da presunção da legalidade dos atos administrativos, a homologação do resultado converte a mera expectativa de direito do vencedor em direito efetivo à realização do contrato.⁹⁸

Entre os defensores dessa linha de pensamento, Hely Lopes de Meirelles entendeu que

“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”.⁹⁹

No entanto, apesar desses válidos argumentos, o que ainda prevalece na jurisprudência é o entendimento, baseado na súmula n.º 473 do STF, de que é constitucional a não contratação do concorrente, mesmo após a adjudicação. Este entendimento, antes expresso no parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, agora não é mais tão claro na Lei 14.133/21. No entanto, por ser um texto normativo extremamente recente, o que se percebe nos casos julgados é uma predominância do entendimento consagrado na lei anterior, que ainda não foi alterado para adaptar-se a essa nova corrente, e apenas com o decorrer do tempo poderemos saber se os Tribunais vão ter alguma mudança de entendimento motivada pela retirada dessa permissão expressa da lei, ou não.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters, p. 1213, 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/21212/adjudica%C3%A7%C3%A3o-e-homologa%C3%A7%C3%A3o-na-lei-14.133%2F202>. Acesso em 14 de junho de 2023.

⁹⁷ 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. Pág. 581.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015.

⁹⁹ Cit. Por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 518

CONCLUSÃO

No que diz respeito ao exercício da discricionariedade de uma maneira mais ampla na Administração Pública, cabe-nos, finalmente, algumas considerações mais relevantes.

Segundo Juliana Ferraz Coutinho, a discricionariedade, em regra, funciona dentro dos pressupostos de facto das normas jurídico-administrativas, especialmente quando esses pressupostos são intencionalmente imperfeitos, incompletos ou indeterminados. Isso significa que a discricionariedade é primordialmente um exercício de complementação dos pressupostos normativos imperfeitos ou incompletos para cada caso concreto. Consequentemente, a conduta a ser adotada pela Administração geralmente não resulta de uma escolha livre. Considerando que quase toda atividade administrativa, inclusive a discricionária, é uma atividade jurídica sujeita ao direito e criadora de direito, o exercício do poder discricionário é visto como um processo "tópico-teleológico" e não como um processo lógico-formal dedutivo, o que exige da administração duas práticas consecutivas, quais sejam a adoção de critérios objetivos para complementar os critérios legais para o caso em questão, e a tomada de decisão ou medida resultante da aplicação combinada desses critérios, que, segundo esses critérios (legais e complementares), será a única solução cabível.

É importante diferenciar a função administrativa ativa da função jurisdicional dos tribunais. A atividade administrativa discricionária, qualificada por alguns como o preenchimento de lacunas intralegis, é semelhante à tarefa do juiz na integração de lacunas extralegis, criando normas específicas para cada caso.

Portanto, a discricionariedade administrativa não é uma escolha livre entre várias consequências jurídicas possíveis, mas sim a obrigação de especificar os pressupostos de sua própria atuação, completando os pressupostos legais inacabados para cada situação concreta. Após essa complementação, a solução jurídica resultante será a única possível e legítima.

Essa abordagem visa evitar a arbitrariedade na escolha de condutas pela Administração, exigindo que a determinação de qualquer consequência jurídica se baseie em critérios objetivos previamente definidos pela Administração. Esse dever de complementação dos pressupostos legais está alinhado com os princípios gerais da atividade administrativa, como a razoabilidade e a racionalidade, e representa um dever jurídico de boa administração.

Essa tese, defendida por autores como Rogério Ehrhardt Soares, Sérvulo Correia e Vieira de Andrade, é sustentada tanto pelo mérito intrínseco quanto pelo reconhecimento na doutrina mais autorizada, devendo ser a posição adotada.

Feitas as devidas colocações sobre o papel discricionário da Administração no processo de contratação pública nos ordenamentos português e brasileiro, nos é cabível traçar alguns paralelos entre os dois sistemas jurídicos, apontando similaridades e diferenças e em que medida um pode influenciar o outro.

No ordenamento brasileiro, tem-se o ato de adjudicação com um caráter meramente declaratório, mas capaz de produzir alguns efeitos na esfera jurídica¹⁰⁰, como o direito subjetivo à preferência, enquanto no direito português a adjudicação assume o papel de um ato administrativo constitutivo de direitos¹⁰¹, que segundo uma parte respeitada da doutrina gera o dever de contratar e encerra o procedimento adjudicatório ou pré-contratual. Neste ponto, atenta-se ao facto de ambas as doutrinas não possuírem um entendimento uniforme sobre o tema. Assim como no Código de Contratos Públicos, no qual o dever de contratar advindo da adjudicação passou a ser questionado frente situações que vão além das expressas no rol do art. 79º do CCP, no Brasil também existem aqueles que entendem que a adjudicação atribuiria ao adjudicatário o direito à própria contratação.

A diferença mais marcante e que mais merece o nosso enfoque para os fins desse trabalho, diz respeito às causas que podem ser invocadas para fundamentar e justificar uma decisão de não adjudicação: No ordenamento jurídico português, mesmo com toda polêmica e debate acalorado a respeito do caráter do rol ser exemplificativo ou taxativo, existe um rol expressamente previsto, e ao nosso ver exemplificativo, de causas ensejadoras da não adjudicação no art. 79º do CCP. Além das causas desse rol, é possível apontar como razões legítimas para a não adjudicação aquelas que sejam motivadas pelo interesse público atual, ou pela existência de ilegalidades ou invalidades percebidas apenas ao momento da adjudicação.

Em contrapartida, na legislação brasileira, a não adjudicação não está prevista em nenhum dispositivo e a sua aplicação é uma consequência implícita dos atos de anulação ou revogação do procedimento licitatório. Por dedução lógica, caso não ocorra a anulação ou revogação da licitação, a adjudicação necessariamente ocorrerá, (ressaltando que, no Brasil, o ato de adjudicar resume-se ao ato formal de atribuição ao vencedor do direito de preferência para ser o contratado se, futuramente, for da conveniência e do interesse administrativo celebrar o contrato).

¹⁰⁰ Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles aduz que “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 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 518.

¹⁰¹ 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 AZEVEDO, Bernardo. **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in Estudos de Contratação Pública, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 227 (nota 05).

Além disso, podemos acrescentar que no ordenamento português a possibilidade de não adjudicar por questões imprevistas ou supervenientes é expressa, enquanto no ordenamento brasileiro é vedado que seja realizado novo juízo de conveniência ou oportunidade a respeito de factos ocorridos previamente a abertura do certame. Desse modo, é impossível que sejam alegadas circunstâncias imprevistas como causa de revogação de licitação, porque não atendem ao critério legal da superveniência.

No que diz respeito ao dever de indemnização dos custos arcados pelos concorrentes, no ordenamento português existe uma previsão expressa a respeito dos gastos realizados pelos participantes do concurso, quando haja uma decisão de não adjudicação fundamentada nas alíneas c) e d) do art. 79.º n.º 1 (art. 79.º, n.º 4 do CCP), ou até mesmo nos casos em que a entidade adjudicante realize a adjudicação fora do prazo previsto para a obrigação da manutenção e propostas e o adjudicatário recuse a adjudicação (Cfr. art. 76.º, n.º 3 do CCP). No direito brasileiro, em contrapartida, não existe obrigatoriedade quanto ao ressarcimento dos custos arcados pelos licitantes em caso de revogação ou anulação do concurso. Inclusive, no parágrafo 1.º do art. 49.º da Lei n.º 8.666/93 existia uma clara previsão de não haver obrigação de indemnizar nos casos de anulação que se dá por ilegalidade, o que gerava várias discussões a respeito da constitucionalidade desse artigo, motivo pelo qual não foi transcrito para a Nova Lei de Licitações.

Este estudo revelou que há similaridades entre os ordenamentos, que embora utilizando-se de mecanismos diferentes, e, em alguns pontos adotando posicionamentos completamente opostos, estão priorizando cada vez mais a eficiência da administração pública, sem preterir, entretanto, a boa-fé das relações contratuais e a legítima confiança depositada pelos administrados.

Entre os pontos comuns destacamos primeiramente a possibilidade de não adjudicar para garantir o interesse público, ou invocando a invalidade ou ilegalidade do ato, (aqui tem-se como exemplo o erro em relação aos pressupostos de facto). Em seguida, apresentamos a vinculação do conteúdo do ato de adjudicação, que não permite a celebração do contrato com um concorrente em detrimento do vencedor do certame, quando este tem meios para cumprir com todos os quesitos da proposta apresentada e, finalmente, a legitimidade para justificar a não adjudicação, ou a revogação e anulação de uma licitação com base em circunstâncias supervenientes suficientemente forte para alterar as bases da decisão de contratar.

Além disso, as circunstâncias supervenientes como causa de não adjudicação devem ser suficientes para justificar a alteração substancial dos pressupostos que fundamentaram a decisão de contratar, no direito português, e, similarmente, no ordenamento brasileiro, elas devem ser pertinentes e suficientes para justificar a decisão de revogação do certame.

O objetivo da boa administração, uma administração moderna, deve ser conciliar seus interesses em questão, com os dos administrados, não sendo cabível o argumento do “atendimento do interesse público” de forma leviana ou genérica, sem uma fundamentação minuciosa e detalhista. Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explana que

“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”¹⁰².

Ou seja, a própria Administração tem o dever de indenizar as legítimas expectativas nela depositada, sem exigir que os prejudicados acionem os meios judiciais.

Por essa razão, quando se trata mais especificamente do casos de decisões de não adjudicação (no ordenamento português), ou de desfazimento de uma licitação por anulação ou revogação (no ordenamento brasileiro) as expectativas depositadas pelos concorrentes de boa-fé na futura adjudicação tem que ser consideradas no momento de sua decisão, que potencialmente pode ser lesiva, porque as relações administrativas devem ser sempre pautadas pela boa-fé entre as partes, nos termos do art. 10.º, n.º 1 do CPA.

Como leciona Eberhard Schimidt-Assmann, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, tem crescido a possibilidade de que o direito administrativo incorpore uma dimensão individual mais pronunciada, dando maior foco nos interesses dos administrados. Dessa forma, cada ação individual ou processo administrativo deve levar em consideração os interesses dos indivíduos envolvidos, sendo esses interesses tratados como protegidos pelos direitos fundamentais¹⁰³.

Portanto, a Administração, ao conduzir seus processos administrativos, deve buscar conciliar os interesses em pauta. Será mais inaceitável justificar suas decisões apenas com o argumento genérico e vazio do "atendimento ao interesse público", sem considerar os interesses dos administrados e desprezando potenciais violações de direitos ou interesses decorrentes de suas ações.

Mesmo em situações em que a atuação é legal, precisa-se reconhecer que esta pode criar expectativas legítimas e depósito de confiança dos particulares nos procedimentos administrativos. Especificamente em casos como a não adjudicação (no sistema português) ou a anulação/revogação de uma licitação (no sistema brasileiro), as expectativas dos concorrentes de boa-fé quanto à futura adjudicação - e também à homologação subsequente, no sistema brasileiro - devem ser levadas em consideração.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella- **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 155.

¹⁰³ SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. **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.

A solução administrativa, que travestiremos como simples, quando na verdade é o completo oposto, perpassa pelo sopesamento dos interesses em questão, (interesse público atual e interesse privado dos concorrentes), podendo, a título de exemplo não ser obrigada a adjudicar mesmo em hipóteses fora do rol exemplificativo do art. 79º, quando existirem relevantes interesses públicos, mas devendo, por outro lado, garantir uma indemnização aos concorrentes lesados “injustamente (ainda que licitamente)”.¹⁰⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Amaral e Pedro Fernández Sánchez. **Temas de Contratação Pública**, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares**. Almedina, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do (1988). **Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Lic. J.M Sérvulo Correia**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXIX.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016. 3ª ed.

AMORIM, João Pacheco de. **As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2021.

ANDRADE, Vieira de. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2016.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. **A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais**. Almedina, 2012.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Bernardo. **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos**, in Estudos de Contratação Pública, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 242.

ARAGÃO, Cecília Vescosi de. **Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio.** In: Revista do Serviço Público, ano 48, nº 03, 1997. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391/397>. Acesso em 20 de março de 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica.** Malheiros Editores: 2011.

AZEVEDO, Bernardo. **Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos,** in <Estudos de Contratação Pública – II>, coord. Pedro Gonçalves, Coimbra, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Curso De Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da alteração das circunstâncias.** A concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974, Separata dos estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, AADFL, 1987.

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Coimbra,** 1987.

CORREIA, Sérvulo. **Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e Serviços** (do início do procedimento à celebração do contrato), 2008.

COUTINHO, Juliana Ferraz. **A decisão de contratar e as suas circunstâncias.** Revista de

Contratos Públicos, Porto, v. 23, 2020.

COUTINHO, Juliana Ferraz. **Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão**, in Comentário à Revisão do Código de Contratos Públicos. Lisboa. AAFDL. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mario e Rodrigo Esteves de Oliveira. **Concursos e outros procedimentos de contratação pública**, Coimbra, 2016.

FERREIRA, Rui Cardona. **O dever de contratar e a cláusula de não adjudicação na contratação pública** / Rui Cardona Ferreira Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 82 v. 1-2 (Jan.-Jun. 2022).

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**— 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. — São Paulo : Atlas, 2015.

FREITAS, Duarte Lebre de (2021) - **A decisão de não adjudicação**: rever posições em tempo de crise? Polis. ISSN 0872-8208. 2,3 (Janeiro-Junho 2021) 41-49.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. **Direito dos Contratos Públicos e Administrativos**. Lisboa: Aafdl Editora / Imprensa Fdul, 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**, 5.^a ed., Coimbra, 2021.

GONÇALVEZ, Daniel Lemes; SILVA, Franciele Rodrigues da. **Análise Das Alterações Trazidas Pela Lei 14.133/2021 nos Processos De Compras Públicas E Seus Reflexos Na Percepção Dos Agentes Públicos**. 2023. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Contábeis, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2023.

GRANDO, Artur Antônio. **O Princípio Da Imparcialidade Como Limite Ao Exercício Do Poder Discricionário**. Revista de Estudos Jurídico-Políticos, Porto, v. 21, n. 18, p. 31-55, 2012.

Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/.20.11.2022>. Acesso em: 01.12.2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters, p.1213 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/21212/adjudica%C3%A7%C3%A3o-e-homologa%C3%A7%C3%A3o-na-lei-14.133%2F2021> - Copyright © 2024, Sollicita. Todosos direitos reservados. Acesso em 14 de junho de 2023.

LANZA, Elisabetta. **The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523. Acesso em 13 de março de 2024.

LEITE, Célio. **Lei nº 14.13, 2021. Rescisão Contratual. Hipóteses**. 29 dez. 2021. LinkedIn: Célio Leite. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/lei-n%C2%BA-1413-2021-rescis%C3%A3o-contratual-hip%C3%B3teses-celio-leite/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Barbosa de e Fernando Alves de Correia (1984). **Contrato Administrativo**, Coimbra, Serviço de Documentação do CEFA.

MIRANDA, Livian Lorenz de. **Controle Judicial do Mérito Administrativo**. Faculdade de direito da Universidade de Lisboa: 2021. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica Direito Administrativo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÓBREGA, T. **A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas**. Revista da AGU, v.18, n. 2, p.349-376, 2019.

PALHETA, Paula Gadêlha Cláudio. **Os Efeitos da Não Adjudicação nos Procedimentos Pré-Contratuais**: um comparativo entre os ordenamentos português e brasileiro. 2019. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2019.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Lições de Direito Administrativo, vol. I**, Coimbra, 1976.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público**, Lisboa, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular**. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016.

REBELO DE SOUSA, Marcelo e André Salgado de Matos, **Direito Administrativo Geral**, Tomo III, Contratos Públicos, 2009.

RODRIGUES, Carlos. **Governança de Organizações Públicas em Portugal**: A Emergência de Modelos Diferenciados. Edições Pedagogo, 2011.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. “**A Persistência das Dúvidas acerca do Alcance das Causas de Não Adjudicação em Procedimentos de Contratação Pública (Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Março de 2014)**”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 109, 2015.

SILVA, Jorge Andrade e. **Código dos Contratos Públicos Anotado**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 184, n. 46, p. 93-103, dez. 2009. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/184/ril_v46_n184_p93.pdf. Acesso em 20.11.2023.

SOUSA, António Francisco de. A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico). **Revista Ibérica do Direito**, Porto, v. 1, n. 1, p. 25-45, jun. 2020.

SOUSA, António Francisco de. **A Discricionariedade Administrativa**. Lisboa: Ed Danúbio, 1987.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUSA, António Francisco de. **Manual de Direito Administrativo**. Porto: Vida Económica, 2019.

SOUSA, Luís Verde de. **A Negociação nos procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos**, 2011.