

ASPECTOS COMPARATIVOS DO REGIME LICITATÓRIO NO BRASIL E NA COMUNIDADE EUROPEIA

Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida*

1. Introdução

Este trabalho tem por objeto investigar alguns aspectos das principais normas relativas às contratações governamentais na União Européia, buscando comparar com institutos semelhantes ao da Lei nº 8.666/93.

Vale a observação de que não serão objeto de análise as contratações de delegação de serviços públicos¹, que, na comunidade Européia, assim como no Brasil, possui normas próprias, não englobando, pois, os contratos de concessão de serviços públicos, nem os relativos às atividades econômicas.

O que se pretende abordar neste estudo é um panorama geral do regime de contratações da União Européia, comparando com o sistema adotado no país, ora utilizando-se das normas gerais estampadas nos Tratados da União Européia, ora calcando-se nos dispositivos das regras específicas de contratação, sob o título de diretiva.

Deve também ser destacado que, no âmbito da União Européia, a nomenclatura utilizada para as contratações governamentais é a de compras governamentais, ainda que não se trate, tão somente, de aquisições. Tal expressão engloba, também, fornecimento, prestações de serviços, assim como as obras e serviços de engenharia. Quando se refere ao procedimento licitatório, aqui denominado simplesmente de licitação, as normas Comunitárias utilizam a terminologia adjudicação.

A finalidade, pois, é pesquisar o regime de contratação da União Européia, buscando comparações com o atualmente disciplinado no Brasil, de modo a contribuir para o estudo das licitações e contratações.

2. O princípio da licitação

Não há qualquer menção ao princípio da licitação para as contratações governamentais nos tratados da União Européia. A regra, no entanto, é clara, e decorre de alguns princípios basilares do Tratado que institui a Comunidade Européia.

*Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

¹A designação é de serviços de interesse econômico geral.

O art. 3º do mencionado documento estabelece as principais diretrizes para alcançar os objetivos traçados no art. 2º² valendo ser destacadas as alíneas a, b, c e g, que, respectivamente, proíbe as restrições quantitativas à entrada e saída de mercadorias, estabelece uma política comercial comum, fixa um mercado interno caracterizado pela abolição dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e de capitais, e, por fim, institui um regime que garante que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

Destas diretrizes se concretizam as liberdades de circulação para mercadorias e serviços e o de fixação de estabelecimento, decorrendo destas vários outros princípios, como o da igualdade, o da não discriminação, o do reconhecimento mútuo, o da proporcionalidade, o da transparência e o da concorrência efetiva para as concorrências públicas.

Tais valores são aplicados, mais facilmente, pela instauração de procedimento licitatório, que fixará as regras para a contratação segundo tais preceitos. É, portanto, despicienda a menção de licitação para as contratações públicas, já que a sua realização é, justamente, decorrência lógica destes valores.

No Brasil, o constituinte procurou ser mais específico e estabeleceu a obrigatoriedade de realização de licitação, como um princípio para a Administração Pública, fixando-o no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Decorre do dispositivo legal a aplicação do princípio da igualdade (“processo de licitação pública que assegure igualdade de condições”) à Administração Pública, que, aliás, está sujeita ao princípio da isonomia, contido no art. 5º da Constituição,

²A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união econômica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros. (http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT_003301.html, acesso em 21.12.05).

segundo o qual todos são iguais perante a lei, do qual decorre, para a Administração, o princípio da impessoalidade (CF, art. 37)

No entanto, o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para celebração de contrato com entidade integrante da Administração Pública ou por ela controlada, cabendo, pois, dar cumprimento ao dever de eficiência financeira inerente ao administrador público, positivado no art. 70 da Constituição Federal sob o nome de princípio da economicidade.

A proposta mais vantajosa só será obtida com o resguardo ao princípio da livre concorrência, sobre o qual comenta MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO³:

Resulta, dessa seqüência, a aplicação do princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV), que assegura aos fornecedores o direito de chegar ao mercado consumidor, que, quando é a Administração Pública, contrata de acordo com o princípio da competitividade. Tal princípio, positivado na Lei nº 4.717/65 - que regula a ação popular - considera nulos os contratos precedidos de licitação com edital com cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo ou que a concorrência seja processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição (art. 4º, III, b, e c).

Na União Européia, a proteção à concorrência, cuja consequência é a liberdade de competição, é instrumento fundamental da política econômica européia e foi fixada no art. 4º, n.º 1⁴, do Tratado que institui a Comunidade Européia.

A liberdade de competição é, aliás, um dos princípios vetores (ao lado do da isonomia) dos procedimentos licitatórios e é em decorrência desta garantia que foram editadas as normas que tratam do tema.

3. As normas aplicáveis

No âmbito da Comunidade Européia, além do Tratado que a instituiu, criador dos princípios basilares acima referidos, há normas específicas aplicáveis às licitações públicas.

A União européia passa por um momento de reflexão legislativa substancial no que se refere às contratações públicas, o que deu início com a edição do Livro Verde *os contratos públicos na União européia: pistas de reflexão para o futuro*⁵. Conforme

informação disponível na página eletrônica da União Européia, esta revisão “assenta nos princípios fundamentais do mercado interno e consiste essencialmente num esforço de simplificação, harmonização e modernização. Assim, introduz um novo procedimento, o diálogo concorrencial, e incentiva o desenvolvimento dos procedimentos eletrônicos.”⁶ Por este motivo se verifica grande produção legislativa neste tema, com a edição de normas baseadas, principalmente, nas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

Recentemente foi editada a Diretiva 2004/18/CE⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Tal norma constitui marco relevante, eis que consolidou os procedimentos para todas as espécies de contratação, enquanto que, até então, vigoravam normas específicas para contratos de fornecimento (Diretiva 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento do Conselho)⁸; para o de obras (Diretiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junho de 1993, sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras)⁹ e para os de serviços (Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, para a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos de serviços).¹⁰ As diretivas relativas a obras e fornecimento foram revogadas na sua totalidade, sendo que a Diretiva 92/50/CEE foi revogada, com exceção do seu artigo 41º, que continua em vigor.

Outra importante característica da legislação da Comunidade Européia é a edição de norma específica para regular os procedimentos onde se suscita violação às regras de adjudicação.

Embora tenha sido editada em 1989, a Diretiva 89/665/CE¹¹, do Conselho, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimento, já sofreu várias alterações.

O objetivo desta norma, conforme síntese de legislação¹², é “aumentar as garantias de transparência e de não discriminação quando da atribuição de contratos públicos na Comunidade nos domínios dos fornecimentos, das obras e dos serviços”.

³SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3º ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 57.

⁴1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2º, a ação dos Estados-Membros e da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado, a adoção de uma política econômica baseada na estreita coordenação das políticas econômicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. [http://www.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT_003301.html#anArt82, acesso em 24.12.2005]

⁵UNIAO EUROPEIA. Livro Verde os contratos públicos na União européia: pistas de reflexão para o futuro, de 27 de novembro de 1996, disponível em http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/green-papers/com96583/com-96-583_pt.pdf

⁶<http://www.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22009.htm>, acesso em 24.12.2005.

⁷disponível em [<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:PT:HTML>], acesso em 22.12.2005

⁸<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0036:PT:HTML>

⁹<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0037:ES:HTML>

¹⁰<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0050:PT:HTML>

¹¹<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0665:PT:HTML>, acesso, em 21.12.2005.

¹²<http://www.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22006a.htm>, acesso em 21.12.2005

Contando com apenas seis artigos, a Diretiva 89/665/CEE aponta a determinação para que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para garantir que suas decisões possam ser objeto de recursos céleres e acessíveis, de modo que não haja qualquer discriminação e, fundamentalmente, que as decisões proferidas em razão deste processo sejam aplicadas de modo a dar eficácia e concretude às normas estabelecidas.

Devem, também, ser previstas medidas provisórias, por um “processo de emergência”, destinadas a corrigir a violação – como se fossem as medidas cautelares do nosso processo civil – podendo, ao final, acarretar na própria anulação da decisão e na concessão de indenizações ao lesado. No entanto, a norma foi cuidadosa ao prever que ao exame da concessão da medida provisória deve anteceder um estudo que demonstre que as conseqüências negativas podem superar as vantagens, de modo que se verifiquem as potenciais conseqüências não só sobre os interesses individuais que possam ser lesados, mas, também, o próprio interesse público.

A doutrina nacional trilha, aliás, pelo mesmo caminho da norma europeia. Vale mencionar a lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO¹³, em estudo a propósito do *periculum in mora inverso* nos processos judiciais, calcado na legislação portuguesa:

“Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo alegado, que será imposto aos requeridos.”

(...)

Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a ocorreres a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não - concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquerir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a **proporcionalidade** entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)”.

No âmbito específico das licitações, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR¹⁴ também comunga do mesmo entendimento:

“Há outro requisito que a lei não refere e que a doutrina examina com muita atenção quando se trata de mandado de segurança ou de medidas

¹³Apud FRIEDE, R. *Medidas Liminares na doutrina e na Jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1999, p. 82.

¹⁴Informativo de Licitações e Contratos. n.º 47. Curitiba: Zênite. 1998, p. 9.

cautelares, específicas ou inominadas, contra ato do Poder Público. É a **inversão do risco contra o interesse público**. [...] Haverá situações em que, embora se ofereça suficiente evidência da lesão ao direito e da possibilidade de seu perecimento, **o juiz verifica que, se conceder a liminar, causará, com a sua intervenção sobre a atividade administrativa, mal ainda maior contra o interesse público. De modo que é também o momento de sopesar a prevalência do interesse público sobre o privado...**”

Verifica-se, portanto, que ainda que não haja uma norma específica sobre a necessidade de aplicação do *periculum in mora inverso* nos casos que tratam de licitações e contratações no Brasil, a doutrina já tem percebido a necessidade de construção neste sentido.

A Diretiva 89/665/CEE prevê, ainda, que nem todos os recursos devem receber efeito suspensivo, o que também vai de encontro ao entendimento de que devem ser analisados os resultados efetivos que serão alcançados com a medida, de modo a não estabelecer uma regra genérica, cuja aplicação ao caso concreto poderia causar maior prejuízo.

O formalismo é, também, característica da diretiva ora em exame, e chega até a especificar que as decisões administrativas devem ser fundamentadas por escrito. Neste caso não se trata de formalismo excessivo, mas de garantia fundamental à segurança jurídica de quem suscita violação a um direito. Exige-se, pois, forma específica para a exteriorização do ato, dando certeza de sua realização e dos seus motivos ensejadores.

O procedimento formal também é objeto da Diretiva 89/665/CEE, que prevê a possibilidade de acesso à instância superior, quando houver negativa da questão suscitada. Tal órgão deverá ter, necessariamente, caráter jurisdicional e ser independente em relação à entidade adjudicante e à instância que proferiu a decisão recorrida.

Mesmo com tantas garantias, a norma em questão prevê a possibilidade da Comissão Europeia de avocar o processo, se considerar que houve violação clara e manifesta das disposições comunitárias, cabendo-lhe notificar o Estado-Membro, que terá o prazo de vinte e um dias para manifestar-se e informar se a infração foi corrigida, declinar os motivos caso não tenha sido corrigida ou comunicar que o processo de adjudicação foi suspenso. Neste último caso, o Estado-Membro deverá informar o deslinde da causa, de modo a permitir o controle da decisão pela Comissão.

Não há, no Brasil, instituto parecido com a Diretriz 89/665/CEE. Aqui, se não forem atendidas as disposições contidas na lei que disciplina sobre as licitações e contratações, a parte lesada invocará o preceito que entende ter sido violado, valendo-se das normas gerais do processo administrativo, se em sede administrativa, ou dos institutos processuais judiciais, se suscitar a questão perante o Poder Judiciário.

Há duas normas específicas que tratam de procedimentos licitatórios: a Lei nº 8.666, de 21.06.1993 (regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (institui

normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências) e a Lei n.º 10.520, de 17.07.2002 (institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências).

Estas leis foram editadas pela União Federal, com fundamento no art. 22, inciso XXI, que lhe atribui competência para disciplinar sobre as normas gerais de licitação e contratação e têm aplicabilidade nacional.

Não obstante a União Federal extrapolou seu limite ao considerar geral todos os seus dispositivos, deixando pouca ou nenhuma margem de atuação legislativa para os Estados e Municípios. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO¹⁵ narra o sentimento da doutrina:

A Lei n.º 8.666/93, logo em seu artigo 1º, pretendeu impor todas as suas normas como gerais, muito embora com inúmeras minúcias com ela incompatíveis. Com isso não se conforma a maioria da doutrina, como se vê da lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao dizer que: é o princípio federativo que informa que qualquer condicionamento imposto a sua auto-administração das entidades federadas, por se tratar de uma exceção à disposição, por parte de cada unidade, de seus respectivos atos, pessoas, bens e serviços, só se dever dar no limite do explicitamente previsto na Constituição e nos termos de sua dicção, inadmitindo-se quaisquer extensões interpretativas que ampliem a interferência das normas centralizadoras nacionais sobre as competências locais.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁶ explica que esta manifestação da doutrina se deu em razão de que a norma que tratava, anteriormente à edição da Lei n.º 8.666/93, das licitações e contratações públicas deixava substancial margem legislativa aos Estados e Municípios, ao contrário desta:

O art. 1º da Lei n.º 8.666 deixa muito clara a intenção do legislador federal de considerar como *normas gerais* todas as disposições contidas na Lei. Não há dúvida de que houve um retrocesso em relação ao Decreto-lei 2.300, de 21. 11.86, que determinava, no art. 85, que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as *normas gerais* nele estabelecidas. É claro que o dispositivo trouxe muitas dificuldades, porque não há parâmetros precisos que permitam separar as normas gerais, deixando as portas abertas para que Estados e Municípios legislassem sobre as matérias de sua competência, no uso de sua autonomia nessa matéria.

¹⁵SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2001. p.21.

Na Lei n.º 8.666/93, o legislador, num passe de mágica, passou a considerar que todas as suas normas são gerais, embora muitas delas não sejam senão repetição do que já constava do Decreto-lei 2.300, onde nem todas tinham esta natureza.

A inconstitucionalidade do art. 1º é manifesta, porque nada deixou para Estados e Municípios legislarem em matéria de licitação e contrato administrativo.

A consequência deste engessamento legislativo é a tímida produção legislativa dos Estados e Municípios, fazendo com que os ditames estabelecidos pela Lei n.º 8.666/93 sejam um padrão único para todos os entes federados. Se por um lado há uniformidade de tratamento da matéria, de outro, a norma geral extremamente detalhista impede que sejam fixados novos parâmetros disciplinadores da matéria.

Com efeito, o mencionado diploma legal trata das modalidades das licitações e dos respectivos limites, das hipóteses de dispensa do procedimento competitivo, das condições e do procedimento para habilitação dos candidatos, do procedimento e julgamento dos certames, dos critérios de julgamento das propostas, além de dispor sobre os contratos administrativos e diretrizes básicas para a interposição de recurso, como os prazos. São, realmente, temas que poderiam estar inseridos no conceito de normas gerais, se não tivessem sido tecidas demasiadas minúcias.

Diga-se a propósito, que as normas da Comunidade Européia sobre licitações e contratos também não se caracterizam pela sua generalidade. Algumas vezes, aliás, chegam a ser bastante detalhistas, quando, por exemplo, fixa métodos de cálculo do valor estimado dos contratos (art. 9º da Diretiva 2004/18/CE) ou quando cuida das regras aplicáveis às comunicações aos participantes das licitações, chegando a listar os meios de comunicação, como fax, carta, meios eletrônicos ou telefone (art. 42º, em especial nº 1, da Diretiva 2004/18/CE).

Ainda assim as normas da Comunidade Européia respeitam a produção legislativa dos Estados-Membros, tendo sido até mesmo expresso nas “considerações” para a edição da Diretiva 2004/18/CE que as disposições nela contidas deveriam respeitar, tanto quanto possível, os processos e as práticas legislativas em vigor em cada Estado-Membro, reconhecendo, pois, as normas internas adotadas.

4. Aspectos Comparativos

De modo a melhor explicitar o regime de contratação da União Européia serão estabelecidos aspectos comparativos entre a legislação nacional, pinçando algumas peculiaridades. Será utilizada a já mencionada Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, já que, por tratar da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, é a que mais se aproxima da Lei n.º 8.666/93. Será também adotada, como parâmetro, a Lei n.º 10.520/02, já que inova em relação à lei geral de licitações.

4.1 Os princípios licitatórios

A Lei n.º 8.666/93 estampa, no art. 3º os princípios pelos quais os procedimentos licitatórios devem se pautar, listando uma série deles, como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da universalidade, da competitividade, da não discriminação e o da publicidade.

Constata-se que o direito nacional positivado inclui os princípios como fonte jurídica, tornando-os tanto obrigatórios quanto às próprias leis. Foram sublinhados pela lei geral de licitações, mas nem precisariam, já que consubstanciados na própria Constituição Federal.

Confira-se o relato de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁷:

A enumeração do art. 3º vincula-se diretamente ao art. 37 da CF (que estabelece princípios gerais regulares de todas as modalidades da atividade administrativa do Estado) e indiretamente a inúmeros outros dispositivos constitucionais (que estabelecem direitos e garantias individuais etc.) A enumeração não possui cunho exaustivo e cada princípio está diretamente referido aos demais. Tais princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios.

Já no âmbito da União Européia, os princípios basilares que os Estados-Membros devem se pautar para a adjudicação dos contratos figuram no art. 2º da Diretiva em comento e são os seguintes: igualdade de tratamento, da não discriminação e o da transparência.

CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRAMARTINS¹⁸ expõem que a igualdade, no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de autêntico direito subjetivo.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁹ justifica a importância deste princípio:

O Direito tem a vocação da generalidade e, por isso, parte da afirmação de uma *igualdade essencial* entre os indivíduos, desprezando o acidental: *todos são iguais* perante a ordem jurídica e, por consequência, perante o Estado, que é seu instrumento de atuação.

Este princípio, também denominado da *isonomia* ou da *generalidade*, domina todo o universo jurídico, mas no Direito Administrativo ganha especial e frequente aplicação, ao prescrever qualquer tratamento diferenciado entre os administrados que não tenha fundamento numa

¹⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8º ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 58.

¹⁸BASTOS, Celso Ribeiro e outro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988/1989, p. 13

¹⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83

lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base de igualação.

Não é por outro motivo que a observância do princípio da isonomia é a finalidade primordial do procedimento licitatório nacional (ao lado da busca da proposta mais vantajosa), consoante se verifica da primeira parte²⁰ do já citado art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Já o princípio da não discriminação, que é decorrência lógica do princípio da igualdade de tratamento, recebe a seguinte explicação de HELY LOPES MEIRELLES²¹ nas licitações públicas:

O que o *princípio da igualdade entre os licitantes* veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguale os iguais ou iguale os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos. Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, desigualando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou prepúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração.

A Lei nº 8.666/93 previu o princípio da não discriminação, no § 1º do art. 3º, ao proibir que sejam previstos nos editais de licitação condições que “comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato” e ainda, ao vedar “tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

Quanto ao princípio da transparência, embora muitas vezes atrelado ao princípio da publicidade, tem maior extensão do que este último, pois visa que todo o procedimento seja visível e não simplesmente que alguns atos sejam tornados formalmente públicos. É da essência da democracia participativa, fazendo com que os representantes do povo demonstrem a lisura dos atos da administração.

²⁰“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (...)”

²¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 28

JUAREZ FREITAS²² atrela o princípio da publicidade ao que denomina da máxima transparência, sublinhando o seguinte:

(...) quer este significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público. O contrário soaria como negação da essência do Poder em sua feição pública. De fato e no plano concreto, o Poder somente se legitima se apto a se justificar em face de seus legítimos detentores, mais do que destinatários.

Desta maneira, o agente público precisa prestar contas de todos os seus atos e velar para que tudo seja feito com a visibilidade do sol do meio-dia, preservando sua própria reputação, somente se admitindo que não o faça por excepcional e estrita exigência superior do interesse público (v.g. de segurança) ou por ditames da dignidade da pessoa humana. Filosoficamente, o normal é que tudo que não possa vir a público deva ser encarado como suspeito de incorreção, nada havendo que não deva ser, de algum jeito ou em certo tempo, revelado nos regimes democráticos. Não por acaso, a crescente ampliação do acatamento deste princípio denota irretorquível conquista cultural na evolução da idéia de democracia como antítese da opacidade decisória.

A legislação nacional resguardou o princípio da transparência, embora seja mais comum a utilização do “princípio da publicidade”, até porque foi esta a expressão utilizada pelo legislador no *caput* do art. 3º. No entanto, o sentido do § 3º do mencionado dispositivo da Lei nº 8.666/93 é mais amplo do que a simples publicidade, pois garante que os atos do procedimento licitatório sejam acessíveis ao público, a qualquer momento, garantindo, pois, toda a visibilidade possível ao interessado.

Constata-se que em matéria de princípios licitatórios não há inovação do direito comunitário em relação às regras ora vigentes no país, sendo que os vetores dos procedimentos licitatórios lá estampados são aqui previstos e respeitados.

4.2 O procedimento da licitação

Ao contrário da legislação nacional as normas comunitárias não trataram do procedimento da licitação, vez que não sistematizaram o encadeamento dos atos que lhe são inerentes. Ao que parece deixaram este espaço legislativo para os Estados-Membros preencherem, em atendimento às suas peculiaridades.

A legislação comunitária apenas sublinhou no art. 44º, em capítulo referente à “evolução do processo”, na Seção afeta às disposições gerais, que:

²²FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70

1. Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.o e 55.o, tendo em conta o artigo 24º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45º e 46º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47º a 52º e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no nº 3.

Constata-se, pois, que o citado artigo especificou que os requisitos dispostos nos artigos 53 e 55, que tratam, respectivamente, dos critérios de adjudicação e das propostas anormalmente baixas, devem ser observados, assim como as regras concernentes à habilitação dos licitantes, que a norma denomina, genericamente, de aptidão. Mas não determinou qual a ordem das fases que o órgão público deveria observar para atingir sua finalidade: a adjudicação.

No Brasil, as diversas fases do procedimento licitatório foram ordenadas pela Lei nº 8.666/93, nos artigos 38 a 49, que procuraram estabelecer disposição cronológica dos diversos atos que culminarão na adjudicação à proposta mais vantajosa. Assim, foram previstas as fases interna (*caput* do art. 38) e externa da licitação (incisos do art. 38 e 43 à 49), com os respectivos elementos caracterizadores.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu o pregão também ordenou a realização dos diversos atos da licitação nos arts. 3º e 4º, valendo o destaque para a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, de modo que documentos relativos à aptidão pessoal do licitante só serão analisadas se este tiver oferecido a melhor proposta.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO²³ explica que o procedimento formal “implica no reconhecimento de que a licitação é um conjunto de atos necessariamente sequenciais, onde cada etapa exige a superação (e a preclusão) de questões anteriores. A inversão dos atos procedimentais referentes à licitação acarreta a sua nulidade (...)”

A não previsão expressa da ordem cronológica das fases da licitação não implica na impossibilidade de violação ao princípio do procedimento formal já que, no âmbito da Comunidade Européia, como dito, a legislação local estabelecerá um sistema para ser seguido. Na falta desta, haverá sempre o edital, que será, em última análise, o condutor do procedimento e que, por tal motivo, deverá ser respeitado tanto quanto as normas comunitárias.

4.3 Modalidades

Não há modalidades coincidentes nos sistemas ora analisados. Embora seja possível estabelecer alguns pontos em comum, destacam-se as peculiaridades especialmente

²³SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações (...) ob. cit. p. 64

no que se refere à condução da licitação; na Comunidade Européia as modalidades se denominam “procedimentos”.

São as seguintes as espécies de procedimentos:

- a) “Concursos públicos” são procedimentos em que qualquer operador econômico interessado pode apresentar uma proposta.
- b) “Concursos limitados” são procedimentos em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que só os operadores econômicos convidados pela entidade adjudicante podem apresentar propostas.
- c) “Diálogo concorrencial” é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.
- d) “Procedimentos por negociação” são procedimentos em que as entidades adjudicantes consultam os operadores econômicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais dentre eles.
- e) “Concursos para trabalhos de concepção” são procedimentos que permitem à entidade adjudicante adquirir, principalmente nos domínios do ordenamento do território, do planeamento urbano, da arquitectura e da engenharia civil, ou do processamento de dados, um plano ou um projeto selecionado por um júri de concurso, com ou sem atribuição de prémios.²⁴

As modalidades da Diretiva 2004/18/CE se diferenciam em função da ampliação ou restrição da participação dos licitantes, na medida em que alcança tanto o procedimento em que o licitante possui pleno direito de tomar parte na competição quanto aqueles em que somente os convidados podem oferecer propostas.

Em regra devem ser adotados o concurso público e o concurso limitado. O diálogo concorrencial e os procedimentos por negociação são exceções, enquanto que os concursos para trabalho de concepção se dirigem a contratos específicos, conforme acima descritos.

No Brasil as modalidades podem ser classificadas de acordo com o valor e a natureza do contrato. O art. 22 da Lei nº 8.666/93 estabelece a concorrência, a tomada de preços,

²⁴<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:PT:HTML>, acesso em 22.03.2006

o convite, o concurso e o leilão e a Lei nº 10.520/02 instituiu o pregão, que poderá ter ou não a forma eletrônica²⁵. Destas seis modalidades, as três primeiras são adotadas em razão do valor do contrato: se de grande vulto, médio ou pequeno, respectivamente. Além disso a participação dos licitantes também é dimensionada em razão da modalidade, de modo que na concorrência a participação na licitação é livre, i.e., qualquer interessado poderá apresentar propostas; na tomada de preços só podem participar os licitantes previamente cadastrados e no convite participam os que são convidados diretamente pela Administração Pública ou os que são cadastrados.

Já as três últimas são empregadas de acordo com a natureza do contrato: concurso, em se tratando de trabalho técnico, científico ou artístico; leilão, dirigido às alineações ou utilização remunerada de bens e, por fim, o pregão, para os bens e serviços comuns.

Assim sendo, a concorrência se aproximaria muito dos concursos públicos, na medida em que o acesso à licitação é livre, não havendo qualquer restrição na participação.

Já o concurso limitado poderia ser equiparado ao convite, já que, em princípio, só oferece proposta quem é convidado pela entidade licitante. Mas, ainda no que se refere à convocação, há distinções relevantes que acabam por afastar estas duas modalidades.

A primeira delas diz respeito ao momento em que o convite é expedido: no direito brasileiro, esta convocação é realizada em momento anterior aquele previsto no direito comunitário, uma vez que lá os concorrentes manifestam seu interesse em participar da licitação e a entidade só convida alguns deles, enquanto que aqui o convite é expedido desde logo, incluindo os que a Administração Pública ainda não tem ciência se gostariam de oferecer propostas. A segunda diferença é que, no Brasil, os licitantes que não forem convidados, mas que já estiverem cadastrados poderão apresentar propostas, oportunidade que não é oferecida, naquele momento, para os candidatos da Comunidade Européia.

Na verdade esta distinção não é tão substancial e nem implica em violação do princípio da isonomia, na medida em que apenas ocorre uma inversão do momento em que os candidatos se manifestam: no âmbito da comunidade européia todos manifestam seu interesse em oferecer propostas previamente e, somente depois, a entidade expedirá os convites apenas para aqueles que atenderam as exigências do ato convocatório²⁶,

²⁵O pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005.

²⁶Conforme nota explicativa n.º 40 da Diretiva 2004/18/CE, “Uma entidade adjudicante pode limitar o número de candidatos nos concursos limitados, nos procedimentos por negociação com publicação de um anúncio de concurso e no diálogo concorrencial. Esta redução do número de candidaturas deve ser efectuada com base em critérios objectivos indicados no anúncio de concurso. Estes critérios objectivos não implicam necessariamente ponderações. Quanto aos critérios relativos à situação pessoal dos operadores económicos, pode ser suficiente uma referência geral no anúncio de concurso às hipóteses indicadas no artigo 45º”

designando a data para o oferecimento das propostas, enquanto que, aqui, os cadastrados podem se apresentar, sem qualquer manifestação prévia, no dia da sessão. A vantagem é que lá só oferece proposta quem é realmente convidado, enquanto que no Brasil nunca se sabe, de antemão, quem participará da licitação.

A modalidade denominada “diálogo concorrencial” não encontra similar na legislação nacional, sendo restrita aos contratos públicos considerados “particularmente complexos” (quando a entidade adjudicante não está objetivamente em condições de definir os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas b, c ou d do n° 3 do artigo 23°, capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objetivos, e/ou não está objetivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projeto).²⁷

Os procedimentos por negociação cuidam, basicamente, de hipóteses de dispensa e inexigibilidade, conforme será analisado mais adiante.

Por fim, os concursos para trabalhos de concepção se aproximam do concurso da Lei n° 8.666/93, embora a finalidade da contratação não seja artístico ou científico, mas apenas os precisamente técnicos (os relativos aos domínios do ordenamento do território, do planeamento urbano, da arquitetura e da engenharia civil, ou do processamento de dados).

Não há indicação expressa de modalidade similar ao pregão, seja o presencial ou o eletrônico, muito embora o “leilão eletrônico” seja uma forma muito similar de contratação, já que “obedece a um dispositivo eletrônico de apresentação de novos preços, progressivamente inferiores, e/ou de novos valores relativamente a determinados elementos das propostas, desencadeado após uma primeira avaliação das propostas e permite que sua classificação se possa efetuar com base num tratamento automático.”²⁸

Pelo que se depreende da análise sistemática da Diretiva 2004/18/CE o leilão não é, realmente, uma modalidade, mas um simples instrumento eletrônico de seleção de propostas, eis que poderá ser utilizado tanto nos concursos públicos quanto nos limitados e nos procedimentos por negociação, contanto que as especificações do contrato possam ser fixadas com precisão (item 2 do art. 54°).

4.4 Tipos de Julgamento das propostas

No âmbito da Comunidade Européia só há dois tipos de licitação, lá denominados de “critérios de adjudicação”: o preço mais baixo e a proposta economicamente mais vantajosa (art. 53°), devendo ambos se sujeitarem a condições objetivas de julgamento, a fim de garantir a apreciação das propostas em condições de concorrência efetiva.

²⁷Poderia ser modalidade fundamental especialmente nas parcerias público-privadas, já que nem sempre há apenas uma solução técnica para a contratação que a Administração Pública objetiva.

²⁸Nota explicativa n.° 7 da Diretiva 2004/18/CE.

A proposta economicamente mais vantajosa assemelha-se ao tipo técnica e preço, tratado no inciso III, do art. 45, da Lei n° 8.666/93, que vige ao lado dos demais tipos: de menor preço, de melhor técnica e de maior lance ou oferta (sendo este utilizado apenas para alienações ou concessão de direito real de uso de bens, que não são objeto da Diretiva ora em análise).

Há restrição de adoção do tipo técnica e preço, já que só pode ser utilizada para adjudicação em serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. Já o critério da proposta economicamente mais vantajosa pode ser utilizada sem condicionantes.

Ambas se baseiam em vários critérios. Pela Lei n° 8.666/93 a avaliação e a classificação das propostas levam, inicialmente, em consideração a qualificação técnica do proponente, analisando a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta (compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos) e a qualificação das equipes técnicas e pontuando-a de acordo com o edital. Só após é que será avaliado o preço, sendo estes dois critérios ponderados, de acordo com os pesos preestabelecidos.

A principal distinção do tipo acima descrito para o da proposta economicamente mais vantajosa é que o preço, nesta última, é apenas um dos fatores que serão analisados conjuntamente com os demais. Não há um destaque especial ao preço, que é ponderado ao lado da qualidade, do valor técnico, das características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rentabilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução.

Todos estes valores devem ser ponderados de acordo com o instrumento convocatório, mas admite-se, em casos em que a atribuição de peso não for possível, a ordem decrescente de importância de critérios, não obstante que o preço seja o último deles.

Este tipo de licitação parece propugnar pela excepcional qualidade da contratação, que merece destaque em países em que a falta de recursos públicos não é a tônica. Já no Brasil, o tipo técnica e preço proporciona a elevação da qualidade sem que o preço seja desconsiderado ou colocado em patamar inferior, em defesa da maior economicidade.

Outra peculiaridade é a possibilidade do proponente apresentar variantes, neste tipo de licitação, caso assim o anúncio de concurso autorize, que são condições especiais oferecidas pelo proponente. O edital deve especificar os requisitos mínimos, assim como as regras para a sua apresentação (item 3, do art. 24°).

A entidade adjudicante poderá, até, utilizar critérios que visem satisfazer exigências sociais, nomeadamente que respondam às necessidades – definidas nas especificações do contrato – designadamente de categorias da população particularmente desfavorecidas a que pertençam os beneficiários/utentes das obras, fornecimento ou serviços que são objeto do contrato²⁹.

4.5 A contratação direta

Na medida em que a norma europeia não faz menção expressa à necessidade de licitação, não se refere, expressamente, à possibilidade de contratação direta e nem nos requisitos que devem ser atendidos no caso. Não obstante, a Diretiva ora em análise trata de hipóteses em que se poderá optar por uma dispensa de licitação e outras em que há o reconhecimento da impossibilidade de competição, caracterizadora da inexigibilidade.

Nestes casos a entidade adjudicante está desobrigada de promover a publicação do edital de licitação – o que a legislação comunitária denomina de “anúncio de concurso” – dando ensejo ao chamamento público para a apresentação de propostas e participação de um processo seletivo. Será adotado, pois, o *procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso*³⁰, “em que as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos de sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles.

O fato de não haver um chamamento público para a participação de um certame não induz, portanto, à conclusão de que a entidade adjudicante poderá chamar apenas um proponente para oferecer sua proposta. A não ser em caso em que a escolha do contratado decorra de expressa inviabilidade de competição, a observância dos princípios informadores das contratações impõe que sejam solicitadas propostas de mais de um agente económico.

O art. 31º prevê tanto casos de dispensa quanto de inexigibilidade (no sentido utilizado na legislação brasileira). Algumas hipóteses poderão ser aplicadas em qualquer espécie contratual (nos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento de bens ou de fornecimento de serviços), enquanto que outras apenas poderão ser aplicáveis a tipos contratuais específicos.

Assim, por exemplo, podem ser citadas como hipóteses genéricas (i) quando não forem apresentadas propostas, propostas adequadas ou candidaturas em resposta a um concurso público ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que, a pedido da Comissão, lhe seja transmitido um relatório; (ii) quando, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado; (iii) na medida do estritamente necessário, quando, por motivo imperioso

²⁹Item 46 dos considerandos da Diretiva 2004/18/CE

³⁰ Art. 31º da Diretiva

resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e limitados, ou pelos procedimentos por negociação com publicação de um anúncio de concurso, referidos no artigo 30º, sendo que as circunstâncias invocadas para justificar o motivo imperioso não devem em caso algum, ser imputáveis às entidades adjudicantes.

As menções acima descritas demonstram dois casos de dispensa (i e iii) e um de inexigibilidade (ii) que, aliás, encontram alguma simetria com o direito pátrio.

O primeiro caso poderia ser enquadrado na hipótese prevista pelo inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que autoriza a contratação direta quando a licitação restar frustrada pela ausência de interessados, desde que mantidas as condições preestabelecidas³¹. Tanto a legislação nacional quanto a da comunidade europeia atentaram para a questão da necessidade de manutenção das condições propostas na fase seletiva. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR³² explica:

A contratação direta, se dispensada for a licitação, terá de fazer-se segundo as condições estabelecidas no ato convocatório frustrado; o implemento desta terceira exigência legal tornará impraticável a dispensa se o desinteresse deveu-se ao fato de o edital ou a carta-convite haver estatuído condições inaceitáveis pelo mercado (preço subestimado, especificações técnicas inatendíveis ou inexistentes na praça, entre outros); sendo este o caso, nenhuma empresa sentir-se-á atraída para contratar naquelas condições apenas porque dispensada de competir. O objetivo primordial desta hipótese de dispensa de licitação cumpre-se com o desmantelamento de eventual acerto entre empresas do ramo, à margem da licitação, para forçar a revisão das condições que não considerem suficientemente vantajosas para seus interesses. Aplicada a dispensa, tais empresas correm o risco de ver o contrato ajustado com terceiro que não haja participado do conluio.

Mas a exigência ora tratada serve, também, para evitar que a Administração Pública altere as condições, de modo a torná-las mais vantajosas para o contratado, privilegiando-o, o que violaria, de uma só vez, os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, apenas para citar os sublinhados pela Comunidade Europeia, mas de plena aplicabilidade no Brasil.

No segundo caso não há possibilidade de competição entre proponentes, já que o objeto contratual indicará que este só poderá ser realizado por uma pessoa, seja por

³¹É de se notar que o dispositivo também prevê a contratação direta quando a licitação não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, parte que não encontra paralelo na legislação comunitária.

³²PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270)

motivo técnico, artístico ou para proteção de direitos de exclusividade, de modo que descabe a solicitação de propostas a mais de um agente econômico.

As previsões ora tratadas são muito parecidas com o sistema legal nacional, devendo ser sublinhado que os incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são meramente exemplificativos, de modo que, embora não expressamente previsto que um motivo técnico possa determinar a execução do objeto apenas por uma pessoa, não há qualquer óbice jurídico para tanto.

Já a contratação ensejada por motivo artístico foi taxativamente mencionada pela Lei nº 8.666/93, autorizando o inciso II, do art. 25, a contratação de qualquer profissional do meio artístico, contanto que seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Vale a menção que o requisito da consagração não foi previsto na legislação europeia, estando autorizada a contratação direta com artistas que ainda estão à conquista da glória, promovendo de forma ampla a cultura e a diversidade.

A contratação direta em face da exclusividade foi prevista pelo inciso I do citado art. 25, sendo que para demonstrar tal situação o agente econômico deverá apresentar atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio, Sindicato, Federação ou Confederação. No âmbito do direito comunitário não foi prevista a forma de comprovação da exclusividade.

O terceiro exemplo se assemelha à hipótese prevista no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, chamada pela doutrina de contratação emergencial, mas também aplicável no caso de situação calamitosa. É verdade que em nenhum momento é utilizada a expressão “emergência” pelo art. 31º da norma europeia, em especial pela alínea c do item 1, não obstante o sentido abranja também situações desta natureza, na medida em que exige a presença de um “motivo imperioso resultante de acontecimentos imprevisíveis” que impeçam o cumprimento dos prazos previstos pelos outros procedimentos - concursos públicos e limitados ou pelos procedimentos por negociação com publicação de um anúncio de concurso.

Neste caso, em conformidade com a legislação nacional, a contratação direta está restrita aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos; na Diretiva 2004/18/CE a contratação, embora não restrita a tempo certo e determinado, deve ser realizada “na medida do estritamente necessário”.

Há uma ressalva fundamental no dispositivo europeu ausente na legislação nacional. Cuida-se de impedimento da contratação se as circunstâncias invocadas para justificar o motivo imperioso tenham sido imputáveis às entidades adjudicantes. O Tribunal de

³³TCU. Processo nº 015764/95-8. Decisão nº 811/96 – DOU, de 16.01.97, p. 925, apud FERNANDES, Jorge Jacoby Fernandes. Vade-Mécum de licitações e contratos. Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 321

Contas da União já emitiu posicionamento semelhante concluindo que, neste caso, a situação não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis³³.

A questão que merece ser analisada, porém, é se o patrimônio público ou a segurança de pessoas, por exemplo, merecem permanecer em situação de risco por conta da falta de planejamento do administrador. Não há dúvidas que merecem ser apurados os fatos que resultaram na inércia e que exigem ação emergencial, mas aguardar a realização de licitação poderá ser, em certos casos, tarde demais. A situação emergencial ou calamitosa deve ser apurada e resolvida imediatamente, ainda que para tanto seja necessária a contratação direta.

Das hipóteses que somente poderão ser aplicadas em espécies contratuais específicas merece a atenção do legislador nacional e destaque a prevista na alínea d, do item 2, do já citado art. 31º. Dirige-se aos contratos públicos de fornecimento quando se tratar de produtos em condições especialmente vantajosas, seja a fornecedores que cessem definitivamente a sua atividade comercial, seja a liquidatários ou administradores de falência, acordo judicial ou processo de mesma natureza.

É uma oportunidade que a contratada tem de obter fluxo de caixa para pagamento de seus credores, em momento próximo da dissolução da sociedade ao mesmo tempo em proporciona uma situação vantajosa para a Administração Pública.

Na legislação nacional não há norma específica autorizando tal contratação; ao contrário, já que é necessária a apresentação de certidão negativa de falência na fase de habilitação. Ainda assim não foi óbice para contratação semelhante no Estado do Rio de Janeiro.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO³⁴ analisou a possibilidade da Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro - CONERJ contratar diretamente com o estaleiro EMAQ – Engenharia e Máquinas S. A. em processo falimentar e que tinha no BANERJ seu principal credor e síndico, tendo firmado o seguinte entendimento:

Com efeito, há um concurso de objetivos administrativos vinculados entre si, quais sejam o reequipamento da frota da CONERJ, prestadora de serviços públicos, o amparo social aos empregados da EMAQ, o reequilíbrio das finanças do BANERJ, o aproveitamento de crédito específico aberto pelo BNDES, e a manutenção de uma atividade econômica importante, que é a construção naval, vocação industrial do Estado, em funcionamento no seu território, inclusive, evitando a dispersão da mão-de-obra especializada.

(...)

Com efeito, a licitação torna-se impossível quando há essa contradição

³⁴Ofício nº 40/88-DPMN, expedido no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

lógica entre valores a serem atendidos: no caso, a Administração tem absoluta discricção para atender aqueles que, a seu juízo de oportunidade e conveniência, lhe pareçam de maior relevância.

Mais recentemente, FLAVIO AMARAL GARCIA³⁵, em exame sobre contratação pelo Estado de leite em pó para utilização em programas sociais diretamente de fábrica de laticínios, cuja intervenção havia sido autorizada judicialmente, e que estava sendo gerida por colegiado composto por representantes dos cooperados/fornecedores, da Municipalidade e do Estado, concluiu pela possibilidade da contratação direta.

Na sua fundamentação foi destacado que o Estado do Rio de Janeiro poderia utilizar seu poder de compra para atender a outros valores de elevada e reconhecida importância, como a manutenção da atividade econômica de pecuária leiteira das regiões Norte e Noroeste do Estado e a repercussão social do não pagamento de débitos que atingiriam milhares de pessoas que dependem única e exclusivamente desta atividade para sua sobrevivência. Além disso se sublinhou que o procedimento licitatório não pode prestar um desserviço ao atendimento do interesse público, havendo interesse público primário da sociedade mais evidente.

Estes são apenas alguns exemplos que, evidentemente, não esgotam as diversas possibilidades que podem ocorrer envolvendo esta modalidade de contratação.

4.6 Critérios de Habilitação

Tal como no Brasil a Diretiva 2004/18/CE também tratou da fase de habilitação dos proponentes, com condições tão ou mais complexas do que as estabelecidas pela Lei nº 8.666/93. Há uma vantagem que é a previsão desta fase só ocorrer após o julgamento da proposta (item 1, do art. 44º), já testada no Brasil pela modalidade de pregão, o que elide a necessidade de verificação de todos os documentos de todos os proponentes, para analisar apenas daquele classificado em primeiro lugar.

Esta fase é denominada, no âmbito da Comunidade Européia, de “seleção qualitativa”, no mesmo sentido terminológico que a utilizada pelo legislador nacional, já que o objetivo deste momento é analisar a pessoa que pretende contratar com o Poder Público, a fim de constatar sua idoneidade e sua aptidão.

É verificada uma listagem enorme de documentos que podem ser agrupados nas seguintes categorias: situação pessoal do candidato ou do proponente (art. 45º); habilitação para o exercício da atividade profissional (art. 46º); capacidade econômica e financeira (art. 47º); capacidade técnica e/ou profissional (art. 48º); garantia de qualidade (art. 49º) e normas de gestão ambiental (art. 50º).

³⁵Parecer nº 03/04 – FAG, proferido no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, cuja adaptação foi publicada em Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 4, n.47, p. 6329-6331, nov. 2005.

No que se refere à situação pessoal do candidato ou do proponente são exigidos documentos (certificado de registro criminal ou certificado de registro geral que pode até ser substituído por declaração sob juramento lavrada judicialmente ou por autoridade administrativa competente) que comprovem não ter participado em atividades em organização criminosa, não ter participado de corrupção, nem fraude ou branqueamento de capitais e, ainda, que não se encontra em situação falimentar, que não foi condenado por delito que afete sua honorabilidade profissional, que não deixou de cumprir as obrigações tributárias, dentre outros.

A habilitação para o exercício da atividade profissional é atendida mediante prova de sua inscrição em registro profissional ou comercial, ou, ainda, se for exigido no país de origem, a demonstração de possuírem autorização especial para prestar o serviço ou serem membros de uma organização específica.

No que diz respeito à capacidade econômica e financeira poderão ser exigidos um ou mais dos seguintes elementos: declarações bancárias e prova de que é detentor de seguro contra riscos profissionais; balanços ou extratos de balanços, ou mesmo uma declaração relativa ao volume de negócios.

A capacidade técnica e/ou profissional é averiguada por uma série de documentos que podem ser ou não exigidos de acordo com a natureza, quantidade, importância e finalidade das obras, produtos ou serviços. Poderão ser exigidos a apresentação de: listas demonstrativas das obras executadas ou dos principais fornecimentos ou serviços realizados nos últimos anos; indicação dos técnicos ou serviços técnicos envolvidos; descrição do equipamento técnico, das medidas adotadas pelo fornecedor dos serviços para garantir a qualidade e dos meios de estudo e de investigação da sua empresa; se os produtos ou serviços que realiza são complexos, se passam por um controle da entidade adjudicante ou por organismo oficial; certificados de habilitação literárias e profissionais do prestador de serviços e/ou empreiteiro ou dos que compõem os quadros da empresa; declaração de ferramentas, material, instalação ou equipamento industrial; indicação da parte do contrato que o prestador tenciona subcontratar; amostras, descrições e/ou fotografias; certificados emitidos por institutos de controle de qualidade, dentre outros.

Quanto à garantia de qualidade poderão ser exigidos certificados emitidos por organismos independentes que atestem que o operador econômico satisfaz determinadas normas de garantia de qualidade.

Por fim, no que se refere à gestão ambiental, poderão ser exigidos certificados emitidos por organismos independentes que atestem que o operador econômico respeita normas de gestão ambiental.

Deve ser destacado que vários destes documentos podem ser substituídos, quando não houver similar no país de origem, por declarações sob juramento, o que, por um lado tende a facilitar o trabalho das entidades adjudicantes, mas não há dúvida que o número elevado de documentos e variantes torna o procedimento mais intrincado.

No Brasil apenas há exigências quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e exigência quanto as condições de trabalho, envolvendo proteção especial aos menores de dezoito anos de idade (art. 27 da Lei nº 8.666/93), determinando a apresentação de um número bem menor de documentos e certificados.

5. Conclusões

A comparação entre os procedimentos licitatórios instituídos pelas leis nacionais e pelas normas comunitárias demonstram que o sistema brasileiro está em consonância com a tendência européia.

O princípio basilar da licitação, que aqui encontra seu fundamento de validade no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, nas normas comunitárias decorre dos princípios da igualdade e da proteção à política econômica, que têm por primado uma economia de mercado aberta e de livre concorrência.

Enquanto que no direito nacional há, basicamente, duas leis que conduzem os procedimentos licitatórios, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02, e que são demasiadamente detalhistas, a ponto de deixarem pouca margem aos Estados e Municípios de fixarem preceitos, no direito comunitário a produção legislativa pelos Estados-Membros é respeitada pelas Diretivas, que fazem o papel de normas gerais, eis que informando diretrizes mestras pelas quais aquelas devem percorrer.

Já os princípios licitatórios, isto é, aqueles que devem ser respeitados na condução do procedimento, estão listados com generosidade pelo legislador no Diploma Geral de licitações brasileiro. Não obstante, a previsão da maioria deles na lei de licitações parece dispicienda, já que já são informadores da Administração Pública. No âmbito da Comunidade Européia apenas três princípios foram tratados pela Diretiva 2004/18/CE, que poderia ser classificada como a norma geral de licitação do direito comunitário. São os princípios da igualdade, da não discriminação e o da transparência, também informadores do procedimento e que aqui também são aplicados nos certames.

Por fim, o direito comunitário não estabeleceu uma ordem de condução do procedimento licitatório, tratando, apenas, das fases isoladamente, sem traçar um caminho único a ser seguido. A intenção, ao que parece, foi a de manter a liberdade legislativa dos Estados-Membros de estabelecerem normas procedimentais. No Brasil, ao contrário, a Lei nº 8.666/93 trata com detalhamento a ordem das fases que devem ser seguidas no procedimento.

Constata-se, pois, desta análise, que no que se refere aos princípios basilares há vários pontos em comum entre o regime de compras governamentais da União Européia e o adotado no Brasil, o que demonstra a atualidade da produção legislativa nacional neste aspecto.

As distinções mais substanciais podem ser notadas quanto aos procedimentos licitatórios e o tipo de julgamento, restrito a apenas duas espécies. Verifica-se uma

simplificação do regime, que seria uma valiosa contribuição para o progresso das contratações governamentais brasileiras.

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro e outro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988/1989.

CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. Apud FRIEDE, R. Medidas Liminares na doutrina e na Jurisprudência. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Jacoby Fernandes. Vade-Mécum de licitações e contratos. Belo Horizonte, Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Informativo de Licitações e Contratos. nº 47. Curitiba: Zênite, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Licitações e contratos administrativos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços; disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:PT:HTML>, acesso em 22.12.2005

_____. Diretiva 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento

do Conselho, disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0036:PT:HTML>, acesso em 21.12.2005.

_____. Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras, disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0037:ES:HTML>, acesso em 21.12.2005.

_____. Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, para a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos de serviços, disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0050:PT:HTML>, acesso em 21.12.2005.

_____. Diretiva 89/665/CE, do Conselho, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimento, disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0665:PT:HTML>, acesso em 21.12.2005.

_____. Livro Verde os contratos públicos na União europeia: pistas de reflexão para o futuro, de 27 de novembro de 1996, disponível em http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/green-papers/com96583/com-96-583_pt.pdf, acesso em 21.12.2005.

_____. Tratado que institui a comunidade europeia, de 24.12.2002, disponível em http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html, acesso em 21.12.05