

---

# PARALELOS ENTRE A DIRETIVA 24/2014 DA UNIÃO EUROPEIA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE LICITAÇÕES

*PARALLEL BETWEEN DIRECTIVE 24/2014 OF THE  
EUROPEAN UNION AND THE BRAZILIAN LEGISLATION ON  
BIDS*

---

*Ronny Charles L. de Torres<sup>1</sup>*

*Mestre em Direito Econômico*

*Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas*

*Advogado da União*

Sumário: Introdução; 1 O regime das Licitações Públicas no Brasil; 2 O regime das Licitações na União Europeia; 3 Paralelos entre a Diretiva 2014/24 e a Lei nº 8.666/93; 3.1 Da divisão da pretensão contratual; 3.2 Cooperação entre órgãos contratantes; 3.3 Adoção dos modelos de procedimento concorrential dialógico e flexível; 4 Conclusão; Referências

---

1 Palestrante. Professor. Membro do Grupo de confecção dos editais de Licitações da AGU. Membro da Câmara Nacional de Uniformização da Consultoria Geral da União. Membro do corpo editorial da Revista da Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Atuou como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica da União perante o Ministério do Trabalho e Emprego. Atuou, ainda, na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes e na Consultoria Jurídica da União, em Pernambuco. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (7ª Edição. Ed. JusPodivm); Licitações públicas: Lei nº 8.666/93 (7ª Edição. Coleção Leis para concursos públicos: Ed. Jus Podivm); Direito Administrativo (Co-autor. 6ª Edição. Ed. Jus Podivm); RDC: Regime Diferenciado de Contratações (Co-autor. Ed. Jus Podivm); Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle (Ed. Jus Podivm) e Improbidade administrativa (Co-autor. 2ª edição. Ed. Jus Podivm). Autor da coluna mensal "Direito & Política", da Revista Negócios Públicos.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva realizar uma abordagem tópica e comparativa entre alguns pontos da legislação brasileira sobre licitações e determinados elementos do regime licitatório praticado na União Europeia, usando como base suas diretivas, recentemente em vigor, notadamente a Diretiva 24/2014.

Através desse paralelo, o objetivo será identificar pontos de semelhança entre os modelos e também pontos de divergência, com análise comparativa que avalie a perspectiva de aperfeiçoamento do regime licitatório brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitações públicas. Brasil. União Européia. Diretivas. Paralelos.

**ABSTRACT:** This article aims to hold a topical and comparative approach between some points of Brazilian legislation and certain elements of the bidding system practiced in the European Union, using as a basis its Directives, most recently in force, notably Directive 24/2014.

Through this parallel, the goal will be to identify points of similarity between the models and also points of difference, with comparative analysis covering the view to improving the Brazilian bidding regime.

**KEYWORDS:** Public bids. Brazil. European Union. Directives. parallel.

## INTRODUÇÃO

O poder público é um grande contratante, consumindo bens, serviços ou pactuando a realização de obras e grandes empreendimentos. Em Estados que adotaram modelo de maior intervenção, a enorme gama de contratações protagonizadas pelo setor público, somada a uma linha de ação que vislumbra o processo de contratação pública como um vetor de forte impacto na economia e de fomento positivo a determinados setores, torna ainda mais importante a análise criteriosa do respectivo regime de contratações.

Por outro lado, o processo de contratações públicas é corriqueiramente objeto de críticas diversas, relacionadas à falta de transparência, baixa eficácia ou mesmo à desvios decorrentes de corrupção. Essas críticas, importante salientar, são lastreadas por notícias atinentes aos maus resultados ou mesmo aos desvios praticados por gestores desonestos.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as contratações públicas envolvem uma grande proporção dos gastos públicos, em qualquer país, representando cerca de 13% do PIB nacional, mas comumente sendo vulnerada por atos de fraude ou corrupção:

Public procurement is one of the largest government spending activities in any country, representing on average almost 13% of GDP in OECD member countries. It is also vulnerable to waste, fraud and corruption due to its complexity, the size of the financial flows it generates and the close interaction between the public and the private sectors. For these reasons, efforts to promote an efficient and transparent public procurement system are high on the agenda of OECD member countries<sup>2</sup>.

A OCDE ressalta que as contratações públicas são responsáveis por uma percentagem significativa do PIB de cada país, impactando diretamente a economia nacional, com variações de acordo com o tamanho do estado, o nível de intervenção na economia e a existência de grandes projetos de despesa (como ocorre com investimentos em infraestrutura). Em 2008, por exemplo, a Organização destaca que os Países Baixos, a República Checa e a Islândia gastaram mais que 15% do PIB com transações de

---

<sup>2</sup> OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris, p 147. DOI: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)>.

contratos públicos, enquanto que essas despesas no México, Chile e Suíça representavam menos de 7% do PIB.<sup>3</sup>

Por outro lado, processos licitatórios falhos, mal regulamentados e ineficientes podem afetar não somente as partes interessadas no contrato, mas também os contribuintes e a sociedade como um todo, pelo dispêndio equivocado ou exagerado de recursos públicos<sup>4</sup>.

De qualquer forma, diante da importância desta atuação contratual do Poder Público, é fundamental avaliar pontos de necessário aperfeiçoamento normativo, permitindo-se alcançar maior transparência, eficácia e lisura nesses procedimentos.

Uma forma importante para identificar pontos de aperfeiçoamento na normatização é a comparação com os modelos adotados por outros países, diagnosticando aquilo que pode ser utilizado como referência de aprimoramento, sempre respeitando as nuances envolvidas.

O aprofundamento dessa tarefa não será alcançado com o presente trabalho, contudo, tentaremos aqui, após uma breve abordagem sobre o regime licitatório brasileiro, analisar sucintamente algumas regras do regime previsto nas Diretivas da União Europeia, notadamente na Diretiva 24/2014, pontuando características comuns ao nosso atual regime licitatório, bem como outras características ou ferramentas que poderiam ser absorvidas pelo regime licitatório brasileiro, para seu aperfeiçoamento.

Em relação ao regime licitatório brasileiro, podemos identificar diversos regimes, como o chamado regime geral de licitações (Lei federal nº 8.666/93), o regime das licitações para concessões públicas e parcerias público-privadas (Lei federal nº 8987/1995 e Lei federal nº 11.079/2004), o regime das licitações de publicidade (Lei federal nº 12.232/2010), o regime diferenciado de contratações - RDC (Lei nº 12.462/2012) e o regime de licitações das estatais (Lei nº 13.303/2016). Para os fins pretendidos neste trabalho, será necessário fazer um corte em nossa análise, focando nossa comparação com as regras estabelecidas pelo chamado regime geral de licitações (Lei federal nº 8.666/93), complementado pela Lei do Pregão (Lei federal nº 10.520/2002) e pelo Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei federal nº 12.462/2011).

Outrossim, embora possamos identificar diversas diretivas que disciplinem o direito comunitário europeu, em relação ao regime contratual, nos concentraremos na Diretiva 2014/24, a qual substituiu a Diretiva

3 OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris. p. 148. DOI: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)>.

4 NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 93-122.

2004/18, assumindo a disciplina jurídica dos contratos públicos celebrados por “organismos públicos” com um ou mais agentes econômicos e que tenham por objeto a execução de obras, a prestação de serviços ou o fornecimento de produtos.

Com essa análise comparativa, objetivamos identificar possíveis pontos de aperfeiçoamento na normatização pátria, como se fará a seguir.

## 1 O REGIME DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Por imposição constitucional, administração Pública brasileira, na maioria das suas contratações, submete-se a procedimentos formais prévios para a seleção do particular (pessoa física ou jurídica) que atenderá suas pretensões contratuais, objetivando a escolha da melhor proposta possível, de acordo com as premissas estabelecidas no ordenamento jurídico doméstico. Este procedimento é denominado licitação, o qual pode ser definido como um procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.

A Constituição Federal Brasileira, notadamente no inciso XXVII de seu artigo 22, define que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Esta competência privativa para legislar se restringe às normas gerais, podendo os demais entes federativos legislar sobre normas específicas relacionadas às licitações e contratações públicas. Conclui-se, então, que todos os entes podem editar leis sobre licitação, mas devem obedecer àquelas normas gerais traçadas pela União.

O atual regime licitatório brasileiro é baseado na Lei nº 8.666, de 1993, uma Lei geral de licitações que em sua concepção sofreu reflexos do processo legislativo contaminado por um momento histórico nacional de profunda comoção, pelo afastamento de um Presidente da República eleito, em virtude de denúncias de corrupção. Dentro de tal conjuntura, foi natural certo açoitamento na análise e aprovação da proposta legislativa formulada para regular a atuação contratual do Estado, repetindo-se muito da legislação anterior, o Decreto-Lei 2.300, de 1986, corpo normativo desconectado dos avanços tecnológicos que estavam mudando o mundo, notadamente através da internet, além de ser marcado por um ranço ainda demasiadamente burocrático.

Os desafios contratuais da Administração Pública são enormes, nos tempos atuais. Além da importância da assimilação do ambiente da internet e das inovações tecnológicas e negociais, novas tarefas foram absorvidas pela máquina pública, ampliando o desafio de, atendendo ao regramento legal, buscar contratações eficientes.

No âmbito das contratações públicas, há diversos grupos de interesse que opõem certa resistência às mudanças legislativas, o que torna mais difícil a aprovação de uma nova legislação geral. Como solução para isso, nos últimos anos, foram aprovadas legislações que passaram a reger de forma complementar ou subsidiária as licitações e contratações públicas, com alguns avanços, em comparação ao regime da Lei Geral (Lei nº 8.666, de 1993).

Nesse prumo, foi aprovada a Lei nº 10.520, de 2002, que criou a modalidade Pregão, vocacionada pelo legislador para contratações mais simples (“bens e serviços comuns”), a qual vem sendo cada vez mais utilizada, pelos melhores resultados de seus certames, em comparação com as licitações da Lei nº 8.666, de 1993. Em apertada síntese, é possível firmar que as principais vantagens da modalidade pregão estão fundamentadas na simplificação do procedimento, percepção mais gerencial (e menos burocrática) das competências, redução dos preços através de lances e na possibilidade de “certames eletrônicos” (através da internet). Para ter-se uma ideia da percepção de quanto a legislação geral é percebida como atrasada, basta observar que, embora todos os bens e serviços comuns possam, pela legislação, também ser licitados por alguma das cinco modalidades licitatórias previstas na Lei Geral, o Poder Executivo Federal, há mais de dez anos, já definiu que a opção pela modalidade pregão é obrigatória, quando o objeto puder ser licitado por ela e também por uma das modalidades da Lei nº 8.666, de 1993.

Além da chamada “Lei do Pregão”, convém registrar o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, aprovado pela Lei federal nº 12.462/2011. Este regime foi concebido sob a justificativa de que, diante dos desafios contratuais impostos pelos grandes empreendimentos necessários para a realização dos megaeventos esportivos aos quais o Brasil houvera se comprometido (como Copa do Mundo, Copa das Confederações, Olimpíadas e Paralimpíadas), era imprescindível a criação de um regime, mesmo que transitório, que superasse alguns gargalos identificados no regime geral de licitações, para utilização nas licitações relacionadas aos empreendimentos necessários para esses megaeventos.

Curiosamente, após a aprovação do RDC, sucessivas alterações legislativas ampliaram os objetos passíveis de utilização do novo regime. Foram incluídos novos objetos, livres desta mesma transitoriedade (já que não se exauriam com o fim dos megaeventos esportivos), como: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)<sup>5</sup>; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>6</sup>;

5 Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012.

6 Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012.

licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino<sup>7</sup>; obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II<sup>8</sup>; contratações destinadas à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos<sup>9</sup>; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo<sup>10</sup>, entre outros<sup>11</sup>.

Essa expansão de objetos passíveis, além de prejudicar a transitoriedade do novo regime, reacendeu o debate sobre a necessidade de atualização da legislação licitatória. Isso porque, sendo pensado para ser um regime parcial e transitório, mesmo possuindo boas inovações (em comparação ao regime da Lei nº 8.666, de 1993), obviamente faltava ao RDC uma completude em sua normatização, tanto que aquele diploma deixou de traçar as regras para seus contratos, aplicando quase que integralmente a disciplina da defasada Lei nº 8.666/93.

Em apertada síntese, o RDC trouxe como característica principal uma maior flexibilidade procedimental, superando o formato de modalidades rígidas, da legislação tradicional, além de agregar possibilidades procedimentais como o orçamento sigiloso, a adoção do regime de contratação integrada, a utilização do critério maior retorno econômico ou o uso da chamada pré-qualificação permanente.

Sem dúvida, algumas das novidades identificadas no RDC já foram inspiradas em experiências estrangeiras, motivo pelo podem ser identificadas algumas intersecções com regras previstas nas Diretivas da União Europeia.

## 2 O REGIME DAS LICITAÇÕES NA UNIÃO EUROPEIA

Embora não exista menção de maior relevância ao princípio da licitação para as contratações governamentais nos tratados da União

7 Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012.

8 Incluído pela Lei nº 12.815, de 2013.

9 Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013.

10 Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014.

11 A Lei 12.873, de 2013, permite que a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) utilize o RDC para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural. A CONAB poderá também contratar instituição financeira pública federal, dispensada a licitação, para atuar nas ações acima. Neste caso, a instituição financeira pública federal contratada também poderá utilizar o RDC para a contratação das respectivas ações.

Há disposições semelhantes, em favor da Secretaria de Aviação Civil (SAC) e da Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM).

européia, este deriva de princípios basilares dos tratados que instituíram aquela Comunidade, como a proteção a uma política comercial comum e a proibição das restrições à entrada e saída de mercadorias dentro do bloco<sup>12</sup>.

Contudo, para assegurar às empresas interessadas em participar de contratações governamentais as devidas informações sobre as normas e procedimentos adotados, garantindo transparência e segurança, foi necessária a adoção de legislação específica que tomou a forma de Diretivas, determinando a aplicação daqueles princípios gerais aos mercados de compras governamentais.<sup>13</sup>

Assim, a legislação no âmbito da União Europeia sobre compras públicas é regida por meio de Diretivas que são ordenamentos que estabelecem a coordenação de normas e procedimentos para as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas, a partir de determinados elementos, como valor mínimo ou espécie de contratação<sup>14</sup>. Os países da União Europeia vinculam-se a estas diretivas, adaptando suas legislações nacionais às suas regras, aplicando os princípios de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação, além de garantir oportunidades iguais de participação aos proponentes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais.<sup>15</sup>

Até 2014, o regramento licitatório dentro da União Europeia estava materializado nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. A primeira versava sobre contratação feita por determinados setores (água, energia, transportes e serviços postais), conquanto a segunda versava sobre contratos de obras, bens e serviços, denominados como contratos instrumentais da Administração<sup>16</sup>. Após uma década, tornou-se necessária a revisão dessas diretivas, modernizando-as, aperfeiçoando-as, fazendo a devida adaptação à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME)<sup>17</sup>.

12 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Aspectos comparativos do regime licitatório no Brasil e na Comunidade Europeia. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 61, p. 80-104.

13 MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. *Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Setembro de 2002, p. 27.

14 NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 93-122.

15 TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012. p. 24.

16 MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário. *Revista Direito do Estado*. n. 74, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>>. Acesso em: 16 set. 2016.

17 Idem. *Ibidem*.

Neste movimento de atualização foram geradas três novas diretivas: a Diretiva 2014/23/EU, relacionada à adjudicação de contratos de concessão (o que se apresentou como uma novidade, já que antes não havia uma diretiva específica para esses contratos); a Diretiva 2014/25/EU, relacionada aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água<sup>18</sup>, da energia, dos transportes e dos serviços postais (revogando, portanto, a Diretiva 2004/17/CE); e a Diretiva 2014/24/EU, relativa aos contratos públicos denominados instrumentais (revogando, portanto, a Diretiva 2004/18/CE).

Pois bem, neste artigo, nos concentraremos no texto da Diretiva 2014/24/EU, uma vez que ela abrange a maioria dos contratos públicos, podendo melhor servir como parâmetro para a comparação com o nosso regime geral de licitações (Lei nº 8.666/93).

Obviamente, não será possível um exame detalhado do referido diploma, mas pontuaremos alguns dispositivos que podem ser percebidos como paralelos de comparação e aperfeiçoamento em nosso regime geral de licitações.

### 3 PARALELOS ENTRE A DIRETIVA 2014/24 E A LEI Nº 8.666/93.

Conforme considerações expostas no próprio texto da Diretiva, suas regras não pretendem abranger todas as formas de despesa pública, mas apenas a aquisição de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso, por contratação pública. O financiamento de uma atividade, em especial através de subsídios, frequentemente associado à obrigação de reembolsar os montantes recebidos que não sejam utilizados para os efeitos previstos, não se enquadra normalmente no âmbito de aplicação das regras aplicáveis à contratação pública. Na verdade, a Diretiva contém diversas regras que limitam sua aplicação cogente a algumas seleções, notadamente aquelas que envolvem determinados objetos ou tenham valor abaixo de determinados patamares (“limiaries”).

Nesse sentido, por exemplo, os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados

---

18 Os contratos públicos que adjudicados pelas autoridades adjudicantes nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que se inscrevam no âmbito destas atividades, são abrangidos pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, contudo, os contratos adjudicados pelas autoridades adjudicantes no âmbito das suas atividades de exploração de serviços de transportes marítimos, costeiros ou fluviais, enquadram-se no âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/EU.

uma questão de organização interna do Estado-Membro, não sendo afetados pela diretiva.

Da mesma forma, a Diretiva estabeleceu “limiares” para sua aplicação. Assim, ela apenas se aplica aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares: a) 5 186 000 euros, para os contratos de empreitada de obras públicas; b) 134 000 euros, para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de concessão organizados por essas autoridades<sup>19</sup>; c) 207 000 euros, para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de concessão organizados por essas autoridades<sup>20</sup>; d) 750 000 euros, para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos<sup>21</sup>.

Convém ainda recordar que a presente diretiva não deverá afetar a legislação dos Estados-Membros em matéria de segurança social, nem deverá abordar a liberalização dos serviços de interesse económico geral reservados a entidades públicas ou privadas, nem a privatização de entidades públicas prestadoras de serviços.

De qualquer forma, convém pontuar algumas regras interessantes, traçando seu paralelo com o regime geral de licitações brasileiro.

### 3.1 Da divisão da pretensão contratual

A pretensão contratual envolve a necessidade de contratação da Administração. Usando como parâmetro o regime licitatório brasileiro, quando da formalização do certame, esta pretensão pode ser dividida (ou parcelada) em diversos objetos licitatórios, que corresponderão a um ou a vários certames, dentro de uma mesma licitação. Nas licitações que envolvem vários itens autônomos, por exemplo, temos uma única pretensão contratual (ex: aquisição de gêneros alimentícios), dividida (se for o caso) em vários itens, os quais representarão objetos licitatórios autônomos, mesmo que constantes num mesmo edital. Noutro diapasão, nas licitações que utilizam o procedimento auxiliar Sistema de Registro

---

19 Quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III, da referida Diretiva.

20 Igualmente, quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III, da referida Diretiva.

21 Tais serviços constam enumerados no Anexo XIV da referida Diretiva.

de Preços, podemos ter a reunião das pretensões contratuais de diversos órgãos (órgão gerenciador e órgãos participantes), formando um único objeto licitatório.

No Brasil, a divisão da pretensão contratual, optando-se pela adjudicação por item (e não por preço global) é a regra, raciocínio, inclusive, sedimentado pelo Tribunal de Contas da União, em sua Súmula 247<sup>22</sup>. Este raciocínio, estabelecido como regra geral, se baseia na presunção de que a “divisão do certame” pode gerar potenciais benefícios à competitividade. Segundo o referido entendimento sumulado, a adjudicação por itens é obrigatória, ressalvando-se apenas as situações nas quais a divisão gere prejuízo para o conjunto ou complexo (da contratação) ou perda de economia de escala.

No direito comunitário europeu, a Diretiva 2014/24, buscando ampliar a competitividade, também fomenta a divisão da pretensão contratual em lotes, notadamente em contratos de grande dimensão. A divisão pode ter base quantitativa ou uma base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos.

Neste sentido, o artigo 46, da referida Diretiva:

#### Artigo 46º

##### Divisão dos contratos em lotes

1. As autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes.

Com exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do nº 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84º.

2. As autoridades adjudicantes indicam, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, se podem ser apresentadas propostas para um lote, para vários lotes ou para todos eles.

---

<sup>22</sup> Súmula 247 do TCU – É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

De acordo com a Diretiva, mesmo que possam ser apresentadas propostas para vários lotes ou para todos os lotes, as autoridades adjudicantes podem limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um proponente, desde que o número máximo de lotes por proponente esteja indicado no anúncio do concurso ou no convite à confirmação de interesse. De qualquer forma, a decisão deve ser justificada, com base em regra ou critério objetivo e não discriminatório.

Nesse ponto, como se vê, há certa proximidade entre o regramento comunitário e o brasileiro; contudo, na análise das considerações da Diretiva, percebe-se uma maior autonomia decisória por parte da autoridade adjudicante. Segundo tal regramento, compete à autoridade adjudicante considerar “se convém dividir contratos em lotes, sem deixar de poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial”<sup>23</sup>.

Mereça ser registrada a diferença em relação ao tratamento dado no Brasil. Sob a presunção de que a divisão da pretensão contratual amplia a competitividade, tem-se imposto um costume generalizado de divisão da pretensão contratual, o qual, em nossa opinião, nem sempre é realmente vantajoso ao interesse público, por afetar variáveis impactantes, como o “efeito barganha” ou o “ganho de escala”<sup>24</sup>.

Talvez pelo fato de que o Tribunal de Contas da União tenha sumulado o entendimento de que a divisão em itens é, em regra, obrigatória, ou por reprimendas feitas pela Corte e outros órgãos de controle no passado, a órgãos que decidiram pela aglutinação de itens (e não sua divisão), a opção de divisão tem sido tomada sem a reflexão necessária. É importante refletir que, se por um lado, a divisão em itens (fracionamento) é sugerida como forma de ampliação da competitividade, por outro lado, a aglutinação é possível e até recomendável, caso justificado que a divisão em itens (ou lotes) não amplia efetivamente a competitividade, prejudica o objeto da contratação (gerando prejuízo técnico, econômico ou de gestão) ou impede eventual economia de escala.

É nesse raciocínio que, no direito comunitário, a Diretiva 24/2014, além de resguardar a autonomia decisória da autoridade adjudicante, aponta que ela poderá considerar que a “divisão é suscetível de restringir a concorrência ou de tornar a execução do contrato excessivamente onerosa ou tecnicamente difícil, ou que a necessidade de coordenar os diferentes

---

23 O texto integral da Diretiva pode ser acessado em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>.

24 BARBOSA. Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 149-164.

adjudicatários dos lotes poderá comprometer seriamente a correta execução do contrato”.

Essas justificativas ultrapassam as ressalvas admitidas pela Súmula nº 247 do TCU, dando flexibilidade ao arco de justificativas para a não divisão. De forma interessante, no regime jurídico brasileiro, é possível identificar que o próprio TCU tem admitido uma ampliação das ressalvas, entendendo que seria legítima a reunião de elementos de mesma característica, quando a adjudicação e itens isolados onerasse “o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual”, o que pode comprometer a seleção da proposta mais vantajosa<sup>25</sup>. No mesmo sentido, aquele Tribunal já destacou que o parcelamento do objeto deve visar precipuamente o interesse da Administração<sup>26</sup>.

Nesse ponto, a regra identificada na citada Diretiva Europeia pode ser apresentada como um paralelo de aperfeiçoamento de nossa jurisprudência e normatização, pela maior segurança dada à opção do gestor e maior flexibilidade para definição das situações nas quais a divisão ou aglutinação da pretensão contratual é mais vantajosa ao alcance do interesse público.

### 3.2 Cooperação entre órgãos contratantes

A Lei nº 8.666/93, como já dito, usou como base o Decreto-Lei 2.300/86, motivo pelo qual seu texto não foi conectado ao já iniciado desenvolvimento das tecnologias de comunicação e pesquisa pela rede (internet). Conforme ilustra Thiago Marrara, a referida Lei “nasceu sob o império do telefone fixo, das correspondências por carta, das páginas amarelas e da comparação manual de preços em cadernetas de papel”<sup>27</sup>. Além disso, houve a manutenção do viés burocrático do Decreto-Lei 2.300/86, cuja preocupação com o rito formal da licitação tinha como regra geral a individualização do processo, sob uma perspectiva isolacionista e engessada, em que cada ente contratante fazia sua própria licitação, de modo isolado, visando a celebrar seus próprios contratos<sup>28</sup>.

25 Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara. Rel. Ministro André Luis.

26 Acórdão 1238/2016 Plenário, Representação, Relatora Ministra Ana Arraes.

27 MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (III): instrumentos de contratação agregada e de contratação eletrônica. Revista Direito do Estado. Num 146. Ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iii-instrumentos-de-contratacao-agregada-e-de-contratacao-eletronica>>. Acesso em: 28 set. 2016.

28 Idem. *Ibidem*.

Uma exceção da Lei nº 8.666/93 a esta mentalidade é indicada nos poucos dispositivos dedicados ao sistema de registro de preços (SRP), imaginado pelo legislador, inicialmente, apenas para as aquisições. Com o passar dos anos, o desenvolvimento da atividade contratual da Administração Pública demonstrou rapidamente a vantagem das chamadas seleções compartilhadas, de modo que, após inicial regulamentação, pelo Decreto federal nº 2.743/98 (que regulamentava o registro de preços apenas para aquisições), todas as posteriores regulamentações (como os Decretos Federais nº 3.931/2001 e nº 7.892/2013), mesmo sem previsão expressa na Lei nº 8.666/93, ampliaram o objeto de aplicação do SRP para seleção de serviços, inclusive, já sendo expressamente possível, no RDC, a adoção deste procedimento auxiliar para a licitação de obras.

De qualquer forma, em regra, a Lei Geral de Licitações percebe a licitação como um processo isolado, uma relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor.

Diferentemente, a diretiva 2014/24, já adaptada à comunicação em rede e quebrando a lógica de relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor, prevê instrumentos de seleção compartilhada e delegação de competências, para ganho de eficiência no processo de contratação.

Nesse prumo, pode-se apontar as técnicas de “compras centralizadas” (art. 37), medida muito utilizada pelos Estados-Membros<sup>29</sup>. As “centrais de compras” são encarregadas das aquisições, da gestão dos sistemas de aquisição dinâmicos ou da adjudicação de contratos/celebração de acordos-quadro por conta de outras autoridades adjudicantes, a título oneroso ou não. Vale ressaltar, segundo a Diretiva, os Estados-Membros podem admitir a licitação até de obras, através das centrais de compras.

Outra regra interessante da Diretiva é o chamado “Acordo-quadro”. Ele é um acordo entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores económicos que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas. A contratação se dá diretamente, de acordo com as regras firmadas no acordo-quadro, ou através de concurso (licitação) entre os operadores económicos partes no acordo-quadro.

---

29 Alguns estados e Municípios brasileiros já vêm adotando centrais de compras, em suas licitações. Mais recentemente, o Governo Federal brasileiro criou sua própria Central de Compras e Contratações, com competências ainda tímidas, objetivando as licitações de áreas que executavam atividades-meio comuns. A Central funciona como um “filtro qualificado” da demanda de toda Administração para o mercado. Por meio dela, é possível gerar ganho de escala nas ações de compras públicas, além de otimizar seu planejamento. Do mesmo modo, a padronização dos itens demandados viabiliza uma atuação estratégica das compras públicas e imprime ganhos de qualidade e financeiros. Atualmente, a Central de Compras tem suas competências definidas pelo Decreto federal nº 8.818, de 21 de julho de 2016.

Além disso, a Diretiva admite “contratações conjuntas” (art. 38), em que duas ou mais autoridades adjudicantes podem acordar em executar conjuntamente determinadas aquisições, bem como disciplina a possibilidade de que autoridades adjudicantes de Estados-Membros diferentes possam juntar-se para adjudicar um contrato público (art. 39).

Nesse ponto, as regras identificadas na Diretiva 2014/24 também podem ser apresentadas como um paralelo de aperfeiçoamento à Lei Geral de Licitações brasileira, pela percepção de que ela transpôs a ideia de uma relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor, permitindo maior flexibilidade na delegação de competências e cooperação entre os órgãos/entes licitantes. Esta mudança, como já percebido com a ampliação do uso do sistema de registro de preços, permite ganhos de escala, maior eficiência e melhor aproveitamento de expertise na realização das seleções públicas.

### 3.3 Adoção dos modelos de procedimento concorrencial dialógico e flexível

Coerente com seu ranço burocrático, a Lei nº 8.666/93 permite pouca flexibilidade procedimental e não admite espaço para o desenvolvimento de uma administração pública dialógica.

A administração pública dialógica é uma tendência identificada em algumas atividades administrativas, notadamente na prestação de serviços públicos e nas contratações de grandes empreendimentos, que consiste na abertura de diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento ou a legitimação da atividade administrativa. Essa concepção se distancia de um modelo de administração pública monológica, “refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”,<sup>30</sup> no qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente. Essa mudança de paradigma está relacionada, também, à evolução de democracia participativa, à processualização do direito administrativo e à utilização de formas consensuais para resolução de dilemas da Administração, que valorizam o consenso e a participação do administrado na atuação administrativa<sup>31</sup>.

Da mesma forma, a Lei nº 8.666/93 preconizou um formato de modalidades rígidas e com pouca flexibilidade<sup>32</sup>.

30 CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. *Fórum Administrativo* — FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111998>>. Acesso em: 28 set. 2016.

31 Nesse sentido, também: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257.

32 Nesse ponto, cabe fazer a ressalva de que, diferentemente, o Regime Diferenciado de Contratações, aprovado pela Lei federal nº 12.462/2011, apresentou-se como uma modalidade de licitação que possui uma característica diferenciadora: ser flexível. Essa nuance permite que um enorme conjunto de ferramentas e características

Pois bem, diferentemente, a Diretiva 2014/24 prevê modalidades procedimentais que admitem diálogo entre o órgão/ente licitante e os fornecedores, além de certa flexibilidade na escolha desses modelos. Conforme considerações expressas da referida Diretiva, é fundamental que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação.

Podem ser citadas, como modalidades dialógicas previstas pela Diretiva 2014/24, o “procedimento concorrencial com negociação”, o “diálogo concorrencial” e a “parceria para inovação”. Em comum, nessas modalidades se identifica o diálogo entre a Administração e o operador econômico (licitante) para a melhor definição de suas propostas, do próprio conteúdo do objeto licitado ou mesmo para parcerias que permitam inovações tecnológicas. Nesse raciocínio, com diálogo, estimula-se a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento<sup>33</sup>.

No “procedimento concorrencial com negociação” (art. 29), qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação em resposta a um anúncio de concurso, apresentando as informações para efeitos de seleção qualitativa que são solicitadas pela autoridade adjudicante.

As autoridades adjudicantes identificam o objeto do concurso, descrevendo as suas necessidades e as características exigidas para os fornecimentos, obras ou serviços a adquirir, especificam os critérios de adjudicação do contrato, bem como os elementos da descrição e requisitos mínimos que todos os proponentes devem preencher.

Os operadores econômicos interessados apresentam pedidos de participação, o qual será analisado pela autoridade adjudicante, para convite. Nesse ponto, há uma espécie de habilitação prévia ou pré-qualificação dos futuros licitantes.

Aqueles operadores econômicos convidados poderão apresentar suas primeiras propostas, que servirão como base para as negociações subsequentes. Via de regra, as autoridades adjudicantes negociarão com os proponentes a primeira proposta e todas as propostas subsequentes, excetuadas as propostas finais, para melhorar o respetivo conteúdo.

O “procedimento concorrencial com negociação” deverá ser acompanhado de salvaguardas adequadas, que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Cabe ressaltar,

---

procedimentais possam ser utilizadas, de acordo com a necessidade e a escolha do ente/órgão licitante, admitindo certa flexibilidade para que o ente ou órgão público licitante possa, diante de várias ferramentas, adequar o procedimento licitatório à melhor opção seletiva.

33 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação não podem ser objeto de negociação.

Finalizadas as rodadas de negociação, quando a autoridade adjudicante pretende concluir o processo, informa os proponentes para apresentarem suas propostas finais. A autoridade adjudicante verifica se as propostas finais cumprem os requisitos mínimos, fazendo a avaliação de acordo com os critérios de adjudicação previstos no certame.

Há, ainda, o “diálogo concorrencial” (Art. 30). Sua diferença maior, em relação ao “procedimento concorrencial com negociação” é que, enquanto neste, a negociação se dá em relação às propostas, no “diálogo concorrencial” pode-se discutir o próprio objeto da licitação. Nos termos delineados pela Diretiva, as autoridades adjudicantes iniciam, com os participantes selecionados, um diálogo que terá por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades, podendo debater com os participantes selecionados todos os aspectos do concurso.

Nesse processo de construção e definição da melhor forma de atendimento à pretensão contratual, a autoridade adjudicante prossegue o diálogo até estar em condições de identificar a solução ou soluções suscetíveis de satisfazer as suas necessidades.

Segundo considerações da própria Diretiva, a utilização do diálogo concorrencial aumentou significativamente nos últimos anos, revelando-se extremamente útil naquelas situações em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Esta atuação dialógica é crucial, pois permite que os agentes do Mercado, que em regra possuem maior conhecimento sobre as novas técnicas e tecnologias, em suas atividades, possam compartilhar este conhecimento, com ganhos de eficiência contratual. Em contratos de obras, o diálogo concorrencial pode se demonstrar deveras útil, notadamente em projetos que envolvam a construção de empreendimentos complexos ou com possibilidade de metodologias diversas ou soluções inovadoras. Da mesma forma, o planejamento de determinadas aquisições, por sua complexidade, pode ser beneficiado por esse processo dialógico.

No Brasil, com certa polêmica, tem-se vivenciado o resultado positivo desse diálogo nas licitações realizadas pelo regime diferenciado de contratações (RDC), quando adotado o regime de contratação integrada, que traz como vantagem a absorção de metodologias diferenciadas ou novas tecnologias, desconhecidas pelos responsáveis pelo planejamento inicial da contratação<sup>34</sup>.

34 NETO, José Antonio Pessoa. CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11: uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2015. p. 120.

Por fim, convém citar a modalidade de “parceria para a inovação” (art. 31), na qual a autoridade adjudicante pode decidir estabelecer a parceria para a inovação com um só parceiro ou com vários parceiros que efetuem atividades de investigação e desenvolvimento distintas. Ela, a “parceria para a inovação”, objetiva o desenvolvimento de produtos, serviços ou obras inovadoras e a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre as autoridades adjudicantes e os participantes.

Em nosso regime licitatório nacional, a Lei nº 8.666/93 foi recentemente alterada, com inclusão de dispositivos relacionados às contratações para pesquisa e desenvolvimento<sup>35</sup>. As regras de “parceria para a inovação”, previstas pela Diretiva 2014/24 servem como parâmetro interessante de modelo a ser adotado, com transparência, nessa relação contratual tão específica.

#### 4 CONCLUSÃO

No presente artigo, objetivamos traçar alguns paralelos entre a legislação brasileira sobre licitações e algumas das regras dispostas pela Diretiva 2014/24 da União Européia, a qual abrange a maioria dos contratos públicos, podendo melhor servir como parâmetro para a comparação com o nosso regime geral de licitações (Lei nº 8.666/93).

Há outros pontos interessantes da citada diretiva, que poderiam ser citados no presente trabalho, como paralelos de comparação e aperfeiçoamento em nosso regime geral de licitações<sup>36</sup>, contudo, seria incompatível com a finalidade do presente artigo, aprofundar o estudo comparativo da aludida Diretiva, de forma detalhada.

Nesta feita, o presente texto, de forma sucinta, após um breve resumo sobre o regime de licitações no Brasil e na União Europeia, focou em pontos que chamam especial atenção na normativa comunitária, notadamente a maior autonomia dada às decisões do gestor público licitante, a expansão do modelo de cooperação entre os órgãos contratantes e a adoção de modelos procedimentais dialógicos e flexíveis.

Acreditamos que esses pontos podem inspirar aprimoramentos em nossa Lei Geral de Licitações, como já tem se identificado, inclusive, em leis posteriormente aprovadas, como a Lei federal nº 12.462/2011 e a

35 Vide a Lei federal nº 13.242/2016.

36 Como exemplo, podem ser citados o “sistema de aquisição dinâmico”, os “catálogos eletrônicos”, a adoção obrigatória de meios eletrônicos de informação e comunicação, as hipóteses de contratação sem concurso e o uso das compras públicas como instrumento de fomento à inovação.

Lei federal nº 13.303/2016, que tratam, especificamente, sobre o regime diferenciado de contratações e sobre o regime licitatório das empresas públicas e sociedades de economia mista.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Aspectos comparativos do regime licitatório no Brasil e na Comunidade Europeia. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 61. p. 80-104.

BARBOSA, Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 149-164.

CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. *Fórum Administrativo — FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111998>>. Acesso em: 28 set. 2016.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário. *Revista Direito do Estado*, n. 74. ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>>. Acesso em: 16 set. 2016.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (III): instrumentos de contratação agregada e de contratação eletrônica. *Revista Direito do Estado*, n.146, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iii-instrumentos-de-contratacao-agregada-e-de-contratacao-eletronica>>. Acesso em: 28 set. 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. *Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)*. set. 2002, p. 27.

NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

NETO, José Antonio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11: uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2015.

OECD (2011), Government at a Glance 2011, OECD Publishing, Paris. Page 148.

DOI: [http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)

TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012.