
PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E A DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

BASIC PRINCIPLES OF THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE BRAZILIAN PUBLIC PROCUREMENT AND PUBLIC CONTRACTS LAW AND THE DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

Aluisio Martins de Sousa Junior

Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Cariri.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regime jurídico das licitações e contratações públicas na legislação brasileira; 2 Princípios jurídicos que orientam a aplicação da lei brasileira de licitações e contratos da administração pública; 3 Princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas contidos na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho trata dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações e contratações públicas contidos na legislação brasileira, em comparação com os princípios estabelecidos da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que orienta a elaboração da legislação dos Estados-Membros da União Europeia, buscando identificar os pontos de convergência entre os dois ordenamentos jurídicos. O fundamento teórico para análise reside na doutrina de direito administrativo nacional, aliado às interpretações do Tribunal de Contas da União, e na interpretação das orientações contidas na Diretiva 2014/24/UE. Da análise realizada conclui-se que há grande semelhança entre os objetivos da legislação brasileira aplicável às licitações e contratos públicos e o padrão de legislação imposto pela União Europeia. No tocante os princípios que orientam os dois ordenamentos jurídicos, verificamos que, embora as indicações expressas na legislação brasileira utilizem nomenclatura diversa da adotada na Diretiva da União Europeia, o conteúdo dos princípios, nos dois casos, tem interpretação convergente, não se encontrando no modelo Europeu nenhuma inovação em relação à normatização adotada no procedimento de licitação brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Administração Pública. Licitações e Contratos Públicos. Princípios Jurídicos. Legislação da União Europeia.

ABSTRACT: The work deals with the legal principles applicable to tenders and public contracts contained in Brazilian law, in comparison with the established principles of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council that guides the development of the laws of the Member States of the European Union, seeking to identify the points of convergence between the two legal systems. The theoretical basis for analysis lies in the doctrine of national administrative law, together with the interpretation of the Federal Court of Accounts, and in the interpretation of the DIRECTIVE 2014/24/EU. The analysis concluded that there is great similarity between the goals of Brazilian legislation applicable to tenders and public contracts and the pattern of legislation used by the European Union. Regarding the principles that guide the two legal systems, we find that, although the indications expressed in Brazilian legislation use different nomenclature than that adopted in the policy of the European Union, the contents of the principles in both case have convergent interpretation, and was not found on the European model any innovation in relation to the standardization adopted in the Brazilian bidding procedure.

KEYWORDS: Public Administration. Tenders and Public Contracts. Legal Principles. European Union Legislation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações e contratações públicas contidos na legislação brasileira, em comparação com os princípios estabelecidos da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho que orienta a elaboração da legislação dos Estados-Membros da União Europeia.

Justifica-se a relevância do tema em função da constante necessidade de atualização legislativa e da busca pela modernização dos procedimentos adotados pela administração pública, mormente na área de licitações, que se constitui em importante ferramenta na busca pelo atendimento do interesse público.

No âmbito do conteúdo e aplicabilidade dos princípios jurídicos, busca-se, com a pesquisa, verificar em quais aspectos o padrão europeu de administração pública tenha evoluído de forma que sirva de modelo para que a legislação brasileira possa atualizar-se para melhor condução de seus procedimentos.

Ressalta-se que a Diretiva 2014/24/EU constitui importante iniciativa adotada pela União Europeia para apoiar a promoção do crescimento do bloco econômico, estabelecendo padrões para a adjudicação de contratos públicos, para possibilitar melhor aplicação dos recursos, com respeito aos princípios democráticos, privilegiando a transparência dos negócios públicos, preservando a igualdade entre todos os operadores econômicos dos Estados-Membros e buscando a consecução de objetivos sociais comuns.

A legislação brasileira sobre licitações e contratos, fundada nos princípios constitucionais que orientam a atuação da administração pública, tem sido constantemente alterada para acompanhar as demandas sociais e a evolução tecnológica e, nesse contexto, impõe-se a sua permanente modernização.

Portanto, acompanhando as tendências da ciência jurídica, especialmente da legislação aplicável ao setor público, especialmente em países com alto índice de desenvolvimento, como o são os Estados-Membros da União Europeia, podemos participar ativamente do aperfeiçoamento da legislação e dos procedimentos da administração pública brasileira e, assim, colaborar para modernização do Estado.

1 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No exercício de suas funções, a Administração Pública está sujeita à observância de princípios gerais a ela aplicáveis, por força de imposição

contida no art. 37¹ da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos princípios gerais que regem a atuação da administração pública, temos, ainda no art. 37 da Constituição Federal, o inciso XXI² que impõe ao administrador público a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para proceder à contratação de obras e serviços, bem como às compras e alienações.

Assim, a contratação de bens e serviços pela administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, salvo as exceções previstas na própria legislação, será sempre precedida procedimento licitatório.

Licitação, na definição do Tribunal de Contas da União, “é o *procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.*”³

Por meio da licitação, o ente público, pretendendo celebrar os contratos necessários ao desempenho de sua função, abre oportunidade a todos os interessados para formularem propostas, para selecionar aquela que se apresentar mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Nesse sentido, visando dar efetividade ao mandamento constitucional, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentando do inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, segundo a qual, o procedimento licitatório tem a finalidade de garantir o princípio da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e, também, promover o desenvolvimento nacional sustentável⁴.

1 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

2 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

3 Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações básicas. 3ª. ed, rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 16.

4 art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE ORIENTAM A APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

De acordo com o previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, uma das finalidades da licitação é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, sendo processada e julgada com fiel observância aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, da probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório, além dos princípios que lhes são correlatos.

Os princípios denominados pela Lei como correlatos podem ser derivados dos princípios básicos expressos ou encontrados dos diversos diplomas normativos que disciplinam o procedimento licitatório. Citam-se, como exemplos, a competitividade, o formalismo e a adjudicação compulsória.

Fazendo-se uma breve descrição do conteúdo de tais princípios jurídicos, podemos afirmar que a licitação tem como uma de suas principais finalidades assegurar o atendimento do princípio da igualdade ou isonomia, que ostenta índole constitucional, constando não no rol dos princípios destinados à atuação da Administração Pública, previstos no art. 37, mas no art. 5º, entre os direitos fundamentais.

Segundo esse princípio, a Administração deve dispensar igual tratamento a todos os administrados que se encontrem em situação jurídica idêntica, oferecendo igualdade de condições para participação no procedimento licitatório.

Isso não impede, obviamente, que se estabeleçam critérios de participação, mas veda a imposição de critérios discriminatórios em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, ou tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista e previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras⁵, de forma a colocar um determinado grupo em vantagem ou desvantagem injustificada no certame licitatório.

As exigências contidas no edital para participação no certame licitatório têm necessariamente de atender a uma finalidade específica, voltada ao interesse público, não sendo permitidas exigências que limitem a participação dos interessados sem uma justificativa razoável.

Já o princípio da impessoalidade obriga a Administração a dispensar o mesmo tratamento a todos os interessados que estejam na mesma situação

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 249.

jurídica⁶, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação⁷.

Ainda em atendimento ao preceito constitucional, os procedimentos de licitação mantêm estrita observância ao princípio da legalidade, princípio basilar de toda a atividade administrativa⁸. Em atenção ao citado princípio, o Administrador deve seguir fielmente as prescrições legais que regem o procedimento, de forma a evitar abusos de conduta ou desvios de objetivo⁹.

A observância a esse princípio equivale ao cumprimento do devido processo legal, mediante a escolha correta da modalidade licitatória, com objetividade na especificação dos critérios de seleção das propostas, dispensando o procedimento somente nos casos especificados em lei e observando cuidadosamente os critérios de habilitação dos licitantes¹⁰.

Além da legalidade, deve-se observar o princípio da moralidade, segundo o qual a conduta dos licitantes e dos agentes públicos deve ser pautada por preceitos éticos e morais. Sendo assim, na aplicação da norma ao caso concreto, ou mesmo na ausência de normas aplicáveis, deve-se adotar procedimento compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração¹¹.

Nesse mesmo sentido, o princípio da probidade administrativa impõe a conduta honesta, proba e íntegra que deve ser adotada pelo administrador na condução dos negócios do ente público, de forma a evitar-se que, mesmo amparado por instrumentos legais, possa o administrador desviar-se do interesse público.

No tocante ao princípio da publicidade, observa-se que, salvo as informações protegidas por sigilo devidamente justificado, os atos da administração são públicos e acessíveis a todos. Assim, o procedimento licitatório deve ser amplamente divulgado, não somente na fase que antecede a recepção das propostas, para que todos os interessados tenham igual oportunidade de participação, mas em todas as fases do procedimento, para que se possa realizar o controle da legalidade e moralidade dos atos praticados.

A publicidade da licitação, na prática, é obtida mediante divulgação dos atos convocatórios e decisões proferidas no curso do procedimento

6 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 248.

7 Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações básicas*. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 28.

8 CARVALHO FILHO, p. 248.

9 Idem.

10 Idem.

11 Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações básicas*. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 29

nos meios de comunicação como rádio, jornais, internet, etc., sejam na sua integralidade ou por meio de resumos, e pela disponibilização dos autos do processo para vistas pelos interessados.

Nesse contexto, de acordo com o vulto da contratação pretendida, especialmente em relação ao valor investido, adotam-se critérios de maior ou menor exigência quanto aos meios e amplitude de divulgação e quanto ao período de antecedência entre a publicação e a realização do certame.

Sobre os procedimentos da licitação, a vinculação ao instrumento convocatório impõe ao administrador e aos administrados as regras claras pelas quais o certame será conduzido, permitindo a todos antever a disciplina do procedimento, especificações do objeto, datas, horários, prazos, critérios de habilitação de licitantes, julgamento das propostas, etc.

Assim, estando o procedimento vinculado ao que prescreve o instrumento convocatório, quaisquer desvios que demonstrem a inobservância dessas regras pode ser objeto de anulação administrativa ou judicial.

Ainda quanto ao instrumento convocatório, pelo princípio do julgamento objetivo, fica o administrador obrigado a estabelecer critérios válidos, aceitáveis, detalhados com grau de precisão que possibilite, por exemplo, mediante simples leitura do instrumento, identificar a disciplina do procedimento em todas as fases nas quais se deve proferir uma decisão pela administração, seja para os atos interlocutórios ou para identificar o vencedor do certame, em favor do qual o objeto deve ser adjudicado.

Evitam-se, assim, subjetivismos que resultem em dúvida quanto às decisões a serem tomadas no curso do procedimento ou possibilitem qualquer margem de preferência pessoal ou favorecimentos na escolha da melhor proposta.

Na sequência, ente os princípios correlatos de que trata o art. 3º da Lei nº 8.666/93, podemos indicar o princípio da competitividade, que orienta a tomada de decisões no curso do processo licitatório, sempre no objetivo de manter o maior número de participantes e, assim, ampliar o rol de possibilidades de escolha para a Administração.

Nesse sentido, o Administrador não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação¹², procedimento que traria prejuízo também ao próprio ente público que se veria impedido de obter a melhor proposta para a contratação pretendida¹³.

12 CARVALHO FILHO, p. 252.

13 § 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam

Por sua vez, o princípio do formalismo procedimental impõe que os atos praticados na instrução do procedimento observem fielmente os parâmetros contidos as disposições legais e no instrumento convocatório, não podendo o Administrador subvertê-los a seu juízo¹⁴.

Ressalte-se que a observância do princípio não justifica a conduta do formalismo exacerbado, de modo que possa frustrar a finalidade da licitação. Não se trata de apego a detalhes mínimos que em nada contribuam para a lisura do processo, mas da observância dos critérios estabelecidos para que se possa manter a ordem do procedimento e a transparência dos atos praticados¹⁵.

Finalmente, pelo princípio da adjudicação compulsória está a Administração obrigada a adjudicar o objeto da licitação em favor do licitante vencedor. É dizer que, uma vez concluído o procedimento, observadas as regras previamente estabelecidas e identificada a melhor proposta, não pode a administração injustificadamente, deixar de adjudicar o objeto do certame ao proponente vencedor, fazendo-o em favor de outro, ou iniciando nova licitação para contratação do mesmo objeto.

Há, contudo, de se observar que a adjudicação gera em favor do licitante somente a expectativa de direito à contratação¹⁶ e a garantia de que o mesmo não será preterido em relação a outro proponente, mas permanecendo a possibilidade de que, justificadamente, a administração opte pela não contratação do objeto licitado.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS JURIDICOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS CONTIDOS NA DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁷, firmado em Roma, em 1957, e alterado pelo Tratado de Lisboa, em 2007, impõe aos Estados-Membros, quando da adjudicação de contratos públicos, a observância dos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, expressos no Tratado, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios

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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

14 CARVALHO FILHO, p. 253.

15 Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269.

17 Originalmente denominado Tratado que institui a Comunidade Europeia.

da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Dando cumprimento às determinações contidas no referido Tratado, em especial no que consta no art. 114¹⁸, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, adotaram a Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, revogando a Diretiva 2004/18/CE, que, por sua vez, agregava um conjunto de normas que anteriormente tratavam do assunto.

As regras para contratações públicas então instituídas estabelecem o âmbito de aplicação, definições e princípios, regras aplicáveis aos contratos públicos, regimes especiais para contratações públicas, procedimentos e competências, sendo aplicáveis à aquisição de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso, por contratações públicas efetuadas por compra, locação financeira ou outras formas contratuais.

Na Diretiva, conforme se deduz de seu preâmbulo, são estabelecidas normas gerais a serem incorporadas pela legislação interna de cada Estado-Membro, relativamente à adjudicação de contratos públicos, com o objetivo de atender à estratégia de “*crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*” intitulada “*Europa 2020*”, notadamente por meio da utilização mais eficiente dos recursos públicos, facilitando a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública e utilizando os contratos públicos para consecução de objetivos sociais comuns.

Analisando-se as disposições contidas na Diretiva da União Europeia, percebemos que, em relação à legislação brasileira, há em comum o objetivo de proporcionar melhor aplicação dos recursos públicos, o que se pretende na administração pública brasileira mediante a seleção da proposta mais vantajosa, e o incentivo à participação de pequenas e médias empresas nos certames licitatórios que, na legislação pátria, foi efetivado por meio da Lei Complementar nº 123/2006, que estabeleceu critérios de tratamento diferenciado em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, possibilitando a exclusividade de participação de empresas beneficiadas pela Lei Complementar em determinados processos licitatórios e o critério de empate presumido, obedecendo a uma margem percentual em relação ao melhor preço oferecido nos certames em que participarem.

Quanto aos princípios jurídicos nela expressos, destacamos aqueles destinados ao legislador dos Estados-Membros, para garantir o exercício

18 Artigo 114.o (ex-artigo 95.o TCE)

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 26.o. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

de liberdades aos nacionais, tais como o princípio da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços.

Além dos princípios destinados ao legislador, a Diretiva estabelece princípios a serem observados pelo aplicador da legislação, ou seja, ao administrador público que promove o procedimento licitatório, quais sejam: os princípios da transparência, não discriminação, igualdade de tratamento, reconhecimento mútuo e da proporcionalidade.

Analisamos a seguir o conteúdo de cada um desses princípios, no sentido em que são definidos na legislação da União Europeia, traçando, quando oportuno, um paralelo entre estes e os que estão previstos na legislação brasileira.

Pelo princípio da livre circulação de mercadorias, institui-se a união aduaneira impondo-se aos Estados-Membros a proibição de estabelecer, no direito interno, barreiras alfandegárias para o trânsito de produtos originados dos demais Estados-Membros, sejam elas restrições legais de importação e exportação ou imposições tributárias.

Conforme consta no artigo 28 da Diretiva 2014/24/UE, *“A União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente (...)”*

Nesse caso, entendemos que o princípio destina-se muito mais ao legislador, impondo-se a preservação das liberdades dos nacionais para livre comércio entre os Estados-Membros, do que propriamente à operacionalização do procedimento licitatório. De toda forma, há de se observar que o processo de licitação não deve ser conduzido de forma caracterizar-se como uma limitação ao funcionamento da união aduaneira.

A liberdade de estabelecimento, também contida na Diretiva, representa a possibilidade de qualquer nacional de um Estado-Membro estabelecer-se livremente no território da União Europeia.

Nesse sentido, o artigo 49 impõe proibição expressa às “restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro (...)”.

Da mesma forma que a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento não é um princípio próprio da legislação sobre licitações e contratos, mas deve por ela ser respeitado.

Já o princípio da livre prestação de serviços, assemelha-se aos princípios da livre circulação de mercadorias e da liberdade de

estabelecimento, representando a vedação à imposição de restrições para que os nacionais estabelecidos em um Estado-Membro possam desempenhar sua atividade de prestação de serviços noutro Estado-Membro.

A vedação está expressa no artigo 49 da Diretiva, podendo também ser estendida a terceiros estabelecidos em um Estado-Membro.

Assim, em procedimento licitatório realizado por Estado-Membro da União Europeia, para contratação de prestação de serviços, não se fará restrição quanto à participação de licitantes sediados noutro Estado-Membro.

No que mais se aproxima de tais princípios, encontramos na legislação brasileira a vedação de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

Descrevendo, por sua vez, os princípios propriamente aplicáveis ao processo de licitação, verificamos o princípio da transparência, que constitui elemento inerente ao princípio democrático, representando uma forma de permitir ao administrado a participação nos negócios do estado, mediante controle dos atos da administração pública.

No que tange ao processo licitatório, segundo esse princípio, o ente público deverá tornar pública a intenção de contratar, possibilitando aos potenciais concorrentes tomar conhecimento da oportunidade de negócio, das condições do contrato que a Administração pretende celebrar, das regras do procedimento e dos critérios de seleção das propostas.

O princípio da transparência impõe, também, que se ofereçam meios para o controle da tramitação processual, tais como a documentação de todas as fases do procedimento¹⁹, publicação dos atos administrativos por meio eletrônico²⁰, motivação das decisões administrativas²¹, clareza dos critérios a serem adotados²² e a oportunidade para a apresentação de impugnações ou recursos hábeis a corrigir eventuais desvios²³.

Assim, a diretiva indica, em diversos artigos, a exigência de que os atos do procedimento licitatório devem observar a necessária transparência, a exemplo do artigo 76²⁴, que elenca os princípios a serem seguidos pelos Estados-Membros na elaboração de suas legislações internas.

19 Item 45 dos considerandos da Diretiva 2014/24/EU.

20 Idem, Item 52.

21 Idem, Item 82.

22 Idem, Item 90.

23 Idem, Item 122.

24 1. Os Estados-Membros devem instituir regras nacionais para a adjudicação dos contratos abrangidos pelo presente capítulo, a fim de assegurar que as autoridades adjudicantes respeitem os princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos. Os Estados-Membros são livres de fixar as normas processuais aplicáveis, desde que essas regras permitam às autoridades adjudicantes atender às especificidades dos serviços em questão.

Nesse contexto, releva observar que a publicidade constitui elemento inerente ao princípio da transparência, caracterizando-se como meio de sua exteriorização. A publicidade dos atos do procedimento está prevista em várias disposições da Diretiva, promovendo-se, inclusive, a publicação por meio eletrônico e que a sua ausência pode levar à nulidade do procedimento.

Com efeito, comparando-se o conteúdo do princípio da transparência com os princípios contidos na legislação brasileira, verificamos que esta, embora não haja expressamente indicado o princípio na legislação, tratou de orientar o procedimento para sua observância.

A imposição dos princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da formalidade, além da obrigação de motivar os atos administrativos, proporciona meios de transparência equivalentes aos previstos na Diretiva da União Europeia.

Com efeito, quando utiliza o princípio da publicidade determinando a divulgação dos atos convocatórios, decisões tomadas no curso do processo e atos da execução contratual meios de comunicação como diários oficiais, jornais, televisão e internet, a Administração, ao tempo em que informa aos interessados sobre os atos do procedimento, submete as suas decisões ao crivo do controle social.

Além disso, o vínculo do trâmite processual às regras previamente estabelecidas na legislação e no instrumento convocatório, que deve impor condições claras e objetivas para tomada de decisões, e a observância de requisitos formais de procedimento, com motivação de todos os atos administrativos e a oferta oportunidade para impugnações e recursos, não somente aos participantes, mas a todos os interessados, são diversos aspectos da legislação brasileira que possibilitam um mínimo de transparência nas contratações públicas.

Portanto, quanto aos requisitos de transparência previstos na Diretiva da União Europeia, verificamos que não há inovação substancial em relação à legislação brasileira.

No tocante aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, que entendemos correlatos, adotados no padrão da União Europeia, estes sugerem que as normas internas de licitação e contratos nos Estados-Membros, não deverão conter disposições que imponham obstáculos injustificados à participação dos agentes econômicos na adjudicação dos contratos públicos.

A igualdade de tratamento impõe, especificamente, que as regras do procedimento devem ser claras e de conhecimento público, de igual aplicação para todos os interessados, com oferta de igual oportunidade para participação. Com base nesse princípio, não se toleram a divulgação privilegiada de informações que possam colocar um operador econômico

em vantagem em relação aos demais interessados na contratação. Assim, em casos como alterações de especificações técnicas ou documentos dos processos de licitação, deve ser oferecida a oportunidade para todos os participantes reformularem suas propostas.

Sobre o conteúdo do princípio da não discriminação, este se direciona especialmente a evitar tratamento diferenciado aos operadores econômicos e aos trabalhadores de outros Estados-Membros, tanto na oportunidade de participar dos processos de contratação pública, quanto na ausência de obstáculos indiretos à participação dos interessados.

Nesse caso, vislumbra-se perfeita identificação do princípio da igualdade de tratamento contido na diretiva 2014/24/UE, com o princípio constitucional da isonomia, previsto na Constituição brasileira.

Nesse contexto, entendemos que a legislação brasileira de licitações e contratos, busca proporcionar a igualdade de tratamento, oferecendo a todos os interessados a possibilidade de participar em igualdade de condições, salvo, obviamente, os requisitos de habilitação que deverão sempre estar respaldados na razoabilidade, a fim de evitar limitações de mercado.

Também a publicidade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo das propostas tem a vantagem de evitar o favorecimento de participantes em detrimento de outros, porquanto a ampla e prévia divulgação pública das regras do certame possibilita melhor controle dos atos da administração.

Sendo assim, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, na forma em que adotados pela União Europeia, encontram-se também contemplados na legislação brasileira.

O princípio da proporcionalidade, contido na Diretiva, indica a necessidade de que os requisitos para a participação no procedimento licitatório sejam exclusivamente os necessários e adequados à finalidade para a qual forem instituídos, evitando-se exigências excessivas e desvinculadas dos objetivos do procedimento.

Também na condução do procedimento e no atendimento dos requisitos de participação previamente estabelecidos, não se deverá impor rigor excessivo e desarrazoado de modo a, por exemplo, excluir um participante por irregularidades de pequena importância.

No direito brasileiro, encontramos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Segundo a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁵, a proporcionalidade constitui um dos aspectos da razoabilidade, impondo que, o ato administrativo, observe a necessária proporcionalidade entre os meios utilizados e a finalidade que se pretende

25 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 81.

alcançar. Essa proporcionalidade deve ser medida, não pela análise subjetiva do Administrador, mas pelos padrões comuns da sociedade, em relação a cada caso concreto²⁶.

A violação do princípio da razoabilidade decorre necessariamente de alguma ilegalidade do ato, não havendo, por conseguinte, ato perfeitamente legal a violar o referido princípio. Acrescenta-se, ainda, que a razoabilidade há de ser preservada não somente na função administrativa, mas em qualquer função pública²⁷.

A proporcionalidade, sendo princípio ainda em evolução, tem como foco evitar o excesso de poder, mantendo os atos da administração pública dentro dos limites adequados ao atendimento do interesse público em cada caso concreto²⁸.

Assim, embora a razoabilidade não seja um princípio expresso na lei brasileira de licitações e contratos, pode-se deduzir que este está presente no ordenamento, impondo-se sobre toda e qualquer função pública e, portanto, há de ser observado também nos procedimentos licitatórios.

Finalmente, com relação ao princípio do reconhecimento mútuo, verificamos que este impõe aos Estados-Membros da União Europeia a obrigação de reconhecer como válidos os produtos e serviços, com as respectivas especificações técnicas e documentos, apresentados por agentes econômicos dos demais Estados-Membros, quando equivalentes aos seus.

Nesse caso, por tratar-se de aspectos inerentes à União Aduaneira, entendemos que tal princípio não se aplica ao Brasil.

4 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, constatamos que a União Europeia, buscando padronizar e uniformizar procedimentos, adotou a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, para orientar a elaboração da legislação interna dos Estados-Membros no tocante aos contratos públicos.

Após análise do texto da Diretiva, verificou-se que a União Europeia definiu a busca de seus objetivos de crescimento mediante utilização mais eficiente dos recursos públicos, facilitando a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública e utilizando os contratos públicos para consecução de objetivos sociais comuns.

No tocante aos princípios jurídicos, constatou-se que não há inovação significativa com relação à legislação brasileira que trata de licitações

²⁶ PIETRO, op. cit.

²⁷ CARVALHO FILHO, p. 42.

²⁸ Idem, p. 43.

e contratos da Administração Pública. Quanto aos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, percebe-se que tais previsões normativas estão direcionadas com maior ênfase ao legislador dos Estados-Membros da União Europeia, para evitar que se imponham restrições à participação de agentes econômicos sediados num Estado-Membro em certames licitatórios realizados por outro Estado-Membro. Da mesma forma, o princípio do reconhecimento mútuo impõe o reconhecimento da validade de bens e serviços e documentos com origem nos demais Estados-Membros.

Sendo assim, no que se refere ao livre trânsito de bens e serviços entre países, nos moldes da União Europeia, não há aplicabilidade na legislação brasileira, porquanto o Brasil não é participante de bloco econômico equivalente. De toda forma, a Constituição Federal estabelece o princípio da isonomia, que impede a imposição de restrições à participação no certame licitatório em razão da localização da sede do interessado.

Quanto aos princípios destinados ao procedimento licitatório, salvo as divergências de nomenclaturas, podemos concluir que os princípios da transparência, da não discriminação, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, previstos na Diretiva, encontram correspondência na legislação brasileira.

Observando-se especificamente o princípio da transparência, este foi expressamente previsto na Diretiva, em observância ao princípio democrático, como forma de permitir ao administrado a participação nos negócios do estado, mediante controle dos atos da administração pública.

A legislação brasileira, embora não tenha indicado expressamente esse princípio nas normas de licitações e contratos, adotou mecanismos visando a sua aplicação, tais como os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da formalidade, além da obrigação de motivar os atos administrativos.

Já os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação adotados pela União Europeia, encontram-se representados na Constituição Federal, por meio do princípio da isonomia ou da igualdade.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade, está também previsto na legislação brasileira, não especificamente nas normas sobre licitações e contratos, mas na legislação sobre processo administrativo, que impõe a observância da razoabilidade e proporcionalidade nos atos da administração.

Portanto, podemos concluir que legislação brasileira aplicável às licitações e contratações públicas, contém os princípios jurídicos previstos na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e, embora as indicações expressas na legislação brasileira utilizem, por vezes, nomenclatura diversa da adotada na Diretiva da União Europeia,

o conteúdo dos princípios, nos dois casos, tem interpretação convergente, não se encontrando no modelo Europeu nenhuma inovação em relação à normatização adotada no procedimento de licitação brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara. Aspectos comparativos do regime licitatório no Brasil e na Comunidade Européia. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 61, p. 80/104, 2006. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=751480>>. Acesso em: 28/09/2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações básicas*. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

BRAZ, Petrônio. *Processo de Licitação, contrato administrativo e sanções penais*. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.