
ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS PÚBLICOS NA ITÁLIA E NO BRASIL

GENERAL ASPECTS OF PUBLIC CONTRACTS IN ITALY AND BRAZIL

*Christianny Gomes Jorge
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves Linhas sobre a Administração Pública no Direito Italiano; 2 A Influência do Direito Comunitário; 3 A Atividade Contratual da Administração Pública Italiana – Código de Contratos Públicos; 4 Aspectos Gerais dos Contratos Celebrados pela Administração do Direito Brasileiro; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar aspectos gerais sobre o intrincado tema da contratação pública, de modo a propiciar breves noções sobre aspectos da licitação e contratação pública no âmbito do direito italiano e brasileiro, com peculiaridade da aplicação do direito comunitário. O tema já foi objeto de muitas controvérsias e debates, com posições que divergem sistematicamente. Faremos uma sucinta abordagem sobre o direito administrativo em ambos Estados, seguindo-se um breve estudo da atividade contratual da Administração italiana, trazendo-se as principais características da sistemática italiana e da brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Contratos Públicos. Aspectos Gerais. Sistema Italiano e Brasileiro.

ABSTRACT: This article aims to present general aspects of the intricate subject of public contract, in order to provide brief notions about aspects of bidding and procurement under the Italian law and the Brazilian law, peculiarity with the application of european law. The issue was the subject of much controversy and debate, with positions that differ systematically. We will make a brief approach to administrative law in both States, followed by a brief study of the Italian administrative contracting activity, bringing up the main characteristics of the Italian and Brazilian systematic.

KEYWORDS: Administrative Law. Contracts. General. System in Italy and Brazil.

INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente artigo uma breve análise de direito comparado, seguindo-se com o estudo da forma utilizada pela administração pública italiana para escolher seus contratantes, apresentando as principais características da sistemática italiana em contraponto com a brasileira.

Cabe registrar que a utilização maciça de instrumentos privatísticos nos contratos públicos é um fenômeno que vem ocorrendo atualmente com bastante frequência, e coloca em questão a própria identidade dos contratos administrativos. O tema, historicamente, sempre gerou grande controvérsia, quanto à utilização de normas privadas em seara de contratos públicos, sem que houvesse ruptura dos fundamentos publicísticos.

O fato é que tanto no Brasil, como no exterior, cada vez é mais frequente a utilização de instrumentos privatísticos de ação.

O direito italiano tem disciplinado especificamente a categoria dos contratos públicos. A primeira e mais importante lei sobre o assunto é a Lei 2248/1865, relativa aos contratos de *lavori pubblici*. Também o RD 2240/1923 que traz disposições sobre administração do patrimônio e sobre a contabilidade geral do Estado italiano, previa regras para seleção das ofertas, critérios de adjudicação, elevando a hasta pública a princípio geral para a adjudicação.

Em 2006, entrou em vigor o Codice dei Contratti Pubblici (CCP), relativo às contratações de obras, serviços e fornecimento (DLgs 163/2006), que incorporou as diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, que tiveram impacto significativo sobre as transações além das fronteiras do Estado italiano.

Longe de soluções definitivas, procura-se com o presente artigo trazer algumas breves reflexões sobre a problemática da tutela dos contratos públicos no direito italiano e no direito brasileiro.

1 BREVES LINHAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ITALIANO

O direito administrativo italiano tem origem peculiar se contrastado com outros ordenamentos jurídicos, com uma associação de duas tradições distintas: a francesa e a alemã. Numa primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas de direito privado. Na segunda fase, passou a assumir caráter científico, com sistematização própria, embora com influência estrangeira, especialmente do direito alemão.

No período após a Primeira Guerra, alargam-se as bases sociais do Estado italiano, com ampliação dos poderes de gestão e de controle, bem como com aumento de suas atribuições institucionais, modificando-se o plano do direito utilizado pela Administração pública. É nesse contexto que o Código Civil cede passo ao direito administrativo.

A Constituição italiana, entre outros propósitos, indica certas funções públicas (e as qualifica como de interesse público) – saúde, educação, previdência, assistência social, etc., mas reconhece aos indivíduos, ao mesmo tempo, a liberdade da atividade privada ou o direito de alcançá-la. Em decorrência, admite que os interesses públicos possam ser satisfeitos por entidades privadas, e, portanto, com instrumentos de direito privado. (Exemplo, art . 38, último parágrafo, artigo 41, parágrafo terceiro).

Portanto, se os interesses públicos podem ser satisfeitos por entidades privadas, é evidente que podem ser igualmente satisfeitos por entidades públicas mediante instrumentos do direito privado.

Na expressão do Prof. Sabino Cassese, referindo-se predominantemente à Itália,

a definição de Administração Pública e o reconhecimento de seus confins, que não suscitavam dúvidas até alguns decênios atrás, tornaram-se notavelmente incertos. Para compreender-se a causa de tal incerteza, considerem-se somente dois aspectos. Por um lado, as dimensões atingidas pela Administração Pública em seu conjunto (não menos de cinco milhões de servidores). Por outro lado, a variedade das figuras organizativas que abrangem a extrema diversificação das disciplinas, ao ponto em que há entes públicos cuja atividade é regulada quase integralmente pelo Direito Privado (celebram contratos como os particulares, não dispõem dos poderes impositivos que usualmente caracterizam a Administração Pública etc.). Nesta realidade multiforme, a pesquisa de um conceito unívoco de Administração Pública é problemática e sua delimitação depende essencialmente dos critérios que, em relação a certa finalidade (de ordem jurídica, econômica ou estatística), se deseja seguir.¹

E prossegue Eduardo Lobo Botelho Gualazzi fazendo um confronto tópico dos vários institutos da Administração Pública do Brasil e da Itália, para realçar as semelhanças e as diversidades:

1 Sabino Cassese, *IL Sistema Amministrativo Italiano*, Bolonha, II Mulino, 1983, p. 15, apud Administração Pública – Comparação entre a Administração Pública da Itália e do Brasil. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Revista dos Tribunais*, v. 645, p. 236, jul./1989 DTR/1989/116.

“ Entre o Estado (stricto sensu, consoante os “tipos organizativos” de Sabino Cassese) da Administração Pública italiana e a Administração direta ou centralizada da Administração Pública brasileira há semelhança, virtual identidade, somente no tocante aos ministérios. Porém, há diversidade profunda de categorias e regime jurídicos no tocante aos outros entes e órgãos. Com efeito, o Estado italiano tem dois “tipo organizativos” (administrações e gestões autônomas) que exercem atividade pública, com regime jurídico misto e personalidade semipública, ao passo que todos os entes e órgãos da Administração direta ou centralizada do Brasil, ao contrário do que ocorre no âmbito do Estado italiano, no tocante às administrações (monopólios e correio) e gestões autônomas (ferrovias, estradas, telefones e intervenções sobre os mercados agrícolas).

Por outro lado, no tocante à maioria dos entes públicos italianos não há paralelismo ou correlação, necessária ou incidental, entre a forma do ente, quase sempre pública, e o regime jurídico de execução da atividade, quase sempre privado ou misto, ao contrário do que caracteriza as empresas públicas e as sociedades de economia mista do Brasil, ou seja, a correlação necessária, paralela, entre a forma jurídica privada e o regime jurídico privado daqueles entes de intervenção econômica do Estado.

Por fim, verifica-se haver parcial semelhança de categorias jurídicas, institutos e regimes jurídicos no tocante aos entes excedentes da Administração direta e indireta do Brasil e os “entes públicos” da Itália, com exceção das corporações públicas de profissionais liberais do Brasil: há saliente semelhança, formal e substancial, entre os “entes hospitalares” da Itália e muitas organizações de serviço público-social do Brasil, como contribuições parafiscais.²

Atualmente, a questão ganha maior relevo, uma vez que as normas de direito administrativo se inserem cada vez mais num direito “global”, com a integração cada vez mais intensa entre as administrações nacionais e supranacionais. As relações internacionais estão cada vez mais ativas, com o advento de um direito comunitário, que supervisiona a independência das autoridades reguladoras, com disciplina sobre as mais variadas matérias administrativas, como também ocorre na temática dos contratos.

² GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Pública: Comparação entre a Administração Pública da Itália e do Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 645, p. 236, jul/1989 DTR/1989/116, p. 03.

O direito administrativo italiano antes restrito ao âmbito estatal, está hoje afeto a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos do direito comunitário. Entretanto, isto não quer dizer que o mercado doméstico de produção e aplicação normativa foi extinto. Talvez a experiência europeia possa servir de paradigma no âmbito do Mercosul, de modo a promover maior integração e desenvolvimento aos Países integrantes do mesmo.

Provavelmente, algumas bases do direito administrativo teriam que ser repensadas, como, por exemplo, o princípio da legalidade, haja vista os distintos níveis normativos – nacionais e supranacionais. Da mesma forma, a aplicação dos princípios gerais do direito ganham um novo contorno diante da diversidade de normas Estatais, devendo ser feita uma comparação e harmonização do direito existente nos diversos Países.

2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO

A natureza supranacional da Comunidade Europeia gerou, sobretudo no passado, inúmeras dificuldades nas relações entre o ordenamento nacional e o comunitário. Após anos de intensas divergências entre a Corte Constitucional italiana e a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, restou reconhecida a primazia do direito comunitário, com a conseqüente não aplicação da norma nacional contrastante com o direito comunitário. De fato, os princípios comunitários são diretamente aplicáveis aos ordenamentos dos Estados membros, sem necessidade de recebimento formal.

Como qualquer outra ordem jurídica, também a Comunitária não pode ser constituída apenas por normas escritas, haja vista que todas as ordens jurídicas têm lacunas que deverão ser preenchidas pelo direito não escrito. Os princípios gerais do direito são fontes não escritas do direito Comunitário. Trata-se de normas que traduzem conceitos fundamentais de direito e de justiça, às quais a ordem jurídica está obrigada.

Portanto, na ausência de ordenamento escrito, também o direito comunitário se socorre dos princípios gerais, que são uma das fontes mais importantes do direito comunitário. É que os referidos princípios permitem preencher as lacunas existentes ou desenvolver de forma mais justa o direito estabelecido através da interpretação, recorrendo-se à equidade, ou mesmo à jurisprudência, que, no âmbito de suas atribuições, garante o respeito do direito na aplicação do Tratado.

Também o tema referente aos contratos públicos sofreu marcante influência do direito comunitário. O tratado estabeleceu o objetivo de garantir a livre circulação de bens e serviços e à liberdade de estabelecimento de sociedades, na sua essência.

Mesmo antes do ato único europeu de 1986, modificando o Tratado de Roma (art. 130 f), visando garantir as empresas explorar plenamente o potencial do mercado interno, os organismos comunitários preocupavam-se em abrir a concorrência os setores de obras públicas, de serviços e de fornecimento (Diretivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 80/767/CEE.)

Acreditando insuficientes as proibições impostas aos Estados no sentido de limitar a circulação de bens, serviços, pessoas, capitais, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram diretivas, visando à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros (assim, hoje, o art. 114 TFUE), para assegurar a instauração e o funcionamento do mercado interno.

Com a normatização comunitária, a disciplina legislativa visa assegurar às empresas um mercado competitivo, de modo que a concorrência em nível europeu traga ao consumidor um benefício em termos de qualidade e preço.

A comunidade europeia regula apenas a celebração (affidamento), mas não a execução do contrato. A execução dos contratos vai ser regulada pelo direito italiano, no caso, pelo Código de Contratos Públicos – DLgs 163/2006 (codice dei contratti pubblici).

Existe uma diferença de procedimento na celebração dos contratos, haja vista que enquanto a comunidade europeia elege um modelo mais flexível, concedendo muita discricionariedade ao administrador, mais liberdade de escolha, a legislação italiana elege um modelo mais rígido, ou seja, um modelo pré-fixado na lei.

O legislador italiano optou pelo sistema rígido. Perde-se eficiência, todavia, em tese, pretende-se a diminuição da corrupção. A Lei 109/1994 é uma lei extremamente rígida e vinculante.

Entretanto, hoje, busca-se uma modelo mais flexível, uma combinação de elementos, visando o preço e a qualidade. No passado, buscava-se essencialmente o preço.

3 A ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA – CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS

AUTONOMIA CONTRATUAL

Hoje, a complexa disciplina da matéria está unificada no DLgs 163/2006 (código dei contratti pubblici).

O sistema de contratação administrativa italiana se baseia num sistema misto, uma atuação administrativa híbrida, em que o processo de formação contratual apresenta uma fase de decisão, que pertence ao

direito administrativo, e uma fase de execução, que se desenvolveria segundo o direito privado.

Assim, uma primeira fase de escolha (“scelta”) do contratante, se considera aplicável o direito público, tendo em vista a supremacia da Administração Pública; e um segundo momento, que tem início com a estipulação contratual e se segue até a sua extinção, caracterizada pelo fato de que as partes se encontram em condições de paridade, todas titulares de direitos e obrigações.

Pode-se dizer que o critério primordial para identificação dos contratos típicos da administração pública italiana é formal-procedimental.

Todavia, é preciso salientar que há um sistema de sobreposições contínuas e recíprocas entre as duas fases: procedimental e executória, pública e privada.

Cabe destacar que o Decreto 163/2006, define contrato público no parágrafo terceiro, do artigo 3º como, verbis:

3-. «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

Aplicam-se às disposições gerais do Codice Civile italiano á Administração Pública, e, portanto, também o artigo 1322, que autoriza as partes celebrarem contratos não explicitamente disciplinados pelo mesmo código.

A Administração Pública italiana pode celebrar todo tipo de contrato reconhecido no ordenamento jurídico. Em tese, não existem restrições de ordem geral a realização dos contratos.

Nos últimos anos, as novas normas sobre a atividade administrativa reconhecem à Administração a capacidade de utilizar instrumentos contratuais de maneira geral, visando racionalizar e melhorar a eficiência de todo o sistema.

Embora o direito privado seja aplicado na seara dos contratos públicos, a administração também tem necessidade de aplicar uma específica disciplina na negociação dos contratos, o que significa dizer que embora os contratos concluídos pela Administração sejam essencialmente remetidos ao direito privado, o fato é que também se socorre de normas de direito administrativo, visando resguardar o interesse público.

Assim, em matéria contratual tanto se aplicam os princípios e disciplinas do direito administrativo, como princípios do direito privado, como, por exemplo, o da boa-fé.

Por conseguinte, segundo as fases da contratação pública, os contratos seguem um padrão duplo: a seleção dos concorrentes segundo as regras do direito público, enquanto o direito privado se aplica na fase de execução do contrato.

A autonomia contratual, reconhecida no ordenamento legal se manifesta de várias maneiras, três dos quais são essenciais: A liberdade de contratar (e portanto também de não contratar, ou seja, de não celebrar o contrato); a liberdade de escolher a outra parte; a liberdade de pactuar as condições contratuais.

Em todos os três aspectos a autonomia da administração é limitada. Isto ocorre para evitar que existia um conluio nas relações entre os agentes públicos e contratantes.

Há uma regra que remonta à norma de contabilidade das origens do Estado italiano: a regra que tende a subtrair da administração e dos seus agentes a escolha do contraente, confiando-a, ao invés, a mecanismos objetivos, que são a hasta pública ou a licitação.

As regras sobre a escolha do contratante encontram-se, em termos gerais, na legislação dos anos 20 (Lei de contabilidade n. 2440/1923; reg cont. 827/1924). Todos os contratos resultantes das despesas e das receitas do Estado – se regem pelo art. 37 da lei de contabilidade – devem ser precedidos da hasta pública, exceto os casos indicados em lei especial e aqueles previstos nos artigos seguintes (contratação direta, arts. 38 e 39; concurso, art. 40; negociação privada, art 41). Todavia, na década de 70 (art. 2, DPR 627/1972), a disposição foi modificada de modo que para os contratos que derivam da despesa a escolha entre hasta pública e a contratação direta é remetida ao juízo discricionário da administração pública.

Também é de se destacar que a contratação direta é permitida somente em casos excepcionais, como, por exemplo, nos casos de urgência ou quando o produto é de único produtor.

Como já foi dito, o processo de formação do contrato é então dividido em duas fases, uma pública, que envolve medidas administrativas, e uma privada, que corresponde ao caso descrito no art. 1326 do código civil italiano.

Podemos elencar alguns princípios gerais para a escolha do contratante, que se encontram cristalizados no artigo 2º do DLgs 163/2006 (Código de Contratos Públicos): livre concorrência; paridade de tratamento; não discriminação; transparência; proporcionalidade; publicidade e mútuo reconhecimento.

A livre concorrência (*par conditio*) significa que todos os sujeitos que participam de uma concorrência pública, devem ter a mesma

possibilidade de vencê-la. As regras devem ser claras e não se deve criar estados diferenciados entre os concorrentes.

DELIBERAÇÃO DE CONTRATAR (ART. 25 LEGGE 62/2005 E ART. 3, COMMA 17, DLGS 163/2006)

A deliberação de contratar é formalizada pela administração pública. Trata-se de um ato interno da Administração pública, ato de validade interna, que tem por finalidade o interesse público.

O ato deve conter o objeto do contrato, o edital e a escolha pela modalidade de concorrência. À deliberação de contratar segue-se a publicação do Edital, as ofertas das empresas, que serão julgadas por uma Comissão, que graduará as ofertas apresentadas.

Sob o pálio do direito comunitário que tutela a promoção da concorrência, a imposição da obrigatoriedade de transparência no agir da administração, visa garantir o desenvolvimento de uma dinâmica de concorrência de mercado. Na verdade, existe uma preocupação de evitar a violação às regras da competitividade de mercado, através da violação aos princípios da *par conditio*, imparcialidade, não discriminação por nacionalidade, entre outros.

PUBLICAÇÃO DO AVISO PÚBLICO – *BANDO DI GARA*

A determinação de contratar se exterioriza com a publicação do edital.

É um ato que a doutrina entende que se assemelha a oferta pública (art. 1336 c.c italiano). É um convite a fazer uma oferta. A proposta vem da contraparte e a administração pública ao aceitá-la dá ensejo à conclusão do contrato.

Cabe registrar que a norma europeia requer seja dada a máxima publicidade ao edital, também com a publicação na gazeta oficial da comunidade europeia, de modo que seja conhecido pelas empresas interessadas e, conseqüentemente, possam concorrer. (art. 66, Dlgs 163/2006).

O edital deve conter informações essenciais à formulação das ofertas, tais como: quantidade, duração, critérios de adjudicação, documentação, condições, requisitos de participação, etc. Em linhas gerais está regulado no art 64, do Dlgs 163/2006. Entretanto, a Administração pode introduzir cláusulas específicas, que, nesse caso, vinculam o administrador.

No caso de existir uma cláusula ilegítima, contrária aos preceitos legais, ou que restrinjam a concorrência, as empresas interessadas podem impugnar o edital.

LEGITIMADOS À OFERTA

Na Itália vigia uma regra de 1962, que limitava a participação às empreitadas de valor superior a certo limite as empresas registradas num cadastro nacional de fabricantes: inscritas por um certo período de tempo e por uma certa especialização. Isto resultava não só na exclusão das empresas estrangeiras, mas também uma segmentação das ofertas por valor e por especialidade, o que reduzia sobremodo a concorrência.

Com o advento do Direito Comunitário, inspirado nos princípios da liberdade de circulação das mercadorias, liberdade de prestação dos serviços, liberdade de estabelecimento, liberdade de circulação do capital, esta estrutura foi modificada. De fato, os princípios do direito comunitário resultaram na alteração das normas internas italianas, que restringiam a concorrência.

Sob esta perspectiva, tornou-se essencial que as contratações fossem concedidas mediante procedimentos competitivos, adequadamente publicados (no diário europeu), e que o edital não contenha cláusulas discriminatórias, etc.

Assim, ao invés de inscrição em cadastro, a empresa participante deve apresentar capacidade econômica, financeira e técnica adequada a natureza e ao conteúdo da contratação.

Art.41.Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 47, direttiva 2004/18; art. 1,3 d.lgs. n. 157/1995; art. 13, d.lgs. n. 358/1995)

1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) idonee dichiarazioni bancarie;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Um dado interessante é que visando aumentar a participação de empresas nas contratações, o direito europeu introduziu o instituto da associação temporária de empresas ou agrupamento temporário de empresas, de modo a poder participar da competição e conseguir obter a adjudicação do contrato, ao qual não poderia aspirar individualmente (art. 37).

CRITÉRIO DA ADJUDICAÇÃO

Tem se atribuído muita relevância ao critério do menor preço, prescindido de qualidade, correndo o risco de um produto ou uma prestação ruim. Existem dois modos de minimizar os riscos, um é a qualificação das empresas que são permitidas a formular a oferta, e outra forma, é combinar o critério do preço com outro critério do tipo qualitativo. Esta situação se assemelha ao direito brasileiro.

O direito europeu está hoje assentado em dois critérios: o critério do menor preço e o critério da oferta economicamente mais vantajosa.

Quando o critério é o da oferta economicamente mais vantajosa, o edital estabelece os elementos de valoração como, por exemplo, o preço; a qualidade; valores técnicos; características estéticas e funcionais; características ambientais; custo de utilização e manutenção, assistência técnica, entre outros (os critérios para escolha da melhor oferta encontram-se descritos nos artigos 81 e seguintes do Dlgs 163/2006).

Uma das questões tormentosas em matéria de licitação e contratação pública é a questão atinente à necessidade de se impedir “acordos” entre as empresas participantes, que consentem que outras ganhem a contratação, com o objetivo de um tratamento recíproco em uma concorrência futura, outras deixam de participar para deixar livre para outra empresa, etc.

DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Segue-se o início da execução do contrato, regulada pelo direito civil.

Na execução do contrato as partes tem direitos e obrigações caracterizadas por uma relação sinalgmática, enquanto no procedimento de adjudicação, a administração pode exercer poderes administrativos.

Em decorrência, atividade contratual da administração pode ser dividida em duas fases, a primeira, do direito administrativo, e a segunda do direito privado.

A influência marcante do direito comunitário vem acarretando transformações no direito administrativo italiano, atingindo o problema dos contratos da administração, também no que diz respeito a repartição entre os momentos público e privado.

A regulação comunitária sobre contratos administrativos não visa uma harmonização integral de diretivas nacionais sobre a matéria, mas sim a coordenação dos procedimentos de formalização de contratos públicos, introduzindo um mínimo de normas comuns sobre critérios de adjudicação, publicidade dos certames, especificações técnicas utilizadas em documentos contratuais, entre outros.

Como já foi dito alhures, dois aspectos principais são visados pelo direito comunitário em sede de contratação pública: a abertura dos processos de seleção à ampla concorrência e a adequação dos ordenamentos nacionais às Diretivas da UE.

Nos últimos anos, diante dos problemas financeiros na Europa, tem ocorrido um financiamento privado de obras públicas, cujo principal modelo é o contrato de concessão, que é um tipo de contrato em que o agente privado realiza um fazer, é um direito que é dado ao particular de gerir o serviço (*lavori e servizi*).

Nos contratos de empreitada o agente privado constrói e a administração pública paga o respectivo. Na concessão, o agente privado constrói e a administração pública concede o direito de gestão.

Na concessão existe uma transferência do risco do contrato ao setor privado. Normalmente, as concessões apresentam normas bastante vantajosas para justificar a transferência do risco do contrato.

A Diretiva 93/37/CEE conceitua a concessão como um contrato de direito público.

Artículo 1

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por

escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra

b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución

y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II

o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una

obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

Artigo 1o

Para efeitos da presente directiva:

a) Os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

De todo modo, é bastante problemático definir a natureza a os limites da ação privada no âmbito dos contratos públicos. É que a distinção entre direito privado e público na execução dos contratos não é assim tão precisa, haja vista que existem diversas interferências entre as disciplinas, pois a administração pública mantém alguns poderes unilaterais, como, por exemplo, o de resolver o contrato por culpa do contratante.

Nesse contexto, as interseções entre direito público e privado devem ser verificadas caso a caso.

4 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como ensina Odete Medauar³

O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que pode ser enfeixados do seguinte modo: a) contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados semipúblicos, como a locação, em que o poder público é o locatário; b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos, como

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. RT, 11.2 – Tipologia, p. 242.

a locação, em que o poder público é o locatário; c) figuras contratuais recentes, regidas precipuamente pelo direito público; exemplo: convênios, contratos de gestão.

O regime especial de direito público dos contratos administrativos confere ao poder público uma plêiade de prerrogativas a revelar a participação no contrato com supremacia de poder. O regime exorbitante decorre não só das estipulações contratuais expressas, como é também consectário das determinações legais.

Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado. Na verdade, tal fenômeno também vem ocorrendo entre os contratos de órbita particular, com a submissão destes a preceitos de ordem cogente.

É possível dizer que no Brasil ocorre uma ampliação das chamadas vinculações públicas, que é o da unificação do regime contratual público. Se entre os italianos permanece um momento privado subjugado por uma fase publicística anterior, no Brasil prevalece a tendência de que toda a base da atividade administrativa estaria sujeita ao direito público.

No ordenamento brasileiro esse regime jurídico está contido na Lei 8666/93. Já para as concessões, permissões de serviço público vigora a Lei 8987/95; as duas leis foram alteradas pela Lei 9648/98.

A conceituação pode ser encontrada na própria lei 8666/93, no parágrafo único do 2º, verbis: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Quanto ao regime jurídico dos contratos administrativos clássicos, ensina Odete Medauar:

Sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público e este prepondera sobre os interesses privados. Daí ser inaplicável aos contratos firmados por órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado. A preponderância e defesa do interesse público levaram à atribuição de prerrogativas à Administração que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos

pecuniários do particular contratado. Os contratos administrativos são norteados, assim, por um regime público dinâmico.⁴

De fato, a Lei 8666/93 considera todos os contratos firmados pela Administração como sendo administrativos, que carregam implicitamente as cláusulas exorbitantes, cuja sede legal encontra-se consignada no artigo 58 da Lei de Licitações.

Nas últimas décadas surgiram novas figuras contratuais, regidas precipuamente pelo direito público, instrumentalizadas por técnicas contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias entre a administração e particulares ou entre órgãos e entidades estatais.

Assim como no direito italiano, a Administração brasileira não pode contratar livremente. Entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato, realiza-se a licitação, que é um processo administrativo que visa selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer a oferta mais vantajosa ao interesse público, e que tem por princípio a igualdade de condições aos participantes (inciso XXI do art. 37 da CFRB). Em casos excepcionais, permite-se a Administração pública a contratação direta, o que é mencionado no próprio inciso XXI do art. 37 da CFRB:

Por seu turno, o art. 173, par. 1º, III, da CFRB, na redação dada pela EC 19/98, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observarão os princípios da Administração pública, o que sugere um regime mais flexível, diferente do regime das estatais prestadoras de serviços públicos.

A prática pretoriana recente vem admitindo um movimento de aproximação com o direito privado, para manter a autonomia negocial e da regular atuação aos critérios prefixados contratualmente, de modo a prestigiar a segurança jurídica, num modelo que contradiz as bases do regime publicístico dos contratos administrativos.

Tendo em vista que a Lei 8666/93 é minuciosa passaremos a expor em linhas gerais questões atinentes à licitação no direito brasileiro. O artigo 3º da Lei 8666/93 estabelece que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Também elenca os princípios que devem ser observados.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa

4 SOTO KLOSS, op. cit., p. 578, in *Direito Administrativo Moderno*, 9. ed. p. 247)

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)

Tal qual no direito italiano, o brasileiro visa a isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendem participar da licitação, vedada qualquer discriminação. O princípio da igualdade e o da competitividade encontram-se insculpidos nos incisos I e II do par. 1º do art. 3º da Lei 8666/93. Tais dispositivos tem por finalidade vedar condições que restrinjam o caráter competitivo e estabeleçam distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes; e proíbem tratamneto diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Como já foi visto, o tema referente aos contratos públicos no direito italiano sofreu profunda influência do direito comunitário, de modo que a disciplina legislativa, hoje, visa assegurar às empresas um mercado competitivo, afastando as normas que limitavam a concorrência, legando ao consumidor um benefício em termos de qualidade e preço.

O artigo 34 da Lei 8666/93 prevê, para os órgãos e entidades que realizam licitações com frequência, a manutenção de um registro cadastral para efeito de habilitação, válido, no máximo, por um ano, como um meio de atestar a regularidade da empresa para participar da licitação, bem como controlar o desempenho do inscrito na execução do contrato, pois sua atuação será anotada no respectivo registro (par 2º do art. 36).

Cabe aqui uma pequena referência ao direito italiano, influenciado pelas normas comunitárias, que estabelece que a empresa participante comprove sua capacidade econômica e financeira, através de declaração bancária idônea, balanços ou extratos de balanços, faturamento ou qualquer outro documento considerado idôneo para a contratação, nos moldes do art. 41, par. 3º do DLgs 163/2006.

O processo licitatório brasileiro tem início com a publicação do edital, que é a lei interna da licitação. O artigo 40 da Lei 8666/93 estabelece os dados que obrigatoriamente devem integrar o texto do edital, como, por exemplo, objeto da licitação, prazo e condições para assinatura do contrato, critério de julgamento, entre outros.

A divulgação do edital efetua-se pela publicação de aviso com resumo do mesmo, nos seguintes veículos: Diário Oficial da União (órgãos ou entidades federais); Diário Oficial do Estado ou do Distrito

Federal (órgão ou entidade estadual, municipal, ou do Distrito Federal; em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será executado o objeto do contrato. Outros meios também poderão ser utilizados (art. 21).

O Edital poderá ser impugnado pelo licitante ou por qualquer cidadão (art. 41, par. 1º e par. 2º).

Segue-se a habilitação dos licitantes (arts 27 e segs da Lei 8666/93), fase em que a administração pública verificará quem reúne condições para celebrar e executar o futuro contrato. É na fase da habilitação que a Administração verificará a capacidade jurídica, técnica e econômico-financeira das empresas participantes do certame. Também é nesta fase que a administração constatará a regularidade fiscal do licitante, ou seja, que está em dia com as obrigações tributárias (art. 29 da Lei 8666/93).

Nessa fase, há uma peculiaridade do direito nacional que é a exigência ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do artigo 7º, da CFRB, que impõe que o licitante demonstre não empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 anos, e, em qualquer trabalho, menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (a exigência foi inserida no art. 27 da Lei 8666/93 pela Lei 9854/99)

Quando for permitida a participação de consórcios, Odete Medauar apresenta alguns preceitos que devem ser observados:

- a) comprovação do compromisso público ou particular de formação do consórcio; b) indicação da empresa responsável pelo consórcio; c) apresentação por parte de cada consorciado, dos documentos exigidos nos arts 28 a 31 da lei, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica e de qualificação econômica-financeira, o somatório dos valores de cada um, na proporção da respectiva participação; d) impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; e) responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio; f) no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá à empresa brasileira (art. 33, incisos e parágrafos)⁵.

Após a fase da habilitação, segue-se a classificação das propostas e o conseqüente julgamento, de acordo com os critérios previstos no ato convocatório, que podem ser os seguintes: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance ou oferta.

5 MEDAUAR, op. cit., p. 225.

Cabe destacar que os critérios devem ser objetivos, indicados no ato convocatório, que, por seu turno, segue as normas e princípios da lei licitatória (arts 44 e 45). Também é vedada a utilização de qualquer elemento sigiloso, secreto, subjetivo, que vá elidir a igualdade entre os participantes, tal qual ocorre no direito italiano.

Assim como no direito italiano (CCP – Dlgs 163), a Lei de Licitações 8666/93, no seu artigo 3, entre outros princípios, determina a observância do princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado, e a oferta mais vantajosa para a administração.

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) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

Aqui cabe também um comentário no que diz respeito aos critérios de desempate, uma vez que o parágrafo 2, do art. 3, da Lei de licitações inicialmente estabelecia preferência à empresa brasileira de capital nacional, que restou incompatível, por inconstitucional, diante do advento da EC 15/95, que revogou integralmente o art. 171 da CFRB. Com a edição da Lei 12349/2010, o mencionado parágrafo foi revogado, diante do seu evidente conteúdo discriminatório.

A Lei de licitações brasileira prevê em alguns casos excepcionais, que não se realize o processo licitatório, por meio de dispensa ou inexigibilidade, ambas denominadas de contratação direta. Via de regra, a dispensa abrange os casos em que é possível a competitividade, mas a lei elenca algumas hipóteses, taxativas (*numerus clausus*), no art. 24 da lei de licitações, como, por exemplo, os casos de urgência, calamidade, entre outros. Já a hipótese de inexigibilidade, elencada no art. 25 da citada lei, ocorre nos casos em que a competição é inviável, como, por exemplo, de bens que possuem produtor exclusivo, e o rol estabelecido pela lei 8666/93.

Cabe uma observação no sentido de que em todos os casos em que não se realiza licitação, se for comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano à Fazenda Pública, o contratado e o agente público, sem prejuízo de outras sanções legais (parágrafo 2 do art. 25).

Por fim, cabe dizer que o controle da administração pública no Brasil pode ser feito internamente mediante a interposição de recursos

administrativos, e externamente, sendo os principais, o controle realizado pelo Tribunal de contas e o controle jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado o quão é difícil definir a natureza e as limitações das ações privatísticas na seara dos contratos públicos, seja na Itália ou no Brasil.

A inserção do direito interno numa órbita comunitária, a mitigação da supremacia do Estado e a própria dicotomia direito administrativo/direito comum são questões que exsurtem da seara publicística contemporânea.

Com efeito, constata-se da análise dos contratos públicos na Itália o quanto está enfraquecida a dicotomia entre direito público e privado, haja vista que a jurisprudência, cada vez mais, cede à construção de momentos privatísticos na fase procedimental. Além disso, a inserção da Itália na órbita de um direito administrativo comunitário, acarretou uma nova dinâmica de sobreposições constantes entre institutos públicos e privados.

Podemos concluir que o Brasil e a Itália encontram-se em fases distintas quanto às vinculações jurídico-públicas aplicáveis aos contratos públicos, na medida em que entre os italianos prevalece uma fase regulada pelo direito privado, embora precedida por uma fase publicística; enquanto no Brasil existe uma tendência à unificação do regime sobre uma base de direito público, inclusive o que pode ser constatado pela Lei de Licitações (Lei 8666/93, art. 62, par. 3).

De todo modo, também restou claro que a distinção entre direito administrativo e o direito privado não é tão precisa em matéria de contratação pública, porque existem diversas interferências entre estas disciplinas. Se por um lado a Administração pública recorre à disciplina do direito privado, também é certo dizer que se utiliza de poderes unilaterais, cláusulas exorbitantes, durante a execução do contrato, mesmo no regime italiano.

A título de encerramento, sublinhamos que o presente estudo visa uma breve síntese quanto aos aspectos gerais do processo de contratação pública na Itália e no Brasil, com vertentes do direito comunitário, não tendo sido possível abarcar com a profundidade que o tema merece, servindo apenas para registrar parte das atividades realizadas no curso de *Introdução ao Direito Europeu – “Trazione civilistica e armonizzazione del diritto nelle corti Europee”*, como um meio de integração entre os Países.

REFERÊNCIAS

CENTURIONE, Alfredo Mirabelli. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Guiffré Editore, 2000.

CIRILLO, Gianpiero Paolo. *I Contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*. Disponível em: <[www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cirillo I Contratti delle amministrazione pubbliche.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cirillo_I_Contratti_delle_amministrazione_publiche.htm)>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Diritto Amministrativo*. 17. ed. Atlas.

GAMA E SILVA, José Saldanha da. Dos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v.1, n. 2, 1945.

GIAPPICHELLI, G. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Guido Corso, 6. ed. Editore –Torino.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Administração Pública: comparação entre a administração pública da Itália e do Brasil*. RT, v. 645, p. 236, jul/1989 DTR/1989/116.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. G. Giuappichelli Editore: Torino, 1994.

MASSERA, Alberto; DOTTESSA Marta Simoncini. *Fondamenti dei contratti Pubblici in Italia*. Report Annuale, Itália: 2011, Febbraio 2011.

MEDAUAR, Odete. *Diritto Amministrativo Moderno*. 9. ed. RT.

SANDULLI, Aldo. *Corso di Diritto Amministrativo: Diritto Processuale Amministrativo*. 2. ed. Guiffré Editore

