
BREVE ESTUDO COMPARADO ENTRE OS MODELOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA E NO BRASIL

*BRIEF COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE MODELS OF BIDDING AND
PROCUREMENT CONTRACT IN ITALY AND IN BRAZIL*

Fernanda Vieira de Castro

*Advogada da União da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília*

*Aluna do Curso de Introdução do Direito Europeu - "Tradizione Civilistica e
Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee" - Università di Roma Tor Vergata*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aproximação Teórica entre o Direito Administrativo Brasileiro e o Italiano; 2 Características do Procedimento de Contratação Pública Italiano: *la gara*. Comparação com o Método Brasileiro; 3 A tutela dos Contratos da Administração Pública Italiana: Fundamentais Divergências com o Modelo Brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: De início, o presente artigo desenvolve considerações sobre o surgimento e o desenvolvimento do direito administrativo na Itália e no Brasil, de modo a propiciar algumas noções das origens e das condições atuais deste ramo jurídico nos dois países em foco. Traçadas estas bases, parte-se para o estudo comparativo dos procedimentos de licitação em cada Estado, dissertando sobre as modalidades e tipos de licitação, bem como sobre os critérios de desempate entre os concorrentes, focando nas principais similitudes e nas diferenças mais pungentes. Por fim, em breves ponderações, discorre-se acerca da tutela dos contratos públicos na Administração Pública italiana e na brasileira, frisando as suas divergências.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Itália. Brasil. Licitação. Contrato Público. Administração Pública.

ABSTRACT: This article starts with considerations about the emergence and development of administrative law in Italy and in Brazil, in order to provide some understanding of the origins and current conditions of this legal branch in both countries. After this, it follows the comparative study of bidding procedures in each state, explaining about the modalities and types of bidding, as well as the tiebreakers among competitors, focusing on the main similarities and on the larger differences. Finally, with brief weights, it talks about the basis of procurement contract in the Italian and in the Brazilian governments, prioritizing their divergences.

KEYWORDS: Administrative Law. Italy. Brazil. Bidding. Procurement Contract. Public Administration.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, de fato, não tem a pretensão de exaurir a temática comparativa dos direitos italiano e brasileiro em termos de direito administrativo, ou mais precisamente, acerca dos contratos e formas de escolha dos contratantes pela Administração Pública. Busca, numa visão ampla, trazer ao leitor, breves noções do contexto atual dos temas em questão.

Primeiramente, inicia-se a abordagem com considerações sobre as origens e a evolução do direito administrativo em ambos os Estados, a fim de construir uma base teórica necessária à compreensão da sistemática da contratação pública na atualidade. Sempre buscando a comparação entre os dois ordenamentos jurídicos em estudo.

Após traçadas estas bases, segue-se com o estudo da forma utilizada pela Administração Pública italiana para escolher seus contratantes, comparando-a com o modelo brasileiro, nos aspectos que mais os aproximam ou mais os diferenciam.

Finalmente, dá-se continuidade com a abordagem do tema da contratação pública, propriamente dita, trazendo os principais aspectos da sistemática italiana, bem como suas bases jurídicas e localização no contexto do ordenamento daquele país, procurando, evidentemente, contrastar com o padrão utilizado no Brasil, bem como fazer algumas ponderações sobre a possibilidade de aproximação com a fórmula italiana, de modo a prestigiar a ampla concorrência.

Em conclusão, procura-se com o presente artigo, à luz do direito da Comunidade Europeia, trazer algumas breves reflexões, que indiquem uma possível orientação à construção da integração com os países no modelo do Mercosul.

1 APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E O ITALIANO

Inicialmente, faz-se necessário contextualizar o direito administrativo no âmbito dos dois países, para que se possa compreender mais facilmente as similitudes e os pontos de afastamento nos procedimentos de contratação da Administração Pública.

Por uma questão de ordem lógica, ou melhor, cronológica, inicia-se a explanação pelo ordenamento jurídico italiano, para depois se chegar ao ordenamento brasileiro.

No âmbito italiano, segundo Marco D'Alberti, percorrendo as fontes do direito romano, já se encontra a distinção entre *jus publicum*

e *jus privatun*, sendo o primeiro aquele que persegue o interesse da *respublica*, do interesse público, da coletividade. Mas se trata, na realidade, de simples fragmentos e não ainda de ordenamento do direito administrativo, propriamente.¹

Os doutrinadores franceses sustentam que o direito administrativo na Europa deve ter nascido aproximadamente no século XI e que já nesta época existiam regras administrativas, sobretudo sobre acerca do “direito aos serviços públicos”. Direito este, como conjunto de regras, que estão muito próximas ao que se conceitua hoje como serviço público.

Em verdade, o que se percebe é que estas regras tiveram uma duração grande no tempo, mas ainda não se configuraram um sistema jurídico organizado, que se possa chamar de direito administrativo. Este ramo jurídico só virá surgir, como tal, no século XVIII e se consolidará no século XIX, com a Revolução Francesa.

Logo após a Revolução Francesa é que se instituiu a primeira cátedra universitária de direito administrativo. Nesse momento inicial, o *Conseil d'État* não era ainda um verdadeiro órgão jurisdicional, ele somente o será em 1872.

Assim, para os doutrinadores italianos, a França é o nascedouro do direito administrativo, isto porque este Estado foi favorecido pelo fato de ser bastante centralizado, o que propiciou o surgimento de um corpo de regras administrativas uniformes, que formaram um sistema jurídico próprio.

Desta feita, pode-se dizer que o direito administrativo, como hoje se conhece, surgiu na França e foi basicamente construído da jurisprudência do Conselho de Estado francês, que era um órgão encarregado de julgar divergências surgidas entre a Administração e os administrados e, até na atualidade, este órgão continua tendo sua importância neste país.

O Conselho de Estado, conforme já ressaltado, em princípio, era órgão consultivo e recursal, ou seja, não deliberava e não conhecia das questões conflituosas em primeira instância, que eram resolvidas pelos Ministros. A matéria recursal era proveniente dos Conselhos de Prefeitura (de atuação local). Na prática, o Conselho de Estado se limitava a propor uma decisão que seria homologada pelo Chefe de Estado – período este conhecido como “justiça retida”, pois estaria nas mãos do deste a possibilidade de alterar o que fosse conhecido pelo Conselho.

Posteriormente a homologação foi extinta, mas manteve-se a possibilidade de revisão, ainda que não fosse levada a cabo – período conhecido como “justiça delegada”, quando este órgão passa a compor a chamada jurisdição administrativa.

1 D'ALBERTI, Marco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, p. 4, 2012.

De toda sorte, este órgão foi o responsável pela base teórica do direito administrativo, que se espalhou por toda a Europa e pelos países por esta influenciados, como a Itália.

A Itália não conheceu uma centralização do Estado como a França. Perdura, até hoje, uma visão local, de províncias, muito forte. Este fato histórico favoreceu a fragmentação e dificultou a criação das regras uniformes para a formação do sistema jurídico administrativo.

Assim, neste país, o direito administrativo somente veio nascer em fins do século XIX, início do século XX, quando se consolidou a cátedra universitária e a jurisprudência do *Consiglio di Stato*, órgão de inspiração totalmente francesa, que ainda hoje contribui para a solidificação desse ramo jurídico.

Na Itália, ademais, este ramo jurídico tem uma raiz muito ideológica, onde pesa bastante a influência filosófica alemã, principalmente de Hegel, que delineou a ideia de um Estado forte.

De início, pode se dizer que o direito administrativo italiano trazia as seguintes características: ser intimamente ligado ao direito do Estado e em particular ao direito do governo central; ser provido de uma substancial incomunicabilidade com os direitos administrativos dos outros Estados, ou seja, vigia a noção de que cada Estado tem seu direito administrativo (nacional) e estes não dialogavam entre si; trazia um distanciamento grande do direito privado, traduzido principalmente em regras derogatórias do direito privado, como o princípio da imperatividade e da autoexecutoriedade, e como último traço inicial observado, tem-se que o direito administrativo, nascido na França como direito da *puissance publique*, da potestade administrativa, é traduzido, também no Estado italiano, como a autoridade que a Administração exprime na sua atividade.

Na atualidade, sob a influência crescente da Comunidade Europeia, principalmente das suas Cortes (Corte de Justiça e Corte Constitucional dos Estados da Comunidade), a Itália vem sofrendo condicionantes no direito administrativo nacional, mormente pelo reconhecimento do primado do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados membros.

Esta influência é sentida também nas contratações públicas, que são minuciosamente disciplinadas por diretivas comunitárias, tal como em importantes serviços de utilidade pública, a exemplo da energia elétrica, do gás, do transporte, da telecomunicação, do serviço bancário e do mercado financeiro e do meio-ambiente.²

² D'ALBERTI, op. cit., p. 19.

Modernamente, não só se pode evidenciar a influência do direito comunitário sobre o direito administrativo italiano, como se verifica, ademais, a influência do direito das Regiões. Há um consistente direito administrativo conhecido como subnacional que exerce pressão no direito administrativo nacional, pois larga parte da regulação da economia (como da agricultura, da indústria e dos serviços) são de competência regional, com alguns limites postos pela legislação estatal.

No ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida, quanto ao direito administrativo especificamente, embora este tenha fortes raízes no direito francês, vê-se profundas alterações trazidas pelo direito norte-americano, principalmente devido à política externa adotada por este citado país, que tendia a submeter os países do chamado terceiro mundo aos seus comandos e ideais.

No período do Império, quando promulgada a primeira Constituição do Brasil, em 1824, percebe-se já a forte influência francesa, pois nesta já se previa a separação dos poderes e a existência de um Conselho de Estado, embora unicamente consultivo.

Começa-se, portanto, a desenvolver-se o direito administrativo, graças ao trabalho de doutrinadores e da Jurisprudência feita pelo Conselho de Estado.

Com o início da República, encerrou-se a jurisdição do Conselho de Estado. Assim, abandonou-se o modelo francês de dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo americano de unidade. Já a Administração passou a se submeter ao controle jurisdicional, especialmente com a organização da Justiça Federal em 1890.

Contudo, no que diz respeito a teorias e princípios doutrinários, fica evidente a influência dominante do direito francês criado pela jurisdição administrativa, que paulatinamente derogou regras do direito privado que eram aplicáveis à Administração, criando-lhe um regime jurídico especial, dando autonomia ao direito administrativo. Neste ponto, afastou-se do direito americano que repudiava tal ideia.

Não há dúvidas da influência estrangeira na formação do direito administrativo brasileiro. Além da citada grande influência francesa, o direito italiano também deixou sua contribuição, notadamente com a noção de mérito administrativo, de interesse público e de autarquia. Dos alemães, percebe-se a inspiração para o tema dos conceitos jurídicos indeterminados. Além da já referida influência americana, a qual inspirou o surgimento de alguns elementos de proteção como o mandado de segurança e o de injunção.

Outro fato importante acerca do direito administrativo pátrio é que este foi profundamente positivado, ou seja, os elementos trazidos do

direito francês foram legislados, o que, segundo Maria Sylvia di Pietro, retirou deles a forma mais flexível, adaptável ao interesse público sempre em mutação, aumentando, conseqüentemente, a sua rigidez.³

Concluindo, pode-se ver que, a par da jurisdição bipartida que prevalece na Itália, o direito administrativo nos dois países têm raízes bastante semelhantes, embasados nos conceitos surgidos no Conselho de Estado francês, com fortes influências de outras escolas europeias, tais como a germânica. Mas, na atualidade, como se verá, a influência do direito comunitário tem trazido novas perspectivas ao direito administrativo italiano, importando em algum distanciamento conceitual entre as duas escolas ora analisadas.

2 CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA ITALIANO: L'EVIDENZA PUBBLICA. COMPARAÇÃO COM O MÉTODO BRASILEIRO

De início, deve-se esclarecer que o procedimento licitatório italiano tem muitas semelhanças com o modelo brasileiro, mas, na atualidade, dada as novas exigências trazidas pela introdução da Itália na Comunidade Europeia, os modelos têm se distanciado, principalmente quanto à priorização da igualdade de concorrência entre as nações integrantes da Comunidade. O Brasil, em contraposição, continua na política de preferência às empresas brasileiras e num tendência mercadológica fechada, muito embora, como se verá adiante, alguns autores refutem a constitucionalidade desta postura.

No Estado brasileiro assim como no italiano, a Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de participação de todos na possibilidade de contratação com o governo e a moralidade administrativa, sobretudo. No Brasil, tal preceito se aplica às obras, aos serviços, às compras e às alienações realizadas pelos órgãos dos três Poderes e dos Tribunais de Contas (art. 117, Lei n^o 8.666/93).

Assim, a licitação, explicitada na Lei n^o 8.666/93, é um processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar, por oferecer a proposta mais vantajosa ao interesse público.⁴

Na Itália, particularmente com o advento do direito comunitário, houve uma transformação na finalidade da disciplina da licitação, houve

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: RBDP, ano 1, n. 1, p. 9, abr. 2003.

4 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. RT, p. 184, 2009.

uma maior priorização na tutela da concorrência entre as empresas que aspiram contratar com a Administração, integrantes dos vários países integrantes da Comunidade Europeia e não mais tão somente uma tutela visando a atender ao interesse financeiro do Estado contratante, mas uma normativa comum aos diversos Estados membros da Comunidade com finalidade de construção de um mercado aberto e concorrencial. Assim, comparativamente com o modelo brasileiro, a igualdade de concorrência ganha um contorno mais amplo, na definição do procedimento licitatório.

Desta feita, nesta perspectiva, a norma comunitária em matéria de contratação pública tende a garantir a todos os interessados a possibilidade de participar da licitação em condição de paridade com as empresas nacionais do Estado onde se executará o contrato.

O direito italiano trata, ademais, da expressão “*evidenza pubblica*” que é todo o procedimento que vai até a conclusão dos contratos pela Administração Pública, a qual não existe equivalente no Brasil. Este procedimento traz as seguintes fases: uma de direito público, que vai desde a necessidade de contratar da Administração, a escolha do sistema de escolha do contraente, o procedimento licitatório, a determinação das cláusulas contratuais e a aprovação do contrato, e outra fase disciplinada prevalentemente pelo direito privado, relativa à execução do contrato.⁵

No ordenamento brasileiro, segundo o art. 3º da Lei nº 8.666 de 1993, a licitação destina-se a garantir a isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa e, além disso, deve observar os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo.

São modalidades de licitação no Brasil: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão (Lei 10520/2002).

Em breve descrição, a seguir, serão dadas as principais características de cada modalidade, a fim de melhor evidenciar a comparação com o modelo italiano.

Na modalidade concorrência participam quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem os requisitos de qualificação. É usada, em geral, para contratos de grande valor e para alienação de bens públicos imóveis. É cabível nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (nesta também se admite a tomada de preços).

Quando da realização da tomada de preços, participam interessados previamente cadastrados ou que atenderem às condições exigidas para o

5 CONSALLES, Biancamaria e LAPERUTA, Lilla. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Itália: Maggioli Editore, p. 353-354, 2012.

cadastroamento até o 3º dia antes do recebimento das propostas, observada a devida qualificação.

A modalidade convite se faz com a participação de interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Pode ser estendida aos interessados cadastrados, que manifestarem interesse em participar com até 24 horas de antecedência do prazo para apresentação das propostas. É usada em contratos de pequeno valor e a divulgação é feita através de Carta-convite.

No concurso, participam interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme edital publicado com no mínimo 45 dias de antecedência.

Já quando a Administração pratica o leilão, quaisquer interessados podem participar. Este é usado preferencialmente para venda de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para alienação de bens imóveis adquiridos por processo judicial ou dação em pagamento.

Por último, a recente modalidade introduzida pela legislação brasileira, chamada pregão, na qual quaisquer interessados podem participar e é usada para aquisição de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por propostas e lances em sessão pública. Pode ser realizado utilizando-se recursos da tecnologia da informação (pregão eletrônico). Nesta modalidade, ocorre primeiro a fase de classificação e depois a habilitação. Os licitantes podem deixar de apresentar os documentos de habilitação se integrantes do SICAF – Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores.

O art. 23 da Lei nº 8.666/93 traz os critérios para a escolha entre as modalidades convite, tomada de preços e concorrência.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Na Itália, há basicamente quatro modalidades de licitação. São estas: “procedura aberta”, “procedura ristretta”, “procedura negoziata” e “diálogo competitivo”.

O procedimento aberto (procedura aperta) é aquele em que cada empresa interessada pode apresentar uma oferta, ou seja, todos podem participar da licitação. Trata-se do procedimento que garante a mais ampla participação e abertura ao mercado, corresponde ao modelo anterior chamado de “asta pubblica”, existente antes da entrada da Itália na Comunidade Europeia. Este modelo se assemelha à modalidade concorrência, adotado no Brasil, pela amplitude da abertura.

Já no procedimento restrito (procedura ristretta) as empresas podem candidatar-se a participar e apresentar uma oferta, no entanto, este é direcionado, sobretudo, às empresas convidadas pela Administração contratante. Era anteriormente conhecido como “licitazione privata”. A Administração, no caso, limita a concorrência somente às empresas que possuem idoneidade para fornecer a prestação requerida. Todavia, a norma comunitária impôs que houvesse publicação de um edital prévio, para que outras empresas, eventualmente interessadas, possam apresentar suas propostas e requerem ser convidadas a participar do procedimento. É bastante semelhante à modalidade convite, prevista no ordenamento brasileiro.

O procedimento restrito é preferido quando o objeto do contrato é somente de execução ou quando o critério de adjudicação é a proposta mais vantajosa economicamente.

Com o procedimento negociado (procedura negoziata), a Administração consulta as empresas de sua escolha e negocia as condições de contratação. Trata-se de um procedimento excepcional,

que só pode ocorrer nos casos legais. Anteriormente era conhecida como “trattativa privata”.

O Código dos Contratos Públicos italiano prevê duas hipóteses em que a Administração pode recorrer a este procedimento (D.Lgs. 163/2006, direttiva 2004/18), citadas no Compendio di Diritto Amministrativo:⁶

- a) com uma publicação prévia de edital de licitação: quando, no resultado de um procedimento aberto ou restrito ou de um diálogo competitivo, todas as ofertas apresentadas foram irregulares ou inadmissíveis [...] ou;
- b) sem publicação prévia de edital de licitação: quando depois de um procedimento aberto ou restrito, não foi apresentada nenhuma oferta, ou nenhuma oferta apropriada, ou nenhum candidato; quando se tratar de contratação que por razões técnicas ou artísticas deve ser necessariamente celebrada com determinada empresa ou pessoa; ou ainda, nos casos de absoluta urgência, que sejam resultantes de eventos imprevisíveis pela Administração, incompatíveis com a realização dos outros procedimentos. [...] (tradução livre)

Nesses casos, deve haver justificativa bastante fundamentada, sobretudo na atualidade, pela ótica da ampla concorrência trazida pela Comunidade Europeia, contraposta a forte limitação, que é evidente ao se recorrer a este procedimento.

Por fim, tem-se a modalidade chamada diálogo competitivo, que é usada para contratos particularmente complexos, em que a Administração necessita travar um diálogo com os candidatos advindos a tal procedimento, com o fim de elaborar uma ou mais soluções aptas a satisfazer as suas necessidades e sobre as quais se embasarão os candidatos selecionados, que serão convidados a apresentar as suas ofertas, sendo que qualquer empresa pode candidatar-se a participar.

Recentemente, a diretiva comunitária, através do D.Lgs. 163/2006, introduziu novos procedimentos de licitação, o chamado “l'accordo-quadro”, “o sistema dinâmico de aquisição”, e a comumente conhecida “l'asta elettronica”.

O acordo-quadro é, como o nome sugere, um acordo entre um ou mais órgãos contratantes e uma ou mais empresas com o escopo de

6 CONSALES, op. cit., p. 382.

estabelecer cláusula relativas aos contratos de adjudicação durante um dado período, em particular resguarda o preço e a quantidade previstos. São bastante usados em contratos de manutenção pela necessidade de continuidade.

Já a hasta eletrônica é uma modalidade de organização da licitação. Trata-se de um processo de fases sucessivas baseado numa gestão informatizada de apresentação de novos preços, que dá aos concorrentes classificados um tratamento automático.

O sistema dinâmico de aquisição é um processo também inteiramente eletrônico, para aquisições de uso corrente. É usado exclusivamente para fornecimento de bens e serviços tipificados e estandardizados. Vê-se a semelhança dessa modalidade com o pregão eletrônico brasileiro.

No Brasil, os tipos de licitação definem os critérios adotados no ato convocatório para fins de julgamento (exceto na modalidade concurso). São estes: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e, por fim, melhor lance ou oferta.

Os critérios adotados determinam, como ressaltado, a forma de proceder da Administração para o julgamento da proposta.

Assim, definido o critério do menor preço, o vencedor da licitação será o que oferecer mais vantajoso, atendidas as demais condições (art. 45, § 1º, I).

Segundo o critério da melhor técnica, o vencedor será o que oferecer melhor forma de execução do objeto de futuro contrato. É destinado exclusivamente a serviços de preponderante natureza intelectual, sobretudo elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva (art. 45, § 1º, II), etc. Excepcionalmente pode ser usado para compra de bens, execução de obras e serviços de grande vulto, com predominante dependência de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades de reconhecida qualificação.

O critério da melhor técnica e preço assegura o julgamento efetuado de acordo com a média ponderada das valorizações técnicas e de preços, segundos pesos fixados no ato convocatório (art. 45, § 1º, III).

Já o julgamento segundo melhor lance ou oferta é usado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, § 1º, IV).

O modelo italiano possui basicamente dois tipos de julgamento, que é o de melhor preço e aquele da oferta economicamente mais vantajosa, que seria equivalente a uma combinação de melhor preço e técnica. Isto porque, como se pode perceber do estudo realizado, a Itália prima pela economicidade na escolha da contratação administrativa, não deixando de considerá-la nem quando a técnica se faz essencial ao contrato.

No primeiro caso, na escolha pelo preço mais baixo, a Administração não tem praticamente nenhuma discricionariedade na escolha, pois se trata de julgamento inteiramente objetivo, em que se escolhe a proposta mais vantajosa financeiramente em comparação ao disposto no edital.

No segundo caso, a comissão de licitação deve considerar não só a conveniência econômica da oferta, mas alguns critérios de avaliação qualitativos que foram previamente explicitados no edital da licitação, como por exemplo, a qualidade da mercadoria, características técnicas do produto, características estéticas, funcionais ou até ambientais. Não obstante possa imprimir certa discricionariedade técnica na escolha da Administração, o ordenamento exige rigorosa predeterminação, ainda na publicação do edital, dos critérios valorativos da escolha e do peso relativo a ser atribuído a cada um desses critérios por parte da comissão.⁷

Por fim, quando se trata de licitação, importante explicitar, porque trata de característica bastante diferencial do modelo brasileiro, o critério de desempate previsto no art. 3º, § 2º e no art. 45, § 2º, ambos da Lei nº 8.666/93.

Art. 3º.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

~~I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;~~ (REVOGADO)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Art. 45.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

No modelo italiano, devido à preponderância dada à ampla concorrência, desde a entrada na Comunidade Europeia, impensável favorecer ou conceder quaisquer tipos de privilégios ou prerrogativas as empresas, bens ou serviços nacionais.

⁷ D'ALBERTI, op. cit., p. 270-271.

De fato, a concorrência há de ser privilegiada, inclusive no procedimento brasileiro, pois implica em amplo favorecimento à igualdade, à isonomia entre os participantes da licitação e à imparcialidade como princípio norteador de toda a Administração Pública, mas tal conceito ganha uma ampla dimensão na Itália e regulamentação no âmbito dos Tratados Internacionais, de modo que não se pode falar em concorrência unicamente no nível interno do Estado contratante, mas em todo o contexto da União Europeia, abrangendo todos os Estados membros.

No Brasil, a importância e a abrangência do Mercosul ainda não tem o mesmo alcance, de modo que o conceito de concorrência, implica na abertura à participação das empresas interessadas no procedimento, com alguns benefícios de ordem legal para as sediadas no país e até para aquelas que são nacionais, algo impensável no Estado italiano.

Segundo a Lei nº 8.666/93, tem-se como critério de desempate, conforme ressaltado, a preferência aos bens e serviços produzidos no país e aos bens e serviços prestados por empresas brasileiras, sucessivamente. Odete Medauar é de opinião que estas preferências por empresas brasileiras são de constitucionalidade duvidosa, após a revogação do § 2º, do art. 171, da Carta Magna que determinava, ao Poder Público, a preferência por empresa brasileira de capital nacional, na aquisição de bens e serviços.⁸

Em julgado recente, a Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal entendeu a questão da seguinte forma, *verbis*:

Trata-se recurso extraordinário interposto de acórdão assim ementado: “ LICITAÇÃO. PREFERÊNCIA DE EMPRESA DE CAPITAL NACIONAL . Privilégio que restou afastado pela Emenda Constitucional nº 06 de 15/08/95. Empate das propostas que corretamente foi solucionado por sorteio. Primeira apelação improvida. Segunda e terceira apelação providas (fl. 240). 2. Nas razões do RE, sustenta-se ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição Federal, alegando que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelas Leis nº 8.248/91 e 8.666/93 “não decorre de sua natureza de ‘empresa brasileira’ ou de ‘empresa brasileira de capital nacional’, mas do fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com significativo valor agregado” (fl. 279). Aduz ainda que o entendimento manifestado no RE encontra amparo no Parecer CONJUR 231/95, que ao “examinar a repercussão da revogação do artigo 171 da Constituição Federal no artigo 3º da Lei 8.248/91, o Parecer posiciona-se no sentido de que só foram derogados aqueles

8 MEDAUAR, op. cit., p. 184.

benefícios que tinham como ponto de partida o conceito de ‘empresa brasileira’ e de ‘empresa brasileira de capital nacional’, persistindo, no entanto, aqueles benefícios concedidos aos bens produzidos no País” (fl. 276). 3. Inadmitido o recurso na origem (fl. 321-323), subiram os autos em virtude do provimento do AI 557.484/RS (fl. 336). 4. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 339-340). 5. O presente recurso não merece prosperar. Primeiramente, constato que não merece guarida o argumento de que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelo art. 3º da Lei 8.248/91 persiste, mesmo após a edição da Emenda Constitucional 06/1995. Isto porque a referida lei, em sua redação original vigente à época da licitação, faz remissão expressa ao artigo 171 da Constituição Federal, que foi revogado pela EC 6/95: “Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do §2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local; § 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.” Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho da decisão proferida no MS 24.474/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 05.09.2008, em que foi discutida matéria similar àquela dos autos: “Com efeito, o objetivo do art. 3º da Lei 8.248/1991 (em sua redação primitiva) era dar densidade normativa aos arts. 170, IX, e 171, II e § 2º, da Constituição (em sua redação original), que cuidavam do favorecimento a ser conferido à empresa brasileira de capital nacional. *Ocorre que a Emenda Constitucional 6/1995, ao alterar o art. 170, IX, e revogar todo o art. 171 da Constituição, excluiu a figura da “empresa brasileira de capital nacional” (a que se referia o revogado inciso II do art. 171 da Carta Magna).*” Ademais, verifico que para chegar à conclusão pretendida pela parte recorrente, de que a empresa teria direito ao benefício concedido pelo art. 3º da Lei 8.248/91 pelo fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com

significativo valor agregado, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, hipótese inviável em sede extraordinária (Súmula STF 279). 6. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 16 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora.

RE 556668, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 16/08/2010, publicado em DJe-156 DIVULG 23/08/2010 PUBLIC 24/08/2010 (grifo nosso).

Desta feita, conclui-se que a tendência é que tais preferências sejam abolidas do ordenamento brasileiro. Contudo, ainda não significa que se terá a mesma conceituação ampla dada à concorrência no modelo italiano.

Seguindo com as diferenciações entre os modelos licitatórios, tem-se que as fases da licitação no Brasil são as seguintes: fase inicial, denominada instauração ou abertura, expressa por um edital (em geral); habilitação; classificação; julgamento; homologação e adjudicação. Na Itália, as fases se assemelham e são estas: fase de externalização (edital), apresentação das propostas, valoração destas pela comissão julgadora, adjudicação provisória e adjudicação definitiva. Contudo, conforme dito anteriormente, a disciplina pública vai somente até a fase de adjudicação, pois a execução contratual é determinadamente de direito privado. Ou seja, o procedimento chamado “evidenza pubblica” possui natureza pública, mas o contrato possui natureza privada.

O edital é a lei interna da licitação, assim como o “bando di gara”, não podendo deixar de ser cumprido pela Administração. O art. 40 da Lei nº 8.666/93 arrola os dados obrigatórios do edital. A divulgação deve se dar no Diário Oficial e em jornais de grande circulação, nas licitações federais. Outros meios de divulgação podem ser utilizados. Da mesma maneira, na Itália, há itens obrigatórios no edital, como os requisitos para participação, os valores contratuais, a duração, o critério de adjudicação, entre outros, e este deve ser divulgado na “Gazzeta Ufficiale dell’Unione Europea”.

Desta feita, percebe-se que, em termos práticos, a Itália adota modelos mais simples de escolha dos contraentes, bem como privilegia, em margens mais amplas, a concorrência, tendo em vista que traz, devido às diretivas da Comunidade Europeia, abertura a todos os Estados do bloco, em igualdade de condições, para participação no procedimento licitatório.

Já no Brasil, ainda não se pode falar em concorrência nestes termos, pois, como visto, ainda vige na legislação privilégios que são

outorgados a empresas que produzem bens e serviços no país e, ademais, em comparação ao modelo europeu, é notória a incipiência do processo de integração no Mercosul, o que, com o seu crescimento, poderá trazer maior aproximação entre os sistemas nacionais estudados.

3 A TUTELA DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA: FUNDAMENTAIS DIVERGÊNCIAS COM O MODELO BRASILEIRO

Desde o início da formação da chamada Comunidade Europeia em 1985, existiu um intenso trabalho para harmonização das diversas legislações dos Estados Membros, com fim de eliminar todas as barreiras (físicas, técnicas e fiscais) que se contrapunham ao processo de integração.

Com o Tratado de Maastricht (nascido oficialmente como Tratado sobre a União Europeia – TUE) foi inaugurada uma nova fase do projeto de integração europeia, dando início à construção de uma verdadeira federação.⁹

Assim, a partir de 1º de janeiro de 1993 (introdução do Tratado de Maastricht) caíram todos os obstáculos de natureza burocrática e tarifária entre os países membros da Comunidade Europeia, que obstaculizavam a livre circulação dos bens e dos serviços.

Vários tratados se sucederam a este, para aperfeiçoamento da então chamada Comunidade Europeia, porém aquele que procedeu profunda modificação no tratado constitutivo da Comunidade de 1957 e o de Maastricht de 1992 foi o Tratado de Lisboa. Este Tratado trouxe uma nova denominação para o Tratado da Comunidade Europeia, agora denominado Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) e, ademais, acabou com a dupla personalidade jurídica antes existente (União e Comunidade Europeias), que trazia largas discussões jurídicas acerca da natureza jurídica de cada um destes entes.

O TFUE tem um perfil mais operacional e reúne todas as disposições voltadas a regular a competência e a delimitar o campo de ação da União.¹⁰ Assim, neste espírito, tem-se que na estrutura do Tratado uma parte dedicada a Política e ação interna da União (Parte III), onde são especificadas regras de mercado, livre circulação de mercadorias e bens, normas comuns de concorrência, fiscalização, etc.

9 MARTINELLI, Francesco. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. Roma, Itália: Edizione Giuridiche Simone, p. 18, 2012.

10 MARTINELLI, op. cit., p. 25.

Tal introdução histórica se faz necessária, para se ter em mente a premente e intensa preocupação com a tutela da concorrência em termos de contratos públicos na Itália, devido a intensa legislação da União Europeia voltada a livre circulação de bens e serviços, ao mercado livre entre os países membros. Preocupação diversa da brasileira, que é primordialmente focada na manutenção da moralidade administrativa, traduzida pela tratativa impessoal e imparcial da legislação para fins de contratação pública.

Isso não significa que no país europeu não se tenha preocupação com a moralidade, ou a impessoalidade, muito pelo contrário, a introdução de regras mais restritas de contratação pública na Itália se deu justamente com este foco, devido a crescentes esquemas de corrupção, mas, hoje em dia, com a forte ingerência das regras da Comunidade Europeia no direito interno dos Estados Membros, houve uma mudança de foco, com a crescente preocupação com a livre concorrência entre empresas que integram a referida Comunidade.

Desta feita, o direito da União Europeia vem condicionar amplamente os direitos administrativos nacionais, especialmente quando se reconheceu o primado do direito comunitário sobre os direitos internos dos Estados membros, que, como ressalta D'Alberty, firmou-se nos anos 80 graças a jurisprudência da Corte de Justiça e da Corte Constitucional dos Estados da Comunidade.¹¹

No âmbito das contratações públicas não é diferente. Estas são reguladas, em larga medida, pelo direito comunitário.

Outrossim, o poder discricionário da Administração sofre significativa limitação, justamente para não criar obstáculo a ampla circulação de bens e serviços entre os Estados membros da Comunidade.

Ademais, não se pode deixar de observar que, particularmente, o direito administrativo italiano é também bastante influenciado pela formação heterogênea da federação nacional, o direito administrativo municipal assumiu um patamar de relevo e o desenvolvimento da "democracia subnacional" reforçou sensivelmente os poderes normativos e administrativos das Regiões.

Neste contexto, percebe-se que os direitos administrativos nacionais, que primeiramente eram incomunicáveis entre eles, começam a entrar em via de convergência. Tal feito também é observável no Brasil, pela crescente influência estrangeira no direito administrativo, principalmente de figuras usuais na prática norte-americana.

Por todo o exposto, nota-se que de início o direito administrativo era essencialmente público, há uma grande publicização de todos os

11 D'ALBERTI, op. cit., p. 19.

institutos de direito administrativo, desde os atos administrativos unilaterais até o contrato. Porém, com o ingresso na Comunidade, verifica-se que embora o procedimento licitatório permaneça disciplinado pelo direito público, já os contratos sofrem mais e mais a ingerência do direito privado, chegando sua execução, na atualidade, a ser gerida pelo Código Civil italiano.

Releva-se tal característica, como já dito, com o procedimento chamado “*evidenza pubblica*”, que tem duas fases, quando à ordem jurídica: uma disciplinada pelo direito público, que vai desde a confecção do edital, o procedimento de licitação, as disposições das cláusulas contratuais e a aprovação do contrato, e a outra disciplinada prevalentemente pelo direito privado, que é a fase relativa à execução do contrato. Tal fase negocial é caracterizada pela paridade entre as partes.¹² Inclusive, quaisquer divergências entre os contratantes, que nessa fase surjam, devem ser levadas à Justiça Comum e não ao Conselho de Estado, que é o órgão encarregado de julgar as questões entre administrados e Administração.

Tem-se, portanto, a divergência fundamental dos modelos analisados. No Brasil, a contratação da Administração Pública, em todo o momento, é regida pelo direito público administrativo, bem como suas causas são julgadas pela justiça comum estadual ou federal especializada na Fazenda Pública, devido ao sistema de jurisdição única adotado neste país.

Conclui-se, então, que, no Estado brasileiro, o modelo italiano ainda é impensável, ou seja, a forte publicização do direito administrativo ainda pode ser verificada, principalmente quando se trata do tema dos contratos da Administração Pública, incluindo a sua execução. Não se quer dizer com isso, entretanto, que a Itália tenha feito a melhor escolha, mas em alguns pontos, como a necessidade de ampliação irrestrita da concorrência pela entrada na Comunidade Européia, tais modificações podem ter sido salutares ao processo de integração europeu.

4 CONCLUSÃO

Conforme visto, o Brasil e a Itália têm vários pontos de contato quando se estuda o direito administrativo. Tais similitudes vão desde o surgimento deste ramo jurídico, com a notória inspiração francesa trazida a ambos os países, até mais especificamente, nas orientações para escolha dos contratantes e celebração dos contratos pela Administração Pública.

¹² MARTINELLI, *op.cit.*, p. 353-354.

Ocorre que, o direito no Estado italiano tem sofrido influência crescente do direito comunitário, de modo que este, na atualidade, tem maior relevo que o direito interno.

Este fenômeno trouxe para Itália a necessidade de abertura do seu modelo de escolha dos contratantes pela Administração, pugnando pela ampla e irrestrita concorrência, destinada a todos os Estados integrantes da Comunidade Europeia.

Tal processo irreversível influenciou até o Código dos Contratos Públicos italiano, que modificou desde a nomenclatura dos procedimentos licitatórios, como até acresceu tantos outros.

Nota-se que isso se fez necessário ao irreversível processo de integração europeu iniciado nos idos de 1957, que segue num crescendo até os dias atuais.

Contudo, não se sabe ao certo se tais questões podem ser irrestritamente transportadas para a realidade brasileira e do Mercosul, mas, ao menos, servem de reflexão para, passadas as questões ora prementes de moralidade e transparência na Administração Pública, possa-se pensar num modelo mais dinâmico e aberto às exigências modernas da ampla concorrência, de modo a propiciar uma maior integração dos mercados na América do Sul.

Em conclusão, observa-se que a rica e avançada experiência de integração europeia tem muito a ofertar à realidade brasileira na construção do Mercosul, especialmente, tratando-se de direito administrativo e da sistemática de contratação e execução dos contratos da Administração Pública. Porém, eventual importação de modelos deve ser efetivada com a devida cautela, para que não venha a conflitar com o sistema jurídico pátrio, como também não se torne uma aplicação ineficiente de um padrão estrangeiro, conforme já se deu em alguns casos, notadamente no transporte da tipologia norte-americana de agências reguladoras, segundo revelam as críticas de diversos doutrinadores de direito administrativo.

REFERÊNCIAS

CONSALES, Biancamaria e LAPERUTA, Lilla. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Itália: Maggioli, 2012.

D'ALBERTI, Marco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2012.

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

_____. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 1, n. 1, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12514>>. Acesso em: 20 setembro 2012.

MARTINELLI, Francesco. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. Roma, Itália: Edizione Giuridiche Simone, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed., São Paulo: RT, 2009.

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

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

