LICITAÇÕES, NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS ITALIANO: FOCO NA TUTELA DA CONCORRÊNCIA

GOVERNMENT PROCUREMENT PROCEDURES IN ITALY: FOCUS ON COMPETITION PROTECTION

Juliano Scherner Rossi

Procurador Federal

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A atividade negocial da administração pública; 2 A Lei Merloni e o foco no controle contábil; 3 O Código de Contratos Públicos e a tutela da concorrência; 4 Os mecanismos de tutela da concorrência no Código dos Contratos Públicos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Regulamentação rígida das licitações, com mínima margem de discricionariedade, e ênfase nas regras do procedimento são a linha ideológica da Lei n. 8.666/93 e da Lei Merloni, antiga lei italiana de licitações. Isso, todavia, leva a ineficiência e ao sobrepreço, em razão de falhas de mercado, como a assimetria de informações, com perdas causadas pela ineficiência superando as perdas pela corrupção. A ênfase na transparência e na tutela da concorrência foram introduzidas na lei italiana a partir das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (União Europeia). O Código dos Contratos Públicos, ato de transformação das diretivas ao direito doméstico italiano, buscou corrigir parte das distorções da lei anterior. A Lei n. 8.666/93, ao longo de sua vigência, incorporou institutos mais modernos, como o pregão e o sistema de registro de preços, que encontram analogia na lei italiana, mas foi mantida a linha ideológica original. A pesquisa segue o método indutivo, monográfico, com pesquisa documental indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contrato Administrativo. Tutela da Concorrência. Eficiência. Assimetria de Informação. Corrupção. Código dos Contratos Públicos. Itália.

ABSTRACT: Strict regulations in the procurement procedures, with minimal discretion, and emphasis on the rules of procedure the ideological guideline of the Law n. 8.666/93 and Italian Merloni Act, Brazilian and former Italian laws on government procurement regulations. It leads, however, to inefficiency and overpricing due to market failures such as information asymmetry, with losses caused by inefficiency outweighing the losses by corruption. The emphasis on transparency and protection of competition were introduced into Italian law from the directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (European Union). The Italian Government Contract Code, sought to correct some of the distortions in the Merloni Act. Brazilian law on procurement procedures incorporated more modern institutes, some of them similar to Italy's, but Law n. 8.666/93 still retains the original ideological guideline. This article was written using the inductive approach method, accompanied with monographic procedures and indirect documentary research techniques.

KEYWORDS: Government Procurement. Competition Protection. Efficiency. Information Asymmetry. Corruption. Italy.

INTRODUÇÃO

Na área de contratos públicos, um papel crucial é geralmente atribuído às normas que regem a seleção do contratante privado, especificando o tipo de contrato e sua execução. Em geral, é opinião generalizada que as regras devem ser inspiradas nos princípios de concorrência, como um meio de assegurar eficiência e qualidade e, em última análise, não apenas uma boa escolha, dentre as ofertas, mas a mais vantajosa. O estabelecimento de um quadro normativo comum que satisfaça essa aspiração, todavia, não é tarefa simples, em razão da diversidade de transações, da complexa e difícil especificação antecipada das características de certos produtos, da assimetria de informações, entre outras. Em alguns casos, são necessárias alterações do desenho original depois que o trabalho começou, com o resultado possível de haver uma diferença entre o valor da oferta vencedora, tal como definido no bater do martelo, e o custo real final. Ainda, na presença de contratos incompletos, como parecem ser os de construção de obras públicas, o licitante vencedor pode tentar um comportamento oportunista, visando maximizar seus lucros, por meio da renegociação do contrato.¹

As estratégias adotadas para a seleção da oferta mais vantajosa dependem de vários fatores, especialmente culturais. A Lei de Licitações – Lei n. 8.666/93, ainda que comprometida com a livre concorrência, adotou modelo de rígida regulação, com foco no controle contábil e na imparcialidade, que disciplina minuciosamente o procedimento e limita a discricionariedade do administrador ao mínimo. Na Itália, por sua vez, promulgou-se, mais ou menos na mesma época e sob a influência da “Operação Mãos Limpas”² (ou seja, com igual preocupação de combate à corrupção), a Lei n. 109/94 (Lei Merloni), sobre licitações e contratos administrativos, não coincidentemente com características muito semelhantes à lei brasileira. As leis brasileira e italiana, entretanto,

1 Os exemplos são de GUCCIO, Calogero; PIGNATARO, Giacomo; RIZZO, Ilde. *Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano*. In: *Conferenza Società Italiana di Economia Pubblica*, 19., 2007, Pavia. Anais eletrônicos. Disponível em: <<http://www-3.unipr.it/websiep/wp/200762.pdf>> Acesso em: 23 set. 2012.

2 “Operação Mãos Limpas” designa uma época, no início da década de noventa, caracterizada por uma série de investigações judiciais realizadas, na Itália, em nível nacional contra vários representantes da política, da economia e das instituições italianas. A investigação trouxe à luz um sistema de corrupção, suborno e financiamento ilegal de partidos políticos no nível mais alto das esferas política e financeira do país, conhecido por Tangentopoli (cidade do suborno). Foram envolvidos diversos ministros, deputados, senadores, empresários e quatro ex-primeiros-ministros. Sobre uma análise do período, pela ótica do direito penal, cf. MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

levaram a resultados econômicos indesejáveis, especialmente no que tange à assimetria de informações,³ o risco moral e a seleção adversa.⁴

Por força da harmonização da legislação dos países-membros da União Europeia – EU, A Itália promulgou, em 2006, o Código dos Contratos Públicos (*Codice dei Contratti Pubblici*),⁵ a partir das Diretivas n. 17/2004 e 18/2004, do Conselho Europeu, que traziam padrões internacionais de licitações, incorporando mecanismos concorrenciais mais voltados à eficiência, à tutela da concorrência e à transparência – como o diálogo competitivo – ainda que sem perder de vista o controle do procedimento. O objetivo permanece o mesmo: a escolha mais vantajosa, mas com mudança do enfoque, do controle contábil à tutela da concorrência.

Este artigo busca subsídios, na nova lei italiana de licitações, para um enfoque comparativo com a lei brasileira. Inicialmente, será descrita a atividade negocial da administração pública. Após, parte-se para o estudo da lei italiana e a mudança de paradigma, da Lei Merloni para o Código dos Contratos Públicos e os seus efeitos econômicos e sobre a corrupção. Ao fim, será feita uma rápida comparação dos institutos do Código com a lei brasileira. Utilizar-se-á, para tanto, o método monográfico e técnica de pesquisa documental indireta.

1 A ATIVIDADE NEGOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É usual à administração pública, na execução de seus objetivos, valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros. Quando se refere à atividade negocial do estado, administração pública, está-se a tratar de atos postos sob os institutos do direito civil, especialmente os contratos, típicos ou não, sob o pressuposto de que os entes públicos são dotados de uma capacidade jurídica geral de direito privado.⁶

3 Conforme Fidone, uma informação é assimétrica em todas as situações em que um lado do mercado apenas é informado, enquanto o outro possui uma informação incompleta. Existem, de fato, vários mercados nos quais é muito custoso, quando não impossível, adquirirem-se informações precisas acerca da qualidade dos bens e serviços negociados. (FIDONE, Gianfrancesco. Un'Applicazione di Analisi Economica del Diritto: la Procedura per la Scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing. In: Italian Association of Law and Economics – Annual conference, 1., 2005, Siena. Working papers... Disponível em: <<http://www.side-isle.it/wp/05/fidone.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

4 Sobre um estudo econômico empírico, acerca da licitação de obras públicas, cf. Guccio e Pignataro (op cit).

5 A despeito de provavelmente ser mais preciso traduzir-se *contratti pubblici* por contratos administrativos, optou-se pela tradução literal, por encontrar maior similaridade fonética com o original, sem perda substancial de sentido.

6 MONORCHIO, Andrea; MOTTURA, Lorenzo Giorgio. *Compendio di contabilità di stato*. 5 ed. Bari: Cacucci Editore, 2011. p. 374.

A doutrina geralmente faz distinção entre contratos privados da administração e contratos administrativos.⁷ Os contratos privados da administração são os fundados no direito civil, nos quais a administração pública manteria situação de igualdade com o particulares, sem prerrogativas especiais ou posição de supremacia.⁸ Os contratos administrativos, por sua vez, regidos pelo regime jurídico administrativo, caracterizar-se-iam por certas peculiaridades genericamente denominadas *cláusulas exorbitantes* ou *cláusulas de privilégio*, que conferem certas prerrogativas à administração pública, como alteração unilateral e aplicação de sanções, em função de sua posição de supremacia em relação à parte contratante.⁹

A distinção feita na doutrina, por outro lado, não parece ter sido acolhida pela Lei n. 8.666/93, que prevê o regime jurídico administrativo, conforme o objeto do contrato:¹⁰

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Isso significa dizer que uma enorme gama de relações entre a administração pública e os cidadãos, a aquisição e fornecimento de obras, serviços, compras, alienações e locações, é regida segundo posição de supremacia da primeira.

Segundo Monorchio e Mottura, por outro lado, a autoridade (“*autorità*”) – e conseqüente imperatividade, a constituição de obrigações independentemente de consentimento do destinatário – não constitui um atributo essencial do operar da administração pública, mas é apenas um dos meios postos à sua disposição, para realização do interesse público. A legislação moderna, ainda segundo eles, orienta-se pela prevalência do direito privado também na execução de determinados encargos da administração pública. A assim denominada *administração consensual*

7 A esse propósito, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 159-160.

8 Segundo Di Pietro, não deve ser tomada literalmente a igualdade das partes, nos contratos privados da administração, visto que a administração terá sempre algumas exigências formais e materiais peculiares (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1993. p.189).

9 CARVALHO FILHO. op. cit., p. 174-175.

10 Cf. ZIMMER JR., Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 485.

(“amministrazione ‘per accordi’”) está em expansão e, sob tal conceito, consiste principalmente a moderna gestão da coisa pública.¹¹

O conceito de administração consensual incorpora formas novas de democracia participativa, pelas quais a administração pública debate com os interessados as questões de interesse comum e resolve-as mediante acordo. Esses novos fatores:

Mudam o foco do Direito Administrativo, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade, passando a valorizar o consenso do cidadão e da sociedade com o Estado, ensejando o incremento de mecanismos da democracia participativa (STEWART, 2003; CASSESE, 2004; MOREIRA NETO, 2000; OLIVEIRA, 2008; FREITAS, 2009).¹²

A administração consensual, ainda que não tenha enfoque econômico específico, pode fornecer subsídios que venham ao encontro de algumas aspirações não apenas de transparência como também eficiência nos contratos administrativos.

2 A LEI MERLONI E O FOCO NO CONTROLE CONTÁBIL

A capacidade jurídica geral dos entes estatais não leva à liberdade negocial, tal como no domínio privado. O controle e fiscalização dos atos dos seus agentes e exigências de transparência¹³ impõem normas procedimentais que garantam a regularidade contábil dos contratos. As relações entre as partes contratantes, assim como a seleção das propostas mais vantajosas, nos contratos administrativos, podem envolver conflitos de interesses, tanto entre o contratante privado e o administrador público, como entre este e os cidadãos/contribuintes, a quem ele presta contas. É amplamente aceito que a imposição de regras de comportamento garanta uma solução eficaz para esses relacionamentos, mas isso não significa que haja menor dificuldade em otimizar os valores envolvidos:

la legislazione in materia è caratterizzata dalla difficoltà di trovare un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti:

11 Ibid., p. 374.

12 RAMOS, Rafael Vincente. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública Brasileira no Século XXI. In: *Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*, 4., 2009, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 463-468.

13 Nisso, o estado não é muito diferente de pessoas jurídicas de direito privado do tipo institucional, como as sociedades anônimas.

*rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità e celerità delle procedure, dall'altro.*¹⁴

A lei italiana, no que tange às licitações, teve por foco, até recentemente, o controle contábil, com finalidade de combate à corrupção. Os contratos administrativos de fornecimento de bens e serviços, na Itália, foram regidos, até 2006, pela Lei Merloni (*Legge Merloni*),¹⁵ *Legge n. 109 del 11 febbraio 1994 - Legge quadro in materia di lavori pubblici*.¹⁶ Segundo Di Cristina, a Lei Merloni buscou assegurar, na fase de licitação, o respeito aos princípios de imparcialidade e transparência e introduziu restrições severas à discricionariedade do governo para contratação, ficando em segundo lugar, nas necessidades, a abertura do mercado à concorrência europeia.¹⁷ Ainda, segundo ele:

*Vincolare l'amministrazione aggiudicatrice alla scelta di un solo criterio, quello del prezzo più basso, costituiva, nell'ottica della legge Merloni, il viatico per assicurare trasparenza e controllo dell'operato dei pubblici funzionari. La previsione di rigidi meccanismi di aggiudicazione e di compressione della discrezionalità, infatti, era volta a prevenire fenomeni di corruzione ed il legislatore italiano, per molto tempo, ne ha fatto un baluardo in difesa dell'attività vincolata.*¹⁸

A prevenção da corrupção como pretendida na Lei Merloni, por outro lado, acabou determinando efeitos econômicos indesejáveis, possivelmente involuntários, como o fechamento do mercado de contratos públicos e redução da concorrência, a maior demora nos

14 A legislação em questão é caracterizada pela dificuldade de encontrar um equilíbrio entre duas ordens de valores irrenunciáveis, mas parcialmente conflitantes: rigor, transparência, imparcialidade, por um lado; flexibilidade, informalidade e celeridade dos procedimentos, por outro (Clarich e Fiorentino, apud Guccio e Pignataro, op. cit.).

15 A partir de seu autor, Francesco Merloni, Ministro de Obras Públicas (Lavori pubblici) no governo Ciampi (28.04.1993 a 10.05.1994).

16 Os contratos públicos ainda eram regidos pelo Decreto Legislativo n. 358/92 (fornecimento), Decreto Legislativo n. 157/95 (serviços) e Decreto Legislativo n. 158/95 (setores especiais) (Monorchio e Mottura, op. cit., 388-389).

17 DI CRISTINA, Fabio. La corruzione negli appalti pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, n. 1, p. 177-226, 2012. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/03/Di-Cristina-RTDP.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

18 Vincular a entidade adjudicante para a escolha de um único critério, o da menor preço, era, na visão da Lei Merloni, o último recurso para garantir transparência e controle da burocracia. A criação de mecanismos rígidos de licitação e limitação de discricionariedade era, de fato, destinada a impedir a corrupção e o legislador italiano, por um longo tempo, fez disso um baluarte em defesa da atividade vinculada (ibid).

processos de contratação, insuficientemente flexíveis, a ineficiência geral das regras de contratação de obras públicas,¹⁹ a indução à minimização do esforço e falhas de mercado, resultadas da assimetria de informações, especialmente a seleção adversa e o risco moral (aquela, mais evidente nos contratos de aquisição de bens, este, no de serviços).²⁰

Ainda que aqui não seja objetivo o estudo da antieconomia da Lei Merloni ou da Lei de Licitações brasileira, alguns dos seus efeitos podem ser sentidos sem muito esforço. A limitação da discricionariedade reduz a responsabilidade do administrador público e induz a minimização do esforço. O administrador avesso ao risco tenderá a se interessar pela observância das regras de procedimento, não pelo resultado, com evidentes prejuízos ao bem-estar da sociedade.

Dos problemas referentes à assimetria de informações, interessa mais a este estudo o da seleção adversa, que diz respeito à escolha da oferta mais vantajosa – anteriormente, pois, à adjudicação.²¹ Em um exemplo trivial, mas cotidiano, pode-se observar o problema da seleção adversa na aquisição de canetas, pelo governo. Fornecedores de canetas, sabedores da qualidade de seu produto, tenderão a não oferecer seus produtos de maior qualidade, geralmente mais caros, abaixo de determinado preço, pois lhes é menos vantajoso, especialmente se o preço for regulado pelo mais baixo do mercado. O comprador, a administração pública, por outro lado, não “conhece” a qualidade das canetas que compra, pois não pode fixar critérios subjetivos de qualidade de produto – como, p. ex., a reputação do fabricante – ou é muito dispendioso ou impossível o estabelecimento de critérios objetivos de qualidade (aqui a assimetria de informações). A técnica do melhor preço induz não apenas à seleção de fornecedores de canetas de baixa qualidade, efeito natural da seleção adversa, mas aos de menor qualidade, como efeito da regulação do preço, pelo valor mínimo.

Considerados os resultados antieconômicos da lei, seria de se esperar, ao menos, uma compensação, por meio da redução ou controle dos prejuízos pela corrupção. Não é, todavia, o que parece ocorrer, pelo contrário. A literatura econômica, segundo Di Cristina, sublinha que o

19 Citados por Di Cristina (op. cit).

20 Citados por Guccio e Pignataro (op. cit).

21 O risco moral diz respeito aos problemas “di prevenzione del comportamento opportunistico del contraente privato nell'esecuzione del contratto” (Guccio e Pignataro, op.cit), ou seja, após a adjudicação. Há vários exemplos de possível comportamento oportunista, em contratos públicos, que iriam desde o fornecimento de serviços de limpeza em se emprega pouco empenho até mais comportamentos mais sofisticados, como a tentativa de manipular a revisão de contratos, conforme mencionado na Introdução.

risco de corrupção e colusão aumenta proporcionalmente em relação ao grau de discricionariedade do administrador público. Por outro lado,

Il rischio aumenta esponenzialmente se i criteri di aggiudicazione sono sbilanciati a favore del prezzo più basso o eccessivamente restrittivi nel caso della realizzazione di opere pubbliche (il numero dei concorrenti si ridurrebbe), se il responsabile conosce in anticipo il contenuto delle offerte e consente alle imprese concorrenti di modificarlo, se l'assegnazione di lavori non complementari avviene in lotti unici (package bidding).²²

Bandiera, Prat e Valletti, por sua vez, em interessante estudo do desperdício de dinheiro público, em diversos entes governamentais italianos, entre 2000 e 2005, concluem que o sobrepreço pago, nos contratos de compra de bens padronizados, tem maior componente na ineficiência da administração do que na corrupção (ainda que esta, sozinha, responda por um sobrepreço de até 11%, em relação aos preços de referência). Adicionalmente, que inexistente *trade off*²³ entre ineficiência e corrupção, ou seja, entes com menor desperdício por ineficiência não têm maior desperdício por corrupção.²⁴ Correlação entre a obtenção de ofertas mais vantajosas como consequência da diminuição dos efeitos da assimetria de informações, com incremento da concorrência e da transparência nas relações com os fornecedores também é sugerida por Fidone.²⁵

3 O CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA

A fim de recepcionar no ordenamento interno a Diretiva n. 2004/17/CE e Diretiva n. 2004/18/CE, relativas à coordenação dos procedimentos de licitação e contratação nos *setores especiais* e nos *setores*

²² O risco aumenta exponencialmente se os critérios de adjudicação são desequilibrados em favor do menor preço ou demasiado restritivos, no caso de obras públicas (o número de concorrentes seria reduzido), se o gestor conhece com antecedência o conteúdo das propostas e permite que as empresas concorrentes modifiquem-nas, se a contratação de obras não-complementares for realizada em lote único (*package bidding*) (op. cit.).

²³ Trade-off (ou tradeoff) é termo que define uma situação de conflito de escolha caracterizado por uma ação econômica que visa à resolução de um problema, mas acarreta outro, em uma relação de perde-e-ganha. A lógica dos trade-offs pode ser expressa por meio de uma função inversamente correlacionada entre duas variáveis (proporcionalidade inversa).

²⁴ BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment. *American Economic Review*. v. 99, n. 4, set., 2009, p. 1278-1308. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/prat/papers/consip.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

²⁵ Op. cit.

tradicionais,²⁶ a Itália promulgou o Código dos Contratos Públicos – CCP (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), em vigor a partir de 1.º de julho de 2006, regulando inteiramente a matéria de contratos administrativos.

Com a integração europeia, segundo Monorchio e Mottura, passou-se de um sistema de soberania fechada (“*sovranità chiusa*”) a um sistema de soberania aberta (“*sovranità aperta*”),²⁷ caracterizada pela supremacia do direito comunitário sobre o direito doméstico dos seus membros.²⁸ No âmbito do ordenamento interno dos membros, a supremacia revela-se especialmente pela autoridade e pela eficácia direta das normas comunitárias. A autoridade, dizendo respeito à certa posição hierárquica, produz efeito de substituição (“*effetto di sostituzione*”) e efeito de oposição (“*effetto di opposizione*”), o primeiro derogando a legislação em sentido contrário, o segundo obstando a aplicação de normas internas que a contrariem.²⁹ A eficácia direta, a criação de direitos e obrigações tendo por fundamento a própria norma comunitária, sem a necessidade de sua internalização, por meio de ato de transformação (eficácia direta em sentido substancial) (“*efficacia diretta in senso sostanziale*”), e consequente invocabilidade em juízo, da norma.³⁰ Nem todas as normas comunitárias, por sua vez, têm intrinsecamente esses atributos, o que exige análise individualizada.

26 São serviços especiais os setores de água, energia, transportes e serviços postais (Diretiva n. 2004/17/CE) e serviços tradicionais empreitada de obras públicas, fornecimento e serviços (Diretiva n. 2004/18/CE).

27 Op. cit. p. 385.

28 No âmbito do ordenamento interno dos membros, a supremacia revela-se especialmente pela autoridade e pela eficácia direta das normas comunitárias. A autoridade dizendo respeito à certa posição hierárquica, produzindo efeito de substituição (“*effetto di sostituzione*”) e efeito de oposição (“*effetto di opposizione*”), o primeiro derogando a legislação em sentido contrário, o segundo obstando a aplicação de normas internas que a contrariem (DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*. 4 ed. Milano : Giuffrè Editore, 2010. p. 222-223.). A eficácia direta, a criação de direitos e obrigações tendo por fundamento a própria norma comunitária, sem a necessidade de sua internalização, por meio de ato de transformação (eficácia direta em sentido substancial) (“*efficacia diretta in senso sostanziale*”), e consequente invocabilidade em juízo, da norma (ibid., p. 224). Nem todas as normas comunitárias, por sua vez, têm intrinsecamente esses atributos, o que exige análise individualizada.

29 Daniele (op. cit., p. 222-223). Para Jackson, a invocabilidade da norma como consequência da eficácia direta em sentido substancial é efeito das normas supranacionais, como as comunitárias, mas não dos tratados em geral. A invocabilidade diz respeito ao âmbito subjetivo da norma (quem pode invocar: a questão da eficácia vertical e horizontal), mas também depende de questões objetivas, como a precisão da linguagem ou a definição de categorias de pessoas ou de conceitos. Esses fatores, nos tratados em geral, dependem especialmente das questões políticas envolvidas (JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2, p. 310-340. p. 317-318).

30 Ibid., p. 224.

A diretiva, espécie que interessa aqui, são normas de caráter individual, cujos destinatários são os próprios estados-membros, vinculando-os “quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais, a competência quanto à forma e aos meios” (art 288, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), de modo que são necessários atos de transformação, para que elas possam operar internamente. Por outro lado, mesmo as diretivas podem ter eficácia direta, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que haja mora do estado-membro em produzir os atos de transformação e a norma apresente suficiente precisão (“*sufficiente precisione*”), disciplinando exaustivamente a matéria, e incondicionalidade (“*incondizionatezza*”), não deixando margem à discricionariedade do estado-membro.³¹

O nível de detalhamento das Dir. n. 2004/17/CE e 2004/18/CE sugere que elas teriam feito parte dessa categoria de diretivas com eficácia direta, não fosse a promulgação do CCP, que, em boa parte, repete as disposições das próprias diretivas.

A regulamentação da matéria de contratos administrativos é de grande importância, não apenas no que diz respeito ao controle da despesa pública, mas especialmente à tutela da concorrência e à liberdade do mercado, princípios fundamentais da União Europeia, reafirmados várias vezes nos tratados constitutivos.³² O fato de as Dir. n. 2004/17/CE e 2004/18/CE terem surgido em um ambiente diverso do italiano possivelmente contribuiu para deslocar o foco ideológico, do tratamento da matéria, favorecendo eficiência sobre controle e a correção dos efeitos antieconômicos da Lei Merloni, especialmente os da assimetria de informações. Interessante é perceber que o que se busca em um e em outro sistema é exatamente a mesma coisa, a seleção da oferta mais vantajosa, sob as condições mais equânimes. É menos uma questão de *que* do que de *como*, o estabelecimento de um modelo de governança que melhor equilibre rigor, imparcialidade e eficiência. Segundo Bandiera el alli, o fator chave do desperdício por ineficiência parece ser o modelo de governança, “*with Napoleonic public bodies performing worst, US-style local authorities in the middle, and autonomous agencies as the winners*”.³³

31 Cf. Daniele (op. cit., p.235-255); também Monorchio e Mottura (op. cit., p. 385-386).

32 No Tratado da União Europeia: art. 3.º; art. 26; art. 28; art. 32; art.44; art. 56; art. 59; art. 95; art. 96; art. 101; art. 102; art. 104; art. 107; art. 113; art. 116; art. 119; art. 120; art. 127; art. 151; art. 170; art. 173; art. 326; art. 346 e art. 348. No Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: art. 2.º e art. 3.º.

33 Com os entes públicos napoleônicos com pior desempenho, governos locais ao estilo norte-americano, no meio, e agências autônomas como vencedoras (op. cit.). No estudo, foram considerados entes napoleônicos o governo central, seus ministérios e a administração da previdência social; governos locais, a administração

4 OS MECANISMOS DE TUTELA DA CONCORRÊNCIA, NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

As Diretivas n. 2004/17/CE e 2004/18/CE têm como vetor ideológico o livre mercado, inclusive no que se refere aos contratos administrativos:

A concretização da livre circulação de mercadorias em matéria de contratos públicos de fornecimento e a concretização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos públicos de serviços e de contratos de empreitada de obras públicas, no que se refere aos contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público exigem, conjuntamente com a eliminação das restrições, a aplicação de disposições em matéria de coordenação dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiam nas regras que regem essas três liberdades e nos princípios delas resultantes, tais como o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efectiva para a adjudicação dos contratos públicos.³⁴

Esses, de fato, foram reproduzidos, Código dos Contratos Públicos, como princípios específico da fase de licitação, no art. 2.º, § 1.º, do Código: “l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”.³⁵

das regiões, províncias e municípios e agências semiautônomas, as universidades, os centros de saúde e os municípios nas montanhas.

34 Do considerando n. 2. UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2012.

35 A contratação também deve respeitar os princípios da livre concorrência, igualdade de tratamento, não-discriminação, da transparência, da proporcionalidade, bem como a publicidade, na forma especificada neste Código. (ITÁLIA. Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06163dl.htm>>. Acesso em: 28 set. 2012).

Os três princípios são interligados. O princípio da livre concorrência é o que tem escopo e conteúdo mais gerais. Os outros dois constituem, de certo modo, especificação daquele. A livre concorrência é baseada no direito comunitário e, aplicada ao tema dos contratos administrativos, implica a disputa entre os sujeitos interessados pelos contratos. Ela exige que as entidades adjudicantes, na aquisição de obras, serviços e fornecimentos em geral recorram a alguma forma de concurso público.

O princípio da igualdade de tratamento comporta que concorrentes em mesma situação de fato recebam o mesmo tratamento jurídico, segundo a máxima aristotélica: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. A sua aplicação envolve, em geral e exemplificativamente:

- (a) a vedação em preterir um concorrente em favor de outro na admissão ao concurso ou na avaliação das propostas, quando ambos satisfaçam os mesmos requisitos ou formulem uma oferta com características idênticas ou similares; ou
- (b) a obrigação de recompensar, com a atribuição de uma pontuação maior, o competidor cuja proposta é melhor do que a do outro.

O princípio da não-discriminação, por último, diretamente relacionado ao princípio da igualdade, veda a adoção de medidas que favoreçam ou desfavoreçam competidores em razão de certas características pessoais. Em comércio internacional, e no que também se refere a um mercado comum, está relacionado aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, que têm por objeto a remoção de discriminações de produtos e serviços, em razão especialmente de sua origem estrangeira. Dos três princípios, é o único com formulação específica que configura uma cláusula legal:

Art. 30 – Concessione di servizi

[...] 6. *Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non e' un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che,*

*per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.*³⁶

O Código, reproduzindo os institutos da Diretiva n. 2004/18/CE, trouxe algumas inovações, como:

- (a) a regulação integral da matéria em um único texto legal orgânico,
- (b) a simplificação de procedimentos,
- (c) a possibilidade de adjudicação conforme a proposta economicamente mais vantajosa (alternativamente ao menor preço),
- (d) novas modalidades de licitação, o diálogo concorrencial (“*dialogo competitivo*”), o acordo-quadro (“*accordo quadro*”) e os sistemas de aquisição dinâmicos (“*sistemi dinamici di acquisizione*”).

Não se fará aqui uma descrição de todas as inovações, mas pode-se avaliar alguns aspectos econômicos das novas modalidades de licitação, especialmente no que tange à concorrência.

O diálogo concorrencial é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta (art. 3.º, § 39, CCP). O instituto é passível de aplicação nos casos de empreitada particularmente complexa, nas quais a entidade não está objetivamente em condições ou de definir os meios técnicos capazes de satisfazer suas necessidades e objetivos ou de especificar a situação jurídica e financeira de um projeto (art. 58, § 2.º, CCP). Um exemplo útil, considerando o contexto brasileiro, seria a escolha da tecnologia a ser utilizada no Trem de Alta Velocidade – TAV, entre Campinas e o Rio de Janeiro:³⁷ como fazer para escolhê-la?

³⁶ Quando uma entidade adjudicante conferir a entidades que não tenham o seu estatuto jurídico direitos especiais ou exclusivos de exercício de atividades de serviço público, o ato pelo qual tais direitos são conferidos deve prever que a entidade em questão respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros no âmbito dessa atividade.

³⁷ Para maiores informações, cf.<<http://www.antt.gov.br/>>.

Com essa modalidade espera-se que as informações levantadas, aliadas à transparência e concorrência, reduzam-se os riscos do empreendimento.

Acordo-quadro é um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores econômicos, que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas, na aquisição de bens e serviços dotados de serialidade e características executivas padronizadas (art. 3.º, § 13, e art. 59, CCP). O instituto é bastante semelhante ao sistema de registro de preços previsto nos arts. 15 e 16, da Lei n. 8.666/93 brasileira.³⁸ Tem por finalidade o aumento da eficiência da logística das aquisições, reduzindo o custo de administração de estoques.³⁹

Os sistemas de aquisições dinâmicos, por sua vez, consistem em um processo de aquisição inteiramente eletrônico para a compra de bens ou serviços padronizados, de uso corrente, cujas características geralmente disponíveis no mercado satisfazem a entidade adjudicante, limitado no tempo e aberto, ao longo de toda a sua duração, a qualquer operador econômico que satisfaça os critérios de seleção e tenha apresentado uma proposta indicativa (art. 3.º, § 14, art. 60, CCP). O instituto apresenta semelhanças com o pregão eletrônico, previsto na Lei n. 10.520/02. O Objetivo é o de diminuir os custos do procedimento de aquisição, bem como permitir maior participação de concorrentes.

Ainda que o CCP tenha representado avanços, nas compras públicas, Di Cristina, no que tange à corrupção, aponta riscos:

L'introduzione del Codice dei contratti pubblici non ha tuttavia risolto appieno alcuni nodi critici, tra i quali spiccano la permanenza di schemi procedurali eccessivamente rigidi, fonte di costi per i privati se associati ai tradizionali tempi lunghi delle procedure di aggiudicazione nel nostro Paese [Itália], nonché alcuni istituti nati per finalità pro-concorrenziali o per ragioni di rapidità ed efficienza il cui utilizzo pone rilevanti problemi applicativi e determina

38 Regido, ainda, pelo art. 11, da Lei n. 10.520/02, e regulamentado pelos Decs. n. 3.931/01, 4.342/02 e 5.450/05.

39 BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Sistema de Registro de Preços*: perguntas e respostas. Brasília, 2011. p. 8. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/SistemaRegistroPrecos/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

frequenti comportamenti opportunistici da parte dei privati e rischi di corruzione.⁴⁰

5 CONCLUSÃO

A administração consensual incorpora formas novas de democracia participativa, pelas quais a administração pública debate com os interessados as questões de interesse comum. Ainda que não tenha enfoque econômico específico, pode fornecer subsídios que venham ao encontro de algumas aspirações não apenas de transparência como também eficiência nos contratos administrativos.

A capacidade jurídica geral dos entes estatais não levam à liberdade negocial, tal como no domínio privado. O controle e fiscalização dos atos dos seus agentes e exigências de transparência impõem normas procedimentais e comportamentais que garantam a regularidade contábil dos contratos.

A Lei Merloni buscou assegurar o respeito aos princípios de imparcialidade e transparência e introduziu restrições severas à discricionariedade do governo para contratação, ficando em segundo lugar, nas necessidades, a abertura do mercado à concorrência europeia. A prevenção da corrupção como pretendida na Lei Merloni, por outro lado, acabou determinando efeitos econômicos indesejáveis, rigidez e problemas ligados à assimetria de informações, levando à ineficiência do sistema de contratação pública. Os efeitos da ineficiência, por outro lado, acabaram revelando-se mais perniciosos que a própria corrupção que a lei buscava combater.

Os institutos comunitários, nas licitações, ideologicamente mais distantes das razões que restringiram a discricionariedade do administrador público, teriam por efeito um ganho de eficiência, dando maior enfoque à transparência e à tutela da concorrência. O objetivo é o estabelecimento de um modelo de governança que melhor equilibre rigor, imparcialidade e eficiência, fator chave do desperdício de recursos públicos.

40 A introdução do Código dos Contratos Públicos não resolveu totalmente algumas questões críticas, entre as quais a permanência de regimes procedimentais demasiado rígidos, fonte de custos para os indivíduos, se associado com os tradicionais demorados processos de adjudicação na Itália, bem como alguns institutos criados com propósito pró-concorrenciais ou por motivos de rapidez e eficiência, cujo uso levanta sérios problemas de aplicação e determina um comportamento oportunista frequente por parte do setor privado e riscos de corrupção (op. cit., p. 184).

A lei brasileira, em comparação com a lei italiana, tem institutos assemelhados, como o sistema de registro de preços e o pregão, que conferem ao processo maior eficiência e condições mais vantajosas à administração pública.

REFERÊNCIAS

BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment. *American Economic Review*, v. 99, n. 4, set., 2009, p. 1278-1308. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/prat/papers/consip.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Sistema de Registro de Preços: perguntas e respostas*. Brasília, 2011. p. 8. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/SistemaRegistroPrecos/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 159-160.

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 2010.

DI CRISTINA, Fabio. La corruzione negli appalti pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, n. 1, p. 177-226, 2012. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/03/Di-Cristina-RTDP.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Diritto administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993. p.189.

FIDONE, Gianfrancesco. Un'Applicazione di Analisi Economica del Diritto: la Procedura per la Scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing. In: Italian Association of Law and Economics – Annual conference, 1., 2005, Siena. *Working papers*. Disponível em: <<http://www.side-isle.it/wp/05/fidone.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

GUCCIO, Calogero; PIGNATARO, Giacomo; RIZZO, Ilde. Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano. In: Conferenza Società Italiana di Economia Pubblica, 19., 2007, Pavia. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <<http://www-3.unipv.it/websiep/wp/200762.pdf>> Acesso em: 23 set. 2012.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo* 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06163dl.htm>>. Acesso em: 28 set. 2012.

JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2, p. 310-340. p. 317-318.

MONORCHIO, Andrea; MOTTURA, Lorenzo Giorgio. *Compendio di contabilità di stato*. 5 ed. Bari: Cacucci, 2011. p. 374.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

RAMOS, Rafael Vincente. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública Brasileira no Século XXI. In: *Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*, 4., 2009, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 463-468.

UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2012.

ZIMMER JR., Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 485.